

Carmen Lázaro Guillamón
Universidad Jaume I – Castellón

La innecesaria incapacitación judicial de mayores discapacitados: un supuesto de retorno a principios romanísticos en algunas legislaciones civiles europeas

En la actualidad, en las denominadas sociedades desarrolladas y gracias a los avances en el ámbito de la medicina y la asistencia sanitaria, es un hecho constatable la cada vez mayor longevidad de las personas, no obstante, estos mayores no siempre gozan de condiciones físicas o psíquicas adecuadas para el desarrollo normal de actividades cotidianas u otras más específicas o complicadas, de suerte que necesitan de diverso grado de asistencia. Más aun, las instituciones asistenciales, concebidas en principio para la guarda de personas mayores, son y deben ser útiles igualmente para el caso de personas que sufran cualquier tipo de patología psíquica o física que disminuya su aptitud suficiente para desenvolverse convenientemente en un entorno cotidiano, en definitiva, hacemos objeto del presente estudio a cualquier sujeto que haya alcanzado la mayoría de edad y que, dadas sus condiciones físicas y/o psíquicas necesita de la figura de un “protector”.

En este entorno, como consecuencia de un intento de respeto máximo a la autonomía privada, el legislador comparado se ha preocupado por articular instituciones que permitan desarrollar estas actividades asistenciales sin que afecten a la capacidad de obrar del sujeto, esto es, se persigue la búsqueda de un equilibrio entre la necesaria protección y asistencia del mayor desde instituciones jurídicas que hacen que no sea necesaria la previa incapacitación judicial.

Uno de los países de nuestro entorno pionero en el intento de adecuación de las instituciones asistenciales y de guarda en general ha sido Alemania. Con anterioridad, e introducida en el Código civil francés en el año 1968, la denominada “sauvegarde de justice”. De relativa novedad, la “amministrazione di sostegno” que trae causa de la modificación del Código civil italiano operada por Ley 6/2004, de 6 de enero.

Muy probablemente la innecesaria incapacitación judicial no sea una figura alejada de nuestra tradición jurídica, no debemos olvidar que para el Derecho romano y para el supuesto concreto de la denominada *cura furiosi*, no se requería la intervención o la decisión de la autoridad, el *furiosus* pasaba a ser incapaz *ipso iure*¹ y como tal, le era nombrado un *curator*, esta función sí que recaía en la autoridad jurisdiccional, de suerte que a pesar de la falta de necesaria incapacitación, se realizaba un control por parte de órgano judicial competente.

Tampoco se hallan muy alejadas de figuras actuales vinculadas a la asistencia y a la guarda los supuestos romanos de las denominadas “protutela” y “procuratela”, en efecto, junto a las instituciones de la tutela y la curatela en las fuentes jurídicas romanas se alude a aquellas instituciones, que tal como señala Rogel Vide², constituyen el antecedente de la moderna guarda de hecho. Nos referimos a determinados supuestos en los que hay personas que asumen la realización de las funciones propias de los tutores o curadores, administrando los bienes o asistiendo a quien lo necesita en sus actividades cotidianas aunque no se haya procedido a su nombramiento legal como tutor o curador. Quien obra *pro tutore* no significa que obre por cuenta del tutor, ni del pupilo, sino que, se trata de supuestos en los que quien sin ser tutor, asume la administración de los asuntos de un impúber de buena o de mala fe. Es para estos supuestos para los que el pretor propuso al *actio protutelae*. En concreto, el título VI del libro XXVII, del Digesto lleva por rúbrica “Sobre la gestión de negocios del protutor o del pro-curador”, en el mismo se pone de manifiesto que fue el pretor quien propuso la acción de protutela para aquellos supuestos en los que resulta incierto si quien administró lo hizo en calidad de tutor o de protutor, a fin de exigirle responsabilidad por sus actuaciones (D.27.5.1pr.)³. Quien realiza la función de tutor en el patrimonio de un impúber, bien sea que se crea tutor, bien sea que se sepa que no lo es, pero que se finja tal, se entiende que gestiona los negocios como protutor (D.27.5.1.1)⁴ y deberá realizarlo con la misma buena fe y diligencia que un tutor (D.27.5.4)⁵.

¹ Vid. E. Volterra, *Instituciones de Derecho privado romano*, trad. de J. Daza, Madrid 1988, p. 136.

² C. Rogel Vide, *La guarda de hecho*, Madrid 1986, p. 66.

