

A watercolor illustration of a landscape. In the foreground, a large, dark brown tree with a thick trunk and dense, dark foliage stands on a patch of brown earth. The background features rolling hills in shades of green and yellow, with a few small, dark silhouettes of buildings or structures scattered across the middle ground. The overall style is soft and painterly, with visible brushstrokes and a muted color palette.

**Memoria del derecho
y disciplinas jurídicas**
Estudios

Edición

VÍCTOR SAUCEDO

Esta publicación forma parte de los proyectos de I+D+i PID2019-109351GB-C31 / PID2019-109351GB-C32 financiados por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

Proyecto “Evolución en la comprensión de la víctima: de la compensación a la reparación”. Acción financiada por la Comunidad de Madrid a través de la línea de “Excelencia del Profesorado Universitario” del Convenio Plurianual con la UC3M (EPUC3Mo7), en el marco del V PRICIT (V Plan Regional de Investigación Científica e Innovación Tecnológica)”.

Historia del derecho, 110

ISSN: 2255-5137

© Autores, 2022

© Jesús Delgado Echeverría, para la ilustración de cubierta, 2022

Editorial Dykinson

c/ Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid

Tlf. (+34) 91 544 28 46

E-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.com>

Preimpresión: TALLERONCE

ISBN: 978-84-1122-692-9

DL: M-27261-2022

Versión electrónica disponible en e-Archivo

<http://hdl.handle.net/10016/35879>

Dataset/Conjunto de datos disponible en:

<https://doi.org/10.21950/NH7CBK>



Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 3.0 España

REFORMA DE LA TUTELA Y DOCTRINA CIVILÍSTICA (1983)

Elena López Barba

Universidad de Huelva

ORCID ID 0000-0001-7973-4960

La redacción de este capítulo de libro coincide con el primer aniversario de la entrada en vigor de la Ley 8/2021¹ (el día 3 de septiembre de 2021).

Esta norma ha supuesto muchos y muy importantes cambios en la regulación de las cuestiones relacionadas con la capacidad jurídica de las personas con discapacidad. En palabras de la doctrina coetánea a su aprobación se trata de un auténtico cambio de paradigma jurídico.

Analizado el panorama doctrinal en este primer año, en el que se han sucedido una ingente cantidad de publicaciones sobre la materia, nos gustaría llamar la atención, de entre todos, sobre dos grupos de autores: quienes manifiestan su preocupación por la falta de una comprensión real de lo que en esta norma se prevé o, al menos, de las cuestiones más importantes; y quienes se muestran, aún a día de hoy, *sorprendidos* por los cambios y más preocupados por mantener el *statu quo*, buscando la argumentación necesaria para seguir aplicando las antiguas soluciones, aunque las normas y sus mandatos sean claramente otros.

La práctica jurisprudencial parece que en este primer año se suma a la tibia del segundo grupo de autores referidos. Como ejemplo, en el ámbito de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sirva leer el artículo de García Rubio y Torres Costas², donde en alusión al primero de los pronunciamientos del Supremo, en sentencia de 8 de septiembre de 2021, en el apartado de reflexiones, concluye con la siguiente afirmación:

[...] pensamos que en estas decisiones no solo se abstiene de llevar a sus últimas consecuencias los dictados de la nueva regulación, sino que incluso en algunos puntos se apartan de ella, tanto de los principios que la informan, como de las reglas que actúan como paradigma de tales principios.

1 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, BOE n° 132, de 3 de junio de 2021.

2 García Rubio y Torres Costas, *Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021* [...], p. 330.

No más alentadoras resultan las conclusiones al estudio sobre las sentencias de Audiencias Provinciales de este primer año realizado por Pallarés Neila³:

Una de las críticas, justificadas, que se hacía al sistema anterior era su rigidez, su falta de flexibilidad, ya que las múltiples vicisitudes vitales de una persona solo podían resolverse con la constitución de una curatela que completaba su capacidad o con una tutela que la suplía. Con la reforma, se ha pretendido dar un giro de ciento ochenta grados y, sin embargo, contra toda lógica parece que el nuevo sistema tiende a lo mismo. Los tribunales, en la mayoría de las resoluciones, se han pronunciado de forma alternativa en favor de una curatela con funciones asistenciales u otra con funciones representativas, tan solo en cuatro ocasiones han combinado ambas funciones.

El segundo, surge del dato adelantado al principio de este trabajo. De las treinta sentencias de instancia en la que un juzgado constituía o declaraba la incapacidad total de la persona tanto para regir su persona como sus bienes, en el cincuenta por ciento de las ocasiones, la audiencia provincial también establecía como sistema de apoyo la curatela representativa con carácter general, tanto para persona como para bienes.

A la vista de estas consideraciones es casi inevitable plantearse si lo previsto en esta nueva norma de 2021 no correrá la misma suerte que lo que ya sucediera con el cambio ideado en la Ley 13/1983. También esta última Ley suponía un notable avance en el tratamiento de las personas con discapacidad, si a la anterior redacción del Código civil nos referimos (año 1889), y, sin embargo, el abanico de posibilidades que ofrecía para potenciar el poder de decisión y el ejercicio de la propia capacidad no pareció llegar suficientemente a sus destinatarios, responsabilizándose de ello a la actuación del poder judicial⁴.

Es aquí donde nuestro análisis entronca con una monografía de las características que esta obra encierra, un estudio en el ámbito de la Historia del Derecho.

