



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

LA APTITUD MATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL COGNITIVA

DESDE ROMA HASTA LA ACTUALIDAD

Maria Cano Ortega

NIUB: 16474853

Trabajo Final de Grado

Derecho Romano – G5

Tutora: Dra. Patricia Panero Oria

Segundo semestre, curso académico 2020-2021

SUMARIO

| | |
|---|----|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| 1. DE LOS <i>FURIOSI</i> A LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL COGNITIVA | 3 |
| 1.1. Terminología y concepto | 3 |
| 1.1.1. <i>Furiosi</i> | 3 |
| 1.1.2. Retrasado mental | 6 |
| 1.1.3. Discapacitado cognitivo | 7 |
| 1.1.4. Persona con diversidad funcional cognitiva | 10 |
| 1.2. La condición jurídica | 12 |
| 1.2.1. La capacidad jurídica y de obra en Roma | 12 |
| 1.2.2. La capacidad jurídica y de obrar tras la Convención de Nueva York de los derechos de las personas con discapacidad del 13 de diciembre de 2006 | 16 |
| 2. LA CURATELA | 20 |
| 2.1. La <i>cura furiosi</i> | 21 |
| 2.2. La curatela según el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal de 17 de julio de 2020 | 25 |
| 3. EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL COGNITIVA | 31 |
| 3.1. Matrimonio de los <i>furiosi</i> en Roma | 31 |
| 3.1.1. <i>Dilucida intervalla</i> | 32 |
| 3.2. Matrimonio de las personas con diversidad funcional cognitiva | 34 |
| 3.2.1. La persona con diversidad funcional cognitiva sin la capacidad modificada judicialmente | 35 |
| 3.2.2. La persona con diversidad funcional cognitiva con la capacidad modificada judicialmente y el intervalo lúcido | 37 |
| 3.2.3. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y el artículo 56.2 del Código Civil | 40 |
| CONCLUSIONES | 46 |
| BIBLIOGRAFÍA | 50 |

INTRODUCCIÓN

Todo jurista conoce la expresión romana *ubi homo ibi societas, ubi societat ibi ius*, y es sabido que en la actualidad toda persona es considerada sujeto de derecho y deberían ser tratadas de forma igual. Pero ¿de verdad podemos decir que se trata de forma igual a todas las personas de la sociedad?

La gente con diversidad funcional siempre ha sufrido discriminación por el hecho de actuar, y de ser, diferente a lo que la sociedad considera como “normal”; hecho que ya podemos ver reflejado en la época romana.

En Derecho Romano, los *furiosi*, las personas que eran consideradas locos, eran tratadas como personas que no tenían capacidad para hacer nada, y como veremos, también se encontraban ante la imposibilidad de contraer matrimonio. Sin embargo, en el supuesto de que contrajeran matrimonio este únicamente sería considerado válido si el mismo fuera contraído durante un intervalo lúcido del *furiosus*.

Sabiendo la influencia que el Derecho Romano ha tenido, y sigue teniendo, tanto en nuestro Ordenamiento como en otros ordenamientos europeos, con este trabajo se pretende realizar, por un lado, un *status quaestionis* sobre la aptitud matrimonial de las personas con diversidad funcional intelectual y mental, analizando también dicha situación en Derecho Romano, y por otro lado, pretendemos estudiar de forma breve la institución de la *cura furiosi* y la curatela en el actual Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020.

El motivo de tratar tanto el derecho a contraer matrimonio de este colectivo, como la institución de la curatela, se justifica en el hecho de que parte de este grupo se encuentra incapacitado y sujeto a esta institución, lo que nos lleva preguntarnos si a pesar de estar sujetos a la misma puede considerarse que estas personas tienen la aptitud para contraer matrimonio. Así pues, también hablaremos de cómo se regula esta institución, para comprobar posteriormente si esta influye en el momento de determinar si estos sujetos tienen la aptitud matrimonial requerida para contraer matrimonio.

Por consiguiente, este trabajo versará sobre la aptitud matrimonial de las personas con diversidad funcional cognitiva¹ desde el punto de vista de Roma y en la actualidad; pues es este colectivo en concreto el que ve afectada su capacidad de obrar a causa de la diversidad funcional

¹ Según COOPERATIVA ALTAVOZ, *Observación General n°1 de 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas*, p. 4, la denominación ‘discapacidad cognitiva’ engloba las personas con diversidad funcional intelectual, enfermedad mental y la demencia, afectando todas ellas a la capacidad de obrar de estos sujetos. En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, se refiere, en su artículo 1, a las mismas como discapacidad intelectual y mental. Pero, como hacen muchos autores, entre ellos Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*, p. 35, para referirse al conjunto de estas diversidades funcionales, lo hace denominándolas “Discapacidades psíquicas”.

por la que están afectados, pudiendo ser que la misma les impida ejercer de forma plena todos sus derechos, centrándonos en concreto en su aptitud matrimonial.

Para realizar un estudio de este tipo, la metodología a seguir no es otra que el estudio doctrinal de todos los autores que han tratado la institución de la *cura furiosi*, junto con los estudios que se han realizado sobre el tratamiento jurídico de las personas con diversidad funcional cognitiva, y toda la legislación vigente, y el reciente proyecto de ley, que traten sobre la institución de la curatela y el derecho a contraer matrimonio de este colectivo.

A fin de conseguir realizar este trabajo de la mejor manera posible, se ha determinado que es imprescindible dedicar el primer apartado a comentar la evolución terminológica y conceptual acaecida desde el Derecho Romano hasta la actualidad de este colectivo; seguida de un segundo apartado donde se comentará la institución de la curatela, viendo en qué supuestos eran estas personas sujetas a la *cura furiosi*, y por el contrario, veremos en qué supuestos prevé el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020, por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con diversidad funcional en el ejercicio de su capacidad jurídica, que estas personas sean sujetas a la curatela, puesto que este Proyecto de Ley propone una reforma importante de esta institución, al ser vista en la actualidad como la medida de apoyo principal para las personas con diversidad funcional cognitiva.

En el tercero y último apartado, pretendemos tratar la parte central del trabajo, es decir, la aptitud matrimonial de este colectivo, tanto en Roma como en la actualidad, relacionándolo actualmente con la reforma prevista en la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio de 2015, en concreto, la modificación efectuada sobre el artículo 56.2 del Código Civil, para comprobar si las personas con diversidad funcional cognitiva², estén o no incapacitadas por haber sido modificada judicialmente su capacidad, tienen aptitud matrimonial, y por ende, podrían, si quisieran, llegar a contraer matrimonio.

² Aún y ser utilizado en el ámbito jurídico el término de discapacidad, creemos oportuno con este trabajo, no únicamente hacer un estudio sobre la aptitud matrimonial de este colectivo concreto, sino también aprovechar para concienciar a la sociedad, y en este caso, a los miembros del ámbito jurídico, para iniciar el cambio en la denominación de discapacitado a personas con diversidad funcional.

1. DE LOS *FURIOSI* A LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL COGNITIVA

La terminología para referirse a las personas con diversidad funcional cognitiva es más antigua de lo que nos imaginamos. Ya en época romana tenían diferentes maneras para referirse a este colectivo, incluso diferenciaban según el tipo de diversidad funcional que padeciera el sujeto³, señalando DILIBERTO, que el origen terminológico, al menos, en cuanto a las enfermedades mentales “está relacionado con el fenómeno de que numerosas deidades reciben nombres de enfermedades o funciones fisiológicas particulares”⁴.

Por ello, como veremos a continuación, podemos decir que se ha producido una evolución tanto terminológica como conceptual con la cual dirigirse a este colectivo de personas.

1.1. Terminología y concepto

1.1.1. *Furiosi*

A diferencia del modelo de diversidad funcional que rige en la actualidad “en el mundo Antiguo se practicó el denominado *modelo de prescindencia*⁵, caracterizado principalmente por la imagen negativa y el rechazo que suscitaban los discapacitados en el resto de ciudadanos”⁶.

Es por ello que en Roma, para categorizar a los ciudadanos que tuvieran alguna diversidad funcional o alguna deformidad⁷ tenían como punto de partida “las manifestaciones exteriores de los sujetos”, puesto que no fue hasta la posterior aparición del psicoanálisis moderno que se dispuso de más criterios⁸.

La terminología que era utilizada en las fuentes con más frecuencia para referirse a las personas con diversidad funcional cognitiva era “poco estable y técnica”⁹, pero en las fuentes jurídicas de la época clásica el término utilizado para referirse al grupo de personas que hoy

³ En concreto, se reconocían las diversidades funcionales que afectaban a los sentidos, utilizando los términos *caecus*, *surdus*, *mutism*. Gershon BERKSON, «Mental disabilities in Western Civilization From Ancient Rome to the Prerogative Regis», p. 33.

⁴ Oliviero DILIBERTO, *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*, p. 28. Entre otros ejemplos el autor menciona *Febris*, *Salus*, o *Furiae*.

⁵ Hoy lo denominamos así, pero en la época romana no tenían una denominación para describir estos hechos, como veremos que también sucedía con los conceptos de capacidad jurídica y de obrar.

⁶ Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad», p. 50.

⁷ GARLAND, 2010, citado por CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p. 50, apunta que no se puede decir con certeza que la terminología para referirse a estas personas hiciera distinción entre las que padecieran algún tipo de diversidad funcional o deformidad.

⁸ Núria COCH ROURA, «La curatela a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la *cura furiosi*», p. 18.

⁹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p. 53.

identificamos con el término de diversidad funcional cognitiva, era principalmente el término *furiosus*¹⁰, siendo muy probable que se refiriera a cualquier tipo de diversidad funcional cognitiva en general¹¹, siendo dicha afirmación también válida en relación con el texto de las XII Tablas, es decir, en la época arcaica¹².

A pesar de no tener mayor constancia del término *furiosus*¹³ hasta la época clásica y postclásica, los juristas romanos recogieron “rica terminología literaria [aunque] no siempre en un sentido suficientemente técnico”¹⁴.

Como hemos dicho, a partir de la época clásica se empieza a tener un mayor conocimiento de esta situación, de la locura, pues entran en contacto con la medicina¹⁵ dejando de lado la idea de que la causa de estas diversidades funcionales fueran consecuencia de castigos divinos¹⁶ o posesiones divinas¹⁷; aunque su conocimiento seguía siendo limitado, puesto que la finalidad que perseguían no era la de hacer un mejor diagnóstico de las diferentes situaciones, sino “regular las relaciones sociales y jurídicas en las que intervenían los que verosíblemente tenían problemas psíquicos”¹⁸.

Si bien hemos dicho que el término *furiosi* era el más utilizado para referirse al colectivo que hoy llamamos personas con diversidad funcional cognitiva, este aludía concretamente a toda aquella “persona privada de razón o inteligencia que puede (...) disfrutar de algunos intervalos de lucidez”¹⁹, mientras que para hacer referencia al grupo de personas que presentaban alguna

¹⁰ *Ibidem*, p. 53. La primera, y única mención que se encuentra de este término en época arcaica es en las XII Tablas, en concreto la Tabla 5.7.a: *Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*. Aunque, a pesar de las diferentes formas de diversidad funcional que podían existir, en las XII Tablas no se hacía diferenciación alguna, BERKSON, p. 33. Una posible justificación de no existir esta distinción podía deberse, como comenta Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p. 195, a que “sólo se habría previsto la situación de aquellos casos que revestían una especial gravedad o agresividad”.

¹¹ BERKSON, p. 33.

¹² DILIBERTO, p. 42. La Tabla 5.7.a, por tanto, hacía referencia “a cualquier malestar mental grave e inequívoco (...) suficientemente grave como para ser evidente, pero no necesariamente incurable”, pp. 41-42.

¹³ Entre otras referencias que encontramos, y que definen este término está Gayo en Gai. 3, 106: (...) *qui non intelligit quid agat*; o como se refiere Francesco CALASSO, *Enciclopedia del diritto*, p. 491, en Ulp. Reg. 20.13: *qui mentem non habet*.

¹⁴ CÁSTAN PÉREZ-GOMÉZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p. 54. Menciona entre otros: *non sanae mentis*, *cerritus* (loco, furioso), *ineptus*, *stultus*, etc.

¹⁵ *Ibidem*. Destaca BERKSON, p. 31 que el origen de los conceptos y términos sobre las diversidades funcionales, tanto a nivel legal como médico, tiene su origen en la filosofía Estoica.

¹⁶ Carlos EGEA GARCÍA y Alicia SARABIA SÁNCHEZ, «Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad», p.17 y María Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de Noviembre de 2002)», p.5, señalan que en esa época se consideraba a “los dioses y los poderes divinos [como] los responsables directos” de la locura. También María Lourdes MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «Tutela y curatela en Derecho Romano», p. 8, indica que este castigo por haber ofendido a los dioses “perseguía al autor de la ofensa y a sus descendientes”.

¹⁷ DILIBERTO, p. 32.

¹⁸ CÁSTAN PÉREZ-GOMÉZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p. 54.

¹⁹ *Ibidem*, p. 53. Aunque para Zamir MOLINA PIDIACHE, «La capacidad jurídica en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: una reflexión entorno al cambio de paradigma en la doctrina clásica y el formalismo jurídico», p.9, el *furiosus* se encontraba completamente privado de razón, tuviera o no intervalos lúcidos.

diversidad funcional cognitiva absoluta y continua, es decir, sin posibles intervalos de lucidez, el término usado mayoritariamente era *mente captus*²⁰, aplicándose sobre todo a “enfermos menos violentos”²¹.

Esta distinción en la terminología y en el concepto no se produce de forma más nítida hasta las fuentes de la época postclásica²², pues en el Derecho clásico los términos *furiosus*, *demens* y *mente captus* “se aludían (...) como sinónimos”²³, y es en Derecho postclásico que entienden que para referirse a enfermedades que afectaban a la inteligencia de forma continua y absoluta, es decir, que afectaban de forma permanente²⁴, no debían utilizar el término *furiosus*²⁵, puesto que implicaba que podía haber una posibilidad de *intervalos lúcidos*, siendo por tanto, la diversidad funcional a la que se hacía referencia con el término *mente captus*²⁶ la diversidad funcional intelectual²⁷, marcando así la ausencia de intervalos lúcidos.

Pero a pesar de producirse esta distinción, ambas situaciones, al final tenían el mismo tratamiento jurídico, o muy parecido²⁸, al tener afectada, en ambos casos, la habilidad de entender de forma plena²⁹.

²⁰ *Ibidem*, p. 54. También utilizaban el término *demens*, puesto que como señala BERKSON, pp. 33-34, ambos parecen referirse a una “disfunción cognitiva general”.

²¹ José Luis ZAMORA MANZANO, «Familia y discapacidad en el derecho romano: a propósito de los intervalos lúcidos del discapacitado», p. 4.

²² CÁSTAN PÉREZ-GOMÉZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p. 55, y Antonio AZARA y Ernesto EULA, *Novissimo Digesto Italiano*, p. 688. Esta distinción más clara en los s. V-VI, no se puede decir que fuera siempre precisa, pero como señala CÁSTAN PÉREZ-GOMÉZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p. 55, “en el mejor de los casos se puede deducir de las fuentes que abordan el problema de los intervalos de lucidez y otros aspectos relacionados con su capacidad”. La justificación de la dificultad en la distinción puede ser causada, como indica BERKSON, p. 29, por no tener una clara diferenciación conceptual entre ambos términos. Hay que tener presente que el hecho de que hubieran empezado a tener contacto con la medicina no implica que a nivel conceptual tuvieran una distinción inequívoca.

²³ ZAMORA MANZANO, p. 4.

²⁴ Señala Eusebio DÍAZ, *Instituciones de derecho romano*, p. 270, que las enfermedades de carácter crónico, del espíritu, eran denominadas enfermedades *vitium*, pero como señala MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «De la *cura furiosi*», p. 5, esta distinción entre las enfermedades del espíritu y del cuerpo no se distinguían en los pueblos primitivos, al igual que “no había una distinción clara entre medicina, magia y religión”.

²⁵ Así, como determinan AZARA, y EULA, p. 688, “sólo en el derecho postclásico se aceptó esta distinción (...) para evitar que la disciplina dictada para los *furiosus* no se aplicara también a los *demens* y, en general, a los que según la acepción vulgar y habitual, aunque incapaces mentales, no podían ser calificados como *furiosus*”.

²⁶ DÍAZ, p. 439, hablando de los mentecatos, los describe como “aquellos otros que permanecen en invariable estado de imbecilidad”.

²⁷ CÁSTAN PÉREZ-GOMÉZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», pp. 54-55. Como puede ser el Síndrome de Down, diversidad funcional intelectual, que se define con el carácter de perpetuidad. BERKSON, p. 34, incluso se atreve a plantear que fue en Roma cuando se inició la distinción entre las diversidades funcionales mentales (enfermedades mentales) y las diversidades funcionales intelectuales, y así parece quedar reflejado a través de los términos que utilizaban.

²⁸ AZARA y EULA, p. 688. Así, tal como dicen los autores “la existencia de una única regulación jurídica para todas las categorías de enfermos mentales no impide creer que los juristas hayan acercado a los *demens* al *furiosi*, desde la época clásica”.

²⁹ BERKSON, p. 34. ZAMORA MANZANO, p. 1, hace referencia al término *furiosus* como aquel “que engloba el sujeto *demens*, *insanus*, *non suae mentis* o *non compos mentis*, es decir, que carecen de un estado mental saludable”, expresando así que el trato de estos sujetos era el mismo, sino muy parecido.

Más se puede afirmar que es en época justiniana cuando la distinción de los dos términos referenciados anteriormente es más completa, ya que se produce una mayor diferenciación en la protección que recibe cada persona según fueran sujetos a la *cura furiosi*, siendo el caso de los *furiosi*, o fueran sujetos a la *cura debilium personarum*, siendo sometidos a esta los *mente capti*³⁰.

1.1.2. Retrasado mental

Ya más en la actualidad, a mediados del siglo XX, uno de los términos utilizados con mayor frecuencia para referirse al colectivo de personas con diversidad funcional cognitiva era el de retrasado mental, que fue utilizado en el ámbito internacional desde 1959 a 2009³¹, siendo a raíz de la convocatoria de un comité de expertos por parte de la OMS en 1953, y el 15º Informe del Comité de Expertos en Salud Mental, realizado en 1967, cuando se establece esta denominación³² para referirse a las personas con una inteligencia inferior a lo que se consideraría normal a ciertas edades.

En España, entre otros términos que fueron frecuentes en dicha época, encontramos algunos conocidos como el de subnormalidad, común entre los años 60 y 90, el cual se intentó substituir por minusvalía mental, pero sin mucha fortuna; acabando siendo preferido, a partir de 2010, el término de discapacidad intelectual³³.

El debate sobre la mejor terminología para referirse a este colectivo “ha sido motivo de debate desde finales de los años ochenta en ámbitos científicos y profesionales”³⁴, constituyendo la principal razón para dicho debate “el carácter peyorativo del significado de retraso mental que, además, reduce la comprensión de las personas con limitaciones intelectuales a una categoría diagnóstica nacida desde perspectivas psicopatológicas”³⁵.

³⁰ CÁSTAN PÉREZ-GOMÉZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p. 55. Así se muestra en la I. 1.23.3-4, al expresar que no únicamente los *furiosi* deben ser sujetos a curatela, sino que también los *mente capti* deberán ser sometidos a esta, dando a entender que no se trataría del mismo tipo de curatela.

³¹ Miguel Ángel VERDUGO y Robert SCHALOCK, «Últimos avances en el enfoque de la concepción de las personas con discapacidad intelectual», p.9. Cabe aclarar que el término retraso mental fue introducido por un psiquiatra francés, Jean Étienne Dominique Esquirol (1172-1840). María GARCÍA, «Algunas consideraciones sobre los términos retraso mental y oligofrenia», p. 45.

³² Concepción GÓMEZ-FERRER GORRIZ, María José RUIZ LOZANO, y Antonio FERNÁNDEZ MORENO, «Retraso mental», pp. 613-614. Destacan estos autores otros términos utilizados durante la historia para referirse a este colectivo, como idiotismo, oligofrenia; sufriendo todos ellos “el deterioro de la valoración peyorativa”.

³³ VERDUGO y SCHALOCK, p. 9. Sin duda alguna, en comparación con la terminología anterior, este término es menos ofensivo para este colectivo, ya que aún tener también una connotación negativa no tiene ese significado insultante como las anteriores denominaciones. Apunta Miguel Ángel VERDUGO, «Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad», pp. 152, que con anterioridad al 2010, ya en el año 2002, la Asociación Americana del Retraso Mental propuso la sustitución del término retraso mental por la discapacidad intelectual.

³⁴ Miguel Ángel VERDUGO, «Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la asociación americana sobre retraso mental de 2002», p.7.

³⁵ *Ibidem*.

Los términos mencionados claramente denotan un significado peyorativo³⁶, el cual ha sido soportado durante siglos por las personas con diversidad funcional cognitiva debido a su condición³⁷, conllevando ello una mayor estigmatización de este colectivo³⁸, y ampliando las imperfecciones hasta el punto de “limitar, e incluso anular, su condición humana”³⁹; y es por ello por lo que se considera este término como el que “más ha variado a lo largo del tiempo, mientras que su concepto es más constante”⁴⁰, siendo probablemente resultado tanto de la influencia de la evolución científica, como de la necesidad de modificar aquellos términos definitorios que de forma rápida eran utilizados como término peyorativo debido a su significado⁴¹.

1.1.3. Discapacitado cognitivo⁴²

A diferencia del término anterior, que ha ido evolucionado a nivel terminológico, el término de discapacidad, bajo nuestro punto de vista, ha sido el que ha sufrido una mayor evolución a nivel conceptual⁴³.

La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad de las Naciones Unidas, del 13 de diciembre de 2006, en el apartado e) de su Preámbulo ya destaca que este término evoluciona por “la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”⁴⁴.

Para poder delimitar correctamente el concepto de discapacidad fue necesario que fuera acompañado a su vez de la distinción entre los términos de deficiencia⁴⁵ y discapacidad.

³⁶ La denominación de discapacitado ha evolucionado en cuanto a su significado intrínseco, puesto que “ha variado desde una consideración negativa que anulaba la diversidad (...) hacia una visión que la define como el conjunto de restricciones de índole social, cuyo centro está en las barreras discapacitantes que el entorno social genera”, Romina DI MEGLIO, «Reseña bibliográfica: Juan Antonio Seda, Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad», p. 254.

³⁷ CASTÁN PÉREZ-GOMÉZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p.47.

³⁸ Andrea PADILLA-MUÑOZ, «Discapacidad: contexto, concepto y modelos», p. 398.

³⁹ ZAMORA MANZANO, p. 2.

⁴⁰ GÓMEZ-FERRER GORRIZ, RUIZ LOZANO Y FERNÁNDEZ MORENO, pp. 613.

⁴¹ *Íbidem*.

⁴² Esta denominación hace referencia a todas aquellas personas que ven afectadas su capacidades intelectuales y volitivas.

⁴³ A nivel terminológico, señala BERKSON, p. 28, que el término diversidad funcional intelectual “has changed in current times once or twice in each generation”.

⁴⁴ Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 13 de diciembre de 2006, que define el concepto de discapacidad según el modelo biopsicosocial. DI MEGLIO, p. 254, añade que esta evolución se ha producido “de acuerdo a los contextos sociohistóricos que la han cargado de una ideología en particular en las distintas épocas”.