³ D.27.5.1pr (Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum): *Protutelae actionem necessario praetor proposuit: nam quia plerumque incertum est, utrum quis tutor an uero quasi tutor pro tutore administraverit tutelam, idcirco in utrumque casum actionem scripsit, ut siue tutor est siue non sit qui gessit, actione tamen teneretur. solent enim magni errores intercedere, ut discerni facile non possit, utrum quis tutor fuerit et sic gesserit, an uero non fuerit, pro tutore tamen munere functus sit.*

⁴ D.27.5.1.1 (Ulpianus libro trigesimo sexto ad edictum): *Pro tutore autem negotia gerit, qui munere tutoris fungitur in re impuberis, siue se putet tutorem, siue scit non esse, finget tamen esse.*

⁵ D.27.5.4 (Pomponius libro sexto decimo ad Quintum Mucium): *Qui pro tutore negotia gerit, eandem fidem et diligentiam praestat, quam tutor praestare.*

En resumen, existe la posibilidad de exigir responsabilidad a través de la acciones de protutela y procuratela a quien sin haber sido nombrado tutor o curador, ejerza sus funciones como si lo hubiere sido y no hubiere obrado en el ejercicio del cargo con la debida diligencia.

No nos vamos a dedicar, por cuestiones de brevedad y porque no llega a ser objeto de nuestro estudio, al tratamiento de las figuras de la tutela y la curatela siguiendo su *iter* histórico-jurídico, exclusivamente nos vamos a detener en la regulación y tratamiento de las figuras asistenciales para incapaces por enfermedad mental y por razón de avanzada edad y, así, nos centramos en una de las diferencias fundamentales del Derecho romano con respecto a determinados ordenamientos civiles europeos que, en sentido general, se insertan en la más pura tradición romanística. Recordemos: en el Derecho romano los *furiosi* eran incapaces *ipso iure* y, por tanto no era necesario instar un procedimiento previo al necesario nombramiento de curador, sino que la exigencia de este nombramiento, dada la enfermedad mental del sujeto, era suficiente por sí misma para proceder a la constitución de la figura asistencial. Sin embargo, como decimos, en ordenamientos jurídicos europeos de clara tradición romanística, sorprendentemente resulta necesario instar un procedimiento judicial previo que declare dicha incapacidad. Del mismo modo, en Derecho romano, venía establecido que cuando el demente sanaba, la figura asistencial cesaba automáticamente, sin que mediara ni fuera necesario procedimiento alguno. Por el contrario, no son pocos los ordenamientos jurídico-civiles que no permiten el reintegro o modificación de la capacidad a menos que se inste un nuevo procedimiento judicial.

La pregunta clave es: ¿En qué momento ha tenido lugar el punto de inflexión que provoca la falta de seguimiento del principio romano? Tomemos como ejemplo la tradición histórica del Derecho civil español. A pesar de la indiscutible influencia del Derecho romano, en el Derecho medieval se va sustituyendo la concepción de la institución tutelar que había establecido el Derecho romano por cuanto se instaura una sola institución con el nombre de guarda o tutela, correspondiendo la misma a los parientes más próximos, los cuales la ejercen de forma colectiva, o al menos por delegación en uno de ellos, de conformidad con la concepción germánica⁶, es decir, ya no existe la

⁶ En el Derecho germánico la tutela correspondía a la *Sippe*, así lo pone de manifiesto C. Guilarte Martín-Calero (*La curatela en el nuevo sistema de capacidad graduable*, Madrid 1996 pp. 27), que, si bien en un principio era portadora de la tutela y la ejercía en mano común, pronto comenzó a encomendarse su ejercicio, en todo o en parte, a uno de los miembros que actuaba como fiduciario de la de la propia *Sippe*, el llamado a desempeñar la tutela era el pariente más próximo bajo cuya potestad (*mundium*) quedaba el pupilo. Su misión con el tiempo quedó reducida a una simple función de control y vigilancia ejercida sobre la actuación del tutor. De este modo, la tutela de la *Sippe* se convirtió en una supratutela, cuya fuerza se manifestaba en materia de matrimonios de pupilos, administración del patrimonio y destitución de tutores. La *Sippe* si la entendemos como círculos parentales de consanguinidad, se utiliza

dualidad tutela-curatela y se establece una tutela familiar colectiva en la que la familia tenía un papel fundamental⁷. Ente los textos legales, el Fuero Juzgo⁸ no distingue entre tutela y curatela y adolece de diversas carencias, por ejemplo, no contempla la posibilidad de que el pupilo pueda pedir responsabilidades al tutor, aún cuando en la ley IV del título III aludido deja entrever la posibilidad de que al alcanzar el menor la mayoría de edad, pueda exigir al tutor el resarcimiento de los daños sufridos; así como tampoco se ocupa de otros posibles incapaces necesitados de tutor, como los locos, dementes, pródigos, etc.⁹ En el Fuero Viejo de Castilla¹⁰ tampoco hay referencia a la guarda de dementes, pródigos... al igual que ocurre con el Fuero Real de España¹¹.