Nuestra propuesta pasa por reflexionar acerca de si la falta de aplicación efectiva por los jueces de las posibilidades reales introducidas por la reforma de 1983 se pudiera, de algún modo, conectar con un sector de la doctrina poco atento o poco proclive a los cambios introducidos por el legislador. En primer lugar, habría que valorar si efectivamente se produjo un desinterés o un des-

3 Pallarés Neila, *El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021*, p. 10 de 17.

4 Como resumen de esta opinión generalizada, sirva la expresión recogida en le Exposición de Motivos que acompaña a la *Propuesta de Código civil*, pp. 104-105.

enfoque en el análisis de estos temas por parte de los autores más destacados del momento, y, en segundo lugar, se trataría de justificar si, de ser cierta la primera de las premisas, esta postura de la doctrina científica pudo haber influido, de algún modo, en la doctrina jurisprudencial del momento. No sostenemos, por supuesto, que se entable una relación directa entre lo que la doctrina científica estudia y afirma, y lo que los tribunales después aplican y resuelven en sus sentencias, nada más lejos de la verdad, pero sí entendemos que si la doctrina no atiende un tema, le da la espalda, o lo trata injustamente, la labor pedagógica que se le presume no se efectúa y la repercusión de esta dejación, bien puede tener su reflejo, más tarde, en los textos que los jueces consultan y que, de algún modo, ayudan a conformar sus conocimientos y percepciones. Aunque, siempre, qué duda cabe, actuando de forma independiente, bajo la estricta sumisión al imperio de la Ley, tal y como la Constitución española ordena a jueces y magistrados.

Antes de poder concluir nada sobre el interrogante planteado, lo que sí podemos adelantar es que, en términos generales, la doctrina española del momento no llegó al grado de recelo y rechazo, en forma de ignorancia de la reforma, que la avocara, más tarde, al mayor de los fracasos, su desaparición del cuerpo normativo, a la manera de lo sucedido, *ad exemplum*, con el Código civil Portugués de 1867 y sus derechos individuales consagrados en el cuerpo civil como *dereitos originários*⁵. Antes, al contrario, cabría sostener que la reforma de 1983 sí despertó interés, aunque sin alcanzar el nivel de otras reformas, por ejemplo, la de 1981 en materia matrimonial.

Para poder conocer el verdadero impacto que la Ley de 1983 tuvo en la doctrina científica de la época, hemos seguido, como método de estudio, en primer lugar, la valoración de las publicaciones sobre la materia en esos años, en concreto la producción científica⁶ del cuerpo de Catedráticos de Derecho civil, entendidos estos como los autores más representativos, sin duda, de un área de conocimiento. Para ello, nos hemos valido del listado de catedrático que se recoge en la obra dirigida por el profesor Petit⁷ en el periodo que va desde

5 Petit, *España y el Código civil portugués (1867)*, pp. 531 y ss.

6 Para conocer la producción científica de los Catedráticos que conforman el cuerpo la disciplina de Derecho civil hemos procedido a la consulta de sus biografías en <https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/page/proyecto-de-investigacion>

Y hemos hecho uso de DIALNET, el portal bibliográfico, a día de hoy, el más completo en cuanto a producción científica se refiere en el ámbito de las ciencias sociales en lengua española <https://soporte.dialnet.unirioja.es/portal/es/kb/articles/qu%C3%A9-es-dialnet>

7 Petit (ED.), *Derecho ex cathedra 1847-1936. Diccionario de catedráticos españoles*.

1847 a 1936, completándolo con el listado de catedráticos que conforman los posteriores proyectos de investigación, hasta llegar al momento de la entrada en vigor de la Ley de Reforma Universitaria (1983, 1984)⁸. En segundo lugar, hemos avanzado en la búsqueda haciendo el vaciado de Revista de la época, comenzando por las primeras en nacer y que perduraron en el tiempo, según el estudio de Liendo Tagle⁹, completando el listado con los títulos, no todos, de las Revistas más recientes y relevantes en el ámbito del Derecho civil.

En todo este proceso de búsqueda de información, el periodo temporal en el que nos hemos movido principalmente es el que va desde 1982 a 1993. Año 1982, porque en ese año ya estaba en fase muy avanzada de preparación el proyecto¹⁰ de lo que luego sería la Ley 13/1983 y el año 1993, porque se cumplen diez años desde la entrada en vigor de la norma¹¹.

Una primera impresión nos llevaría a una conclusión algo desalentadora, consultada la producción científica de la lista de Catedráticos de Derecho civil seleccionados, no parece que esta materia despertara un gran interés, si a la creación bibliográfica nos referimos. Si hacemos un paralelo con lo que ha supuesto la aparición de la Ley 8/2021, la Ley 13/1983 fue escasamente atendida, en cuanto a producción científica se refiere. Bien es verdad, que no es acertado hacer una comparativa meramente cuantitativa de las publicaciones que vieron la luz tras la aprobación de ambas Leyes, por muchos motivos, el primero que se nos viene a la cabeza, aunque no resulte el más científico, es porque aún no había estallado el bum de la *superproducción*, la *inflación* productiva, a la que indirectamente conducen en la actualidad, en nuestra opinión, los procesos ideados para la acreditación o para la obtención de complementos retributivos...