⁴⁵ Estos términos, junto al término minusvalía, “se emplean frecuentemente, fuera del ámbito científico, como sinónimos”, a pesar de que ya en la versión de Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidad y Minusvalías (CIDDDM) de 1980, se proporciona una definición clara y distintiva de cada uno de estos conceptos. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*, p. 229.

El término deficiencia hace referencia, como marca la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), a una desviación de lo que suele ser normal “en relación al estado biomédico del cuerpo y sus funciones”⁴⁶; que dicho con otras palabras, y siguiendo la definición proporcionada por la Clasificación Internacional de Deficiencias, Discapacidad y Minusvalías de 1980, se trata de “una pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica”⁴⁷, lo que no implica por sí solo que haya una dificultad para participar en sociedad o realizar actividades cotidianas de forma autónoma.

Mientras que el término discapacidad, según la conceptualización del modelo médico⁴⁸, predominante en los inicios de la utilización de esta denominación, implica “un problema de la persona directamente causado por una enfermedad, trauma o condición de salud, que requiere de unos cuidados médicos prestados en forma de tratamiento individual por profesionales”⁴⁹, poniendo el foco en la persona a nivel individual⁵⁰.

Sirva de ejemplo para distinguir ambos términos, sobre todo para aquellas personas que no procedemos del ámbito científico, el caso de la gente con miopía⁵¹, puesto que estas personas padecen una deficiencia visual, y con la simple utilización de unas gafas adecuadas⁵² se consigue compensar la pérdida de visión, indicando que dicha persona no tiene ninguna discapacidad⁵³. Por lo tanto, una persona con discapacidad sí padecerá alguna deficiencia, pero una persona que tenga una deficiencia sin que la misma produzca que actúe de forma diferente a los demás para realizar actividades cotidianas, no podrá decirse que implique tener una discapacidad.

Una vez se consiguió la sustitución de los términos que conllevaban ese significado negativo⁵⁴, como el de retraso mental por el término de discapacidad, un grupo de personas

⁴⁶ *Ibidem*, p. 22.

⁴⁷ EGEA GARCÍA y SARABIA SÁNCHEZ, p.16.

⁴⁸ Si bien estos modelos serán comentados más adelante, precisa aclarar ahora que, el modelo médico fue el que se utilizaba para definir el concepto de discapacidad en un inicio, emergiendo en la década de 1960-1970, el modelo social en contraposición al modelo médico. Mario TOBOSO MARTÍN, «Diversidad funcional: hacia un nuevo paradigma en los estudios y en las políticas sobre discapacidad», p. 292.

⁴⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, p. 22.

⁵⁰ Susana RODRÍGUEZ DÍAZ y Miguel FERREIRA, «Desde la *Dis*-capacidad hacia la diversidad funcional: Un ejercicio de *Dis*-normalización», p. 292.

⁵¹ Ejemplo que encontramos tanto en ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, p.14, como por otros autores como Joan CANIMAS BRUGUÉ, «¿Discapacidad o diversidad funcional?», pp.81. Y otros autores como Antonio-Luis MARTÍNEZ-PUJALTE y Francisco Javier FERNÁNDEZ ORRICO, «El concepto de discapacidad a partir de la convención de naciones unidas», p. 13, añaden el ejemplo de la deficiencia auditiva explicando que esta no será entendida como discapacidad, si “se encuentra corregido por completo (o casi por completo) por la utilización de un audífono (...) no estaremos en presencia de una discapacidad”.

⁵² Esta deficiencia visual, como expone MARTÍNEZ-PUJALTE y FERNÁNDEZ ORRICO, pp. 11-12, podría haber sido considerada “en épocas históricas pretéritas -o todavía hoy en países menos desarrollados- [por] enfrentarse a obstáculos sociales como consecuencia de esa característica física (...) como una discapacidad”.

⁵³ CANIMAS BRUGUÉ, p. 81.

⁵⁴ Entre otras denominaciones que aún no han sido mencionadas, y que ya están obsoletas, encontramos idiota, imbecil, subnormal. EGEA GARCÍA y SARABIA SÁNCHEZ, p. 17.

defensoras de los derechos de las personas con diversidad funcional propuso otro cambio en la conceptualización del término discapacidad a raíz de la aparición del modelo social, que a diferencia del modelo médico que centraba toda la atención en el individuo, el modelo social proponía poner el foco en la sociedad, entendiendo que era esta, y no el individuo, el causante de las discapacidades.

La conceptualización derivada del modelo social surgió en los años 60-70, en Estados Unidos, como “discurso alternativo y crítico, gestado dentro del propio colectivo de personas con discapacidad”⁵⁵, entendiendo que la discapacidad no era consecuencia de una fisiología deficiente, sino que era causada por las estructuras sociales al no tener en cuenta las verdaderas necesidades que podían tener las personas con diversidad funcional, abocando a la marginación y exclusión de la participación de estas personas de la vida en sociedad⁵⁶.

El modelo adoptado por la Convención, siguiendo la interpretación de CANIMAS BRUGUÉ, no es ni el modelo médico, que se centra en que el individuo tiene una discapacidad “producida por deficiencias orgánicas [ya sean] físicas, psíquicas o sensoriales”⁵⁷, ni el modelo social, que señala como causa de la discapacidad las estructuras sociales⁵⁸; sino que ha sido adoptado el modelo denominado como modelo biopsicosocial al “integrar y superar la confrontación entre los dos primeros”⁵⁹.

Este modelo propuesto por la Convención se refleja en la definición expuesta en su Preámbulo, y en su artículo 1 al establecer que: “Las personas con discapacidad incluyen aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Así, queda establecido que la discapacidad es causada tanto por factores individuales como sociales, pero este modelo sigue sin ser aceptado por todos los colectivos, y algunos incluso prefieren, como veremos a continuación, usar otra terminología.

⁵⁵ RODRÍGUEZ DÍAZ y FERREIRA, p. 292.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 292-293.

⁵⁷ TOBOSO MARTÍN, p. 784.

⁵⁸ En palabras de TOBOSO MARTÍN, p. 785, “el modelo social interpreta que la discapacidad es el producto de una sociedad discapacitante, y no el resultado de deficiencias ni patologías del cuerpo (...) [promoviendo] la idea de la discapacidad como una forma de opresión por parte de estructuras sociales que no las tienen en cuenta [a las personas con discapacidad]”.

⁵⁹ CANIMAS BRUGUÉ, p. 79 entiende que en la actualidad existen tres paradigmas para explicar lo que aún llamamos discapacidad: el médico, el social y el biopsicosocial, identificando el modelo propuesto por la Convención como el modelo biopsicosocial. Este modelo aparece por primera vez, y de forma abierta, en la CIF, CAMINAS BRUGUÉ, p. 81. Pero otros autores como TOBOSO MARTÍN, p. 794, interpretan que “el modelo social ha inspirado normas internacionales como la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

1.1.4. Persona con diversidad funcional cognitiva

Como acabamos de decir, no todos los colectivos han aceptado el modelo biopsicosocial adoptado por la Convención, destacando en España el rechazo manifestado por el Foro de Vida Independiente⁶⁰ (en adelante FVI), reflejado al proponer la nueva denominación *Diversidad Funcional*⁶¹ en 2005. Dicho término es con el que nos vamos a referir a este colectivo durante todo este trabajo, y cuya finalidad principal es reivindicar el derecho de las personas con diversidad funcional a tomar sus propias decisiones y escapar de la marginación a la que se han visto sometidas durante tanto tiempo⁶².

Remarcan MARTÍNEZ-PUJALTE y FERNÁNDEZ ORRICO que el término *discapacidad*, a nivel terminológico, sigue teniendo una connotación negativa⁶³, aunque inferior respecto de los términos a los que este substituye. Igualmente, como bien apuntan ROMANACH y LOBATO, “los términos limitantes o despectivos (...) juegan un papel fundamental en el refuerzo de las minusvaloraciones y, por tanto, en el mantenimiento de dicha discriminación”⁶⁴.

Con el nuevo término propuesto, lo que se pretende es de alguna manera volver al modelo social, queriendo indicar que “la discapacidad no reside en un substrato fisiológico deficiente, sino en unas estructuras sociales que no tienen en cuenta (...) las necesidades de las personas con discapacidad y (...) las excluyen de la participación colectiva”⁶⁵, apartándose de la idea general de que la diversidad funcional es consecuencia de una enfermedad, retraso, o deficiencia.

Desde el FVI, los autores ROMANACH y LOBATO no niegan que las personas con diversidad funcional sean diferentes, pues al final están obligados a realizar actividades o tareas cotidianas de forma diferente al resto de la sociedad, incluso a veces a través de terceras personas⁶⁶, pero explican que ello es consecuencia de las estructuras sociales instauradas por la sociedad, y no resultado de la diversidad funcional del individuo.

⁶⁰ Este movimiento nace a finales de los años 60, en la Universidad de Berkeley por la lucha de “los derechos humanos, sociales y económicos de las [personas] con diversidad funcional”. Javier ROMANACH y Manuel LOBATO, «Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano», p. 5.

⁶¹ Remarcan ROMANACH y LOBATO, p. 5, que lo que une a este colectivo no es únicamente que “no puede[n] realizar las mismas funciones de igual manera que la mayoría”, sino que la discriminación que sufren es la que “obliga a un colectivo diferente, como [este] (...) a agruparse e identificarse como un grupo humano que debe luchar para conseguir una ciudadanía plena y una igualdad de derecho y oportunidades efectiva en la sociedad, para conseguir ser un conjunto de personas cuya diversidad se aprecia como un valor”.

⁶² RODRÍGUEZ DÍAZ y FERREIRA, p. 289. La diversidad funcional cognitiva “es una de las primeras causas de exclusión social”. Montserrat PEREÑA VICENTE, «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?», p. 12.

⁶³ MARTÍNEZ-PUJALTE y FERNÁNDEZ ORRICO reconocen que “implica un juicio negativo”, p. 13.

⁶⁴ ROMANACH y LOBATO, p. 1. Hacen muy bien en apuntar estos autores que “las palabras o términos llevan asociados ideas y conceptos” que representan los valores culturales de una sociedad, y si queremos cambiar los valores de nuestra sociedad “no tendremos más remedios que cambiar las palabras que los soportan y le dan vida”.

⁶⁵ RODRÍGUEZ DÍAZ y FERREIRA, p. 292

⁶⁶ ROMANACH y LOBATO, p. 4.

Es por lo que con el término *diversidad funcional*, explican los autores, y compartimos su opinión, se expresa la realidad en la que “una persona funciona de manera diferente o diversa de la mayoría de la sociedad”⁶⁷, debiendo entender que las personas no tienen deficiencias, sino diferentes formas de actuar, convirtiéndose esta diversidad en discapacidad cuando aquella interactúa con el entorno⁶⁸.

Así, la calificación aportada por este término no implica que dicho colectivo tenga una carencia, “sino que lo que señala es un desenvolvimiento cotidiano, una funcionalidad, diferente a la que se considera usual”⁶⁹, siendo esto “una característica inherente a la condición humana”⁷⁰ ya que ninguna persona ni es, ni actúa, igual que otra.

Para finalizar con este apartado, a nivel conceptual, cabe decir que la característica principal de este tipo de diversidad funcional radica, tal como expone el DSM-V en las “limitaciones del funcionamiento intelectual como también del comportamiento adaptativo en los dominios conceptuales, social y práctico”⁷¹, y, por tanto, ello también supone una limitación “en su incorporación a la vida social normal”⁷².

Junto a esta explicación del DSM-V, cabe decir que hay diversas formas de valorar el grado de diversidad funcional cognitiva que presenta cada persona, y mientras que el propuesto por el DSM-V se basa en el coeficiente intelectual⁷³ (en adelante, CI), el que encontramos en la Asociación Americana de Discapacidades Intelectuales o de Desarrollo⁷⁴ se basa “en la intensidad de los apoyos que requieren las personas con [diversidad funcional cognitiva]”⁷⁵.

Esto tiene relevancia desde el momento en que para valorar la capacidad de obrar se tiene en cuenta la facultad que tiene una persona para entender los actos que realiza, y por ello, en este trabajo nos basaremos en los grados que proponen el DSM-V, puesto que como ya sabemos, y comentaremos más adelante, para contraer matrimonio se debe tener una capacidad de obrar mínima⁷⁶, haciendo imposible que las personas con diversidad funcional cognitiva que se encuentren con un CI por debajo del de la mayoría de edad, puedan tener la capacidad necesaria para entender lo que supone contraer matrimonio. Por tanto, se tendrán en consideración, en este

⁶⁷ CANIMAS BRUGUÉ, p. 82.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 84.

⁶⁹ RODRÍGUEZ DÍAZ y FERREIRA, p. 294.

⁷⁰ TOBOSO MARTÍN, p. 791.

⁷¹ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-V*, p. 17.

⁷² María del Carmen MARTÍNEZ, «Personas con discapacidad intelectual: igualdad jurídica, protección asistencial y asistencia sanitaria», p. 294.

⁷³ VERDUGO, «Aportaciones de la definición de retraso mental», p. 3.

⁷⁴ Se trata de la Asociación Americana sobre el Retraso Mental, tras modificar su denominación, y adaptarla a la nueva terminología para referirse a este colectivo de personas.

⁷⁵ Las categorías previstas son: apoyo limitado, intermitente, extenso y generalizado. VERDUGO, «Aportaciones de la definición de retraso mental», p.3.

⁷⁶ Eva María MARTÍN AZCANO, «La aptitud matrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual», p. 2.

trabajo, solo dos de los niveles que se prevén en este tipo de diversidad funcional⁷⁷, el leve y moderado.

Por este motivo, y como ya hemos concretado en la introducción, este trabajo se centrará únicamente en las personas con diversidad funcional cognitiva, puesto que no disponemos del espacio necesario para adentrarnos en el estudio de cada tipo de diversidad funcional; y por qué en cuanto a la capacidad para emitir consentimiento, una persona con diversidad funcional, por ejemplo física, no se encontrará con los problemas que sí tendrá una persona con diversidad funcional cognitiva, debido a no tener aquella afectada, en lo más mínimo, su capacidad de obrar⁷⁸. Además, será utilizado el término *Diversidad funcional* al entender que el mismo no niega las diferencias de este colectivo, pero “sí podemos cambiar la locución que los identifica y que contribuye, se quiera o no, a crear una identidad”⁷⁹.

1.2. La condición jurídica

Al igual que hemos visto con la terminología y el concepto referente a las personas con diversidad funcional cognitiva, la condición jurídica de estas personas ha evolucionado con el paso del tiempo, siendo de vital importancia en este punto la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, en concreto su artículo 12.

Como es sabido, los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar no son formulados por los juristas romanos, sino por la Pandectística alemana del s. XIX, aunque el “fundamento esencial [son] las fuentes romanas y la tradición romanística”⁸⁰.

1.2.1. La capacidad jurídica y de obra en Roma

En Roma, como hemos anticipado, no utilizaban los términos de capacidad jurídica ni de capacidad de obrar, puesto que estos son formulados con posterioridad, pero, aun no tener los juristas romanos un nombre técnico para designarlos, apunta PANERO GUTIÉRREZ que “su concepto no le[s] es ajeno”⁸¹.

⁷⁷ Los grados según la ASOCIACIÓN DE AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, pp. 17-20, son leve, moderado, grave y profundo. Solo se tendrán en cuenta los dos niveles mencionados en el texto debido a que, aún y tener dificultades respecto al resto de la población para desenvolverse, son los que pueden llegar a tener una mayor y mejor adaptabilidad en la sociedad.

⁷⁸ Como señala Antonio PAU, «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil», p. 6, las personas con alguna alteración intelectual, hasta hace poco, eran vistas por el Derecho “como un problema que afectaba a la sociedad y que había que resolver drásticamente: sacándolas fuera de ella.”

⁷⁹ CANIMAS BRUGUÉ, p. 84.

⁸⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p. 169.

⁸¹ Ricardo PANERO GUTIÉRREZ, *Derecho Romano*, p. 194.

Los juristas romanos, utilizaban la palabra *persona* en su acepción jurídica, que hacía referencia a sujeto de derecho⁸². Pero, a diferencia de lo que sucede en la actualidad, en Roma no se consideraba que toda persona, es decir, todo hombre según la acepción vulgar de persona⁸³, tuviera capacidad jurídica, puesto que no todo sujeto en esa época era considerado persona, como sucedía con los esclavos⁸⁴, que eran considerados cosas.

Pero para poder llegar a ser considerado sujeto de derecho, debían cumplirse unas condiciones subordinadas a un triple *status*⁸⁵ (libre, ciudadano romano y *sui iuris*) además de el hecho de haber nacido⁸⁶ con vida, ser viable⁸⁷, y no ser considerado un monstruo⁸⁸.

Sin embargo, aun cumpliendo todos los requisitos anteriores, la capacidad jurídica únicamente sería plena si no se encontraban sometidos a la potestad de otra persona, es decir, que fueran *sui iuris*⁸⁹. Por tanto, si bien era posible cumplir la condición de libre y ciudadano romano desde el nacimiento, la condición de *sui iuris* solo sería adquirida al ser independiente, dicho con otras palabras, que fuera “cabeza de su propia familia”⁹⁰, y además apunta DÍAZ que “era indispensable (...) [que] perteneciera a una familia agnaticia en concepto de *sui iuris*”⁹¹. Ahora bien, no pensemos que esta es invariable, pues los hombres, pues eran estos y no las mujeres los que podían llegar a tener plena capacidad jurídica⁹², podían ver su capacidad alterada si alguno de los tres *status* sufría alguna modificación (libre, ciudadano romano y *sui iuris*), denominada la alteración en alguno de los tres *status* como *capitis deminutio*⁹³.

⁸² *Ibidem*, p. 191. Esta concepción, como señala FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p. 170, se “empieza a cuestionar en la época clásica, lo que se manifestó en una atenuación en sus exigencias”, es decir, las exigencias para entender que la persona es sujeto de derechos.

⁸³ PANERO GUTIÉRREZ, p. 191.

⁸⁴ En palabras de FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p. 167, “la existencia de la esclavitud (...) distorsiona la concepción moderna, conforme a la cual, toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica”. ÁLVARO D’ORS, *Elementos de derecho privado romano*, p. 30 deja claro que los esclavos (*servi*) “son cosas en propiedad a la vez que personas sin capacidad jurídica”.

⁸⁵ Entre otros autores PANERO GUTIÉRREZ, p. 194 y FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p. 171.

⁸⁶ Debe haber un total desprendimiento del seno materno para poder considerarlo como persona. D. 35.2.9.1 (*Pap. 19 Quaest.*) y D. 50.16.129 (*Paul. 1 ad. leg. Iul. et. Pap.*). Y Justiniano, siguiendo la opinión de la escuela sabiniana, “entendían que bastaba con que el nuevo ser se moviese o respirase (...) para entender que había nacido vivo”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p.172.

⁸⁷ DÍAZ, p. 260.

⁸⁸ Encontramos que no será considerado monstruo el nacido, aunque tenga miembros de más o de menos. D. 1.5.14 (*Paul. 4 Sent.*) y D. 50.16.38 (*Ulp. 25 ad Ed.*).

⁸⁹ D’ORS, p. 30. Se hace la distinción entre los *sui iuris* y *alieni iuris* en D. 1.6.1 (*Gai. 1 Instit.*).

⁹⁰ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «Tutela y curatela», p. 11.

⁹¹ DÍAZ, p. 265. Pues la agnación, como aclara el autor, “es la fuente en Roma de los derechos civiles y políticos”.

⁹² Por razón de sexo se las consideraba incapaces en Derecho Romano, y debían estar bien sometidas a su marido, por la *manus*, o bien, sujetas a la potestad de su padre bajo la *patria potestas*. O, en el supuesto de que no tuvieran padre ni marido, estarían sujetas a la *tutela mulierum*. PANERO GUTIÉRREZ, p. 195. Así “las mujeres *sui iuris* tienen, en principio, una incapacidad de obrar semejante a la de los que han llegado a la pubertad: necesitan un tutor”, D’ORS, p. 30.

⁹³ Instituciones Libro I, Título XVI. *De Capitis Deminutione* y Digesto Libro VI, Título V. *De Capite minutis*. Señala NÚRIA COCH ROURA, «Modificación de la capacidad de obrar: los casos del furiosus y el prodigus de las XII tablas a la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad», p. 14 que en “la jurisprudencia

En la actualidad, la capacidad jurídica va aparejada al nacimiento, siendo únicamente necesario que se produzca el entero desprendimiento del seno materno y este sea con vida⁹⁴, sin probabilidades de que pueda ser modificada; a diferencia de la capacidad de obrar, que existen causas modificativas, provocando que el sujeto no tenga una capacidad de obrar plena, sino limitada⁹⁵.

En Roma, la capacidad de obrar, como hemos dicho, tampoco tenía un nombre técnico⁹⁶, aunque como hace DÍAZ, se puede hablar de *facultas agendi*, haciendo referencia, como en la actualidad, a la “posibilidad de hacer [los derechos] efectivos”⁹⁷; y entre las causas modificativas que podían afectar a esta facultad, encontramos las causas por razón de enfermedad mental, estableciendo AZARA Y EULA, que incluso ya en las XII Tablas “el *furiosus* era considerado incapaz de actuar”⁹⁸, entendiéndose por ello, que estos sujetos no tenían capacidad de obrar alguna pues “adolecían de la falta de entender o querer ya que carecían de *intellectus* o de juicio, *exactum consilium*, como para realizar actos jurídicos válidos”⁹⁹.

Así se puede decir que, a diferencia de la desaparición progresiva de las limitaciones en la capacidad jurídica, las causas limitativas de la capacidad de obrar de las personas “tienen su fundamento en realidades físicas o psíquicas que condicionan a la persona afectada (...) y han continuado vigentes (...) hasta la época actual”¹⁰⁰.

Sin embargo, cabe recordar que la capacidad de obrar y la capacidad jurídica en Roma podían no coincidir, es decir, que se podía tener capacidad de obrar para realizar algunos actos, pero no disponer de capacidad jurídica¹⁰¹; y al contrario, tener capacidad jurídica pero no tener capacidad de obrar¹⁰², como es el caso de los *furiosi sui iuris*, siendo por ello imprescindible para

pre-clásica y clásica trabajaban intensamente en la separación de (...) capacidad jurídica y capacidad de obrar, partiendo de un concepto previo y gradual de capacidad jurídica basada en la idea genuinamente romana de *status*”.

⁹⁴ Así lo establece el artículo 29 y 30 del Código Civil Español (en adelante CC). Cabe recordar, que anteriormente, el Código Civil exigía en el artículo 30 además de que el nacimiento fuera con vida, que tuviera forma humana y fuera viable, es decir, que no se empezaría a considerar como persona hasta transcurridas 24 horas de vida.

⁹⁵ En la actualidad, las personas adquieren la capacidad de obrar plena a partir de cumplir la mayoría de edad. Queda claro con la lectura del artículo 322 CC: “El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código”.