La distinción que realizaba el Derecho romano entre las figuras de la tutela y la curatela, fue recuperada por Las Partidas¹² en la medida en que tal como señala Guilarte Martín-Calero¹³, la tutela y la curatela se regulaban como dos vehículos diversos en atención a los distintos supuestos que cubren, ya que la tutela se da por razón de menor edad a los huérfanos impúberes (huérfano libre menor de catorce años y la huérfana menor de doce años) y la curatela por razón de edad (huérfanos púberes) y de incapacidad (mayores de catorce años y menores de veinticinco años, así como los mayores locos o desmemoriados (Partida VI, Título XVI, Ley XIII). Sin embargo, según Chimeno Cano¹⁴, el sistema establecido en Las Partidas presentaba deficiencias en la medida en que el control del cargo tutelar era nulo

para establecer la relación de cualquier persona con sus antepasados; mientras que, si la consideramos como estirpes, esto es, como asociación genealógica por vía del sexo masculino (tronco, linaje, *gens*) reúne a todos los hombres y mujeres descendientes de un tronco masculino común siguiendo el principio de agnación según el cual, el parentesco se determina a través del vínculo masculino existente entre las personas de varias generaciones que descienden de un varón, punto común de partida de todas ellas, *vid.* J. M. Pérez-Prendes, *Breviario de Derecho Germánico*, Madrid 1993, pp. 17ss.

⁷ M. Chimeno Cano, *Incapacitación, tutela e internamiento del enfermo mental*, Navarra 2004, p. 12; V.G. Cristóbal Valdés, *Evolución histórica de las instituciones tutelares*, "Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares" Madrid 1984, 19-53, p. 31.

⁸ La edición utilizada es un facsímil del *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por La Real Academia Española*, Ed. por Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid 1815.

⁹ V.G. Cristóbal Valdés, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰ La edición utilizada es un facsímil del *Fuero Viejo de Castilla. Sacado, y comprobado con el exemplar de la misma Obra, que existe en la Real Biblioteca de esta Corte, y con otros MSS.* Imprenta de D. Joachin Ibarra, Impresor de Cámara de S.M., Madrid 1771.

¹¹ La edición utilizada es un facsímil del *Fuero Real del Rey Don Alonso en Sabio. Copiado del codice del Escorial y cotejado con varios códices de diferentes archivos por la Real Academia de la Historia*, Imprenta Real, Madrid 1836.

¹² La edición utilizada es un facsímil: *Las siete Partidas del sabio rey don Alfonso el nono. Nuevamente glosadas por el licenciado Gregorio López del Consejo Real de Indias de su Magestad*, edición de 1555 publicada por la Librería del Boletín Oficial del Estado, Madrid 1985.

¹³ C. Guilarte Martín-Calero, *op. cit.*, p. 33.

¹⁴ M. Chimeno Cano, *op. cit.*, p. 128.

y las diferencias entre ambas instituciones eran simplemente formales, ya que la dualidad tutela-curatela no se traducían en un distinto estatuto jurídico de la persona según sus variables circunstancias, sino que las mismas limitaciones afectaban al sujeto sometido a tutela que al sometido a curatela ejemplar.

Las carencias del sistema establecido en Las Partidas tienden a resolverse con la promulgación de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 y con la posterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en clara sintonía con el Código civil de Napoleón de 1804, cuya influencia hace que se introduzca en el Proyecto de Código Civil español de 1851 la necesidad de sentencia de incapacitación previa en procedimiento tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia, en el que era preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal. De esta suerte, en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 se apunta la posible declaración de incapacidad, al establecer en su artículo 1243 que “el nombramiento de curador ejemplar debe hacerse por el juez del domicilio del que lo necesite, luego que tenga noticia de su incapacidad”, sin embargo, al ponerlo en relación con lo establecido en artículo 1244, en cuya virtud “a este nombramiento deberá preceder justificación cumplida de incapacidad” se deduce que lo único exigido era una justificación suficiente que debía apreciarse por el juez al que correspondiera nombrar curador ejemplar, nombramiento cuya competencia correspondía a los Juzgados de Primera Instancia (en un acto de jurisdicción voluntaria) del domicilio del incapaz, a través de una resolución judicial (en este caso sí) contra la que podía interponer recurso de apelación. En definitiva, no es clara la necesidad de una declaración previa de incapacidad, y en ese sentido se pronunciaba la STS de 28 de diciembre de 1863, en virtud de la cual “el reconocimiento no es esencial, y, por tanto, el Juzgado puede prescindir de él”, conservándose por el legislador el tratamiento de la incapacidad como hecho jurídico producido¹⁵.

La exigencia de una declaración previa de incapacitación antes del nombramiento de una figura de asistencia (curador), no aparece claramente establecida hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, aprobada por Real Decreto de 3 de febrero de 1881. El apartado tercero de su artículo 483, al regular el juicio ordinario de mayor cuantía establecía que “se decidirán en juicio ordinario de mayor cuantía: [...] 3. Las relativas a derechos políticos u honoríficos, exenciones y privilegios personales, filiación, paternidad, interdicción y demás que versen sobre el estado civil y condición de las personas”. Dicho precepto determinó que los procedimientos relativos a la condición de las personas, dentro de los que se incluirían los relativos a la capacidad de las personas, se tramitaran por el procedimiento de mayor cuantía. Así pues, a partir entonces es cuando se instaura en nuestro ordenamiento jurídico la

¹⁵ *Vid. ibidem*, p. 129.

necesidad de la declaración previa de incapacitación. Esta necesidad de declaración previa de incapacitación, introducida por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, perdura hasta nuestros días.