Partiendo de la imposibilidad cierta de hacer una comparación válida, en cuanto al número de aportaciones científicas se refiere, mediando cuatro décadas, y conociendo el cambio que la carrera y las formas universitarias han tenido desde entonces, no deja de llamar nuestra atención, sin embargo, que si tomamos como referentes a autores que publicaban en una y otra época, no son pocos para los que la aparición de la Ley de 1983 pasó inadvertida y, sin em-

8 Proyecto (PID2019-109351GB-C31/AEI/10.13039/501100011033)

9 Liendo Tagle, *Prensa jurídica y estudios de Derecho* (Tesis).

10 Proyecto de Ley de reforma del Código civil en materia de tutela, BOCG, Congreso de los Diputados, II Legislatura, 27 de enero de 1983.

11 La entrada en vigor de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela (BOE n° 256, de 26 de octubre de 1983) se produjo el 15 de noviembre de 1983.

bargo, décadas después, impulsados, quizás, por los nuevos vientos traídos por la Convención de 2006¹² y/o la preocupación por el notable envejecimiento de la población, enfocaron sus estudios a cuestiones estrechamente relacionadas con la tutela, la curatela, las personas con discapacidad... en definitiva, sobre la capacidad de actuación sobre su persona y sus bienes, temas que *desairaron* en 1983. Un ejemplo de lo relatado se evidencia en los temas tratados por Clavería Gosálvez para quien la aprobación de la Ley 13/1983 no tuvo un particular reflejo en su trayectoria científica y, sin embargo, la aparición de la Ley 8/2021 sí fue objeto de su estudio y atención, además, no solo de una forma general¹³ y aproximativa, sino profundizando en temas esenciales y de gran calado¹⁴. Pero no es el único caso, también, y de forma muy destacada Serrano García y Torres García y, aunque con algo menos de intensidad, en Roca y Trías, o con escasa intensidad: Alonso Pérez o Doral García, que el año 2006, por ejemplo, dirige en la Universidad de Navarra una tesis doctoral sobre el tema.

Volviendo al principio, si tomamos como referencia la lista de Catedráticos entre los años 1847 y 1936 que aún vivían en 1983, a saber: Beltrán de Heredia Castaños (1914-1992); Bonet Ramón (1907-2001); De Castro y Bravo (1903-1983); Fuenmayor Chapín (1915-2005); García-Valdecasas García-Valdecasas (1904-1994); Hernández Gil (1908-2005). Ninguno de estos autores, al menos en las fuentes consultadas, encontramos que publicaran sobre la aparición de la Ley de 1983, si bien es cierto que, en la mayoría de los casos, la aprobación de esta norma discurre en paralelo con el fin, o los últimos años, de su producción científica. El caso más claro, por la coincidencia de fechas, es el del profesor de Castro que fallece el mismo año¹⁵, meses antes, de la aprobación de la Ley de reforma de la tutela.

12 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Instrumento de ratificación publicado en el BOE nº 96, de 21 de abril de 2008, en vigor en España desde el 3 de mayo de 2008.

13 Clavería Gosálvez, Luis Humberto, “Reflexiones frente a la reforma de la discapacidad”, Muñiz Espada, Esther (Coord.), *Contribuciones para una reforma de la discapacidad: Un análisis transversal del apoyo jurídico a la discapacidad*, Wolters Kluwer, 2020.

14 Clavería Gosálvez, Luis Humberto, “Novedades en el régimen de la ineficacia del contrato contenidas en la reforma relativa a la discapacidad”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº 113, (2021), pp. 77-89. Obra que constituiría una de sus últimas reflexiones antes de su fallecimiento el 8 de febrero de 2022.

15 De Castro y Bravo fallece en Madrid, el 19 de abril de 1983. *Apud thema vid.* Petit, C. (2021). Castro y Bravo, Federico. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*. <https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/14497>

Completando ahora el listado con quienes fueron Catedráticos de Derecho civil hasta el curso 1983/1984, superado con creces el medio centenar, nos encontramos que los resultados no son, *a priori*, mucho más halagüeños.

Hay que advertir que el estudio sobre la materia corre diferente suerte según el enfoque que tomemos. Esto es, por ejemplo, en autores como Albaladejo, o Díez-Picazo¹⁶ no parece que este tema despierte interés en cuanto al centro de su producción científica, en cambio, fueron materias que sí se trataron debidamente en sus manuales, o en los comentarios al Código civil editados a partir de 1983.

No obstante, y pese a lo que acabamos de afirmar, no podemos dejar de destacar la realidad de aquellos Catedráticos que sí se preocuparon con intensidad de la cuestión, un caso significativo es el de García Cantero¹⁷, quien dedica una amplia producción al tema. Entre sus publicaciones nos gustaría destacar la del año 1987 titulada “Los aspectos religiosos de la nueva ley de Tutela”¹⁸, esta obra resulta especialmente interesante, pese a la *marginalidad* del tema tratado, porque en las dos primeras páginas, en nota a pie de página, recoge la biografía esencial que se había publicado a raíz de la reforma de 1983, de hecho, el mismo autor señala “Pienso que al lector de esta revista puede interesarle una información bibliográfica sobre la tutela en el Derecho español”, para lo que repasa el tratamiento anterior, coetáneo y posterior a la Ley de 1983, y es este último periodo, diferencia, de un lado, la atención prestada desde los manuales, donde señala los de Albaladejo, Díez-Picazo y Gullón, Espín, O’Callaghan, Lacruz y Sancho-Rebullida.