⁹⁶ Juan IGLESIAS, *Derecho romano*, p. 90. Esta falta de nombre técnico se refleja en “las particularidades disquisiciones de los clásicos a propósito de la capacidad para realizar cada negocio”, dando el autor entre otros ejemplos los negocios de enajenación, Gai. I. 2.80 y ss., y comodato D. 13.6.1.2 (*Ulp. 28 ad Ed.*).

⁹⁷ DÍAZ, p. 266. Disponían de plena capacidad de obrar las personas *sui iuris* que no tuvieran ninguna restricción, ya fuera por razón de edad, de sexo, enfermedad mental; y hubieran llegado a la pubertad, es decir, que fueran mayores de 25 años.

⁹⁸ AZARA, A. y EULA, p. 918.

⁹⁹ ZAMORA MANZANO, p. 3.

¹⁰⁰ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, pp. 176-177. Aunque no se han mantenido todas las causas modificativas de la capacidad de obrar, sino que únicamente afectan, en la actualidad, causas de edad, de enfermedad mental y prodigalidad.

¹⁰¹ IGLESIAS, p. 91. Este es el caso de los esclavos, “a quien se reconoce la facultad de realizar negocios jurídicos, si bien los efectos de los mismos se produzcan en relación con el *dominus*”.

¹⁰² MOLINA PIDIACHE, p. 8.

determinar la capacidad de obrar el examen previo de la posición jurídica de los sujetos, es decir, de su *status*¹⁰³.

Por tanto, en Derecho Romano, las personas que padecían lo que hoy llamamos alguna diversidad funcional cognitiva, ya fueran denominados *furiosi* o *mente capti*¹⁰⁴, únicamente podría decirse que tenían capacidad jurídica¹⁰⁵ si cumplían con todos los requisitos que han sido mencionados, sobre todo que fueran *sui iuris*¹⁰⁶; mientras que su capacidad de obrar se veía modificada o, mejor dicho, anulada¹⁰⁷ por razón de enfermedad mental¹⁰⁸, quedando claro que “no se podría suplir la falta de capacidad, pero sí la de la facultad de hacer”¹⁰⁹, pues se considera, como en la actualidad, que no tenían “las facultades mentales suficientes para actuar en el campo del derecho”¹¹⁰ al tener “la capacidad intelectual y volitiva (...) gravemente afectada”¹¹¹, como ya señala Gayo en 3.106 al establecer que estos sujetos carecen tanto de capacidad comercial como delictual, igualándolos a los *infans*¹¹² “al no comprender lo actos que efectúan”¹¹³:

“*Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quid agat*”

¹⁰³ COCH ROURA, «Modificación de la capacidad de obrar», p. 15.

¹⁰⁴ Santiago CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*, p. 185 señala que “la situación jurídica no difiere en absoluto de aquella en la que se encontraban los hoy llamados discapacitados psíquicos (*furiosi*)”.

¹⁰⁵ La autora COCH ROURA, «Modificaciones de la capacidad de obrar», p.14, nos advierte que hay diversas opiniones, de autores como Guarino y Diliberto que difieren de esta opinión de que los *furiosus* tengan capacidad jurídica. Pues, por un lado, Guarino opina, según expone la autora, que “la ausencia de capacidad de obrar, implicaría la supresión de la capacidad jurídica”, teoría rebatida por la doctrina; mientras que Diliberto “se opone a la extinción de la capacidad jurídica del *furiosus* aunque matiza que es difícil pensar que en una época antigua pueda mantenerse la abstracta titularidad de los bienes del *furiosus* bajo *potestas*”. También Francisco SEIX, *Enciclopedia jurídica española*, p. 1018, considera, como Guarino, que “la responsabilidad y, en general, la capacidad jurídica del furioso, están abolidas, incluso en los llamados intervalos lúcidos”. El tema de intervalos lúcidos será comentado en los siguientes apartados.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 17. Tener claro si el sujeto *furiosus* era *sui iuris* o *alieni iuris* era un aspecto decisivo con relación a los mecanismos de protección que se aplicarían para proteger sus bienes y su persona.

¹⁰⁷ MOLINA PIDIACHE, p. 1. “Al carecer de intelecto, no podían por sí mismos adquirir ninguna posesión, porque les faltaba uno de los elementos esenciales: el *animus*”. Juan Alfredo OBARRIO MORENO, *Estudios de tradición romanística: Tutela et Curatela*, p. 359. La literalidad de D. 41.2.1.3.(8) (*Paul. 54 ad Ed.*), así lo demuestra, pues no pueden los dementes adquirir ninguna posesión por ellos solos, al no tener la voluntad de poseer: *Furiosus et pupillus sine tutoris auctoritate non potest incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent (...)*. Hecho también reflejado en D. 50.17.40 (*Pomp. 34 ad Sab.*): “*Furiosi (...) nulla voluntas est.*”

¹⁰⁸ Ejemplo de ello lo encontramos en Patricia PANERO ORIA, «La condena penal como causa de privación de la *Testamenti factio activa*», p. 8, cuando expone que tal como manifiesta Tit. Ulp. 20.13, los *furiosus* no pueden hacer testamento debido a “no tener la inteligencia para disponer de sus bienes”, pero, por el contrario, como se prevé en D. 33, 2, 32, 6 (*Scaev. 15 Dig.*) sí tienen *testamenti factio* pasiva, al encontrar en este texto como un padre instituye como co-heredero a su hijo *mente captus*.

¹⁰⁹ DÍAZ, p. 266.

¹¹⁰ MOLINA PIDIACHE, p. 8.

¹¹¹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 186.

¹¹² Gai. I. 3.109: “*Set quod diximus, utique de eo uerum est, qui iam aliquem intellectum habet, nam infans et qui infanti proximus est, nun multum a *furioso* differt, quia huius aetatis upilli nullum intellectum habent (...)*”.

¹¹³ Walenka ARÉVALO CABALLERO, «Excepciones a la incapacidad de obrar del *Impuber* y del *Minor sui iuris* y su recepción en Derecho español», p. 42.

1.2.2. La capacidad jurídica y de obrar tras la Convención de Nueva York de los derechos de las personas con discapacidad del 13 de diciembre de 2006

En nuestro Ordenamiento jurídico, la condición jurídica se sigue estudiando a partir de la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, pero la conceptualización de la misma ha sufrido una evolución importante a nivel internacional a causa del artículo 12 de la Convención, afectando, sobre todo, la condición jurídica de las personas con diversidad funcional cognitiva, pues se pretende “impulsar que las personas [con diversidad funcional] puedan tomar por sí mismas las decisiones vinculadas con el ejercicio de sus derechos”¹¹⁴, buscando “acentuar su autonomía”¹¹⁵.

Con anterioridad a la protección internacional que proporciona la Convención, las personas con diversidad funcional seguían “encontrando obstáculos y dificultades para disfrutar de sus derechos en condiciones de igualdad”¹¹⁶, ya que a la mayoría de ellas no solo se les ha limitado la capacidad jurídica, sino que también se la han retirado, conllevando esto la disminución de las posibilidades de vivir de forma independiente y adoptar decisiones que afecten a su propia vida¹¹⁷; pero con el contenido del artículo 12 no se pretenden establecer derechos adicionales para las personas con diversidad funcional¹¹⁸, sino que se reconoce la capacidad jurídica “tanto para el ámbito patrimonial como extrapatrimonial”¹¹⁹ en igualdad de condiciones que el resto de la población.

Al igual que en Roma, en la actualidad “la condición de persona es la puerta de acceso a la titularidad de los derechos, y la capacidad jurídica es la puerta de acceso de los mismos”¹²⁰, implicando para las personas con diversidad funcional, en concreto con diversidad funcional cognitiva, que “pueden no sólo ser titulares de sus derechos, sino también ejercerlos, con el apoyo necesario y en pie de igualdad con los demás en todos los aspectos de la vida”¹²¹.

¹¹⁴ Jorge Nicolás LAFFERRIERE, «Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino», p. 52.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 63.

¹¹⁶ Gina Alondra OSORIO CARVAJAL, «Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Se ajusta nuestra normativa a las normas sobre capacidad jurídica que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?», p. 88.

¹¹⁷ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, «Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y de las personas con trastornos de salud mental», p. 1.

¹¹⁸ COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, 11º período de sesiones, 31 de marzo a 11 de abril de 2014, Observación General nº 1, 2014, CRPD/C/GC/1, nº 1.

¹¹⁹ OSORIO CARVAJAL, p. 88.

¹²⁰ Francisco José BARRIFFI ARTIGUE, *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. p. 257.

¹²¹ José Luis CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, *El artículo 12 de la convención de derechos de personas con discapacidad*, p. 29.

Pero, el significado de capacidad jurídica que encontramos en la Convención difiere del significado que se le da a este término en Derecho español, puesto que tradicionalmente, debido a la influencia romanística en nuestro ordenamiento, distinguimos, como hemos comentado, entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, la primera siendo la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, y la segunda, la aptitud para ejercer dichos derechos de forma válida; mientras que la Convención se refiere a *legal capacity*¹²² (traducida como capacidad jurídica), siendo este un concepto más amplio que el de capacidad jurídica que nosotros conocemos, dado que presupone a la vez la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones, y la capacidad de ejercer los derechos y contraer las obligaciones derivadas de estos¹²³. Así, la expresión que encontramos en el artículo 12 “carece en la Convención del estricto significado técnico que tiene en Derecho español”¹²⁴.

Por ello, a la pregunta que se planteaban muchos autores¹²⁵ con la entrada en vigor de la Convención sobre si los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar eran unificados en el concepto de capacidad jurídica presentado por la Convención, la respuesta es que sí, pues esta imprecisa traducción del concepto de *legal capacity* previsto en la Convención unifica los conceptos en el término capacidad legal, refiriéndose al más amplio concepto de capacidad ante el derecho¹²⁶, pero hay que incidir en que la capacidad de obrar no queda “absorbida por la jurídica (...) sino que hay una capacidad legal genérica, que incluye tanto la aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas como la posibilidad de ejercitar las relaciones de que se es titular”¹²⁷.

De este modo, podemos decir que los conceptos de capacidad jurídica y de obrar se han unificado, quedando englobados¹²⁸ en el concepto de capacidad legal previsto por el art. 12, pero se debe seguir entendiendo que continúa existiendo la distinción entre capacidad jurídica y

¹²² En los apartados 2 y 3 de este artículo podemos ver claramente cómo, en el primero de estos se hace referencia tanto a la capacidad jurídica como a la de obrar como a un todo, y en el apartado 3, se hace referencia a la capacidad de obrar. La literalidad de estos artículos así lo refleja:

Article 12.2: States Parties shall recognize that persons with disabilities enjoy **legal capacity** on an equal basis with others in all aspects of life. (Refiriéndose a capacidad jurídica y capacidad de obrar).

Article 12.3: States Parties shall take appropriate measures to provide access by persons with disabilities to the support they may require in exercising their legal capacity. (Haciendo referencia a la capacidad de obrar)

¹²³ Agustina PALACIOS, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, p. 442.

¹²⁴ Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», p. 23.

¹²⁵ Entre otros MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual», p. 20.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 23.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 24. Pero, como menciona LAFFERRIERE, p. 64-65, hay estudios que consideran paradójico el hecho de reconocer que una persona tiene una “disminución de su capacidad de decisión” y sostener que debe considerarse capaz para intervenir significativamente en la toma de decisiones “de manera que se reflejen y realicen sus propios deseos”.

¹²⁸ Pedro BOTELLO HERMOSA, «La Ley Orgánica 1/2015 y la Curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico», p. 619.

capacidad de obrar¹²⁹, pues se siguen manteniendo las dos dimensiones de la capacidad ante Derecho: siendo la capacidad jurídica la dimensión estática y la capacidad de obrar la dimensión dinámica¹³⁰.

Relacionando el concepto de capacidad legal del artículo 12 de la Convención con la diversidad funcional cognitiva, cabe decir que, es necesario que se “elimine[n] aquellas normas que prohíben el ejercicio autónomo de los derechos de estas personas, tomando en consideración que no todas ellas se ven afectadas de la misma forma, ya que dependerá de su tipo de [diversidad funcional], grado, edad”¹³¹, entre otros factores; y el hecho de que a este colectivo también se le reconozca de una manera activa la posibilidad, en lo que nos interesa en este trabajo, de poder contraer matrimonio¹³², implica un gran cambio, sobre todo para las personas con diversidad funcional intelectual, si bien, se tendrá en cuenta el grado de diversidad funcional cognitiva puesto que es cierto que hay grados que entienden que la capacidad intelectual y volitiva de algunas de estas personas es equivalente a la de un niño.

Así, podemos afirmar que con este nuevo enfoque de la capacidad legal proporcionado por el artículo 12 de la Convención, se pretende “[situar] a la persona en el centro de todas las decisiones que le conciernen”¹³³, favoreciendo una mayor concienciación de la necesidad de incrementar los esfuerzos para que el colectivo de personas con diversidad funcional cognitiva puedan tomar el mayor número de decisiones posible¹³⁴, destacando por su importancia “la decisión de contraer matrimonio o no y con quién”¹³⁵, mostrando de forma imperativa, que el mero hecho de que la persona tenga una diversidad funcional cognitiva, o cualquier otro tipo de diversidad, “por sí sola, no justifica la privación de capacidad jurídica”, permitiendo de esta manera que las personas con diversidad funcional puedan tomar el control de sus vidas¹³⁶.

¹²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual», p. 24. La autora COCH ROURA, «La curatela», p. 7, nota 17, apunta que si se llegarán a confundir estos dos conceptos significaría “tocar los cimientos, estructura y esencia del Código Civil, [y] podría suponer una dosis de inseguridad jurídica no asumible”.

¹³⁰ María del Carmen BARRANCO, Patricia CUENCA y Miguel Ángel RAMIRO, «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con discapacidad», p. 59 y MARTÍNEZ DE AGUIRRE, «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual», p. 23.

¹³¹ OSORIO CARVAJAL, p. 89.

¹³² Derecho previsto en el artículo 23 de la Convención.

¹³³ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, p. 1.

¹³⁴ LAFFERRIERE, p. 64.

¹³⁵ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, p. 1.

¹³⁶ *Ibidem*. Cabe mencionar, como lo hace LAFFERRIERE, p. 64, que en los casos considerados “casos difíciles”, refiriéndose aquellos “en los que la persona no puede expresar su voluntad por ningún medio o en los que la persona pueda tomar medidas que le impliquen un daño grave”, se deberán adoptar las medidas pertinentes para no dejar de lado el hecho de que estas personas deben ser también protegidas. En este mismo sentido COCH ROURA, «La curatela», p.10, entiende que, sin propugnar la supresión de los derechos fundamentales de este colectivo “hay personas con una afectación cognitiva importante que obviamente carecerán de capacidad natural, y, por tanto, de capacidad de obrar” y “suprimir los sistemas de protección sustitutivos de la voluntad, en casos que son del todo evidentes, conduce a dejar desprotegidos y abandonados a quienes (...) forman parte del colectivo de personas de nuestra sociedad más vulnerables”.

Para poder conseguir esa igualdad en la capacidad legal que promueve la Convención para todas las personas con diversidad funcional, los Estados Miembros deben suprimir los regímenes sustitutivos de la toma de decisiones, como la curatela y la tutela en nuestro ordenamiento jurídico, y por el contrario, proporcionar el apoyo necesario para que estas personas puedan ejercer su capacidad legal de una forma igual al resto¹³⁷, esto es, siguiendo los términos de nuestro ordenamiento español, tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar¹³⁸.

Para concluir con este apartado, por un lado, podemos señalar que las diferentes denominaciones utilizadas durante los años han acabado siendo sustituidas por otras debido al significado peyorativo que se le acababa concediendo a las palabras. Por otro lado, referente a la condición jurídica de este colectivo de personas, si bien hemos podido ver que en Derecho Romano existían muchos más requisitos que debían ser cumplidos para poder considerar, en primer lugar, que el nacido era persona, y, en segundo lugar, que este tenía capacidad jurídica; en la actualidad se ha superado esta visión, siendo todo nacido considerado persona, y consecuentemente, sujeto de derechos.

En relación a la capacidad de obrar cabe decir que en Derecho Romano no era requisito indispensable tener capacidad jurídica para considerar que se tenía capacidad de obrar, pues los esclavos, que eran vistos como cosas y no como personas, podían tener capacidad de obrar a pesar de su falta de capacidad jurídica. Y lo mismo sucedía a la inversa, pues no toda persona que tuviera capacidad jurídica tenía de forma automática capacidad de obrar, como es el caso de los *furiosi*, pues podían llegar a tener capacidad jurídica, pero no podían ejercer sus derechos por falta de inteligencia.

En la actualidad, el hecho de tener capacidad jurídica tampoco implica que se tenga capacidad de obrar, sino que se requiere unas mínimas facultades intelectivas y volitivas para ejercitar los derechos.

Por tanto, los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar no han variado, y tampoco se han visto afectados, según nuestra opinión, por la introducción del término *capacidad legal* del artículo 12 de la Convención, a pesar de englobar este tanto la capacidad jurídica como la capacidad de obrar.

¹³⁷ Antonio MARTÍNEZ-PUJALTE, «Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms», p. 1.

¹³⁸ BARRANCO, CUENCA y RAMIRO, p. 64.

2. LA CURATELA

Desde la incorporación de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 a nuestro ordenamiento, se está produciendo una reinterpretación legal, tanto por los poderes judiciales como los poderes legislativos, sobre cómo debemos aplicar y entender la curatela para que esta institución sea acorde a lo previsto en la Convención.

Las personas que sufren diversidad funcional, y sobre las que existe un pronunciamiento judicial en un proceso de modificación de la capacidad, están sujetas de forma mayoritaria a tutela, siendo el 87% frente al 13% de personas que están sujetas a curatela¹³⁹, observación que también se hace en la Exposición de Motivos I del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica al buscar dicho proyecto de ley “el cambio de sistema (...) hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad”¹⁴⁰.

Llegados a este punto, nos centraremos únicamente en la curatela, la cual supone declarar que una persona tiene modificada su capacidad de obrar¹⁴¹, es decir, declararla incapacitada¹⁴²; y son las personas sujetas a esta institución las que tienen una capacidad de obrar menos limitada al tener un mayor grado de discernimiento, implicando esto que quizás puedan tener aptitud matrimonial.

Cabe aclarar previamente el significado de lo que debe entenderse por incapacitado¹⁴³, pues no incluye a todas las personas que tengan una diversidad funcional, sino que únicamente

¹³⁹ OBSERVATORIO DE DERECHO DE LA AEFT, *Informe sobre el ejercicio de derechos de personas apoyadas por entidades tutelares. Análisis de casos durante la primera ola de al Covid-19 y la desescalada*, p. 10. Y así también lo ve María Paz GARCÍA RUBIO, «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad», al explicar que es la tutela el modelo de referencia para proteger a las personas con diversidad funcional, “entendida además en su modo más pleno, esto es, como supuesto de representación legal general o cuasi-general, en el que el tutor toma las decisiones por el tutelado y ha de hacerlo además en su mejor interés”, p.156, como refleja el artículo 216 CC.

¹⁴⁰ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, XIV Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley, 17 de julio de 2020, núm. 27-1, p. 2. Así, hasta el Proyecto de Ley de 2020, se puede afirmar que “en España, como en gran parte de los países de nuestro entorno, seguimos manteniendo un sistema de tutela y curatela que responde a otra época pasada y a otro modelo de entender la discapacidad, que es urgente revisar”, p. 234, Isabel María MARTÍNEZ LOZANO, «El examen de España en la aplicación de la convención: Asignaturas pendientes y camino recorrido».

¹⁴¹ Es más utilizado, y por ello más conocido, el término de incapacidad parcial. Pero, tal como destaca Sofía DE SALAS MURILLO, «Repensar la curatela», p. 21 en uno de sus apartados del artículo “Incapacitación parcial no equivale a curatela”, hay supuestos en que se declara incapacitada parcialmente a una persona, y aun así es sujeta a tutela, afectando esta de forma mayoritaria a sus derechos patrimoniales sin afectar a los aspectos personales.

¹⁴² Tal como señala Antonio FERNÁNDEZ DE BUJÁN, «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad», p. 55, la diversidad funcional e incapacitación no son términos equivalentes, puesto que diversidad funcional “es una situación administrativa y la incapacitación un estado civil, que deriva de la existencia de una sentencia firme”.

¹⁴³ A pesar de no compartir el término incapacitado, este sigue siendo utilizado de forma mayoritaria debido, probablemente, a los años que lleva en uso. Pero al igual que COCH ROURA, «La curatela», p.11, nota 33, creemos que sería bueno la proposición de un nuevo término “sin un contenido *a priori* negativo”.

comprenden aquellas que mediante sentencia se considere que no tienen la capacidad de discernimiento, juicio o razón suficiente para poder formar su propia voluntad¹⁴⁴, pudiendo ser declaradas incapacitadas de forma permanente o con carácter temporal¹⁴⁵.

En cuanto a Roma, señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ que era “la *cura* la institución creada para la protección de los derechos de las personas que tienen una disparidad funcional”¹⁴⁶, siendo los *furiosi* sujetos a la *cura furiosi* siempre que tuvieran la condición de *sui iuris*.

Además, en este apartado podremos observar similitudes en cuanto a la protección¹⁴⁷ de estos sujetos en Roma y la regulación propuesta en el Proyecto de Ley para la reforma de la legislación civil y procesal.

2.1. La *cura furiosi*

En Derecho Romano han existido muchos tipos de curatelas¹⁴⁸ a las que podían ser sujetos las personas *sui iuris*¹⁴⁹ que lo necesitaran, pero entre las formas más antiguas encontramos la *cura furiosi*¹⁵⁰, que al igual que el propio concepto de *furiosi* tiene su origen en las XII Tablas¹⁵¹ aunque “su verdadero desenvolvimiento data de tiempos más recientes”¹⁵², y a su vez presenta diferentes finalidades según la época que se analice.

Pero como bien señala MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, en relación con los estudios sobre la *cura furiosi*, “poco hay de la curatela de los locos y enfermos mentales”¹⁵³, siendo por

¹⁴⁴ COCH ROURA, «La curatela», p. 11.

¹⁴⁵ En nuestro caso, partimos de la idea de que muy probablemente la capacidad de estas personas sea modificada de forma permanente, pues como ya hemos mencionado, por ejemplo, hay supuestos de diversidad funcional intelectual que son permanentes, como es el caso del Síndrome de Down.

¹⁴⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 146.

¹⁴⁷ Si bien es cierto que su condición jurídica no es igual.

¹⁴⁸ Cabe apuntar, como lo hace CALASSO, *Enciclopedia del diritto*, p.489, que en Derecho Romano la institución de la curatela no era definida “por una regulación homogénea” y “conoce más bien los *curatores*” que la institución de la curatela, pues “los principios que se aplican cuando hay un curador, pueden ser diferentes, a veces incluso profundamente” ya que la estructura de cada tipo de *cura* se adaptaba a cada caso específico, explicando adicionalmente que “lo que unifica las distintas *curationes* no es, por tanto la presencia homogénea de principios reguladores, sino un elemento, que se deriva de la misma terminología de *curare*, que indica la necesidad extraordinaria (...) a la que corresponde esa función, o al menos, ha correspondido a su aparición”.