Claramente, los motivos que llevan al legislador a introducir la necesidad de declaración de incapacidad a través de sentencia radican en la dificultad para determinar quién reúne las características suficientes para ser considerado incapaz y salvar el trance del peligro de que se abuse de la situación de una persona atribuyéndole un mal que no tiene¹⁶.

De esta Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, actualmente permanecen expresamente en vigor (en virtud de la disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil) determinados los preceptos que regulan la Jurisdicción Voluntaria en tanto no se promulgue una Ley sobre esta materia. A este respecto, es cierto que se aprobó un Anteproyecto de Ley sobre Jurisdicción Voluntaria en el año 2007 que se ocupaba de regular, entre otras cuestiones, la autorización judicial de los ingresos no voluntarios de las personas con trastornos psíquicos¹⁷. Este anteproyecto fue definitivamente abandonado y hasta la actualidad no se ha aprobado nueva regulación en esta materia.

En definitiva, en el Código civil español, al mayor se le presume *iuris tantum* la capacidad de obrar plena, esto significa que sólo se puede incapacitar a través de sentencia judicial¹⁸ que declare la incapacidad cuando una enfermedad o una deficiencia física o psíquica impiden que la persona ejercite por sí misma sus derechos. La doctrina del Tribunal Supremo es clara al respecto: “la capacidad mental se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente en contrario, requiriéndose en consecuencia una cumplida demostración mediante una adecuada prueba directa”¹⁹. En este sentido, el art. 200 del Código civil español literalmente dice: “Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por si misma”. Por tanto, son básicas la persistencia y la imposibilidad de autogobierno. Si estas son las

¹⁶ C. Guilarte Martín-Calero, op. cit., pp. 36ss.

¹⁷ Al hilo de esta cuestión, A. Fernández De Buján, en *La jurisdicción voluntaria en el marco del Estado constitucional de derecho*, “Anales de la Academia Matritense del Notariado” XLVII (2007) 601-655, pp. 608ss., pone de manifiesto que, en la discusión de dicho Proyecto, por el representante del CERMI (Comité español de representantes de personas con discapacidad), se resaltó el carácter garantista del procedimiento previsto y la exigencia de dos millones de personas en España a las que afecta algún tipo de enfermedad mental, así como la necesidad de no obligar a muchas de estas personas que se encuentran en situaciones angustiosas a acudir a una incapacitación legal para poder garantizar la continuidad de un tratamiento, que consideran no sólo excesivo sino estigmatizante.

¹⁸ El art. 199 del Código civil español declara que “nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas por la ley”.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2005 (nº de referencia de Tirant on Line 759.112).

premisas que este tribunal tiene en cuenta a la hora de determinar o no la incapacidad de determinado sujeto, nos podemos encontrar con toda una serie de personas con discapacidad no incapacitable que también necesitan asistencia y protección²⁰. Desafortunadamente, para estas personas, no hay, en principio, posible asistencia dado que el vínculo entre incapacidad y tutela en general es tan estrecho que sin la primera no se “ejecuta” la segunda.

De esta suerte, la sentencia de incapacitación determinará el régimen de tutela aplicable al incapacitado. En definitiva, si una persona es declarada incapaz, la ley prevé los mecanismos con los que puede llegar a ejercer sus derechos y obligaciones. Fuera de esta eventualidad queda la denominada guarda de hecho, regulada en los arts. 303, 304 i 306 del Código civil español. Su origen se encuentra en la situación *de facto* de determinadas personas que, sin ningún título que los habilite, asumen la protección de un menor – circunstancia que queda fuera de nuestro estudio – o de un “presunto incapaz” (las comillas son nuestras), es decir, la guarda de hecho para supuestos de discapacitados mayores de edad que se encuentran sujetos a la atención de un familiar o de una institución²¹. En atención a la actividad, estos guardadores realizarían funciones que en realidad corresponden a un tutor o a un curador. Para Rogel Vide²² la regulación actual de la guarda de hecho que hace el Código civil español es limitada e incorrecta, contiene errores e imprecisiones dado que olvida problemas que se presentan en una figura que ni siquiera se delimita; para este autor, “la guarda de hecho es una institución, una situación, una regulación jurídica informal, todo lo irregular que se quiera, pero no es un hecho jurídicamente irrelevante”²³. Gayar

²⁰ Se realizó un análisis estadístico por S. Delgado Bueno, J.M. Ruiz de la Cuesta, *Aspectos Médicos-legales del internamiento y de la incapacitación*, “Los discapacitados y su protección jurídica. Estudios de Derecho Judicial” Madrid 1999, 23–103, pp. 70ss, en el que los autores concluyen que el supuesto de retraso mental en sus distintos grados (grave, moderado y leve) es admitido por la jurisprudencia como causa de incapacitación total o parcial en atención a la gravedad, ello demuestra que la jurisprudencia hace depender la incapacitación no tanto de la enfermedad que padece el presunto incapaz, sino a los efectos que proporciona su patología. En este sentido, y siguiendo a I. Sancho Gargallo, *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Valencia 2000, p. 111, el juez limita la incapacitación a los ámbitos a los que realmente afecta la deficiencia o la patología y en los que la necesidad de protección es evidente, no obstante, los retrasos mentales leves, por ejemplo, pueden no proporcionar una sentencia de incapacitación, ni siquiera parcial.