16 Como elemento de interés, cabe señalar que Díez-Picazo y Ponce de León dirigió el equipo de profesores responsables del *Proyecto particular, Estudio para la reforma de los preceptos del C.c. relativos a la tutela*, (conocido como proyecto SEREM), Madrid, 1977.

17 Por autoreferencia en la propia obra de 1987, aunque no hemos podido constatarlo, tenemos noticias de que escribió “Los principios de la nueva normativa de la tutela”, en *Estudios sobre la tutela*, Madrid, 1986, pp. 85 y ss. Y “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1984. Sin embargo, en DIALNET lo que aparece es: “Los principios de la nueva normativa de la tutela”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Vol. 134, nº 259, 1 (julio 1985), pp. 85-102 y “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 26 (1985), pp. 405-442. “Las incapacidades psíquicas en el derecho matrimonial civil español”, *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro (IX): estudios en honor del profesor Juan Sánchez y Sánchez*, 1990, pp. 183-200. “Notas sobre la “senectud” como estado civil de la persona”, *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. I, 1988, pp. 295-308.

18 García Cantero, *Aspectos religiosos de la nueva Ley de Tutela*, pp. 1-2.

Y, de otro, los estudios académicos científicos, que acompaña de esta valiosa frase “En contraste con la situación bibliográfica precedente (la tutela se considera ‘la Cenicienta del Derecho de Familia’) se publican con cierta profusión estudios y comentarios, sea de tipo exegético sobre la ley, sea sobre aspectos parciales”.

Qué duda cabe que tras esta manifestación de García Cantero en 1987, cuatro años después de la publicación y entrada en vigor de la norma que reforma la figura de la tutela, no parecería razonable que un estudio efectuado con los condicionantes propios del paso del tiempo, casi cuarenta años más tarde, concluyera justo lo contrario: que la producción científica fue insuficiente. Y ello porque esta afirmación vendría desmentida, como ya hemos visto, por un *argumento de autoridad* vertido por un autor del momento, quien descarta que la producción sea insuficiente, antes al contrario, parece valorarla positivamente, al menos, en contraposición a la situación previa a la reforma¹⁹. En el mismo sentido Delgado Echevarría²⁰.

También escribe sobre la cuestión en estos primeros años Gete-Alonso Calera²¹, de quien cabe destacar que en la actualidad sobresale por ser una

19 De manera completa, refiere la siguiente bibliografía: Cano Tello, Celestino A., *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines. Un ensayo sobre la Ley de 24 de octubre de 1983*, Civitas, Madrid, 1984; Lete del Río, José Manuel, “Artículos 199 y ss. del C.c.”, en Albaladejo García, Manuel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo IV, Artículos 181 a 332, 2º edición, Edersa, Madrid, 1985; Amorós Guardiola, Manuel y Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo (Dirs.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986; Yzquierdo Tolsada, Mariano y otros, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares (Comentarios a Ley de 24 de octubre de 1983 de reforma del Código civil, Títulos IX y del Libro I)*, ICAI, Madrid, 1984; Coca Payares, Miguel, “Notas sobre el sistema de tutela ‘judicial’”, en la Ley 13/1983 de 24 de octubre”, *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, nº 7 (1984), pp. 9-38; García Cantero, Gabriel, “El nuevo régimen jurídico de la tutela”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 26 (1985), pp. 405-442; García Cantero, Gabriel, “Los principios de la nueva normativa de la tutela”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, nº 259, 1 (julio 1985), pp. 85-102.

20 En la misma línea, en el manual de Lacruz Berdejo, actualizado en esta materia por Delgado Echeverría, a propósito de la Indicación Bibliográfica señala que:

“Tras la reforma del Código civil en 1983, son relativamente abundantes los estudios sobre la incapacitación (además de los genéricos sobre tutela y curatela, o los que versan sobre aspectos más restringidos) [...]”.

21 *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Civitas, Madrid, 1985; “31 de diciembre de 1991. Incapacitación. Sistemas de guarda, tutela, cu-

autora muy sensibilizada con los estudios relacionados con las personas con discapacidad, y los mayores, pero ya desde la órbita de los principios instaurados por la Convención de 2006. Algo parecido sucede con González Porras.

No son estos los únicos catedráticos, de los seleccionados, que atienden en sus estudios temas relacionados con la reforma de 1983, así: Gordillo Cañas²², Rogel Vide²³, o Torralba Soriano²⁴.

En cuanto a la dirección de tesis doctorales sobre la materia dirigidas por nuestra selección de Catedráticos, la producción no resulta muy profusa, al respecto hemos encontrado las tesis dirigidas por Guillarte Zapatero²⁵ y por Serrano García²⁶.

Otra forma de obtener información, como ya apuntamos, ha sido el seguimiento de los índices de las Revistas más destacadas del momento, analizando, nuevamente, el periodo temporal que va desde 1982 (año previo a la aprobación de la norma) a 1993 (diez años desde su entrada en vigor).

Quizás el panorama de lo encontrado se puede resumir tomando como referencia lo sucedido en la prensa jurídica más antigua, así, comenzando con la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, en el número 3 de 1988, hemos podido encontrar la publicación de Rico Pérez, Francisco “La función tutelar de las Fundaciones”.

Por su parte, en la *Revista de Derecho Privado*, en el año 1990 aparece un artículo de Monserrat Valero, Antonio, “Notas sobre la eficacia jurídica de la inscripción de la sentencia de incapacitación en el Registro civil (O anulabili-

ratela. Capacidad de discernimiento”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 28 (1992), pp. 179 a 192.