¹⁴⁹ Gai. I. 1.142: “*Trauseamus nunc ad aliam diuisionem, nom ex his personis, quae neque in potestate, neque in manu, neque in mancipio sunt, quaedam nel in tutela sun, vel in curatione quaedam neutro iure tenentur, uideamus igitur, quae in tuela, vel in curatione sint: ita enim intellegemus ceteros personas, quae neutro iure tenentur*”.

¹⁵⁰ IGLESIAS, p. 358. Junto a la *cura furiosi* se dice que la *cura prodigi* también es una de las formas más viejas de curatela, pero FRANCISCO SEIX, *Nueva enciclopedia jurídica*, p. 167, indica que hay autores que “niegan que la *curatela de los pródigos* fuese introducida por la misma disposición legal [que la *cura furiosi*]”.

¹⁵¹ D’ORS, p. 182. Si bien la mayoría de autores coinciden en que el origen de la *cura furiosi* lo encontramos en la Tabla 5.7.a, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p. 193 menciona la Tabla 5.3.

¹⁵² IGLESIAS, p. 358.

¹⁵³ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «De la *cura furiosi* en las XII Tablas», p. 11.

ello de gran importancia el trabajo de DILIBERTO¹⁵⁴ y la reciente monografía de CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ¹⁵⁵.

Para iniciar con el estudio de las fuentes jurídicas, debemos empezar haciendo mención a la Tabla 5.7.a de las XII Tablas, donde se prevé que “*Si furiosus escit, adgnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto*”¹⁵⁶, es decir, que se preveía que fuera la familia la encargada de la protección del *furiosi*. Se pretendía así, sujetar a los locos a las facultades de una persona sensata y que estuviera en su sano juicio¹⁵⁷ para cubrir las deficiencias de los sujetos que no podían ni ejercitar parciariamente su capacidad¹⁵⁸. Así, en un inicio, la curatela era una “institución muy limitada”¹⁵⁹, si bien poco a poco “el campo de actuación de la medida decenviral”¹⁶⁰ fue ampliándose por el pretor a otras personas como los *mente capti*, y a todas aquellas que no pudieran ejercer debidamente sus derechos a causa de una enfermedad crónica¹⁶¹.

Como ya se ha podido deducir al hablar de la condición jurídica de los *furiosi*, indica DILIBERTO que muy probablemente la aplicación de la *cura furiosi* se daría únicamente en aquellos supuestos en que el sujeto *furiosus* “fuera libre, varón, *sui iuris*, púber y no estuviera ya cargado de vínculos de sujeción sobre su propia persona”¹⁶², aplicándose *ipso iure* “cuando una persona con facultades mentales visiblemente alteradas no estaba bajo la supervisión y *potestas* de un *custos* (custodio)”¹⁶³. Este carácter *ipso iure* concuerda con el hecho de que en época arcaica la *cura furiosi* era una curatela legítima, es decir, prevista por la ley.

¹⁵⁴ Como ya se ha mencionado anteriormente, se trata del *Studi sulle origini della “cura furiosi”*.

¹⁵⁵ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*.

¹⁵⁶ “Si el enajenado no tiene quien lo custodie, la potestad sobre él y sobre su patrimonio, corresponde a su familia agnaticia y a su *gens*”. Se atribuye así “a la familia agnaticia y, en su defecto, a la estructura gentilicia, la *potestas* sobre la persona y la pecunia del *furiosus*”, DILIBERTO, p. 19. Esta subsidiaridad de la *gens* a la familia agnaticia se muestra reflejada en D. 50.16.53pr (*Paul. 59 ad Ed.*), al entender que *adgnati* y *gens* van por separado: “(...) *nam quum dicitur apud veteres: «agnatorum gentiliumque», pro separatione accipitur*”. Y después, en época postclásica, señala CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 160, serían llamados a la función del *curator* los *cognati* en defecto de los *adgnati*.

¹⁵⁷ SEIX, *Nueva enciclopedia jurídica*, p. 167.

¹⁵⁸ DÍAZ, p. 437. Al tratarse de sujetos que “no eran capaces de entender los actos jurídicos en los que participaban ni prestar consentimiento válido y consciente (...) su sujeción a un curador era prácticamente automática”, p. 186, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*.

¹⁵⁹ SEIX, *Nueva enciclopedia jurídica*, p. 167. Pero señala DILIBERTO, p.23, que el propio Cicerón, en *Cic. Tusc. 3, 5, 11*, “se plantea problemas (...) del alcance de la disposición [decenviral], para entender a qué tipo de enfermedad mental se refería” y parece desprenderse de dicho texto “que discute la circunstancia de que en el siglo V a.C. las XII Tablas quisieran circunscribir el alcance de la norma sólo a los *furiosus* y no a otro tipo de enfermos mentales”.

¹⁶⁰ ZAMORA MANZANO, p. 4.

¹⁶¹ SEIX, *Nueva enciclopedia jurídica*, p. 167. MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «Tutela y Curatela», p. 14 explica que también “los juristas equipararon el tratamiento jurídico de *infans*, sordos, mudos y *furiosi*, aunque el motivo de la discapacidad fuera diverso; consideraban (...) se producía un mismo efecto: la imposibilidad de expresarse dichas personas o de conocerse la voluntad de las mismas, claro está, por causas distintas”. Así, aunque no presentaran la enfermedad mental en su comportamiento, se extendió la *cura furiosi* a los sujetos que tuvieran lo que hoy denominamos diversidad funcional cognitiva. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 164.

¹⁶² DILIBERTO, p. 42.

¹⁶³ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 186. Ofrece este método de constitución de la curatela *furiosi* “escasa garantía y seguridad jurídica”, p. 160.

Esta referencia a *potestas* que hace las XII Tablas en relación a la curatela, se mantuvo “prácticamente hasta la época del Principado” pues eran “los términos que utilizaban las fuentes para describir las instituciones tutelares” que son “los mismos que se empleaban para aludir a los poderes del *paterfamilias*”¹⁶⁴, pero esta *potestas* agnaticia o gentilicia no se extendía tanto como esos poderes, pues no podía abarcar, por ejemplo, el *ius viate et necis* o *ius vendendi*¹⁶⁵.

Asimismo, DILIBERTO entiende que el uso del término *potestas* implica que una vez el *furiosus* estuviese “sometido a tal poder, ya no sería considerado *sui iuris*” sino que cree el autor que “no es erróneo (...) comparar al *furiosus* con una persona *alieni iuris* por el período en que está sometido a la *potestas*”¹⁶⁶. Pero parece que ya en “época republicana se reconoce la personalidad jurídica del incapacitado, aunque se le limite el ejercicio de sus derechos”¹⁶⁷.

La función principal de esta curatela era, como se refleja en D. 27.10.7pr (*Iul. 21 Dig.*), que “(...) *curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ae salus furiosi*”. Si bien se menciona el cuidado del cuerpo y la salud del *furiosus*, la verdad es que en época arcaica la finalidad de esta institución no era otra que la protección “más bien de la *gens*”¹⁶⁸, y ya en la época clásica la protección se centraría en el sujeto que la precisara¹⁶⁹, teniendo como finalidad principal, como se puede percibir en D. 27.10.1pr (*Ulp. 1 ad Sab.*), la administración de los bienes del *furiosus*¹⁷⁰, no pudiendo ni siquiera estos sujetos adquirir ninguna posesión. Pero, hay que tener en cuenta que, debido a la casuística del Derecho romano, esa institución tenía una gran flexibilidad permitiendo “tanto sustituir como complementar la capacidad” al poder ajustarse al supuesto concreto¹⁷¹.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 142. Señala, en este mismo sentido, CALASSO, *Enciclopedia del diritto*, p.491 que “para cada tipo de cura, los juristas clásicos (...) sólo hablan de *curatio* o curación [estando] el término *potestas* (...) olvidado”.

¹⁶⁵ DILIBERTO, pp. 47-48.

¹⁶⁶ *Ibidem*, pp. 45-47, aunque aclara que sin llegar a entender que este poder puede “compararse al del *pater* sobre el *filius* ni al poder de sujeción material al que está sometida la persona *in causa mancipi*”. Esta misma idea es compartida por GUARINO, citado por CALASSO, *Enciclopedia del diritto*, p. 491, al entender este “que se trata de una *potestas* sobre la persona y bienes del *furioso* plena y absoluta, similar a la que se ejercer sobre otras personas, de las que se dice que están en potestad. De ahí que se deduzca que para los decenviros el *furiosus* era considerado un verdadero *alieni iuris*”.

¹⁶⁷ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacida y Derecho Romano*, p. 161. Este matiz, indica el autor, es muy relevante en la actualidad, debido a la “relación con las reivindicaciones actuales de las personas con [diversidad funcional] reflejadas en la Convención ONU (...): la conservación de la capacidad jurídica como principio esencial de la dignidad y derechos de estas personas”, p. 161, nota 146.

¹⁶⁸ COCH ROURA, «Modificación de la capacidad de obrar», p. 10. Esta protección podía ser debida al hecho de que el curador “era uno de los llamados a sucederle si moría intestado”. Así, como “uno de los principios que caracterizaban la *tutela impuberum*” la curatela del furioso “aparece impregnada por (...) el principio de protección familiar”. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacida y Derecho Romano*, p. 159.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 11. “La *cura furiosi* fue reforzada en seguridad y a favor del *furiosus* imponiendo fuertes medidas de vigilancia sobre los *curatores*”, CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacida y Derecho Romano*, p. 160.

¹⁷⁰ Se extrae de D. 26.2.12 (*Ulp. 38 ad Sab.*) y D. 26.2.14 (*Marc. 2 Instit.*) la máxima de que el tutor se da para la persona y el curador para la cosa o la causa. También en D. 40.1.13 (*Pomp. 1 ex. Plau.*) se refleja el hecho de que el curador solo puede administrar el patrimonio, al no permitirse al curador agnado manumitir el esclavo del loco por entenderse que la manumisión no forma parte del patrimonio.

¹⁷¹ COCH ROURA, «La curatela», p. 24. Motivo por el cual, MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «De la cura furiosi», p. 20 equipará la curatela *furiosi* a nuestra tutela. Pues tanto la *cura furiosi* como la tutela actual se basan en un deber de asistencia social, DÍAZ, p. 437.

Al igual que la finalidad de esta institución, la constitución de la misma también evolucionó con el tiempo, pues como hemos visto, al inicio la *cura furiosi* se constituía de forma automática cuando se observase las facultades mentales alteradas, lo que produce inseguridad jurídica, puesto se le daba “nula importancia, durante mucho tiempo, [a] la acreditación clínica de la tenencia de la locura”¹⁷². Pero más adelante, en época clásica se prevé la curatela dativa, es decir, con la intervención del pretor, no reconociéndose ya la curatela legítima¹⁷³.

A partir de este momento, explica CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ¹⁷⁴, cuando los familiares se percataban del deterioro del estado psíquico del *furiosi* solicitaban al pretor la imposición de la *cura*, siendo estos, junto a los jueces y otros funcionarios en época imperial los encargados de apreciar si una persona padecía o no una enfermedad mental. Incluso, se puede “presumir (...) de un mínimo diagnóstico médico o prueba pericial por parte del pretor”¹⁷⁵, como queda reflejado en D. 27.10.6 (*Ulp. 1 Omni. Tribun.*)¹⁷⁶. Pero ello no implica, como sucede en la actualidad, “una declaración formal de incapacitación”¹⁷⁷.

El cese de esta institución se producía *ipso iure*, recuperando la capacidad de obrar desde el momento en que ya no se tenía la enfermedad mental que había conllevado la constitución de la misma¹⁷⁸, aunque distinto era cuando se trataba de un intervalo lúcido, supuesto que trataremos en el siguiente apartado, cuando el sujeto dejaba de tener rasgos de la enfermedad durante un tiempo, no llegando a la curación definitiva, sino un tipo de curación provisional¹⁷⁹, permitiéndole entonces, realizar actos jurídicos válidos como el hecho de contraer matrimonio.

¹⁷² CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 160.

¹⁷³ AZARA Y EULA, p. 688. La intervención del pretor se produce desde el momento inicial de la *cura*, correspondiéndole “la comprobación de las condiciones de incapacidad mental del furioso, que constituyen los presupuestos para su sometimiento a la curatela”. Por ende, señala ZAMORA MANZANO, p. 12, que la cuestión de determinar cuándo el sujeto debía ser sometido a curatela por estar afectado por alguna diversidad funcional cognitiva no era una cuestión baladí, debiendo decidir los magistrados “bajo su prudente arbitrio y con los conocimientos médicos de la época si la persona estaba en su cabal juicio” o si por el contrario debían ser sujetos a la *cura furiosi*.

¹⁷⁴ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 187

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 188. También se muestra ese diagnóstico a nivel de determinar la responsabilidad penal con relación a la verificación de una enfermedad mental, D. 1.18.14 (*Macer 2 de Publ. Iudic.*), pues se encontraban casos en que una persona podía “simular estar loca después de comisión de un delito grave” p. 189. También se puede observar como en época Justiniana se ordenó que para nombrar a los curadores era necesaria una “previa investigación del posible discapacitado”, p. 189. Inst. 1.23.3: “*Furiosi (...) sed solent Romae praefectus urbe vel praetor, et in provinciis praesides ex inquisitione iis curatores dare.*”

¹⁷⁶ D. 27.10.6 (*Ulp. 1 Omni. Tribun.*): “*Observare Praetorem oportebit, ne cui temere citra causae cognitionem plenissimam curatorem det, quoniam plerique vel furorem, vel dementiae fingunt (...)*”.

¹⁷⁷ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p. 195.

¹⁷⁸ DÍAZ, p. 439.

¹⁷⁹ Señala MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «Tutela y curatela», p. 26, que “el nombramiento de *curatores* podría considerarse como provisional, no perpetuo, ya que su duración sería la misma que la duración de la locura”.

Por último, cabe mencionar la distinción que se hace en C. 5.4.25.(4)¹⁸⁰ e I. 1.23.3-4¹⁸¹ en referencia a una curatela para las *furiosi* y otra para los *mente capti*. En estos textos se hace mención diferenciada, aunque no de forma expresa, a la *cura furiosi* y la *cura debilium personarum*¹⁸², siendo la segunda constituida “en beneficio de otras personas *débiles* [como] los que tenían deficiencias cognitivas”¹⁸³, pero no es hasta la época Justiniana que se hace esta distinción, motivo por el cual, tanto los *furiosi* como los *mente capti*, serían hasta entonces sujetos a la *cura furiosi*.

2.2. La curatela según el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal de 17 de julio de 2020¹⁸⁴

Habiendo visto como se regulaba en Derecho romano la protección del colectivo a la que hoy llamamos personas con diversidad funcional cognitiva, ahora veremos cómo se pretende regular la institución de la curatela en este Proyecto de Ley.

A raíz de la ratificación por España de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad en 2008¹⁸⁵, esta se obliga a “adaptar el tratamiento jurídico de las personas con discapacidad a los principios de dicho texto internacional y a la diversidad que lleva ínsita”¹⁸⁶, destacando por su valor la necesidad de adaptar todo nuestro ordenamiento jurídico a lo previsto en el artículo 12 de la Convención en relación a la capacidad legal de las personas con diversidad funcional.

Para el Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad la institución de la curatela debe ser abolida para reconocer que las personas con diversidad funcional cognitiva gozan de la

¹⁸⁰ C. 5.4.25.(4): “*Praesentibus tam curatoribus dementis vel furiosi, quam his,(4) qui ex genere eorum nobiliores sunt; ita tamen, ut nulla ex hac causa oriatur vel in hac regia urbe vel in provinciis iactura substantiae furiosi vel mente capti, sed gratis omnia procedant, ne tale hominum infortunium etiam expensarum detrimento praegravetur*”

¹⁸¹ Inst. 1.23.3: “*Furiosi (...) tamen in curatione sunt agnatorum ex lege duodecim tabularum*”. Inst.1.23.4: “*Sed et mente captis (...) et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, curatores dandi sunt*”.

¹⁸² Para saber más del tema *vid.* CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 171 y ss.

¹⁸³ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 172. Justiniano hace esta separación en el Título “*De curatoribus*”.

¹⁸⁴ Este pasado 3 de junio de 2021 ha sido publicada la Ley 8/2021, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, aunque la misma no entrara en vigor hasta el próximo 3 de septiembre.

¹⁸⁵ La ratificación se produjo el 23 de noviembre de 2007, publicándose posteriormente el Instrumento de ratificación en el BOE, nº 96 de 21 de abril de 2008. Entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

¹⁸⁶ Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ, «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica», p. 385. Señala Patricia CUENCA GÓMEZ, «Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad», p 99, en referencia al anteproyecto de 2018, aunque encontramos que es aplicable igualmente al actual Proyecto de Ley, la importancia de “convencer de la necesidad de este cambio para hacer realidad el gran giro que [la Convención] impone en la percepción de las personas con [diversidad funcional], esto es, dejar de considerarlas como objetos de protección, asistencia y cuidado, para pasar a contemplarlas como auténticos sujetos de derechos humanos capaces de ejercerlos en condiciones de igualdad”.

misma capacidad legal, entendida esta según el artículo 12 de la Convención, que el resto de personas, hecho que, como veremos, no cumple el Proyecto de Ley, al seguir manteniendo esta institución.

Debido a que la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención no se ha producido aún en su plenitud, sobre todo en relación al artículo 12 de la misma, han sido los Tribunales¹⁸⁷ los que han ido dictando sentencias de conformidad a las disposiciones de la Convención, mostrando, en primer lugar, una tendencia indudable a la curatela, al escoger esta institución y no la tutela como mecanismo de protección; y, en segundo lugar, designando funciones de mera asistencia al curador, debido a que “la realidad obliga al juzgador a hacer construcciones *ad causam* que no corresponden con la curatela (ni con la tutela) tal y como está configurada en el ordenamiento jurídico estatal”¹⁸⁸, entendiéndose que la curatela es la mejor institución para permitir el libre desarrollo de la personalidad previsto en el artículo 10 de nuestra Constitución¹⁸⁹.

El hecho de adaptar la institución de la curatela a cada caso concreto refleja cómo se han tenido que derivar, en un inicio, a una casuística similar a la prevista en Derecho Romano, y mostrando como esta institución sigue siendo igual de flexible que entonces, puesto que según este Proyecto de Ley “será el juez el que, caso por caso, adjudicará la medida de apoyo requerida, sin necesidad de una previa declaración de incapacidad”¹⁹⁰.

La consideración de dar más importancia a la curatela quedó reflejada ya en el Anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad encomendada a la Comisión General de Codificación (Secciones Civil y Procesal), aprobada en el Consejo de Ministros del 21 de septiembre de 2018, siendo dicho Anteproyecto influencia directa en el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 (en adelante el Proyecto de Ley), al tener éste “su origen en el diseño del nuevo sistema de apoyos trazado por el Anteproyecto”¹⁹¹, dando un mayor protagonismo a la institución de la curatela en relación a las medidas de apoyo para las personas con diversidad funcional debido a su naturaleza graduable¹⁹².

Desde el punto de vista procedimental, cabe destacar que el apartado tercero la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley establece que ya no habrán declaraciones de

¹⁸⁷ Destacan la mayoría de autores la importancia de la Sentencia del Tribunal Supremo 282/2009, de 29 de abril de 2009, entre otros, DE SALAS MURILLO, p. 13 y SÁNCHEZ GÓMEZ, «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad», p. 393. Por el contrario, BOTELLO HERMOSA, p. 620, indica que en su opinión la sentencia más importante “sobre la adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro ordenamiento interno hasta que el Poder Legislativo no cumpla con su deber de adaptación” es la Sentencia del Alto Tribunal 421/2013, de 24 de junio de 2013.

¹⁸⁸ DE SALAS MURILLO, p. 11.

¹⁸⁹ *Ibidem*.

¹⁹⁰ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «Tutela y Curatela», p. 32.

¹⁹¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad», p. 390, nota 23.

¹⁹² Pedro MUNAR BERNAT, «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad», p. 121.

incapacitación¹⁹³, ni ningún tipo de privación de derechos, ni patrimoniales, ni políticos ni personales, indicando que el único contacto con un procedimiento judicial será cuando a falta de medidas de apoyo de autorregulación, como la autocuratela o los poderes preventivos¹⁹⁴, se seguirá el procedimiento de provisión de apoyos¹⁹⁵ para determinar los actos en los que requerirá apoyo la persona con diversidad funcional, manteniendo, como regla general, que esta “será la encargada de tomar sus propias decisiones”¹⁹⁶. Esta propuesta de abolir la previa incapacitación para poder sujetar a la persona a la institución de la curatela es la similitud más importante con la *cura furiosi*, pues al igual que entonces, la sujeción a la curatela no estará vinculada a la declaración de incapacitación.

En relación a nuestro trabajo destacamos el artículo 2 sobre la modificación del Código Civil, en concreto su apartado 22, el cual prevé la modificación del Título XI del Libro I, pasando a denominar dicho título XI como “De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, estableciendo en sus dos primeros artículos 249 y 250 que las personas mayores de edad o emancipadas que precisen medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica, podrán ser sujetas a las instituciones jurídicas de apoyo de la guarda de hecho, la curatela o el defensor judicial¹⁹⁷.

¹⁹³ Según el contenido de la Convención, el procedimiento de incapacitación afecta a la capacidad legal de las personas con diversidad funcional por limitar sus derechos e impedirles tomar sus propias decisiones, pero hay autores como CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, p. 74 que entienden que “la incapacitación jurídica va dirigida a facilitar la actuación del incapaz en el mundo jurídico de la misma forma y con las mismas garantías que si estuviera en condiciones de actuar con total capacidad”, y termina diciendo que la incapacitación “no es una forma de limitar o de disminuir más las posibilidades de actuación de [las personas con diversidad funcional], sino de igualar las mismas a las de las demás personas”. En la misma línea María Isabel DE LA IGLESIA MONJE, «La curatela y el discapacitado desde el prisma del “principio del superior interés de la persona con discapacidad”». Estudio jurisprudencial», p. 4124, al comentar que el hecho de que se declare que una persona tiene la capacidad modificada, o incapacitada, “no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio”. A nuestro juicio, es preciso advertir que, si bien la declaración en sí no cambia la titularidad de derechos, sí lo hace la sujeción a tutela de la persona con diversidad funcional, pues entendemos se pierde la capacidad jurídica. Así lo expresa Natalia ÁLVAREZ LATA, «El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada. (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)», p. 23, al explicar que los derechos personalísimos de estos sujetos “quedan meramente latentes o confinados a causa de la incapacidad [al] carecer [el sujeto] de capacidad de obrar y el tutor carece de poder de representación en este ámbito” generando consecuentemente una auténtica situación de incapacidad jurídica.

¹⁹⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ, «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad», p. 416, nota 144.

¹⁹⁵ El apartado V de la Exposición de Motivos referente al ámbito procesal, destaca que únicamente cuando “sea pertinente el nombramiento de un curador y se haya formulado oposición en el previo expediente de jurisdicción voluntaria, los procesos de adopción de medidas judiciales de apoyo” se regirán por la propuesta de reforma del Capítulo II del Libro IV. Pero si no hubiera oposición alguna, entonces la adopción de medidas de apoyo se regirá por la legislación de jurisdicción voluntaria. Se prioriza así la jurisdicción voluntaria, aumentando de esta manera “la participación de la propia persona, facilitando que pueda expresar sus preferencias e interviniendo activamente”. Y en el supuesto de existir oposición, “el procedimiento se transformaría en uno contradictorio”.