²¹ Nos encontraríamos frente a una incapacidad de hecho que sí reconoce el Derecho penal dado que no utiliza el término incapacitado para describir los supuestos de inimputabilidad del art. 20 del Código Penal, es decir, la sentencia de incapacidad dictada por el tribunal civil no tiene trascendencia para un tribunal penal, éste decide autónomamente si el declarado incapaz es o no inimputable, más aun, reconoce la incapacidad de hecho cuando afirma en su art. 25 que “a los efectos de este código se considera incapaz toda persona, este o no declarada su incapacidad, siempre y cuando padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar por ella misma su persona o a los suyos”.

²² C. Rogel Vide, op. cit., p. 32.

²³ *Ibidem*, p. 79.

y Léete²⁴ afirman que la guarda de hecho es “una actividad ilegal”. Como destaca Sancho Gargallo²⁵, los presupuestos para que se de una guarda de hecho sobre presuntos incapaces son: Que una persona mayor de edad se encuentre afectada por una causa de incapacitación por falta de autogobierno sin que sea previsible su recuperación, que no haya sido incapacitado y que en la práctica se esté haciendo cargo de su atención personal o patrimonial un tercero²⁶. Se trata de una interpretación amplia dado que, como hemos avanzado, el Código civil español no describe, no identifica y no delimita la guarda de hecho.

En conclusión, el problema esencial con el que nos encontramos es que los individuos con una capacidad intelectual límite, con alguna patología psíquica, con una minusvalía física que se lo impida o con una severa ancianidad: ¿no tienen derecho a una protección legal como los otros ciudadanos? Estas personas necesitan un plus de asistencia para determinados actos personales o patrimoniales. Probablemente se debería arbitrar un procedimiento sin el requisito de la incapacitación para nombrar un guardador que buscara el beneficio personal y patrimonial de la persona guardada. Entre otros factores, muy probablemente esta situación deriva de un desconcierto legislativo sobre los conceptos de discapacidad e incapacidad judicial²⁷, de forma que quizá no fuera aventurado propiciar en el ordenamiento jurídico-civil el reconocimiento de una incapacidad de obrar de hecho sin necesidad de la previa incapacitación judicial siguiendo el ejemplo de la ley alemana en el sentido de configurar un sistema de guarda de mínimos, sin duda, con la finalidad mantener un nivel máximo de autodeterminación y de autonomía privada al tiempo que se presta asistencia. Todo ello sin perjuicio de la necesaria incapacitación judicial en lo supuestos recogidos en la norma para evitar actos nulos o anulables.

En países de nuestro entorno de clara tradición romanística se están produciendo en los últimos años cambios sustanciales que, en parte, evocan una vuelta al principio romano de innecesariedad de incapacitación judicial previa. Así por ejemplo, la institución del *sauvegarde de justice*, del Derecho

²⁴ T. Ogáyar, J.M. Lete, *De la Guarda de Hecho*, “Comentarios Al Código Civil y Compilaciones Forales dirigidos por Manuel Albadalejo”, T. IV, Madrid 1985, p. 493.

²⁵ I. Sancho Gargallo, op. cit., p. 298.

²⁶ Siguiendo a C. Rogel Vide (op. cit., p. 53), hablaríamos de guarda de hecho en los siguientes casos: Cuando alguien, sin tener potestad legal sobre un menor o obre un presunto incapaz ejerce alguna de las funciones tutelares, o se encargue de su custodia y protección de la administración de su patrimonio o de la gestión de sus intereses; cuando quien ejerce la tutela sea una persona afectada por causa de inhabilidad legal; cuando el tutor designado haya comenzado a realizar sus funciones sin dar cumplimiento a los requisitos legales; cuando el tutor haya prolongado el ejercicio de la tutela cuando hubiera debido acabarla; por último, las personas en las que los titulares de la patria potestad pretendan delegarla.