22 *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Tecnos, Madrid, 1986; “Incapacidad de obrar natural. Arteriosclerosis senil”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 10 (1986), pp. 3405-3414; “Incapacidad de obrar. Presunción de capacidad mientras no se acredite la incapacidad”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 16 (1988), pp. 209-220.

23 *La guarda de hecho*, Tecnos, Madrid, 1986.

24 “La incapacidad contractual”, *Estudio de Derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, 1984.

25 Guillarte Martín-Calero, Cristina, *Estudio de la figura de la curatela* (Tesis), Universidad de Valladolid, 1995.

26 Muñiz Espada, Esther, *Las personas jurídico-privadas tutoras*, Universidad de Valladolid, 1993. Años después y fuera del periodo de estudio: Meléndez Arias, María del Carmen, “La autoprotección de las personas con capacidad modificada”, Universidad de Valladolid, 2012.

dad de los contratos celebrados por un incapacitado en contra de lo dispuesto en sentencia de incapacitación no inscrita en el Registro civil”.

En *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* hemos hallado en los números 562 y 565, del año 1984, dos aportaciones de Gómez-Oliveros, José María, bajo el mismo título de “Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre”.

Por último, en este repaso por las Revistas *decanas*, en *Actualidad Civil*, en el año 1992 aparecen dos aportaciones de Guilarte Zapatero bajo el mismo título (I) y (II) “De nuevo sobre la ineficacia de los actos dispositivos de bienes de menores e incapacitados realizados por sus representantes legales” y, en 1993, Fernández López publica “La autorización judicial para la esterilización de incapacitados: Factores legales y razones teológicas de la norma”.

Fuera de los títulos de la Prensa jurídica pionera, hemos procedido a revisar algunos de los principales títulos, no todos, de Revistas del ámbito del Derecho civil, y no hemos encontrado, en nuestra opinión, un número muy significativo de estudios, sin perjuicio de casos aislados de publicaciones relacionadas con la presentación de la nueva norma, o del examen, en profundidad, de algún aspecto concreto de la misma, en este sentido se detecta interés por cuestiones particulares como el internamiento involuntario o la prodigalidad.

Llegados a este punto de la investigación, y vistas todas las referencias bibliográficas encontradas a la Ley de 1983, pero desde el tamiz del conocimiento de todo lo acontecido en estos años, y de las claves introducidas por la reforma de 2021, se echa en falta, quizás, que la doctrina de finales del siglo XX hubiera desarrollado con más insistencia aspectos claves de la reforma, a saber, la importante labor a desarrollar por los jueces en cuanto a la graduación y personalización de sus sentencias, lo que redundaría en un mayor respeto a la capacidad de decisión, por sí mismas, de las personas con discapacidad, sobre su persona y sus bienes, gracias a la posibilidad de *confeccionar ese traje a medida* en sus sentencias de incapacitación en atención a cada caso, valiéndose no solo de la tutela, como figura de sustitución o representación, sino también, de la curatela, como figura de asistencia y acompañamiento.

En definitiva, la pregunta ahora debería ser si la carencia en la aplicación efectiva del abanico de soluciones aportadas por la Ley de 1983 no sería más un supuesto de desenfoque temático en los estudios realizados por la ciencia jurídica, que una falta de estudios en sí misma. Descartada la que fuera la premisa de partida de nuestro estudio, verificar si la falla se situaba en la falta de tratamiento del tema por parte de la doctrina, el estudio nos lleva a concluir

que, sin ser abundante, qué duda cabe que la suma de todos estos *poquitos* encontrados (la aparición de alguna monografía, las publicaciones en obras colectivas, los artículos en revistas científicas y las nuevas ediciones actualizadas de los manuales) termina conformando un resultado, podríamos decir, digno (en cuanto a métrica se refiere). Una evidencia meramente gráfica de lo dicho lo ofrece, por ejemplo, la simple visión de la relación bibliográfica recogida en el manual de Lasarte Álvarez publicado en los últimos años de nuestro periodo en estudio²⁷.

A la vista de todo ello, cabría concluir que la reforma de 1983 sí fue abordada por la doctrina del momento, lo que nos conduce, entonces, a plantearnos otro interrogante, ¿supo entender y transmitir la doctrina de la época la intensidad del cambio y las posibilidades que abría en el fomento del respeto a la capacidad de actuación por sí mismas de las personas con discapacidad? Lo cierto es que la norma era mucho más avanzada y permitía otras muchas soluciones de las que a la postre se aplicaron de forma mayoritaria. Prueba de cómo podía llegar a ser de avanzada la literalidad de la norma de 1983, y de todas las posibilidades que ofrecía, se puede desprender, aunque la intención fuera otra, de la detenida lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009, cuyo ponente fuera la Excm. Sra. Doña Encarnación Roca i Trías²⁸. Los fundamentos de la sentencia evidencian sobradamente todas las posibilidades de la Ley entonces en vigor, aunque fuera una *respuesta-justificación* a las acusaciones dirigidas al Estado español por parte del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como consecuencia del reiterado incumplimiento de los mandatos recogidos en el artículo 12 de la Convención de 2006 (y del contenido de la Observación General nº 1 sobre el mismo artículo del año 2014), al que no se dio debida respuesta hasta la aprobación de la Ley de 2021.