¹⁹⁶ Milagros PETIT SÁNCHEZ, «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés», p. 292. Nos hace surgir la duda de si se debe respetar de forma inamovible la voluntad de la persona con diversidad funcional cognitiva, aun cuando se tenga el conocimiento del perjuicio personal o patrimonial que puede causar dicha voluntad.

¹⁹⁷ Queda así excluida la tutela como una de las medidas a las que someter a las personas con diversidad funcional, proponiendo que esta sea únicamente destinada a los menores. El apartado 20, del artículo 2 del Proyecto de Ley prevé la reforma de Título IX, del Libro I, y el primer artículo de este título IX, el artículo 199 establece que quedan sujetos a tutela los menores no emancipados en situación de desamparo y los no sujetos a patria potestad. Por lo tanto, como indica MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, «Tutela y curatela», p.1, coinciden con el Derecho Romano, pues este “en el

La curatela será preferente cuando la persona necesite medidas de apoyo de manera continuada, manteniendo su finalidad asistencial. Sin embargo, no se concreta el tipo de diversidad funcional que deberá ser sujeta a curatela según el Proyecto Ley, indeterminación, bajo nuestro criterio, muy criticable, puesto que no se precisa que causas pueden conllevar la sujeción a esta institución, a diferencia del vigente artículo 200 CC, que aun tratándose de una fórmula abierta, especifica que serán sujetos a curatela las personas que no puedan gobernarse por sí mismas.

Quizás, el motivo de no precisar que la curatela será prevista para aquellas personas que no puedan gobernarse por sí mismas sea porque se debe sobreentender que el Proyecto de Ley se refiere a las personas con diversidad funcional cognitiva, afectadas en sus facultades cognitivas y volitivas. Sin embargo, creemos que debería preverse, aun sabiendo que es tarea difícil, cuándo serían procedentes las medidas de apoyo, puesto que, como se ha comentado en los primeros apartados, este tipo de diversidad funcional presenta diversos grados, e incluso en el más leve, en el que las personas pueden realizar la mayoría de las funciones diarias, es necesario cierto apoyo de mayor o menor intensidad. Por ello parece necesario, como indica SÁNCHEZ GÓMEZ que “quizá este texto [deba] ir más allá del avance terminológico y diseñar un régimen completo que delimite con precisión cuándo son procedentes las medidas de apoyo”¹⁹⁸. Queda claro de todas formas que lo determinante será la labor que tendrá el juez¹⁹⁹ a la hora de decidir qué medidas de apoyo²⁰⁰, y en qué grado deberán establecerse²⁰¹.

Otra cuestión a destacar es la prioridad dada al criterio de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con diversidad funcional, criterio que deberá ser tenido en cuenta por

ámbito del menor de edad optaron por la tutela, en el de la enfermedad mental por la curatela” coincidiendo con el modelo propuesto en el Proyecto de Ley de 2020. SÁNCHEZ GÓMEZ, «Hacia una nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad», p. 417, explica que quizás la supresión de la tutela es debido a discrepancias aparentes y terminológicas más que sustanciales con el artículo 12 de la Convención, pues podría admitirse la tutela para aquellos casos más graves, pero, al igual que hace el Código Civil de Cataluña en su artículo 223-6, el Proyecto de Ley también prevé la curatela representativa, es decir, que el curador pueda tener, en algunos supuestos concretos, la representación de la persona sujeta a curatela. En Roma, en la época arcaica, también se preveía que los menores *sui iuris* fueran sujetos a tutela aún enloquecer cuando estuvieran bajo la *tutela impuberum*, y “una vez terminada la tutela legal” los menores *sui iuris* “con demencia habrían caído bajo la *potestas* de sus agnados (*cura furiosi*)”. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 170.

¹⁹⁸ SÁNCHEZ GÓMEZ, «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad», p. 415.

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 418. COCH ROURA, «La curatela», p.11, haciendo referencia al sistema de apoyos, si bien considera esta “solución (...) respetuosa con los derechos fundamentales de las personas que carecen total o parcialmente de discernimiento o autogobierno”, entiende que esta casuística abocaría al fracaso en su aplicación práctica, pues conllevaría un mayor aumento en la carga de los tribunales.

²⁰⁰ La Observación General nº1 de 2014 en su apartado 17, y también la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley en su apartado III, establecen que debemos entender por apoyo “todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con [diversidad funcional]”.

²⁰¹ Esta cuestión relativa al artículo 12 ya se la planteó BOTELLO HERMOSA, p. 618, entendiendo “que la verdadera cuestión que la Convención pretende que se planteen los Estados Parte tras adaptar su artículo 12 sea la siguiente, ¿qué nivel de apoyo o asistencia necesita esa persona con [diversidad funcional] para desarrollar su vida con total normalidad e igualdad con el resto de personas?”.

la persona que preste el apoyo. Esta idea se encuentra prevista en la propuesta de la reforma del artículo 268 CC, sin hacer ninguna mención al interés superior de las personas con diversidad funcional cognitiva, aunque si bien es cierto que “en la contraposición de los criterios del «interés» y la «voluntad» hay que dar preferencia a esta última”²⁰², en los casos excepcionales en los que no exista posibilidad de atender a la voluntad de la persona con diversidad funcional cognitiva, por no haber tenido esta nunca capacidad para llegar a formar su propia voluntad y tomar sus decisiones²⁰³, deberá priorizarse el interés superior. Así, queda plasmado con claridad que el eje sobre el que girarán las medidas de apoyo será la autonomía de la voluntad²⁰⁴, dejando claramente tajante que se siguen las aclaraciones hechas por la Observación General nº1 de 2014.

De este modo, las directrices seguidas por el Proyecto de Ley buscan en todo momento fomentar esa voluntad y toma de decisiones de las personas con diversidad funcional, y si bien es cierto que en esos supuestos excepcionales sí debería tenerse en cuenta como criterio el interés superior de la persona, a pesar de no ser mencionado en el Proyecto de Ley, también es cierto que en los supuestos en que las personas sujetas a curatela no tengan su voluntad o preferencias plenamente formadas, se deberá ayudar en dicha formación procurando que la persona con diversidad funcional cognitiva tenga una determinada voluntad, deseos y preferencias²⁰⁵.

Esta mayor autonomía que se pretende conceder a las personas con diversidad funcional cognitiva nos influye en el presente trabajo, puesto que al tener como criterio principal la voluntad, deseos y preferencias de la persona, también a nivel personal²⁰⁶, se respalda el hecho de que las mismas pueden tener una mayor aptitud para decidir si quieren o no contraer matrimonio.

Por último, en este apartado cabe añadir, como ya sabemos, que en Derecho nos encontramos con diferentes tipos de actos, entre los que encontramos el acto de contraer matrimonio, el divorcio y hacer testamento, actos personalísimos todos ellos “que por afectar a elementos esenciales de la persona, solo pueden ser realizados por aquella persona a la que afectan”²⁰⁷, conllevando aparejada la “imposibilidad de actuación representativa”²⁰⁸, a diferencia

²⁰² PAU, p. 9.

²⁰³ SÁNCHEZ GÓMEZ, «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad», p. 423.

²⁰⁴ PETIT SÁNCHEZ, p. 265.,

²⁰⁵ PAU, p. 9. Así se establece en el artículo 249 del Proyecto de Ley.

²⁰⁶ Entre otros aspectos que pueden destacarse a nivel personal están: la vida independiente, viajes, estudios, trabajo. PETIT SÁNCHEZ, 271.

²⁰⁷ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, p. 71. Entre otros actos personalísimos también encontramos el reconocimiento de hijos o las capitulaciones matrimoniales.

²⁰⁸ Enrique RAMOS CHAPARRO, «Incapacidad de obrar y acciones personalísimas de estado. (A propósito de la STC núm. 311/2000, de 18 de diciembre)», p. 813. Es debido a la “inherencia del derecho, acto o situación a la mismísima personalidad (...) lo que fundamenta (...) la categoría legal del carácter personalísimo”, p. 814. Si bien cabe apuntar que, en sede matrimonial, el artículo 55 del Código Civil permite el matrimonio por apoderado, que “no significa una representación propiamente dicha (...) sino que salva [la verdadera finalidad e interés] de una posible inoperancia o inexistencia práctica”, p. 815, haciendo esto referencia al hecho de que los contrayentes pueden tener el interés de casarse, pero por motivos ajenos, deba uno de ellos hacerlo mediante apoderado.

de los actos patrimoniales en los que sí se admite la representación, y así queda reflejado con la tutela y la curatela hasta ahora vigentes.

Por ello, los curadores no pueden intervenir en dichos actos²⁰⁹, pues “se considera (...) que la persona debe actuar por sí misma”²¹⁰, teniendo gran importancia en este aspecto la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de noviembre de 2017²¹¹, que en su fundamento jurídico sexto apartado 7.b establece que en nuestro Derecho, para el matrimonio, no se “contempla la privación de la capacidad para contraerlo ni en consecuencia prevé que la persona con capacidad limitada requiera autorización judicial para que compruebe su capacidad”, no existiendo en nuestro ordenamiento ninguna norma que de forma expresa “permita privar «in genere» de la capacidad para contraer matrimonio”, no pudiéndose extender la curatela “a la autorización para que el incapaz contraiga matrimonio”²¹², siendo esto concordante con lo previsto en la modificación que pretende introducir el Proyecto de Ley en el artículo 269 CC al establecer que la sentencia que decrete la sujeción a curatela no “podrá incluir (...) la mera prohibición de derechos”²¹³.

Habiendo visto como se regulaba la institución de la curatela en Derecho Romano, y las modificaciones propuestas en el Proyecto de Ley, cabe preguntarse ahora, en primer lugar, cómo puede afectar la curatela en el momento de emitir el consentimiento matrimonial de las personas en las que hay sentencia declarativa de modificación de la capacidad, y, en segundo lugar, cómo afecta aquellas personas que aún no mediar sentencia de modificación de capacidad tienen una diversidad funcional cognitiva, buscando comprobar si esta afecta a su aptitud matrimonial. Lo cual lleva a preguntarnos, de una forma más general: ¿Pueden llegar las personas con diversidad funcional cognitiva a contraer matrimonio? ¿Se considera que tienen aptitud matrimonial?

²⁰⁹ Así, del derecho a contraer matrimonio de las personas con diversidad funcional cognitiva con la capacidad modificada judicialmente, queda excluida “la necesaria autorización de su curador si estuviera sometido a curatela en virtud de una sentencia de incapacitación”. Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del art. 56.2º del Código Civil», p. 28. Si bien, menciona la autora un caso en que una Sentencia del Tribunal Supremo precisó la intervención del curador para complementar la capacidad de la persona con la capacidad modificada judicialmente, pero que no llegaba a declarar nula su autonomía personal, siendo ello una gran paradoja. Dicho pronunciamiento es un hecho aislado, Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2015 (Roj: 4505/2015), en su fundamento jurídico segundo, apartado cuarto.

²¹⁰ DE SALAS MURILLO, p. 40

²¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, del 8 de noviembre de 2017. Roj. 3923/2017. En este mismo sentido añade Eva María MARTÍN AZCANO, «Capacidad capitular de las personas con trastornos mentales», p. 6, que si bien es posible que cuando el juez dicta sentencia sobre la modificación de la capacidad judicial del sujeto puede también pronunciarse sobre la capacidad matrimonial de la persona, la verdad es que no podrá saber con seguridad si esta persona tendrá aptitud matrimonial o no en el momento de la celebración del matrimonio.

²¹² Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, del 7 de marzo de 2018. Roj. 732/2018.

²¹³ Esta prohibición queda corroborada por la Disposición Transitoria Primera del Proyecto de Ley de 2020, al establecer que: “A partir de la entrada en vigor de la presente ley las meras prohibiciones de derechos de las personas con [diversidad funcional] quedarán sin efecto”. Indica Antonio GORDILLO CAÑAS, *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*, p. 215, que esta imposibilidad de incluir la prohibición de derechos como el de contraer matrimonio, hacer testamento o el reconocimiento de hijos es debido a que se trata de “actos de voluntad de evidente trascendencia” y por ello “constituyen sectores de actuación no vedados al incapaz”.

3. EL CONSENTIMIENTO MATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL COGNITIVA

El matrimonio²¹⁴, como negocio jurídico que es, siendo el más importante del Derecho de Familia, debe cumplir con unos requisitos, entre los que encontramos el consentimiento matrimonial. Y para poder prestar dicho consentimiento se requiere aptitud matrimonial, entendida esta como “una facultad general y abstracta, a la posibilidad legal de celebrar matrimonio con cualquier persona”²¹⁵, pero como ahora veremos, la aptitud matrimonial prevista en Derecho Romano y la aptitud matrimonial requerida en la actualidad para contraer matrimonio son diferentes.

3.1. Matrimonio de los *furiosi* en Roma

El concepto de matrimonio²¹⁶ que se tenía en Roma es definido por Modestino D. 23.2.1 (*Modes. 1 Reg.*) y Justiniano I. 1.9.1:

D. 23.2.1.: “*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”.

Inst. 1.9.1.: “*Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum vitae consuetudinem continens*”.

De este modo, la acepción de matrimonio que se tiene es de matrimonio como estado, *matrimonio in facto esse*, teniendo una mayor importancia a nivel social que jurídico²¹⁷, aludiendo como señala PANERO GUTIÉRREZ, a una unión estable consecuente de la realización de este contrato matrimonial²¹⁸, reconociéndole “efectos jurídicos principalmente por la importancia que tenía respecto a la filiación”²¹⁹.

En Derecho Romano, el *ius conubii*, derecho a contraer matrimonio, solo lo poseen aquellos que tienen capacidad jurídica. Consecuentemente, debería entenderse que los *furiosi sui*

²¹⁴ El derecho a contraer matrimonio previsto en el artículo 32 de nuestra Constitución, está también recogido en otros muchos textos internacionales, destacando el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre 1948, el artículo 23 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el artículo 12 de la Convención Europea de Derechos Humanos. El *ius conubii* es uno de los derechos inviolables al que se hace referencia en el artículo 10 de la Constitución, siendo un derecho que “pertenece (...) a la dignidad de la persona humana, la cual padecería si no se le permitiera contraer matrimonio, y, sobre todo, forma parte de ese desarrollo de la personalidad que se vería interrumpido si (...) se le negara el acceso”, Gabriel GARCÍA CANTERO, *Artículos 42 a 107 del Código Civil*, p. 55.

²¹⁵ GARCÍA CANTERO, p. 51. A esta aptitud matrimonial hace referencia el artículo 46 CC al establecer qué personas no tienen dicha capacidad.

²¹⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Derecho Privado Romano*, p. 254, señala que las fuentes romanas tenían diferentes terminologías “para referirse a la realidad social y jurídica que constituye el matrimonio”, entre los que menciona los vocablos de *matrimonium*, *nuptiae*, *consortium*, *coniunctio*, entre otros.

²¹⁷ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 123.

²¹⁸ PANERO GUTIÉRREZ, p. 271.

²¹⁹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 121.

*iuris*²²⁰ debían poder contraer matrimonio, pero tal como se prevé en Epítome Ulpiano 5.2²²¹, D. 23.2.2²²² y C. 5.4.14²²³, para poder contraer matrimonio, y entender que se tenía la aptitud matrimonial para ello, se debía prestar un consentimiento libre, no pudiendo obligar a dicha unión²²⁴, y además precisaban que fuera un consentimiento consciente²²⁵; requisitos que no cumplen los sujetos *furiosi* al no poder emitir un consentimiento libre y consciente²²⁶.

3.1.1. *Dilucida intervalla*

Como hemos visto en los anteriores apartados, por regla general, los *furiosi* no tenían la aptitud para hacer nada, pues se entendía que carecían de capacidad de obrar, incluyendo la capacidad para consentir al matrimonio. Pero a partir de la época postclásica²²⁷, se empieza a permitir que los negocios realizados por los *furiosi*, en un período de *intervalla lucida*, sean considerados válidos.

Esta expresión de *intervalla lucida* alude “en las fuentes jurídicas a los períodos en los que el *furiosus* recobraba temporalmente la razón, disfrutando de algunos espacios de lucidez que suponían una especie de tregua en su enfermedad”²²⁸, es decir, esta se encontraba inactiva²²⁹.

Antes de seguir, cabe diferenciar, como pasa en la actualidad, y como hemos visto que ya hacían en época clásica-postclásica, dentro del hoy llamado colectivo de diversidad funcional cognitiva, se incluye a las personas que tienen tanto una diversidad funcional intelectual como mental, y de estos dos grupos, los que pueden encontrarse en un intervalo lúcido, serán únicamente los sujetos del colectivo de diversidad funcional mental, los *furiosi*²³⁰, puesto que en

²²⁰ Cabe apuntar que los *alieni iuris* también podían contraer matrimonio, prestando consentimiento en este caso los *patres*. Pero como apunta CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 123, la prohibición de contraer matrimonio de estos sujetos *furiosi*, ya fueran *sui iuris* o *alieni iuris*, era absoluta, consecuencia de entenderse que no tenían conocimiento alguno de los actos que pudieran contraer, y en sede matrimonial, “era imposible que pudiera existir la *affectio maritalis*”.

²²¹ Citado por PANERO GUTIÉRREZ, p. 275, la literalidad de este texto indica: *Iustum matrimonium est si inter eos qui: nuptias contrahunt conubium sit; tam masculus pubes quam fémína potens sit et utrique consentiant si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum si in potestate sunt.*

²²² D. 23.2.2 (*Paul. 35 ad Ed.*): *Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorumque in potestate sunt.*

²²³ C. 5.4.14 (*Los mismos Augustos y Césares á Ticio*): *Neque ab initio matrimonium contrahere, neque dissociatum reconciliare quisqua, cogi potest. Unde intelligis, liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere.*

²²⁴ Por ejemplo, en D. 23.2.21 (*Terencio Clemente 3 ad leg. Iul. et Pap.*): *Non cogitur filiusfamilias uxorem ducere.*

²²⁵ En muchos fragmentos del Digesto encontramos como la aptitud para consentir el matrimonio es requisito imprescindible, D. 35.1.15 (*Ulp. 35 ad Sab.*): “(...) *nuptias enim non concubitus, sed consensus facit*” y D. 50.17.30 (*Ulp. 36 ad Sab.*): “*Nuptias non concubitus, sed consensu facit*”.

²²⁶ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 123.

²²⁷ Comenta CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 193, que este desarrollo más amplio realizado en época postclásica puede ser debido a que “tuvieron un mejor discernimiento de las enfermedades mentales”.

²²⁸ *Ibidem*, p. 192 y ZAMORA, p. 6.

²²⁹ COCH ROURA, «Modificación de la capacidad de obrar», p. 17.

²³⁰ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 125.

las personas con diversidad funcional intelectual, los *mente captus*, destacan por la permanencia y la continuidad, indicando por tanto que no tiene curación²³¹.

La teoría de los intervalos lúcidos²³² consiste en admitir como válidos los actos realizados por los *furiosi* durante estos intervalos, pero dicha teoría no fue admitida en una primera época, sino que no fue hasta los juristas postclásicos “con base en los precedentes clásico”²³³ que estos fueron admitidos. Así se desprende de las constituciones imperiales C. 5.70. 6 y C. 6.22.9²³⁴, las cuales prevén que en épocas anteriores ya se disputaba si los *furiosi* debían seguir sujetos a la *cura furiosi*, y si los actos que estos realizarán debían ser entendidos como válidos. Esta cuestión, en época postclásica se resuelve considerando que deben seguir sujetos a la *cura furiosi* pero con la suerte de que durante los intervalos lúcidos “nada haga el curador, sino que pueda el furioso (...) hacer todas las otras cosas que les competen á los hombres sanos”²³⁵.

Consecuentemente, durante los episodios de intervalos lúcidos, en Derecho Justiniano la *cura furiosi*, a la que estaban sometidos los *furiosi*, no se extinguía *ipso iure* como sucedía con la curación de la enfermedad mental, sino que la curatela quedaba en suspenso²³⁶, no siendo entonces necesario un nuevo nombramiento en el supuesto de que el *furiosus* volviera a recaer en un estado de enajenación²³⁷, y entendiéndose que durante esos momentos de suspensión de la *cura furiosi*, todo acto realizado por estos sujetos es válido, aunque en C. 4.38.2, en un supuesto de compraventa, tienen claro que los *furiosi* no pueden emitir su consentimiento, pero “*intermissionis autem tempore furiosos maiores viginti quinque annis venditiones et alios quoslibet contractus posse facere, non ambigitur*”, así supeditaban la validez del acto a que el *furiosi* tuviera 25 años.

En relación a la aptitud matrimonial de los *furiosi*, D. 1.6.8 deja bien claro que “*nam furiosus licet uxorem ducere non possit, retinere tamen matrimonium potest*”, mostrando en este fragmento no únicamente la posibilidad de contraer matrimonio en *dilucida intervalla* del furioso, sino que además se admitía la continuidad de un matrimonio donde uno de los contrayentes, de forma posterior a la celebración del mismo, dejara de estar en un momento de lucidez, o que la

²³¹ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, «Perjuicios, lenguaje y discapacidad», p. 55 y ZAMORA MANZANO, p. 5.

²³² El término intervalo lúcido, como señala Eudoxio CASTAÑEDA DELGADO, «El problema del lucido intervalo en las enfermedades mentales», p. 475, es un término “de origen jurídico”.

²³³ MARTINEZ DE MORENTIN LLAMAS, «Tutela y Curatela», p. 27 y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 193.

²³⁴ En sede testamentaria, se prevenía en C. 6.22.9 que “*furiosum in suis induccis ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit*”.

²³⁵ C. 5.70.6

²³⁶ D’ORS, p. 182, señala que también hay un precedente clásico de esta suspensión de la *cura furiosi* en momento de intervalos lúcidos, mencionando el rescripto de Marco Aurelio y Cómodo.

²³⁷ MARTINEZ DE MORENTIN LLAMAS, «De la cura furiosi», p. 65.

aparición de la diversidad funcional mental fuera posterior a la celebración del mismo²³⁸, mostrando así que la ulterior pérdida de la capacidad volitiva no afectaba a la validez del matrimonio²³⁹, aclarando que siempre debía mantenerse al menos el consentimiento del otro contrayente para que pudiera decirse que el matrimonio subsistía²⁴⁰.

Y junto a este fragmento, tiene gran importancia D. 23.2.16.2 (*Paul. 35 ad Ed.*) pues reitera lo establecido en el fragmento anterior:

“Furor contrahi matrimonium non sinit, quia consensu opus est; sed recte contractum non impedit”.

Así, podemos afirmar que en Derecho Romano los *furiosi* no tenían aptitud matrimonial a menos que se encontraran en un momento de intervalo lúcido, pues, reiteramos, entendían que estos sujetos eran incapaces para realizar cualquier tipo de acto, siendo necesario, por un lado, si querían realizar alguna gestión patrimonial, el consentimiento del curador, o la intervención de éste, y únicamente, cuando tuvieran una *dilucida intervalla*, podrían realizar válidamente cualquier acto jurídico que también pudiera celebrar el hombre sano²⁴¹.