²⁷ Así lo pone de manifiesto I. Cordero Cutillas, *Discapacidad e incapacidad judicial en el Derecho civil ¿conceptos sinónimos?*, “CEF Legal” 55-56, agosto-septiembre 2005, 3-44, p. 7.

civil francés ofrece como novedad un mecanismo de protección de las personas disminuidas que precisan de ayuda en el ejercicio de sus derechos. Esta figura no implica la alteración de su capacidad, pero sí puede preceder a una medida más grave, en cuyo caso reviste un carácter provisional y de urgencia. Con esta institución se concibe que el juez pueda colocar bajo la protección de la justicia quien tuviere las facultades mentales alteradas por una enfermedad, una dolencia o un debilitamiento debido a la edad, o tuviere alteradas sus facultades corporales y que requieran bien una protección legal temporal, o bien estar representados en el ejercicio de ciertos actos. Se establece que la alteración de las facultades mentales o corporales debe declararse médicamente. Una de las peculiaridades que ofrece esta institución (art. 435 del *Code*²⁸) consiste en que la persona colocada bajo la institución de la *sauvegarde de justice* mantiene el ejercicio de sus derechos. Únicamente cuando una persona deba estar representada de forma continua en los actos de la vida civil se impone el nombramiento de tutor para aquellos casos en los que la figura de la *sauvegarde de justice* no pueda garantizar una protección suficiente.

De todo ello parece desprenderse que, a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento jurídico, con la *sauvegarde de justice*, no se requiere la previa incapacitación ya que a quien se halla bajo dicha protección no se le priva de capacidad. El Juez determinará aquellos actos que no podrá realizar bajo pena de nulidad y siempre previo dictamen médico pericial.

Otro ejemplo es el proporcionado por el Derecho civil italiano en el que, como pone de manifiesto Rivero Fernández²⁹, la incapacitación tiene lugar mediante dos mecanismos: La *interdizione*, que comporta una incapacidad de obrar absoluta del sometido a ella, con nombramiento de tutor, representante legal del incapacitado, requiere enfermedad mental, grave y habitual, que impida a la persona cuidar de sus intereses (semejante al autogobierno, del art. 200 Código civil español); y la *inabilitazione*, que para una parte de la doctrina se trata de una especie de incapacidad relativa, no requiere enfer-

²⁸ Artículo 435 introducido por la Ley nº 2007-308, de 5 de marzo de 2007 (en vigor desde el 1 de enero de 2009): “La personne placée sous sauvegarde de justice conserve l'exercice de ses droits. Toutefois, elle ne peut, à peine de nullité, faire un acte pour lequel un mandataire spécial a été désigné en application de l'article 437. Les actes qu'elle a passés et les engagements qu'elle a contractés pendant la durée de la mesure peuvent être rescindés pour simple lésion ou réduits en cas d'excès alors même qu'ils pourraient être annulés en vertu de l'article 414-1. Les tribunaux prennent notamment en considération l'utilité ou l'inutilité de l'opération, l'importance ou la consistance du patrimoine de la personne protégée et la bonne ou mauvaise foi de ceux avec qui elle a contracté. L'action en nullité, en rescision ou en réduction n'appartient qu'à la personne protégée et, après sa mort, à ses héritiers. Elle s'éteint par le délai de cinq ans prévu à l'article 1304”.

²⁹ F. Rivero Hernández, Ponencia “Curatela y otras formas posibles de protección de personas ancianas disminuidas”, impartida el 3.09.2002 en el Congreso sobre tutela institucional y protección de los incapaces, Bilbao, del 2 al 4 de Octubre de 2002, [online] <www.inforesidencias.com>.

medad mental grave, sino menos grave que para la interdicción, o situaciones de menor entidad (pródigos, quienes ponen en riesgo económico a su familia o a sí mismos, los adictos a drogas o bebida, etc.). Los “inhabilitados” están sometidos a curatela, pueden realizar por sí mismos actos de administración ordinaria, pero necesitan de la asistencia del curador para los de extraordinaria administración.

El Código civil italiano fue profundamente reformado por la Ley 6 de 9 de enero de 2004, mediante la que el Parlamento italiano se ocupó de introducir importantes modificaciones relativas al establecimiento de la protección civil de los enfermos mentales, creando una institución denominada *amministrazione di sostegno*. Esta institución tiene el propósito de proteger, con la mínima limitación posible la capacidad de actuar, de los que no pueden desempeñar todas o parte de las funciones de la vida cotidiana. Para ellos se contempla la posibilidad de poder ser asistido por un administrador de apoyo, designado por el tribunal del lugar donde tiene su residencia o domicilio. El nombramiento del “administrador de apoyo” se efectuará exclusivamente para la atención y en interés del beneficiario. Se permite que el administrador sea designado por el mismo solicitante, en previsión de su incapacidad posible en un futuro, designación que podrá efectuarse mediante escritura pública o privada certificada.