La reforma de 1983 ya anticipaba y permitía, de algún modo lo que luego, en los albores de la reforma de 2021 se dio a conocer como *el traje a medida*. Ya desde los años ochenta se permitía un tratamiento singularizado, una solución que fuera la respuesta caso a caso, en atención a la discapacidad y a las situaciones personales y patrimoniales de cada sujeto, evitando excluirlo de la toma de sus propias decisiones. En este punto es necesario advertir que, de ningún modo, estamos afirmando que hubiera una identidad de soluciones

²⁷ Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho civil*, Tomo 1, p. 248.

²⁸ Sentencia que fue objeto de multitud de comentarios, entre otros por De Pablo Contreras “La incapacitación en el marco de la Convención”, pp. 555 y ss.

en las reformas de 1983 y 2021, entre otros motivos, nada desdeñable, porque la figura del curador en 1983 pasa inexorablemente por la existencia de una sentencia judicial previa que declare la incapacitación de una persona, modificando, en ese caso, su capacidad de obrar sobre el único argumento de la discapacidad, marcando una diferencia en su estado civil. Esto es, estableciendo una discriminación entre iguales, todas ellas personas mayores de edad, sobre la base de quienes padecen una discapacidad, situación insostenible tras la aprobación y ratificación por España de la Convención de 2006. No solo eso, en la actualidad la primacía se sitúa en el pleno respeto a la voluntad, deseos y preferencia de las personas con discapacidad, lo que avoca a anteponer las soluciones voluntarias a las judiciales, que quedan relegadas a un último lugar, incluso, detrás de la posición de los guardadores de hecho. Sin embargo, ninguno de estos argumentos, entre otros muchos, permiten negar el avance que supuso la Ley de 1983, basta leer en este punto el proyecto de Ley presentado, las enmiendas y debates suscitados...

En el texto que acompaña al Proyecto de Ley recogido en el Boletín Oficial de las Cortes Generales (Congreso de los Diputados) el 27 de enero de 1983 se señala el fracaso del modelo anterior

tras casi cien años de vigencia, ineficaz e insuficiente [...] el legislador de 1889 con unificación de las instituciones tutelares y supresión de la curatela vino a otorgar un mismo tratamiento dotándolos de una misma normativa, a supuestos muy distintos de guarda, que merecen un tratamiento diferencial

Para más adelante afirmar que

el principio de la pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela, introduce la curatela (recuperando una institución de larga tradición jurídica) y la figura del defensor judicial; y el principio de tutela de autoridad, que suprime el Consejo de familia y dota al Juez de amplias facultades, situándolo como pieza fundamental decisoria[...] “Novedades importantes de la ley son también la introducción de la figura del defensor judicial [...] la regulación de la guarda de hecho a través de unas normas breves pero útiles, que podrán dar solución a las principales cuestiones que aquella situación plantea

En la fase de aprobación de la norma muchos fueron los avances alcanzados, y muchos otros los que se quedaron en fase de tentativa, como la lectura de las enmiendas presentadas y luego rechazadas, así como el contenido de los debates acredita.

La modernidad de muchos de estos planteamientos, aunque como hemos

dicho no fueran aprobados por sus señorías, se evidencian tras la lectura de los textos de presentación y defensa de enmiendas²⁹ relacionadas, por ejemplo, con la necesidad de que el proceso preferente para la tramitación de la declaración de incapacidad fuera el expediente de jurisdicción voluntaria (Grupo Parlamentario Popular, enmiendas nº 99, 100, 101), o la importancia de admitir la figura de la autotutela (Grupo Parlamentario Popular, enmiendas nº 50, 88 y, con mayor determinación, el Grupo Parlamentario Mixto, enmiendas nº 9, 15, 16, 18, 22, 28 y 37), o la necesidad de revalorizar la figura de la guarda de hecho (Grupo Parlamentario Popular, enmienda número 44), o la necesidad de ahondar en las garantías relacionadas con el internamiento involuntario (Grupo Parlamentario Mixto, enmienda nº 33).

Aunque el texto resulte algo largo, nos parece ciertamente relevante darlo a conocer, por cuanto acredita la capacidad de adelantar soluciones, que parecieran avanzadas para su época, motivo por el cual no fueron estimadas, pero que terminaron materializándose en el Código civil 20 años después de la mano de la reforma introducida por la Ley 41/2003³⁰.

Habiendo tomado la palabra el señor Pérez Royo en representación de los Diputados comunistas plantea una enmienda que él mismo entiende que “puede parecer chocante”, sin embargo, explica que la idea es que, según sus palabras, “el eventual incapaz [...], pueda él mismo promover su propia incapacidad y organizar su propio sistema de tutela, de acuerdo con sus particulares preferencias” Desde luego este discurso es perfectamente apto y compatibles con reformas propiciadas en el Código civil muchos años después, aunque lo que, en ocasiones, pudiera chirriar fuera la terminología.

Y continúa:

Digo que puede parecer chocante el espectáculo de una persona, respecto de la cual existen visos de incapacidad, promoviendo su propia incapacidad y, como digo, organizando la tutela. En realidad, si se piensan supuestos reales, supuestos que acontecen y

29 Hemos tomado como referente las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley en el Congreso de los Diputados, en concreto, las que se deducen del documento de Informe de Ponencia recogido en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 26 de abril de 1983, aunque una situación similar podría también desprenderse del documento de enmiendas presentado en el Senado, Boletín Oficial de las Cortes Generales (Senado) de 22 de junio de 1983.