3.2. Matrimonio de las personas con diversidad funcional cognitiva

En la actualidad, la capacidad de obrar que se requiere para contraer matrimonio no es la capacidad de obrar plena²⁴², es decir, aquella que se requiere para la celebración de un contrato válido²⁴³, sino que “se rompe el binomio capacidad jurídica-capacidad de obrar”²⁴⁴, pasando a

²³⁸ En D. 24.3.22.(23).7 (*Ulp. 33 ad Ed.*) se trata sobre la locura posterior a la celebración del matrimonio, y qué se debía hacer.

²³⁹ Lo mismo sucedía con los esponsales, que en D. 23.1.1 (*Flor. 3 Instit.*) define como “*Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*”, concretando en D. 23.1.8 (*Gai. 11 ad Ed. Prov.*) que “*furor quin sponsalibus impedimento sit, plus quam manifestum est, sed postea interveniens sponsalia non infirmat*”.

²⁴⁰ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *Discapacidad y Derecho Romano*, p. 124. Aunque en Derecho postclásico la aptitud matrimonial pasa a ser inicial, no requiriendo la continuidad de la *affectio maritalis*. PANERO GUTIÉRREZ, p. 275.

²⁴¹ C. 5.70.6.

²⁴² A diferencia de lo previsto en el artículo 4 de la Ley de Matrimonio Civil de 1870 referente a las condiciones necesarias para poder contraer matrimonio que exigía a los contrayentes “estar en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de celebrar el matrimonio”, y en el artículo 83.2 de nuestro primer Código Civil de 1889 que prohibía contraer matrimonio a “los que no estuvieren en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”, contenido que fue modificado por la Ley 30/1981, de 7 de julio que introdujo por primera vez el dictamen médico en el artículo 56 CC. Consecuentemente, tal como lo hace Susana RUIZ ALCARAZ, «El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad: revisión del artículo 56.2 del Código Civil a la luz de la Convención de las NNUU de 2006», p.20, podemos decir que “ambos cuerpos legales incidían en la necesidad de una plena sanidad de juicio en el momento de contraer nupcias”, observando Encarnación ABAD ARENAS, «La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», p. 216, que en puridad veían “la enfermedad mental como impedimento matrimonial”.

²⁴³ SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 31. Para contraer matrimonio, señala MARTÍN AZCANO, «La aptitud matrimonial», p. 2, se requiere “una capacidad de obrar mínima”.

²⁴⁴ ÁLVAREZ LATA, p. 21.

primer plano la capacidad natural de la persona²⁴⁵, significando que únicamente será necesario un juicio suficiente, de entender y querer contraer matrimonio²⁴⁶ e implicando que a pesar de tener la capacidad de obrar modificada, sea esta declarada por sentencia o no²⁴⁷, estas personas tendrán aptitud matrimonial, demostrando que “la capacidad para contraer matrimonio no se ve afectada de modo automático por la incapacitación judicial”²⁴⁸, teniendo gran importancia el principio *favor matrimonii*. Por tanto, al estar el matrimonio “informado por el principio *pro capacitate*” se hace una disociación entre la necesaria “conurrencia o no de la plena capacidad de obrar y de la propia existencia de [diversidad funcional]”²⁴⁹.

Por este motivo, pretendemos en los siguientes apartados analizar cómo influye en la aptitud matrimonial, por un lado, que la persona con diversidad funcional cognitiva no tenga modificada su capacidad judicialmente, y por otro lado, que la persona con diversidad funcional cognitiva sí tenga su capacidad limitada debido a un pronunciamiento judicial declarando su capacidad modificada.

3.2.1. La persona con diversidad funcional cognitiva sin la capacidad modificada judicialmente

En el supuesto de las personas con diversidad funcional cognitiva que no han visto modificada su capacidad judicialmente, se puede pensar que el hecho de no mediar pronunciamiento judicial relativo a su capacidad implica que estos tienen una capacidad de obrar plena, y, por consiguiente, que pueden prestar su consentimiento sin inconveniente alguno. Bien es cierto que puede ser así, es decir, que puedan llegar a prestar su consentimiento sin ninguna dificultad, pues el Código Civil, en su artículo 1263.2, únicamente prevé, *sensu contrario*, que no

²⁴⁵ En este mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 8 de noviembre de 2017, en su fundamento jurídico sexto apartado séptimo y 15 de marzo de 2018, en su fundamento jurídico tercero, apartado segundo.

²⁴⁶ Así se prevé en la Resolución de 30 de junio de 2005 (2ª) de la Dirección General de los Registros y Notariado (en adelante DGRN), pues resuelve que, a pesar de la incapacitación de uno de los contrayentes, no queda probada la falta de capacidad natural del mismo, y por ello, se concede la autorización para contraer matrimonio. En concreto en su fundamento jurídico 4 deja claro que la decisión del legislador ha sido tener “como parámetro para apreciar la aptitud para acceder al matrimonio de una persona el de su capacidad natural para prestar de forma consciente el consentimiento matrimonial”. MARTÍN AZCANO, «La aptitud matrimonial», p. 5, concluye que “para prestar válidamente consentimiento matrimonial, no resulta imprescindible que los contrayentes se hallen en plenitud de sus facultades psíquicas e intelectuales”.

²⁴⁷ BARRIFFI ARTIGUE, p. 356, precisa que para conseguir un ordenamiento coherente con el artículo 23 de la Convención, esta obliga a realizar una reinterpretación sobre las restricciones al derecho de contraer matrimonio de las personas con diversidad funcional cognitiva, incluyendo dicha reinterpretación la declaración de incapacitación, y el hecho de que la misma no puede afectar, de manera directa, a ese derecho.

²⁴⁸ Antonio-Luis MARTÍNEZ PUJALTE, «Derechos en conflicto, conflicto de derechos: principales fricciones entre la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y la legislación nacional española», p. 166.

²⁴⁹ SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 28. Esta *pro capacitate* se extrae en nuestro ordenamiento de los artículos 199 y 322 CC, el primero haciendo referencia a la necesidad de sentencia judicial para declarar modificada judicialmente la capacidad, y el segundo precepto referente a la capacidad de la mayoría de edad.

pueden prestar consentimiento “los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial”²⁵⁰, siendo posible que puedan llegar a celebrar cualquier negocio jurídico, siempre que concurren los requisitos del art. 1261 CC, destacando el consentimiento²⁵¹. Esta relevancia del consentimiento para realizar negocios jurídicos que sean considerados válidos también la encontramos en sede matrimonial, puesto que la importancia del consentimiento previsto en el art. 45 CC es indiscutible, al mostrar dicho artículo el carácter imprescindible del consentimiento para poder contraer matrimonio²⁵².

En las personas con diversidad funcional cognitiva, la “tipificación médica de una deficiencia psíquica” será irrelevante en sede matrimonial, pues “lo significativo es la aptitud actual para emitir el consentimiento matrimonial con suficiente discernimiento y conocimiento de causa”²⁵³.

El trámite que deberá seguirse para constatar el cumplimiento de todos los requisitos previos a la celebración del matrimonio será el mismo que el de cualquier otro matrimonio civil, debiendo cumplir con el expediente matrimonial previo²⁵⁴, donde el encargado de tramitarlo, ya sea el Letrado de la administración de justicia, Notario o el Encargado del Registro Civil, cumpliendo con el artículo 51 CC, comprobará que los contrayentes cumplan con los requisitos de capacidad, verificando a su vez la no concurrencia de ninguno de los impedimentos previstos en los artículos 46 y 47 CC. Todos estos aspectos son objeto de control previo necesario en el expediente matrimonial, pues únicamente cumpliendo con todos ellos, se concederá la autorización para la posterior celebración del matrimonio²⁵⁵.

De este modo, el único mecanismo del que dispondrá el encargado para comprobar la aptitud matrimonial de los contrayentes al tramitar el expediente matrimonial, y por ende, autorizar la posterior celebración del matrimonio, lo encontramos en el artículo 56.2 CC. Este determina que en caso de observar el encargado del expediente que alguno de los contrayentes no cumple con la capacidad natural que se requiere para contraer matrimonio, podrá solicitar dictamen médico para averiguar la aptitud matrimonial del mismo, pues en los casos de personas con diversidad funcional cognitiva con la capacidad no modificada judicialmente puede ser que

²⁵⁰ El Proyecto de Ley de 2020 propone la modificación de este artículo sugiriendo que establezca en su apartado segundo que: Las personas con [diversidad funcional] que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas.

²⁵¹ El consentimiento es al fin y al cabo “el alma de todo contrato”. Aurelia María ROMERO COLOMA, «Capacidad e incapacidad para contraer matrimonio», p. 9.

²⁵² No hay matrimonio sin consentimiento matrimonial. De gran relevancia es la RDGRN de 1 de Diciembre de 1987, al establecer en su fundamento jurídico cuarto que no podrá utilizarse como motivo de denegación del matrimonio el artículo 1263.2 CC a personas que aún tener una diversidad funcional cognitiva no estén incapacitadas, más aun por el hecho de que dicho artículo se encuentra en sede de contratos.

²⁵³ ABAD ARENAS, p. 217. Tipificación médica que no debe confundirse con la sentencia de modificación de capacidad.

²⁵⁴ Regulado en los artículos 51 y ss. CC, y en los artículos 238 y ss. del Reglamento del Registro Civil.

²⁵⁵ SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 32.

dicha diversidad “no constituya causa suficiente para la declaración de incapacidad, aunque sí obsten para contraer válidamente matrimonio”²⁵⁶.

Así, como veremos en los siguientes apartados, el hecho de que se decida realizar el dictamen médico previsto en el art. 56.2 CC durante la realización del expediente matrimonial previo, no es debido a que la persona tenga la capacidad modificada judicialmente, sino que el dictamen médico facultativo será requerido cuando “existan sospechas acerca de la validez de su consentimiento matrimonial” debido a la diversidad funcional cognitiva de aquel²⁵⁷.

3.2.2. La persona con diversidad funcional cognitiva con la capacidad modificada judicialmente y el intervalo lúcido

En nuestro Ordenamiento jurídico ha estado vigente durante muchos años la doctrina de los intervalos lúcidos²⁵⁸, y era mencionada de forma expresa en el anterior artículo 200.2 CC antes de ser modificado por la Ley 30/1981, de 7 de julio²⁵⁹, y en los artículos 665 y 776 CC en sede testamentaria, manteniendo todavía hoy de forma expresa el intervalo lúcido en el artículo 776 CC. Así, la doctrina mayoritaria admitía “el matrimonio a quien en el momento de contraer está en pleno uso de su razón”²⁶⁰, incluyendo los intervalos lúcidos por entender que en esos momentos las personas habían recuperado la plena razón, aunque esta aceptación era aceptada con algunas vacilaciones²⁶¹.

Hoy, al igual que en Derecho Romano, se sigue hablando de intervalos lúcidos, aunque se trata de una terminología ya superada por la psiquiatría moderna, pero que en el ámbito jurídico no se ha conseguido sustituir²⁶².

Como hemos comentado antes, no es necesario tener una capacidad de obrar plena para contraer matrimonio²⁶³, sino que únicamente es necesaria la capacidad natural, no impidiendo por

²⁵⁶ María Dolores DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y Francisco HERNÁNDEZ GIL, *Lecciones de Derecho de Familia*, p. 195.

²⁵⁷ RUIZ ALCARAZ, p. 30.

²⁵⁸ Este término, a pesar de haber sido superado por la psiquiatría moderna, goza entre los juristas de cierto predicamento, CASTAÑEDA DELGADO, p. 475-476.

²⁵⁹ La literalidad del artículo preveía que “los locos o dementes, aunque tengan intervalos lúcidos” seguirían estando sujetos a tutela. Así, el mero hecho de padecer un intervalo lúcido no implicaba que la tutela decayese, como también sucedía en Roma, previsto por Justiniano.

²⁶⁰ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*, p. 99.

²⁶¹ Hacemos aquí referencia al punto señalado en el apartado de los intervalos lúcidos en Roma, en que solo se puede entender que la teoría de los intervalos lúcidos será de aplicación cuando se trata de diversidad funcional mental, pues no tiene por qué tratarse de una afectación permanente, a diferencia de la diversidad funcional intelectual.

²⁶² ZAMORA MANZANO, p. 5.

²⁶³ No influye en la emisión del consentimiento matrimonial lo previsto en el artículo 1263 CC, pues son dos tipos de consentimiento, uno en sede matrimonial, el previsto en el artículo 45 CC, y el del artículo 1263 CC, en sede de obligaciones.

ello que las personas con la capacidad de obrar modificada puedan contraer matrimonio²⁶⁴. Sobre todo, si como es el caso que nos planteamos en este trabajo, dicha persona está sujeta a curatela, que como también hemos visto, se trata de una institución tutelar menos restrictiva que la tutela, y la cual no puede afectar en cuanto a derechos personalísimos²⁶⁵.

Esta opción de buscar la capacidad natural para poder ejercer el derecho de contraer matrimonio, en sede de capacidad modificada judicialmente, concede “un plano de autonomía al incapacitado en el desarrollo de su personalidad y de su dignidad, e implica (...) la visión del propio incapacitado como sujeto potencialmente válido para emitir un consentimiento productor de efectos jurídicos para un acto concreto”²⁶⁶.

En la regulación del Código Civil anterior a la reforma producida por la Ley 30/1981, en el artículo 83.2, se prohibía el matrimonio de personas con diversidad funcional cognitiva²⁶⁷, pero en su artículo 1323CC²⁶⁸ se preveían las capitulaciones matrimoniales de los incapacitados, dando a entender que la prohibición inicial podía tener alguna excepción, como es el caso de los intervalos lúcidos; pero dicha admisibilidad no fue tan sencilla como se puede pensar, pues hubo también, como veremos, opiniones en contra²⁶⁹.

Muchos son los autores²⁷⁰ que, después de la reforma del Código Civil y con la introducción del artículo 56.2 CC²⁷¹ consideraban admitido el matrimonio en intervalo lúcido, pues en base al artículo 32 de la Constitución, la motivación primaria de la admisión del

²⁶⁴ DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ y HERNÁNDEZ GIL, p. 195, dejan claro que ningún efecto tiene la declaración judicial de incapacitación “por sí sola, [pues] no impide la celebración del matrimonio ni genera nulidad”.

²⁶⁵ Bernardo MORENO QUESADA, «La aptitud psíquica en la reforma del matrimonio», p. 529 apunta que una de las respuestas dadas al planteamiento del contraer matrimonio en intervalo lúcido es el hecho de que no influye la incapacitación, pues “cabe que en el momento de celebrar un acto concreto se den en el sujeto las condiciones de discernimiento y voluntad precisas para la realización válido del mismo”.

²⁶⁶ ÁLVAREZ LATA, p. 22.

²⁶⁷ La literalidad del artículo 83.2 CC, que hemos mencionado con anterioridad, “ni imponía ni excluía de modo necesario la aplicación al matrimonio del intervalo lúcido”, pues como señala GORDILLO CAÑAS, p. 226, la norma podía ser interpretada como exclusión plena, en cuanto se entendía prohibido el matrimonio “de quienes con anterioridad al matrimonio no estuvieran en el pleno uso de su razón”, o ser interpretada en el sentido de admitir el matrimonio de aquellos que en el momento de celebrar el matrimonio se encontraran en su cabal juicio. Y así es como lo ve SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 42, pues entiende que la redacción originaria del art. 83.2 del Código Civil favorecía la validez del matrimonio en intervalo lúcido, al deber únicamente probar que se tenía capacidad en el momento de la celebración del matrimonio.

²⁶⁸ Art. 1323: “Para la validez de las capitulaciones otorgadas por aquel contra quien se haya pronunciado sentencia o se haya promovido juicio de interdicción civil o inhabilitación, será indispensable la asistencia y concurso del tutor (...)”. Hoy previsto en el artículo 1330 CC: “El incapacitado judicialmente sólo podrá otorgar capitulaciones matrimoniales con la asistencia de su (...) curador”.

²⁶⁹ Apunta GORDILLO CAÑAS, p. 227, que el debate sobre la admisibilidad o no del matrimonio en intervalo lúcido no quedó resuelto durante la vigencia del artículo 83.2 CC. Pero, posteriormente a la reforma de 1981 las voces contrarias a su admisibilidad disminuyeron, pues uno de los motivos en contra durante la vigencia del artículo 83.2 CC era el hecho de que el matrimonio era indisoluble, María del Carmen BAYOD LÓPEZ, «El dictamen médico del art. 56.2 del Código Civil», p. 163.

²⁷⁰ GARCÍA CANTERO, p. 127 y Luis Ignacio ARECHEDERRA ARANZADI, «Artículo 45», pp. 112-113. Más dudas a esta admisibilidad expone GORDILLO CAÑAS, p. 228.

²⁷¹ La literalidad inicial de este precepto preveía que: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

matrimonio durante intervalo lúcido de personas con la capacidad modificada judicialmente se basa en el hecho de que “no se puede discriminar a un ciudadano frente a la ley, y cercenar el ejercicio de un derecho constitucional”²⁷².

Y esta es la idea que perdura todavía hoy en día, aunque bien es cierto que hay voces que ya planteaban dudas en cuanto se discute cuál es la idea principal del matrimonio, pues cuando prime una visión de perdurabilidad, de relación jurídica estable y duradera “el consentimiento debe presuponer la capacidad de asumir dichas cargas”²⁷³, no quedando del todo claro si podría ser entonces aceptado el intervalo lúcido, al ser posible que la persona con diversidad funcional mental tuviese algún nuevo brote. Por consiguiente, y como indica BAYOD LÓPEZ, al final la admisión o no de los intervalos lúcidos en sede matrimonial dependerá de “la forma en que consideremos el objeto sobre el que ha de recaer el consentimiento matrimonial: bien como negocio jurídico que nace y se perfecciona con la emisión del consentimiento (...) o bien como negocio que nace con la emisión del consentimiento, pero que se ha de emitir con capacidad para asumir los devenires futuros de la relación conyugal”²⁷⁴.

Otra duda que señala DORAL GARCÍA es el hecho de cuándo se debe entender necesario que la persona tenga esa capacidad natural requerida para contraer matrimonio, pues en la misma línea de entender el matrimonio como una relación jurídica estable y duradera, este autor entiende que se trata de un “acto complejo y el consentimiento matrimonial pasa por diversas alternativas, series y degradaciones”²⁷⁵, y a pesar de ello, se considera que basta el consentimiento al tiempo de la celebración.

A pesar de las dudas que han existido sobre la posible aplicabilidad del intervalo lúcido en el matrimonio, una cosa que han dejado clara muchos juristas, incluso en la Sentencia del Tribunal Supremo datada de 1929²⁷⁶, es que por mucho que en sede testamentaria se haga mención a la posibilidad de ejercer la *testamentifactio activa* por una persona con diversidad funcional cognitiva con la capacidad modificada judicialmente, no se puede aplicar por analogía dicho contenido en sede matrimonial al tratarse de una norma excepcional²⁷⁷, pues como justifica GORDILLO CAÑAS son dos actos totalmente diferentes, pues “el testamento, una vez otorgado, puede operar por su virtud propia”, característica no prevista en el matrimonio debido a las posteriores obligaciones que se derivan de la comunidad de vida que se ha contraído²⁷⁸.

²⁷² ARECHEDERRA ARANZADI, p. 112.

²⁷³ *Ibidem*. Cargas previstas en los artículos 67 y 68 CC.

²⁷⁴ BAYOD LÓPEZ, p. 165.

²⁷⁵ José Antonio DORAL GARCÍA, «Artículo 76», pp. 736-737.

²⁷⁶ Sentencia de 11 de Octubre de 1929, y en la misma línea, menciona MORENO QUESADA, p. 529, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 1961.

²⁷⁷ DORAL GARCÍA, p. 737. “Una norma excepcional no es susceptible de aplicación analógica”.

²⁷⁸ GORDILLO CAÑAS, p. 227.

No obstante lo anterior, podemos concluir en este apartado que, como explica ARCHEDERRA ARANZADI, la característica esencial del intervalo lúcido es *la actualidad*, refiriéndose a que no importa que la persona tenga una diversidad funcional cognitiva diagnosticada, ni que se encuentre incapacitada, puesto que mientras exista un intervalo lúcido que implique recobrar la capacidad de obrar de la persona, en ese momento no se podrá oponer objeción jurídica alguna contra la validez del consentimiento prestado²⁷⁹ por aquella. Por tanto, para que el matrimonio tenga validez y sea eficaz, lo relevante es que en el momento de la celebración del matrimonio se posean las “condiciones intelectivas y volitivas que le permitan conocer y querer el alcance del acto y hacerse cargo de sus consecuencias”²⁸⁰.

Consecuentemente, y partiendo de la acepción actual de matrimonio como contrato²⁸¹ que se perfecciona con el consentimiento matrimonial, GORDILLO CAÑAS²⁸² entiende que sí puede ser aceptado el matrimonio de las personas con diversidad funcional mental en intervalo lúcido.

3.2.3. La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria y el artículo 56.2 del Código Civil

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), en su disposición final primera apartado noveno, modificó el contenido del artículo 56.2 CC en relación al dictamen médico para adaptarlo a la Convención, pero dicha modificación no fue del todo acertada²⁸³. Muestra de ello es que, al cabo de 2 años, se aprobó la Ley 4/2017, de 28 de junio²⁸⁴

²⁷⁹ ARCHEDERRA ARANZADI, p. 114.

²⁸⁰ ÁLVAREZ LATA, p. 26. Si bien compartimos la opinión de aceptar los intervalos lúcidos de las personas con diversidad funcional mental con la capacidad modificada judicialmente en sede matrimonial, cabe apuntar que lo que comenta la autora respecto a la necesidad de que las condiciones intelectivas le permitan hacerse cargo de las consecuencias del acto, puede hacer generar dudas, pues, puede ser que en un primer momento sí pueda hacerse cargo de las consecuencias, pero una vez contraído el matrimonio, puede perder dichas condiciones intelectivas y volitivas.

²⁸¹ En la definición actual de matrimonio también se incluye la visión de matrimonio *in facto esse*, típicamente romano, pues sigue tratándose de una situación estable derivada de la celebración del contrato matrimonial que constituye el matrimonio.

²⁸² GORDILLO CAÑAS, p. 229.

²⁸³ Artículo 56.2 del Código Civil modificado por la Ley 15/2015 de LJV: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

²⁸⁴ Previamente a la aprobación de la Ley 4/2017, de 28 de junio, la DGRN dictó una Resolución-Circular, de 23 de diciembre de 2016, con la que propugnó una interpretación más restrictiva de dicho artículo, y como señala SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 45, “en línea con los artículos 12 y 23 de la Convención”.

con el único objetivo de modificar la LJV, proporcionando una nueva redacción al artículo 56 CC²⁸⁵, esta vez sí, más acorde a la Convención, en concreto a sus artículos 12 y 23²⁸⁶.

El artículo 56.2 CC²⁸⁷ tiene mucha relevancia en relación con la aptitud matrimonial de las personas con diversidad funcional cognitiva, pues “predica la capacidad para contraer matrimonio de las personas con discapacidad en un sentido amplio”²⁸⁸. Así, la finalidad perseguida por el dictamen médico previsto en esta norma es la de verificar la concurrencia del consentimiento matrimonial²⁸⁹, cuya ausencia provocaría la nulidad del matrimonio contraído, en base al artículo 73.1 CC²⁹⁰, y no la de comprobar si el contrayente tiene una diversidad funcional cognitiva o no²⁹¹. Y es por esta razón, que la interpretación que se hace del consentimiento matrimonial previsto en el artículo 45 CC debe ser atendiendo al contenido de artículo 56.2 CC, pues cuando se cumpla con lo previsto en el artículo 56.2 CC y quede constatada la aptitud matrimonial de los contrayentes “se evitará la posterior nulidad del vínculo”²⁹².