Otro ejemplo ofrece el Derecho civil alemán, las reformas del BGB³⁰ que se han ido sucediendo desde el año 1990 representan una quiebra de los modelos clásicos de tutela y curatela por cuanto éstas, para el caso de los mayores de edad³¹ se sustituyeron por un sistema de de guarda legal único: la *Betreuung* o asistencia³², ello significa que ha sido sustituida la figura de la incapacitación por una institución única de protección de la persona de avanzada edad y de aquella que necesita asistencia por sufrir cualquier tipo de discapacidad por pequeña que sea. En sentido general, el objetivo de esta modificación fue llegar al máximo respeto del ámbito de libre determinación

³⁰ En particular se trata de las siguientes leyes: *Gesetz zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige (Betreuungsgesetz – BtG)*. Esto es, Ley para la reforma del derecho de tutela y curatela para mayores de edad – ley de asistencia – de 12 de septiembre de 1990, su entrada en vigor tuvo lugar en 1 de enero de 1992. “Bundesgesetzblatt”, teil 1990, pp. 2000ss, y la *Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts sowie weiterer Vorschriften (Betreuungsänderungsgesetz – BtÄndG)*. (Ley para la modificación del derecho de asistencia así como otras disposiciones) de 25 de junio de 1998, que entró en vigor el 1 de enero de 1999. “Bundesgesetzblatt”, teil I 1998, pp. 1580ss.

³¹ Para los menores rigen otras disposiciones del Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) y los tribunales competentes son los tribunales de familia de los Amtsgerichte (AG).

³² Elegimos la traducción propuesta por M. García-Ripoll Montijano, *La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo*, “Actualidad Civil” 21, 24 al 30 de mayo 1999, 553–581, p. 557, n. 19, a pesar de que el autor manifiesta que la propia expresión “Betreuung” fue rechazada en las conclusiones del 57. Juristentag (t. II, p. 252) dado que se utiliza en el ámbito del Derecho público en otros contextos, fundamentalmente en el de la asistencia social.

del asistido, de forma que la designación de un *Betreuer* (asistente) no interfiera directamente en la capacidad de libre actuación del asistido puesto que éste no ha sido declarado incapaz judicialmente³³. En particular, los párrafos del BGB modificados por la *Betreuungsgesetz* – en adelante BtG – en relación con la derogación de la tutela y la curatela de los mayores de edad fueron desde el § 1896 al § 1908k del BGB. Las consecuencias inmediatas de esta modificación se resumen en los siguientes puntos:

– Desde el punto de vista procesal se deroga la incapacitación³⁴, dado que se permite el nombramiento de asistente sin necesidad de una incapacitación judicial previa.

– El procedimiento se regula ahora en la jurisdicción voluntaria y es competente el tribunal de tutelas³⁵ que se integra en los diferentes juzgados de primera instancia – *Amtsgerichte*.

– Se da más importancia a cuestiones de carácter personal que a las estrictamente patrimoniales y se regula con detenimiento el nombramiento y actividades del asistente.

En este punto, y aunque sin entrar en detalle, avanzamos alguno de los motivos que propiciaron la necesidad de la ley de modificación de 1998 (*Betreuungsänderungsgesetz* – en adelante BtÄndG). Uno de dichos motivos fue el de los excesivos gastos de remuneración³⁶ del asistente puesto que, en origen, la previsión fue que el cargo de *Betreuer* fuera remunerado. Esta necesaria remuneración del asistente llegó a ser una carga financiera no asumible por la Administración Pública alemana; sin duda, el legislador alemán erró en los presupuestos de partida: presumió que los afectados serían asistidos voluntariamente y, por tanto, sin coste, sin embargo, los hechos se desarrollaron de forma diversa: los familiares no se hicieron cargo y tampoco soportaron los costes de remuneración de un tercero. Otro de los aspectos modificados por la BtÄndG fue el hecho de que a la *Betreuung* se le adjuntara el adjetivo *rechtliche* – *rechtliche Betreuung* – en el sentido en que las labores del asistente son exclusivamente las necesarias para el cuidado

³³ Vid. en este sentido M. Oelkers, *Internationales Betreuungsrecht*, Frankfurt 1996, pp. 49ss. A pesar de la denominada “reserva de asentimiento” o necesaria conformidad del asistente – a la que nos dedicamos más adelante – siempre y cuando dicho consentimiento sea esencial a fin de evitar un peligro grave para la persona o para el patrimonio del asistido, para estos supuestos el Tribunal de Tutela (*Vordmundsgericht*) establece la necesidad del asentimiento previo del asistente – § 1903 del BGB.

³⁴ Hasta la entrada en vigor de la BtG de 1992, la demanda de asistencia significaba automáticamente la incapacidad jurídica.

³⁵ En efecto, el proceso no se regula en la Ley de procedimiento civil sino en la Ley sobre asuntos de jurisdicción voluntaria – *Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*.

³⁶ A decir de M. Oelkers, op. cit., pp. 49–57, las antiguas instituciones tutelares eran ejercidas por profesionales pero con una remuneración no demasiado alta, de forma que esos profesionales llegaban a asumir un gran número de tutelas para obtener buenos beneficios económicos.

jurídico del asistido, así quedan excluidas las actividades que signifiquen asistencia material. Igualmente, la posibilidad de que las personas sanas otorguen un poder³⁷ para el caso de que lleguen a enfermar – *Vorsorgevollmacht* – de forma que se hace innecesaria la constitución de la asistencia y se descarga a la administración de justicia y al fisco. Como contrapartida el nivel de la autonomía de la voluntad es mayor dado que la persona autogestiona su eventual merma de capacidad. En efecto, el BGB otorga carácter subsidiario a la asistencia por cuanto ésta será necesaria exclusivamente para aquellos asuntos que el discapacitado no pueda resolver por sí mismo y siempre y cuando no tenga apoderado jurídico.