30 Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, BOE, nº 277, de 19 de noviembre de 2003.

no diría cada día afortunadamente, pero que acontecen en la vida normal, en el despacho, esto resulta menos chocante y más adecuados a la solución de problemas reales

Basta pensar, por ejemplo, en un ciudadano adicto al alcohol, a la cocaína o a algún otro elemento de los calificados de autodestrucción, y adicto hasta tal punto que él prevé claramente que continuando con este hábito, que no se siente con ánimo de dejar, va a llegar un momento en el cual va a ser incapaz de gobernarse a sí mismo y en consecuencia sometido a tutela; tutela que se presenta de muy diferentes formas en cuanto, por ejemplo, a los métodos de curación, en cuanto a la propia personalidad del sujeto al cual va a ser encomendada su propia tutela y este sujeto, por ejemplo, que tiene varias personas, entre las que eventualmente van a ser sus tutores, decide, cuando todavía está en situación lúcida que su tutea sea desarrollada por tal persona, por ejemplo, por su hermano mayor, en el cual tiene confianza y que sabe le va a dar un tratamiento adecuado, un trato normal, humano, etcétera, y no por tal otra persona que presumiblemente puede ser, si las cosas no se arreglan como él pretende, el encargado de la tutela.

Pues bien, no entendemos por qué una persona en estas condiciones no puede organizar su propia incapacitación. En todo lo demás habrá que tener las cautelas necesarias, para que efectivamente, en el momento en que la persona promueve su propia incapacitación y adopta las decisiones pertinentes al respecto, realmente esté todavía en el uso de su razón, esté todavía con capacidad para gobernarse por sí mismo y no esté ya en la situación que justamente debería haber promovido la incapacitación.

Se trata de un problema que habrá que resolver de acuerdo con estas fórmulas, pero que no invalida la validez de la misma que, como digo, puede dar solución a problemas que realmente se presentan en los despachos jurídicos y no solamente allí, sino en la vida de los ciudadanos.

Sirva la transcripción de este texto, y pese a que se refiere a la defensa encendida de una enmienda que luego fue rechazada por, el entonces, partido en el Gobierno, el Grupo Parlamentario Socialista, sin embargo, resume a la perfección, a nuestro entender, la idea de avance y modernidad que envuelve la creación de la ley de 1983, algunas de las cuestiones ciertamente quedaron en el camino, como esta, pero otras muchas sí fueron adoptadas, de suerte, que se entrega el testigo de este progreso a los jueces para su ulterior materialización.

Qué duda cabe que la aparición de la Convención de 2006 cambia todo el panorama y que la reforma de 2021 otorga el espaldarazo decisivo al respeto, pleno, de la capacidad jurídica de todos los mayores de edad (art. 12 de la Convención), con independencia de la discapacidad y el grado que padezca, sin embargo, eso no justifica que algunos autores traten como una auténtica novedad lo que esta última ley regula.

Volviendo de nuevo a nuestro quehacer, nos cuestionamos qué fue lo que

pudo fallar, toda vez que la postura del legislador se manifiesta avanzada, conforme a su tiempo, en las soluciones propuestas; la doctrina científica atiende el tema³¹, por qué, casi cuarenta años después, se presentan como totalmente novedosas cosas que ya apuntaba la Ley de 1983 y que los Tribunales en sus sentencias de incapacitación tenían en su mano haber aplicado y no lo hicieron. Por qué no atendieron a los mandatos que abrían las puertas a otras formas de entender la situación de las personas con discapacidad. Quizás porque decidieron aferrarse a posturas y modos de actuar que ya conocían o dominaban de antiguo. Quizás porque cuando la norma cambia y el suelo firme donde antes deambulaban los aplicadores del Derecho se tambalea, la opción, pareciera más sencilla, sea aferrarse al pasado y aparentar que todo cambia pese a que todo siga igual... Quizás la falta de medios personales y materiales, como mal endémico en el estado de la justicia en España, no facilite otras salidas, incluido en este apartado, también, al Ministerio Fiscal. O quizás fue la propia sociedad la que no estaba preparada, o no demandaba un cambio más contundente, aunque, si bien, con el paso del tiempo estas circunstancias se demostraron otras, como queda de manifiesto en los albores de la redacción de la ley de reforma de 2021.

En esta línea nos preguntamos ahora si fueron las enseñanzas recogidas en los manuales sensibles con todos estos asuntos y si desarrollaron, en consecuencia, una labor pedagógica al respecto.

Sin pretensión de agotar todas las publicaciones, hemos tomado, a modo de referencia, los manuales de Albaladejo, Castán Tobeñas, Cossío, Díez-Picazo y Gullón y Lacruz Berdejo en diferentes ediciones, dentro del periodo temporal ya señalado en el que anunciamos centraríamos nuestro estudio, presentados por orden alfabético. El tratamiento dado a la incapacitación en estos manuales resulta dispar, aunque por regla general, en las enseñanzas recogidas consiguen dejar claras las cuestiones claves de la nueva norma, a saber:

Que con la reforma se descarta el sistema de la tutela familiar y la incapacitación se sitúa en manos de los jueces, se pasa de lo privado, del ámbito familiar, a lo público, con la necesaria intervención del poder judicial (la tutela de autoridad). Pero a los jueces en sus sentencias no solo les corresponde