Fue la reforma del Código Civil por la Ley 30/1981 de 7 de julio, la que introdujo por primera vez el dictamen médico en su artículo 56.2 CC, incidiendo “de manera notoria en la regulación del matrimonio de los contrayentes que tuvieran disminuidas sus facultades intelectivas”²⁹³ al establecer que: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”. De esta manera se deja de lado la prohibición o impedimento absoluto que recaía hasta entonces sobre las personas con diversidad funcional cognitiva, modificando la regla general, pues se entiende que ahora el principio general es el de capacidad, pasando a ser la falta

²⁸⁵ Está claro que el legislador tuvo un deslice al incluir en la exigencia de solicitar dictamen médico a las personas afectadas por una diversidad funcional sensorial que quisieran contraer matrimonio, pues claramente el estar afectado por una diversidad funcional de este tipo no afecta a la capacidad natural para contraer matrimonio, constituyendo esta modificación en el artículo 56.2 CC, tal como señala MARTÍNEZ-PUJALTE, «Derechos en conflicto», p. 166, “una traba en el acceso al matrimonio (...) e [introduciendo] una sospecha absolutamente injustificada”, la cual sin duda alguna va en contra del artículo 23.1 de la Convención, suponiendo “un paso atrás en la garantía de los derechos de” estos sujetos.

²⁸⁶ Aunque la autora SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 23, considera que el legislador no estuvo acertado ni en la reforma proporcionada por la Ley 15/2015, ni por la Ley 4/2017.

²⁸⁷ Recuérdese que el dictamen médico puede solicitarse durante la tramitación del expediente previo matrimonial.

²⁸⁸ Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ, «Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual», p. 52. Como señala la autora, se incluye tanto aquellas que tienen la capacidad modificada judicialmente, como aquellas que no la tienen modificada, pero tienen alguna diversidad funcional cognitiva, pues la capacidad que se predica del artículo queda “supeditada, en todo caso, a la exigencia de dictamen médico para verificar la capacidad o aptitud para prestar dicho consentimiento”.

²⁸⁹ No es esta su única función, aunque sí la que más nos interesa en este trabajo. La otra función prevista por este artículo, como apunta SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 35, es la de “prevenir la influencia indebida de personas cercanas al entorno de las que presentan [diversidad funcional]”.

²⁹⁰ Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Matrimonio y discapacidad», p. 70.

²⁹¹ Etelvina VALLADARES, *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*, pp. 141-142.

²⁹² Amelia SÁNCHEZ GÓMEZ, «Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico versus su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código Civil», p. 92.

²⁹³ RUIZ ALCARAZ, p. 20.

de la misma una excepción que deberá ser comprobada durante la tramitación del expediente matrimonial²⁹⁴, exigiendo para desvirtuar la capacidad natural una “interpretación restrictiva, respetuosa con el *ius nubendi* y el *favor matrimonii*”²⁹⁵.

Cabe recordar, como hemos podido observar en los anteriores apartados, que el precepto 56.2 CC es de aplicación independientemente de que la persona con diversidad funcional cognitiva que quiera contraer matrimonio se encuentre incapacitada judicialmente o no²⁹⁶, pues al final para resolver que sucederá en cada caso, se debe acceder al dictamen médico, siendo la “presencia de alteraciones cognoscitivas o volitivas la que determina (...) la necesidad de solicitar el informe de un facultativo”²⁹⁷, haya o no haya dicho pronunciamiento sobre la modificación de la capacidad de alguno de los contrayentes²⁹⁸.

Antes de adentrarnos más en la funcionalidad de este precepto 56.2 CC, es preciso apuntar, de forma breve, la ubicación de este dentro del Código Civil, pues como bien indica GARCÍA CANTERO, no acaba de quedar muy claro si lo previsto en el apartado segundo del artículo 56 CC es “un mero requisito de celebración matrimonial – una formalidad cuya falta puede ser subsanable o convalidable – o si presupone nada menos que un requisito de capacidad matrimonial”²⁹⁹. Si bien es una duda muy razonable, es posible que en la actualidad la misma se haya disipado, pues se entiende que el dictamen médico tiene carácter excepcional, no siendo imprescindible que las personas con diversidad funcional cognitiva deban someterse al mismo para poder contraer matrimonio³⁰⁰, siendo únicamente necesario en casos excepcionales, determinados por el propio instructor del expediente.

Volviendo a la reforma introducida por la LJV en 2015, el desacierto que tuvo el legislador fue introducir a las personas con diversidad funcional sensorial dentro del grupo de personas que necesitarían sujetarse a un dictamen médico antes de contraer matrimonio, puesto que estos sujetos no tienen afectada, en un principio, su aptitud para prestar el consentimiento

²⁹⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», pp. 42-43.

²⁹⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Matrimonio y discapacidad», p. 64. Las resoluciones de la DGRN, en concreto en su resolución del 6 de mayo de 2005 (1ª), prevé, en su fundamento jurídico cuarto, que el derecho a contraer matrimonio “no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicia de nulidad el matrimonio pretendido”.

²⁹⁶ ABAD ARENAS, p. 226.

²⁹⁷ MARTÍN AZCANO, «La aptitud matrimonial», p. 4.

²⁹⁸ Aunque como apuntan diversos autores, como RUIZ ALCARAZ, p. 38, MARTÍN AZCONA, «Capacidad capitular», p. 7 y Aurelia María Romero Coloma, «La reforma del artículo 56.2 del Código Civil español (consentimiento matrimonial y deficiencias intelectuales, mentales y sensoriales)», p. 50, en la práctica, en los casos en que haya una sentencia que modifique la capacidad, el instructor del expediente matrimonial muy probablemente querrá constatar que el contrayente con la capacidad modificada dispone de la capacidad natural para contraer matrimonio.

²⁹⁹ GARCÍA CANTERO, p. 128.

³⁰⁰ RUIZ ALCARAZ, p. 37-38 expresa que el dictamen médico no es requisito del matrimonio, por lo que la validez de la celebración no se verá afectada, en tanto en cuanto los contrayentes “tuvieren suficiente capacidad y lucidez para prestar el consentimiento matrimonial”. En este mismo sentido DÍAZ-AMBRONA y HERNÁNDEZ GIL, p. 114 y SÁNCHEZ GÓMEZ, «Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor», p. 96.

matrimonial, aunque sí puede ser cierto que su diversidad funcional les afecte en el momento de exteriorizar dicho consentimiento³⁰¹; no teniendo nada que ver este supuesto con el hecho de tener la aptitud matrimonial para contraer matrimonio que aquí tratamos.

La literalidad del artículo 56.2 CC, después de la reforma introducida por la Ley 4/2017 en la LVJ, la cual ha entrado en vigor este pasado 30 de abril, presenta un carácter excepcional y subsidiario³⁰² al prever que:

“El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una **condición de salud** que, de forma evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar.”³⁰³

Diversas cuestiones sobre esta reforma deben ser mencionadas, siendo en primer lugar el hecho de que no queda claro quién será el encargado de realizar el dictamen médico que acabará decidiendo si la persona que se someta a dicho dictamen tiene o no aptitud matrimonial³⁰⁴, y, por ende, si se autorizará la celebración del matrimonio. Pero esta cuestión es resuelta por el artículo 245.2 del Reglamento del Registro Civil, al prever que en el supuesto de que “alguno de los contrayentes est[é] afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, [el instructor] recabará del Médico del Registro Civil o de su sustituto el dictamen facultativo oportuno”³⁰⁵.

En segundo lugar, y como crítica a esta nueva reforma, debemos plantearnos qué debe entenderse por el término *condición de salud* al cual hace referencia el precepto. Aunque es una expresión más neutra que la precedente³⁰⁶, parece que se trata, en nuestra opinión, de un concepto indeterminado, y, aunque es cierto que especifica que dicha condición deberá ser evidente, categórica y sustancial, deja a nuestro parecer cierto margen de discrecionalidad al encargado de tramitar el expediente matrimonial, no concretando de forma suficiente qué debería entenderse

³⁰¹ SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 45, nota pie de página 136.

³⁰² Subsidiario porque determina que en un primer momento se facilitarán las medidas de apoyo necesaria para facilitar *la emisión, interpretación y recepción* del consentimiento, y a pesar de no concretar de que apoyos se tratan, únicamente en el supuesto de que estos no sean eficaces, se recabará el dictamen médico.

³⁰³ La negrita ha sido introducida a efectos de remarcar la importancia del concepto de *condición de salud*.

³⁰⁴ Cuestión que ya se planteaba con la introducción originaria del art. 56 CC, y que a pesar de todas las reformas que se han realizado, se sigue sin hacer mención alguna, debiéndonos remitir al Reglamento del Registro Civil para resolver dicha cuestión.

³⁰⁵ Aunque como bien apunta RUIZ ALCARAZ, p. 34, el médico encargado de realizar el dictamen médico para valorar la aptitud matrimonial no tendrá por qué ser “necesariamente especializado en trastornos psíquicos”.

³⁰⁶ RUIZ ALCARAZ, p. 55.

por esa *condición de salud*³⁰⁷, pues los encargados de llevar a cabo este trámite, claro está, no tienen por qué tener conocimientos médicos para poder determinar que se entiende por una condición de salud excepcional que haga poder cuestionarse la aptitud matrimonial de una persona con diversidad funcional cognitiva, además de que no todos los sujetos competentes para realizar el expediente entenderán por igual qué condiciones de salud sí afectan a la aptitud matrimonial de alguno de los contrayentes, y cuáles no. Consecuentemente, creemos que esto puede llegar a causar una sensación de inseguridad jurídica al no saber si, en una misma situación, dependiendo del encargado que vaya a tramitar el expediente matrimonial, pueda decidir recabar el dictamen médico o no, y de si este sería favorable o desfavorable a autorizar la celebración del matrimonio.

En tercer lugar, cabe dedicar unas líneas para tratar el carácter vinculante o no de dicho dictamen médico, pues la doctrina de forma unánime entiende que este dictamen no vincula³⁰⁸ al encargado del expediente, hecho que también indica la DGRN, señalando que “aunque indudablemente el dictamen facultativo no es vinculante para el Encargado (...) la discrepancia (...) para ser legítima, ha de estar fundada en su convicción sobre la falta de capacidad de los contrayentes”³⁰⁹; teniendo sentido que al no ser este dictamen médico vinculante, pues al final se trata de una prueba que ha sido recabada para ayudar a determinar la aptitud de los contrayentes y la posterior autorización del matrimonio³¹⁰, requiera una motivación fundada para apartarse de lo que el dictamen médico indique, aunque acarreara “serias dificultades para contrarrestar el efecto del mismo”³¹¹.

Consecuentemente, hay autores como ROMERO COLOMA³¹² y SÁNCHEZ GÓMEZ, que entienden que en el supuesto de emitir el médico del Registro Civil un dictamen favorable³¹³, este sí debería ser vinculante para el encargado del expediente matrimonial, puesto que este “no posee los conocimientos cualificados y adecuados para fundamentar un criterio contrario al emitido por el facultativo”³¹⁴. Pero creemos, al igual que considera GUILARTE MARTÍN-CALERO, que se debería atribuir no únicamente carácter vinculante a los dictámenes favorables, sino también a los

³⁰⁷ En este mismo sentido, GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Matrimonio y discapacidad», p. 79 al señalar que esta expresión es “un término demasiado amplio para acotar situaciones excepcionales”. Esta expresión puede incluso incluir a las personas con diversidad funcional sensorial, hecho que, como hemos visto, fue criticado.

³⁰⁸ BAYOD LÓPEZ, p. 159.

³⁰⁹ RDGRN 1 de diciembre de 1987, en su fundamento jurídico tercero.

³¹⁰ Señala BAYOD LÓPEZ, p. 160, que como cualquier otra prueba “es de libre apreciación por parte del juzgador”.

³¹¹ RUIZ ALCARAZ, p. 37.

³¹² ROMERO COLOMA, «Capacidad e incapacidad», p. 9.

³¹³ Si el dictamen médico fuera desfavorable a autorizar la celebración del matrimonio, y debido al carácter no vinculante del mismo, apunta ROMERO COLOMA, «La reforma del artículo 56.2», p. 53, que el encargado podría “apreciar lo contrario y permitir la celebración del matrimonio”, aunque concluye que se trata de un supuesto poco probable, en comparación con el supuesto de tratarse de un dictamen favorable y que el encargado decidiera no autorizar el matrimonio, como suceden en la RDGRN 1 de diciembre de 1987.

³¹⁴ SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 40.

desfavorables, pues al final lo que se busca conseguir con el dictamen médico “es dilucidar si hay aptitud para prestar el consentimiento”³¹⁵.

En cuarto y último lugar, encontramos necesario hacer referencia al momento en que se solicita el dictamen médico y la celebración del matrimonio, pues se trata de dos momentos distintos. Entendemos que lo relevante es el momento en que debe emitirse el consentimiento matrimonial, pues puede ser que durante la tramitación del expediente matrimonial no se detecte ningún impedimento o que se encuentre afectado hasta tal nivel que el encargado de tramitar el expediente matrimonial decida no autorizar la celebración del matrimonio. Por ello, el momento relevante es aquel en el que se va a emitir el consentimiento, es decir, la celebración del matrimonio, momento posterior a la tramitación del expediente matrimonial³¹⁶.

Hay autores, como GORDILLO CAÑAS³¹⁷, que consideran que debido a los diferentes tiempos en que se realizan el dictamen médico y el momento en que es relevante conocer la aptitud matrimonial del contrayente afectado por alguna diversidad funcional cognitiva, llevan a entender que el artículo 56.2 CC no cumple la funcionalidad prevista; conclusión no compartida por RUIZ ALCARAZ, al entender que la decisión a la que llega el dictamen médico, y a pesar de no ser vinculante para el encargado de tramitar el expediente matrimonial, conlleva que aporten un “convencimiento (o no) de la aptitud para consentir el matrimonio, [que] aún refiriéndose a un momento concreto, tienen una previsión de futuro a medio o largo plazo”³¹⁸.

Para concluir, si bien queda claro que, la regla general es considerar que las personas con diversidad funcional cognitiva tienen aptitud matrimonial, estén o no incapacitadas, permitiendo a su vez los matrimonios en intervalos lúcidos, la verdad es que a nivel jurídico, como indica BAYOD LÓPEZ, el principal problema es determinar en qué medida se considera que es relevante el hecho de padecer una diversidad funcional cognitiva, pues en ningún momento se establece un criterio concreto que indique las circunstancias en que la diversidad funcional cognitiva “es relevante a los efectos previstos en el art. 56.2 CC”³¹⁹.

³¹⁵ GUILARTE MARTÍN-CALERO, «Matrimonio y discapacidad», p. 69. En contrario SÁNCHEZ GÓMEZ, «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas», p. 41, que opina que otorgar al dictamen médico carácter vinculante podría ser un error pues lo emite un médico que no tiene por qué ser especialista en la materia.

³¹⁶ RUIZ ALCARAZ, p. 44. Al deberse atener a la capacidad que se tenga en el momento de la celebración del matrimonio, conlleva, según BAYOD LÓPEZ, p. 165, que el matrimonio en intervalo lúcido sea válido.

³¹⁷ GORDILLO CAÑAS, p.230.

³¹⁸ RUIZ ALCARAZ, p. 44

³¹⁹ BAYOD LÓPEZ, p. 157.

CONCLUSIONES

- I. La evidente evolución terminológica y conceptual acaecida sobre el término *diversidad funcional*, sobre todo en relación aquellas personas que han padecido y padecen una diversidad funcional cognitiva, es innegable. Evolución que ya se podía observar en Roma, pues a medida que avanzaban sus conocimientos sobre la situación de los *furiosi* entendieron que había otros sujetos que no podían estar integrados dentro de esa misma terminología, como son los *mente capti*. A raíz de este trabajo se ha podido observar, a través de las diferentes fuentes consultadas, como estas personas han sido discriminadas y estigmatizadas debido a su condición, no solo por diferentes actos que se hayan podido cometer contra ellas, sino también a través de los diferentes términos y sus conceptualizaciones, pues al final, las palabras son capaces de infringir daño, pero también son capaces de remediarlo. Por ello, la evolución producida hasta el término de diversidad funcional puede favorecer, bajo nuestra opinión, a la mejor integración de estas personas a nuestra sociedad.
- II. En relación a los estudios jurídicos sobre el tratamiento jurídico de estas personas, se debería unificar la terminología referida a las personas con diversidad funcional cognitiva, pues son muchos los autores que utilizan términos diferentes, como por ejemplo diversidad funcional psíquica o enfermedad mental, sin llegar a dejar de forma clara ninguna indicación sobre qué tipos de diversidades se incluyen, lo que crea muchas dudas.
- III. El Ordenamiento jurídico español siempre ha estado en concordancia con lo previsto en el artículo 12 de la Convención, es decir, con la capacidad legal, pues las personas con diversidad funcional cognitiva siempre han sido consideradas sujetos de derecho con plena capacidad jurídica; pero entre la capacidad de obrar de nuestro ordenamiento y la prevista en el artículo 12 de la Convención se pueden encontrar algunas contradicciones, pues la Convención prevé una capacidad legal, englobando capacidad jurídica y capacidad de obrar, igual para todas las personas independientemente de que tengan o no una diversidad funcional. Esto obliga a que los Estados deban modificar y suprimir todas aquellas instituciones tutelares que tengan por finalidad la sustitución de las decisiones de las personas sujetas a las mismas, debiendo derogar el sistema de sustitución de las decisiones por un sistema en el que se ofrezcan medidas de apoyo en la toma de decisiones de las personas con diversidad funcional. En nuestro sistema la institución que mejor encaja con esta idea es la curatela, introduciendo el Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 que para ser sujeta a la misma ya no será necesario una previa sentencia de incapacitación, donde el curador tendrá la función de asistir a las personas con diversidad funcional en la formación de sus propias decisiones, llegando únicamente a desempeñar funciones representativas en

los casos más graves. De este modo, y al igual que en Derecho Romano, ya no habrá una previa incapacitación para que la persona sea sujeta a la curatela.

- IV. A pesar de la adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención, concretamente a lo previsto en los artículos 12 y 23, falta, a nuestro entendimiento, que la legislación prevea las diferentes consecuencias según los grados de diversidad funcional cognitiva que puedan presentar los contrayentes del matrimonio, pues como hemos apuntado durante todo el trabajo, no se puede tratar de forma igual a todas las diversidades funcionales, ni consecuentemente, los diferentes grados. Está claro que sería una tarea ardua, pero aumentaría sin duda alguna la seguridad jurídica para estos sujetos.
- V. Referente a la aptitud matrimonial, en Derecho Romano, los *furiosi* carecían de la misma, a pesar de entenderse que tenían capacidad jurídica, y, por ende, *ius connubii*, pues precisaban como requisitos para contraer matrimonio que existiera consentimiento y capacidad para emitir dicho consentimiento. Los juristas romanos consideran que estos sujetos carecían de voluntad, independientemente de que estuvieran sujetos a la *cura furiosi*, pues esta tenía una afectación mayoritariamente de protección patrimonial, no pudiendo, en definitiva, realizar ningún negocio jurídico válido. Consecuentemente, y solo a partir de Derecho Postclásico, se empieza a aceptar la validez de los actos realizados por estos sujetos en *dilucida intervalla*, pudiendo así llegar a contraer matrimonio. Pero únicamente serán los *furiosi*, es decir, los que padecen una diversidad funcional mental, y no los *menti capti*, los sujetos con diversidad funcional intelectual, los que podrán realizar con validez dichos actos, pues ya en Derecho Postclásico diferenciaban aquella locura que podía tener remisiones, y aquella que no tenía curación alguna. Asimismo, la aparición de una diversidad funcional mental, o la finalización de una *dilucida intervalla*, no afecta de forma posterior a los matrimonios ya contraídos, siempre que no se tratase de un caso extremo de locura, entendiendo que los mismos seguían teniendo validez, en época de Derecho Clásico, siempre que el otro contrayente mantuviera la *affectio maritalis*, y en época de Derecho Postclásico, al igual que en la actualidad, sin necesidad de ella al requerirse únicamente un consentimiento matrimonial inicial.
- VI. Hoy, toda persona que tenga capacidad natural tiene aptitud matrimonial, sin influir en un primer momento que tengan una diversidad funcional cognitiva o que estén sujetos a curatela, es decir, que tengan la capacidad modificada judicialmente, pues la sentencia que determina la sujeción a la misma no puede afectar a los derechos personalísimos, como es el matrimonio. Si bien es cierto que, en la teoría, no hay discriminación alguna entre las personas que presentan una diversidad funcional cognitiva con la capacidad modificada judicialmente y las que no tienen la capacidad modificada, la verdad es que en la práctica, muy probablemente, todo contrayente que se presente ante el encargado de tramitar el expediente matrimonial con la capacidad modificada judicialmente será sometido al

instrumento de control previo previsto en sede matrimonial establecido en el artículo 56.2 CC, el dictamen médico, incluso aunque la nueva redacción de este artículo establezca que únicamente se deba llevar a cabo cuando se tenga una condición de salud evidente, categórica y sustancial. Sin embargo, con la reciente publicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, la supresión de la incapacitación como requisitos previo para someter a la persona a la curatela puede conllevar la desaparición de esta posible discriminación de someter con mayor probabilidad al dictamen médico a las personas con diversidad funcional cognitiva con la capacidad modificada judicialmente. Ahora bien, para conocer el verdadero impacto que tendrán en la práctica tanto el nuevo contenido del artículo 56.2 CC como la reforma prevista en la Ley 8/2021, de 2 de junio, deberemos esperar unos cuantos meses, e incluso años, pues, por un lado, no fue hasta el pasado 30 de abril que la modificación introducida por la LJV entró en vigor, y, por otro lado, la entrada en vigor de la Ley 8/2021 no está prevista hasta dentro de 3 meses.

- VII.** En cuanto a los intervalos lúcidos, parece que la aceptación de los mismos era muchos más amplia en Derecho Romano, pues la acepción que tenían de matrimonio mostraba una mayor importancia social que jurídica (matrimonio *in facto esse*). Hecho no aplicable en la actualidad, pues la acepción de hoy es tanto como relación de hecho como una situación jurídica de contrato matrimonial (matrimonio *in fieri*), teniendo mayor relevancia para determinar la aceptación de los intervalos lúcidos en el matrimonio el hecho de entenderlo como un contrato, en el que es imprescindible el consentimiento inicial. Creemos con la doctrina mayoritaria que deben permitirse los matrimonios en intervalo lúcido al tratarse de un derecho tan importante como es el derecho a contraer matrimonio, y debido al principio *favor matrimonii*, será preferible permitir el matrimonio a negar su autorización.
- VIII.** En conclusión, de forma más genérica, podemos afirmar que la respuesta a nuestra pregunta inicial, de saber si se considera que las personas con diversidad funcional cognitiva tienen aptitud matrimonial, la respuesta es que sí, no teniendo efecto ninguno el hecho de que alguno de los contrayentes este sujeto a curatela. Pero cabe precisar que dicha aptitud debe estar presente en el momento de tramitar el expediente matrimonial previo, y cuando hubiera dudas sobre la capacidad de alguno de los contrayentes, el encargado de tramitar el expediente, en base al artículo 56.2 CC, solicitaría la realización del dictamen médico para comprobar dicha aptitud. Pero hemos visto que el dictamen médico no es vinculante, pudiendo el encargado apartarse de la decisión prevista por aquel aunque fuera favorable si considerara que el contrayente con diversidad funcional cognitiva carece de aptitud matrimonial, conllevando a nuestro parecer, la vulneración del principio *favor matrimonii*, pues son bastantes las resoluciones de la DGRN que establecen que es preferible permitir

el matrimonio, y si después se demostrara la falta de aptitud matrimonial, se podrá declarar nulo el matrimonio en base al art. 73.1 CC por falta de consentimiento.