Concluyendo, en el derecho alemán, el nombramiento de un asistente no afecta en absoluto a la capacidad de libre actuación del asistido. La incapacidad de obrar de un mayor de edad en Derecho alemán sólo se produce cuando se da el caso del § 104.2³⁸: “quien se encuentra en un estado de perturbación enfermiza de la actividad mental, excluyente de la libre determinación de la voluntad, en tanto este estado no sea transitorio conforme a su naturaleza”. De esta forma, exista asistente o no, los actos realizados en este estado son insubsanables, son nulos de pleno derecho.

De lo expuesto se presume un “relativo retorno” al principio romano según el cual, la falta en la capacidad de obrar se producía *ipso iure*, con todo, el tratamiento que el Derecho Romano efectuaba de las figuras asistenciales no ha variado mucho a lo largo de la Historia, sin que haya sido necesaria la declaración de incapacidad previa al nombramiento de la figura

³⁷ Mediante este poder se otorga a una persona “de confianza” un poder jurídico-negocial para asistir en todos los campos de la vida personal, económica y legal (incluida la decisión sobre tratamiento médico, así como hospitalización o entrada en un asilo) y convalida expresamente el poder para el caso de enfermedad, incapacidad negocial y muerte. Según el § 1896.2 del BGB no se puede producir la designación de un asistente a través del tribunal de tutelas para una persona que esté discapacitada por enfermedad, invalidez o vejez si existe un poder negocial otorgado por el discapacitado a favor de determinada persona. La ley no prescribe ninguna forma especial para este poder, no obstante, en la norma se indican las ventajas de la forma escrita y, en particular, de la escritura notarial – en este sentido *vid.* Cypionka, *Die Auswirkungen des Betreuungsgesetzes auf die Praxis des Notars*, “Deutsche Notar-Zeitschrift” 1991, p. 573. En definitiva, el nombramiento de asistente no es necesario cuando el mayor de edad designa a un apoderado para el caso de su discapacidad, bien entendido que el Derecho alemán considera que el mandato no se extingue por la muerte del mandante ni por la producción de la incapacidad negocial (§ 672 del BGB), de esta suerte, se configura un poder de previsión que no se extingue por incapacidad de obrar sobrevinida y ésta tampoco es causa de extinción del contrato de mandato. Sin embargo, siguiendo a M. García-Ripoll Montijano, *op. cit.*, p. 557, el no exigir forma especial para el otorgamiento de este poder – simplemente se recomienda su escritura pública – puede llegar a ocasionar ciertos abusos de los apoderados para con sus poderdantes, para evitar esto, se ha previsto el nombramiento de un asistente que controle al apoderado.

³⁸ “Geschäftsunfähig ist: 1. Wer nicht das siebente Lebensjahr vollendet hat. 2. Wer sich in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist”.

del tutor o curador hasta tiempos relativamente recientes, concretamente en el Código civil español se introduce tal necesidad en el siglo XIX con la LEC de 1881 por la influencia del Código civil francés napoleónico.

Muy probablemente como consecuencia de un intento de respeto máximo a la autonomía privada, el legislador se ha preocupado por articular instituciones que permitan desarrollar actividades asistenciales sin afectar a la capacidad de obrar del sujeto, esto es, se persigue la búsqueda de un equilibrio entre la necesaria protección y asistencia del mayor que pueden llevar a cabo determinadas personas o instituciones sin que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sea necesaria la previa incapacitación judicial.

Streszczenie

Brak konieczności sądowego stwierdzenia ubezwłasnowolnienia osób niepełnosprawnych: założenia powrotu do zasad prawa rzymskiego w niektórych ustawodawstwach europejskich

W artykule dokonano komparatystycznej analizy instytucji całkowitego i częściowego pozbawienia zdolności do czynności prawnych, począwszy od starożytnego Rzymu po Hiszpanię, Włochy i Niemcy. Autor odwołuje się do zasady prawa rzymskiego, zgodnie z którą utrata zdolność do czynności prawnych z powodu choroby psychicznej następowała *ipso iure*. W Hiszpanii zmiany do kodeksu postępowania cywilnego zostały wprowadzone w 1881 r. pod wpływem francuskiego kodeksu Napoleona.

Zwrócono szczególną uwagę na dwa zagadnienia włoskie: *interdizione* – całkowite pozbawienie zdolności do czynności prawnych i *inabilitazione* – częściową utratę zdolności do czynności prawnych oraz niemieckie *Betreuung* – pomoc dla osób zaawansowanych wiekiem.