- IX.** En virtud de todo ello, no solo damos respuesta a nuestra pregunta principal, sino que además constatamos que la regulación vigente en España, y las modificaciones propuestas por el Proyecto de Ley 2020 de 17 de julio, ayudan a adaptar de forma más adecuada nuestra legislación a lo previsto en la Convención de 2006. Si bien, no podemos hacer otra cosa que recomendar que se ajusten más los conceptos utilizados en los textos jurídicos relativos a diversidad funcional cognitiva, pues probablemente no se acabe de ajustar al concepto médico, haciendo más difícil el trabajo de interpretación y aplicabilidad de las normas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABAD ARENAS, Encarnación. «La discapacidad y la aptitud matrimonial a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 2015, núm. 2, pp. 215-236.
- ÁLVAREZ LATA, Natalia. «El ejercicio de acciones y derechos personalísimos de la persona incapacitada. (Comentario y alcance de la STC 311/2000, de 18 de diciembre)». *Derecho Privado y Constitución*, Enero-Diciembre 2001, núm. 15, pp. 7-40.
- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis Ignacio. «Artículo 45». A: LACRUZ BERDEJO, José Luis (Coord.). *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del código civil*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1994, pp. 76-149. ISBN: 84-470-0449-X.
- ARÉVALO CABALLERO, Walenka. «Excepciones a la incapacidad de obrar del *Impuber* y del *Minor sui iuris* y su recepción en Derecho español». *Revista Internacional de Derecho Romano*, abril 2011, nº 6, pp. 40-93.
- ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA. *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-V*. Arlington: VA, 2013. ISBN: 978-0-89042-551-0.
- AZARA, Antonio y EULA, Ernesto. *Novissimo Digesto Italiano*. 3ª ed. Torino: UTET, 1957, vol. VII.
- BARIFFI ARTIGUE, Francisco José. *El régimen jurídico internacional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad*. Madrid: Cinca DL, 2014. (Colección Convención ONU, nº 11). ISBN: 978-84-15305-76-7.
- BARRANCO, María del Carmen, CUENCA, Patricia y RAMIRO, Miguel Ángel. «Capacidad jurídica y discapacidad: el artículo 12 de la Convención de Derechos de las Personas con discapacidad». *Anuario Facultad de Derecho – Universidad de Alcalá*, 2012, pp. 53-80.
- BAYOD LÓPEZ, María del Carmen. «El dictamen médico del art. 56.2 del Código Civil». *Revista jurídica de Navarra*, 1991, núm. 12, pp. 155-172.
- BERKSON, Gershon. «Mental disabilities in Western Civilization From Ancient Rome to the Prerogative Regist». *Mental Retardation*, Febrero 2006, vol. 44, nº 1, p. 28-40.
- BOTELLO HERMOSA, Pedro. «La Ley Orgánica 1/2015 y la Curatela como medios eficientes de adaptación del artículo 12 de la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad a nuestro ordenamiento jurídico». *Revista de Derecho UNED*, 2015, núm. 17, pp. 615-638.
- CALASSO, Francesco. *Enciclopedia del diritto*. Milano: Giuffrè, 1962. Tomo XI (Cosa-Delib).

- CANIMAS BRUGUÉ, Joan. «¿Discapacidad o diversidad funcional?». *Siglo Cero*, abril-junio 2015, vol. 46 (2), nº 254, pp. 79-97.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago. «Perjuicios, lenguaje y discapacidad: notas en torno a la terminología antigua y moderna relativa a las personas con discapacidad». *Cultura, Lenguaje y Representación*, 2020, vol. XXIII, pp. 47-63.
- CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Santiago. *Discapacidad y Derecho Romano. Condiciones de vida y limitaciones jurídicas de las personas ciegas, sordas, mudas, sordomudas y con discapacidad psíquica, intelectual y física en la Roma antigua*. Madrid: Reus Editorial, 2019. (Colección Scientia Iuridica). ISBN: 978-84-290-2174-5.
- CASTAÑEDA DELGADO, Eudoxio. «El problema del lucido intervalo en las enfermedades mentales». *Revista Española de Derecho Canónico*, 1953, vol. 8, núm. 23, pp. 475-503.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, José Luis. *El artículo 12 de la convención de derechos de personas con discapacidad*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces, 2018. (Colección La Llave). ISBN: 978-84-9961-306-2.
- COCH ROURA, Núria. «La curatela a la luz de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad y su antecedente en la *cura furiosis*». *Revista General de Derecho Romano*, diciembre 2018, núm. 31 pp. 1-24.
- COCH ROURA, Núria. «Modificación de la capacidad de obrar: los casos del furiosus y el prodigus de las xii tablas a la convención de las naciones unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Revista General de Derecho Romano*, junio 2018, núm. 30, p. 1-28.
- COOPERATIVA ALTAVOZ. *Observación General número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas*. Madrid: Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e igualdad, 2014.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia. «Reflexiones sobre el Anteproyecto de reforma de la legislación civil española en materia de capacidad jurídica de las personas con discapacidad». *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 2018, nº 38, p. 82-101.
- D'ORS, Álvaro. *Elementos de derecho privado romano*. 4ª ed. Pamplona: EUNSA, 2010. ISBN: 978-84-31327-23-1.
- DE LA IGLESIA MONJE, Maria Isabel. «La curatela y el discapacitado desde el prisma del “principio del superior interés de la persona con discapacidad”. Estudio jurisprudencial», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2013, vol. 89, nº 740, pp. 4119-4133.
- DE SALAS MURILLO, Sofía. «Repensar la curatela». *Derecho Privado y Constitución*, enero-diciembre 2013, núm. 27, pp. 11-48.

- DI MEGLIO, Romina. «Reseña bibliográfica: Juan Antonio Seda, Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». *Estudios de Teoría Literaria. Revista digital: artes, letras y humanidades*, noviembre 2020, vol. 9, nº 20, pp. 254-258.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, María Dolores y HERNÁNDEZ GIL, Francisco. *Lecciones de Derecho de Familia*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1999. ISBN: 84-8004-373-3.
- DÍAZ, Eusebio. *Instituciones de derecho romano*. 6ª ed. Barcelona: Horta, 1945. Tomo I.
- DILIBERTO, Oliviero. *Studi sulle origini della 'cura furiosi'*. Napoli: Jovene, 1984. Pubblicazioni della facoltà di giurisprudenza, Serie I, Giuridica, vol. 32.
- DORAL GARCÍA, José Antonio. «Artículo 76». A: LACRUZ BERDEJO, José Luis (Coord.). *Matrimonio y Divorcio. Comentarios al nuevo título IV del Libro primero del código civil*. 2ª ed. Madrid: Civitas, 1994, pp. 733-738. ISBN: 84-470-0449-X.
- EGEA GARCÍA, Carlos y SARABIA SÁNCHEZ, Alicia. «Clasificaciones de la OMS sobre discapacidad». *Boletín del RPD*, 2001, vol. 50, pp. 15-30.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, «Capacidad jurídica de las personas con discapacidad intelectual y de las personas con trastornos de salud mental», Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2013.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. «Capacidad. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2001-I, núm. 23, pp. 53-81.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Derecho Privado Romano*. 8ª ed. Madrid: Iustel, 2015. ISBN: 978-84-9890-284-6.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel. *Artículos 42 a 107 del Código Civil*. A: ALBALADEJO, Manuel (dir.). *Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*. Tomo II, 2ª ed. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas S.A, 1982. Tomo II. ISBN: 84-7130-372-8.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. «La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2018, vol. 58, p. 143-192.
- GARCÍA, María. «Algunas consideraciones sobre los términos retraso mental y oligofrenia», *Revista cubana de psicología*, 1986, vol. III, No. 3, p. 43-53.
- GÓMEZ-FERRER GORRIZ, Concepción, RUIZ LOZANO, María José y FERNÁNDEZ MORENO, Antonio. «Capítulo 34. Retraso mental». *Tratado de psiquiatría*, 1997, p. 613-634.

- GORDILLO CAÑAS, Antonio. *Capacidad, incapacidades y estabilidad de los contratos*. Madrid: Tecnos, 1986. (Colección Ciencias jurídicas). ISBN: 84-309-1351-3.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. «Matrimonio y discapacidad». *Derecho Privado y Constitución*, enero-junio 2018, núm. 32, pp. 55-94.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina. *El derecho a la vida familiar de las personas con discapacidad (El derecho español a la luz del artículo 23 de la Convención de Nueva York)*. Madrid: Editorial Reus, S.A., 2019. (Colección jurídica general. Monografías). ISBN: 97-8842-902-173-8.
- IGLESIAS, Juan. *Derecho romano*. 15 ed., Barcelona: Ariel Derecho, 2004. ISBN: 978-84-3445-648-8.
- LAFFERRIERE, Jorge Nicolás. «Las convenciones sobre los derechos del niño y sobre los derechos de las personas con discapacidad y sus proyecciones en relación con la regulación civil de la capacidad de ejercicio. Reflexiones a partir del derecho argentino». *Revista de Derecho Privado*, 2020, nº 38, pp. 51-87.
- MARTÍN AZCANO, Eva María. «Capacidad capitular de las personas con trastornos mentales». *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, noviembre 2018, núm. 11, pp. 1-32.
- MARTÍN AZCANO, Eva María. «La aptitud matrimonial de las personas con discapacidad psíquica o intelectual». *La Ley Derecho de familia*, tercer trimestre 2018, nº 19, pp. 1-27.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. «El tratamiento jurídico de la discapacidad mental o intelectual tras la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». A: DE SALAS MURILLO, Sofía. *Los mecanismos de guarda legal de las personas con discapacidad tras la Convención de Naciones Unidas*. Madrid: Dykinson, 2013, p. 15-40. (Colección Monografías de Derecho Civil). ISBN: 978-84-9031-737-2.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos. *El tratamiento jurídico de la discapacidad psíquica: reflexiones para una reforma legal*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2014. (Colección Global Law Collection. Legal studies series). ISBN: 978-84-9059-296-0.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Maria Lourdes. «De la *cura furiosi* en las XII Tablas, a la protección del disminuido psíquico en el derecho actual. (A propósito de la STS de 20 de Noviembre de 2002)». *Revista General de Derecho Romano*, junio 2005, nº 4, pp.1-66.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, Maria Lourdes. «Tutela y curatela en Derecho Romano». *Revista General de Derecho Romano*, diciembre 2020, nº 35, p. 1- 33.
- MARTÍNEZ LOZANO, Isabel María. «El examen de España en la aplicación de la convención: Asignaturas pendientes y camino recorrido». A: PÉREZ BUENO, Luis Cayo y DE

- LORENZO, Rafael. *La convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia*. Madrid: Cinca, 2016, pp. 217-236. (Colección Convención ONU, núm. 18). ISBN: 978-84-16668-21-2.
- MARTÍNEZ PUJALTE, Antonio-Luis. «Derechos en conflicto, conflicto de derechos: principales fricciones entre la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad y la legislación nacional española». A: PÉREZ BUENO, Luis Cayo y DE LORENZO, Rafael. *La convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad – 2006/2016: Una década de vigencia*. Madrid: Cinca, 2016, pp. 149 -186. (Colección Convención ONU, núm. 18). ISBN: 978-84-16668-21-2.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis y FERNÁNDEZ ORRICO, Francisco Javier. «El concepto de discapacidad a partir de la convención de naciones unidas». *Anales de derecho y discapacidad*, septiembre 2016, nº 1, pp. 9-28.
- MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio. «Legal Capacity and Supported Decision-Making: Lessons from Some Recent Legal Reforms». *Laws*, 2019, vol. 8, nº 4, pp. 1-22.
- MARTÍNEZ, María del Carmen. «Personas con discapacidad intelectual: igualdad jurídica, protección asistencial y asistencia sanitaria». *Foro, Nueva época*, 2010, núm. 11-12, pp. 293-318.
- MOLINA PIDIACHE, Zamir. «La capacidad jurídica en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad: una reflexión entorno al cambio de paradigma en la doctrina clásica y el formalismo jurídico». *Artículo de reflexión (para acceder a título abogado)*, 2015, pp. 1-30.
- MORENO QUESADA, Bernardo. «La aptitud psíquica en la reforma del matrimonio». A: UNIVERSIDAD DE SALAMANCA, Departamento de Derecho Civil. *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1984, pp. 523-540. (Colección Acta Salmanticensia. Derecho; núm. 44). ISBN: 84-7481-321-2.
- MUNAR BERNAT, Pedro. «La curatela: principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad». *Revista de Derecho Civil, Estudios*, julio-septiembre 2018, vol. V, núm. 3, pp. 121-152.
- OBARRIO MORENO, Juan Alfredo. *Estudios de tradición romanística: Tutela et Curatela*. Madrid: Dykinson, 2011. Monografías de derecho romano, nº 4. ISBN: 978-84-9982-121-4.
- OBSERVATORIO DE DERECHOS DE LA AEFT. *Informe sobre el ejercicio de derechos de personas apoyadas por entidades tutelares. Análisis de casos durante la primera ola de la Covid-19 y la desescalada*. Madrid: Asociación Española de Fundaciones Tutelares, 2021.

- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud: CIF*. Instituto de Migraciones y Servicios Sociales (IMSERSO). Madrid: Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001. ISBN: 84-8446-034-7.
- OSORIO CARVAJAL, Gina Alondra. «Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Se ajusta nuestra normativa a las normas sobre capacidad jurídica que consagra la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad?». *Revista de Derecho Universidad San Sebastián*, 2019, n° 25, pp. 84-103.
- PADILLA-MUÑOZ, Andrea. «Discapacidad: contexto, concepto y modelos». *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, enero-junio 2010, núm. 16, pp. 381-414.
- PALACIOS, Agustina. *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Cincia, 2008. (Colección CERMI, núm. 36). ISBN: 978-84-96889-33.0.
- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. *Derecho Romano*. 5ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. ISBN: 978-84-9086-315-2.
- PANERO ORIA, Patricia. «La condena penal como causa de privación de la *Testamenti factio activa*». *Revista General de Derecho Romano*, 2020, núm. 35, pp.1-35.
- PAU, Antonio. «De la incapacitación al apoyo: el nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el código civil». *Revista de Derecho Civil, Estudios*, julio-septiembre 2018, vol. V, n° 3, pp. 5-28.
- PEREÑA VICENTE, Montserrat. «La Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad. ¿El inicio del fin de la incapacitación?». *Diario La Ley*, 9 de septiembre 2011, n° 7691, pp. 1-17.
- PETIT SÁNCHEZ, Milagros. «La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés». *Revista de Derecho Civil, Ensayos*, octubre-diciembre 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 265-313.
- RAMOS CHAPARRO, Enrique. «Incapacidad de obrar y acciones personalísimas de estado. (A propósito de la STC núm. 311/2000, de 18 de diciembre)». *Anuario de derecho civil*, 2002, vol. 55, núm. 2, pp. 809-821.
- RODRÍGUEZ DÍAZ, Susana y FERREIRA, Miguel. «Desde la *Dis*-capacidad hacia la diversidad funcional: Un ejercicio de *Dis*-normalización». *Revista Internacional de Sociología*, mayo-agosto 2010, vol. 68, n° 2, pp. 289-309.

- ROMAÑACH, Javier y LOBATO, Manuel. «Diversidad funcional, nuevo término para la lucha por la dignidad en la diversidad del ser humano». *Foro de vida independiente*, 2005, vol. 5, pp. 1-8.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. «Capacidad e incapacidad para contraer matrimonio». *Diario La ley*, 2012, núm. 7805, pp. 9-14.
- ROMERO COLOMA, Aurelia María. «La reforma del artículo 56.2 del Código Civil español (consentimiento matrimonial y deficiencias intelectuales, mentales y sensoriales)». *Revista CEFLEGAL*, abril 2018, núm. 207, pp. 39-62.
- RUIZ ALCARAZ, Susana. «El derecho a contraer matrimonio de las personas con discapacidad: revisión del artículo 56.2 del Código Civil a la luz de la Convención de las NNUU de 2006». *Boletín del Ministerio de Justicia*, 2019, vol. 73, núm. 2215, pp. 1-88.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. «Capacidad capitular de las personas con discapacidad psíquica o intelectual». *Revista de Derecho Privado*, noviembre-diciembre 2020, núm. 6, pp. 39-78.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. «El matrimonio de las personas con discapacidad: reflexiones críticas sobre las últimas reformas del art. 56.2º del Código Civil». *Revista de Derecho Privado*, enero-febrero 2020, núm. 1, pp. 21-57.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. «Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad. Reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica». *Revista de Derecho Civil, Ensayos*, octubre-diciembre 2020, vol. VII, núm. 5, pp. 385-428.
- SÁNCHEZ GÓMEZ, Amelia. «Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico versus su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código Civil». *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, febrero 2020, núm. 12, pp. 84-115.
- SEIX, Francisco. *Enciclopedia jurídica española*. Barcelona: Francisco SEIX, 1911(-1973). Vol. 16 (FERRO-FUY).
- SEIX, Francisco. *Nueva enciclopedia jurídica*. Barcelona: Francisco SEIX, 1954. Tomo VI.
- TOBOSO MARTÍN, Mario, «Diversidad funcional: hacia un nuevo paradigma en los estudios y en las políticas sobre discapacidad». *Política y Sociedad*, 2018, vol. 55, nº 3, pp. 783-804.
- VALLADARES RASCON, Etelvina. *Nulidad, separación, divorcio. Comentarios a la ley de reforma del matrimonio*. Madrid: Editorial Civitas, Civitas Monografías, 1982. ISBN: 84-7398-169-3.

VERDUGO, Miguel Ángel Y SCHALOCK, Robert. «Últimos avances en el enfoque de la concepción de las personas con discapacidad intelectual». *Siglo Cero. Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2010, Vol. 41 (4), núm. 236, pp. 7-21.

VERDUGO, Miguel Ángel. «Análisis de la definición de discapacidad intelectual de la asociación americana sobre retraso mental de 2002». *Siglo Cero, Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, 2003, vol. 34 (1), pp. 5-20.

VERDUGO, Miguel Ángel. «Aportaciones de la definición de retraso mental (AAMR, 2002) a la corriente inclusiva de las personas con discapacidad». *La respuesta a las necesidades educativas especiales en una escuela vasca inclusiva. Actas del Congreso Guztientzako Eskola, Donostia-San Sebasatián, 29, 30 y 31 de octubre 2003. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, Vitoria-Gasteiz, 2005, pp. 149-160.*

ZAMORA MANZANO, José Luis. «Familia y discapacidad en el Derecho Romano: A propósito de los intervalos lúcidos del discapacitado». *Revista General de Derecho Romano*, junio 2020, núm. 34, pp. 1-23.

Fuentes Jurídicas

Fuentes Prejustinianas

XII Tablas:

- Tab. 5.7.a

Gai Instituciones:

- Gai. I. 1.142
- Gai. I. 3.109
- Gai. I. 3.106

Fuentes Justinianas

Instituta:

- I. 1.9.1
- I. 1.23.4
- I. 1.23.3

Digesta:

- D. 1.5.14.(8)
- D. 1.6.1.(4)

- D. 1.6.8
- D. 1.18.14
- D. 23.1.1
- D. 23.1.8
- D. 23.2.1
- D. 23.2.2
- D. 23.2.16.2
- D. 23.2.21
- D. 24.3.22.[23].7
- D. 26.2.12
- D. 26.2.14
- D. 27.10.1
- D. 27.10.6
- D. 27.10.7
- D. 33.2.32.6
- D. 35.1.15
- D. 35.2.9.1
- D. 40.1.13
- D. 41.2.1.3.(8)
- D. 50.16.38
- D. 50.16.53
- D. 50.16.129
- D. 50.17.30
- D. 50.17.40

Codex:

- C. 4.38.2
- C. 5.4.14
- C. 5.4.25.(4)
- C. 5.70.6
- C. 6.22.9

Legislación Nacional

Cataluña. Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. (DOGC [en línea], núm. 5686, de 5 de agosto de 2010, págs. 61162-61260). <<https://portaldogc.gencat.cat/utillsEADOP/PDF/5686/1108823.pdf>>. [Consulta: 16 de abril 2021].

España. Código Civil, de 24 de julio de 1889. (BOE [en línea], núm. 206, de 25 de julio de 1889). <<https://www.boe.es/buscar/pdf/1889/BOE-A-1889-4763-consolidado.pdf>>. [Consulta: 12 de abril].

España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE [en línea], núm. 7, de 8 de enero de 2000, págs. 575-728). <<https://www.boe.es/buscar/pdf/2000/BOE-A-2000-323-consolidado.pdf>>. [Consulta: 16 de abril de 2021].

España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE [en línea], núm. 158, de 3 de julio de 2015, págs. 54068-54201). <<https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/03/pdfs/BOE-A-2015-7391.pdf>>. [Consulta: 2 de mayo de 2021].

España. Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (BOE [en línea], núm. 172, de 20 de julio de 1981, págs. 16457-16462). <<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1981-16216>>. [Consulta: 4 de mayo de 2021].

España. Proyecto de Ley 121/000027, de 17 de julio de 2020, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. (BOCG. Congreso de los Diputados [en línea], núm. 27-1, págs. 1-56). <https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF>. [Consulta: 17 de abril de 2021].

Legislación Internacional

ONU. Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006. (BOE [en línea], núm. 96, de 21 de abril de 2008, págs. 20648-20659). <<https://www.boe.es/boe/dias/2008/04/21/pdfs/A20648-20659.pdf>>. [Consulta: 4 de febrero de 2021].

Documentación Internacional

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD. *Observación General n° 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*. ONU Doc. CRPD/C/GC/1. 19 de mayo de 2014.

Jurisprudencia Tribunal Supremo

Sentencia núm. 600/2015 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 4 de noviembre de 2015. (Roj: 4505/2015).

Sentencia núm. 597/2017 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 8 de noviembre de 2017. (Roj: 3923/2017).

Sentencia núm. 124/2018 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 7 de marzo de 2018. (Roj: 732/2018).

Sentencia núm. 145/2018 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, Sección 1ª, de 15 de marzo de 2018. (Roj: 145/2018).

Resoluciones Dirección General de Registros y del Notariado

RDGRN, de 1 de diciembre de 1987.

RDGRN, de 30 de julio de 2005 (2ª).

RDGRN, de 6 de mayo de 2005 (1ª).