³¹ Como Prueba de lo afirmado puede consultarse la relación bibliográfica a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad y que acompaña al tema de la incapacitación en el manual ya referido de Lasarte Álvarez, Carlos, editado al cumplirse una década de la aprobación de la norma.

determinar la incapacitación, sino, también, el órgano tuitivo, bien sea el de tutor, bien sea el de curador. La figura del curador resulta en ese momento novedosa, por cuanto el legislador del Código civil de 1889 la dejó conscientemente fuera y es el legislador de 1983 quien la recupera. De este modo, la incapacitación es graduable, pudiendo ser total o parcial, y, en todo caso, adaptada a cada sujeto, determinándose con claridad lo que corresponde, en cada situación, al tutor o curador. Parece quedar claro, igualmente, que la figura del curador, a la que puede recurrir el juez, sobre la base del estudio y justificación caso a caso, según el grado de discernimiento, debe marcar en qué situaciones debe intervenir, sin que le corresponda representar ni sustituir a la persona incapacitada, únicamente asistirle en aquellos actos que expresamente determine la sentencia, de suerte que permite a la persona con discapacidad, entonces incapacitada, actuar por sí misma en todas las demás actuaciones personales y patrimoniales. Por último, otra de las ideas que se asientan en los manuales de la época es que las sentencias de incapacitación son revisables, sus pronunciamientos no son definitivos ni inamovibles.

Pero que los manuales recojan, en su mayoría, todos estos cambios entre sus enseñanzas, no impide que, en ocasiones, afloren las dudas o los miedos, así Lasarte Álvarez, percibe, quizás, como excesivo el poder que la norma de 1983 deja en manos de los jueces “De otra parte, las fronteras entre tutela y curatela queden legalmente demasiado desdibujadas, dependiendo –acaso en exceso– del pronunciamiento del juez en la correspondiente sentencia”, además de lamentarse porque la situación de la Administración de justicia puede empañar los fines deseados –huelga decir que este comentario podría ser hoy, casi cuarenta años después, igualmente oportuno– “tampoco conviene echar las campanas al vuelo, ya que las deficiencias de la Administración de Justicia en España son tantas y tan graves que resulta difícil augurar un magnífico porvenir a la tutela de autoridad.” No obstante, concluye que “La bondad técnica y la oportunidad sociológica de tales previsiones normativas, en general, están fuera de duda”³².

Comenzando por Albaladejo³³, su tratamiento de la cuestión en la edición de su manual de 1984 evidencia la sintonía del autor con los nuevos tiempos, y una especial sensibilidad con las personas con discapacidad. No es que discuta la oportunidad del procedimiento de incapacitación, ni la afectación de la capacidad de obrar por causa de la discapacidad, pues estos planteamien-

32 Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho civil*, Tomo 1, p. 250.

33 Albaladejo García, *Derecho civil. Introducción y parte general*, pp. 258 y ss.

tos no encajarían en la época, pero sí otorga la debida relevancia a la defensa del mantenimiento de parte de la capacidad del sujeto, incluso en los casos de incapacitación plena y sustitución por la persona del tutor, o en la visión de la importancia de la institución del curador:

[...] que asistiendo o aprobando lo que el incapacitado realiza, complete la capacidad que se dejó a éste, que alcanza al caso, pero necesita la coadyuvación de su curador, de modo que el acto sólo vale ejecutado por el incapacitado con el parecer favorable o aquiescencia del curador

De la lectura de su manual parece entender el cambio como positivo:

La flexibilidad de la ley no sólo deja en manos del Juez el escoger, según convenga, entre tutela y curatela, y dentro de una u otra, entre establecerla con más intensidad o con menos, sino que, además, permite, cuando cambien las circunstancias del incapacitado, no ya ciertamente devolver la capacidad si es que se curó, sino modificar el alcance de la incapacitación ya establecida, sin llegar a curarse, experimentó variaciones –a mejor o a peor—su estado (ver art. 212).

Ahora bien, quiero señalar que lo que la ley no permite nunca es que la incapacitación prive a la persona de *toda* su capacidad.

De ahí su defensa de la capacidad, aunque limitada, de las personas con discapacidad con incapacitación absoluta, esto es, la incapacitación no supone la pérdida global de la capacidad de obrar.

No veo otra solución que ésta, o la de entender que se privaría al incapacitado de capacidad también para actos que el tutor no puede realizar por él. Pero esta otra solución no tiene ventaja alguna sobre la que defiendo (ya que perdida la capacidad para el acto que sea. Esto no puede realizarlo el incapaz, y si no es de los que se confían al tutor, tampoco éste), mientras que la que defiendo tiene en su apoyo dos razones: la primera estar a favor de la menor restricción de capacidad, que es la regla que hay que acoger en caso de duda; la segunda, hacer posible que, como sigue siendo capaz, el incapacitado realice por sí el acto cuando disfrute de intervalo lúcido.

Igualmente, resulta defensor de un tratamiento respetuoso con la dignidad de las personas incapacitadas en sus planteamientos a propósito de lo actuado por el incapacitado en intervalo lúcido o cuando ha cesado la enfermedad, o ha mejorado, pero aún no ha mediado un nuevo fallo judicial poniendo término o modificando la anterior sentencia de incapacitación.

En claro contraste con lo anterior, resulta lo contenido en el manual de

Castán Tobeñas³⁴ revisado y puesto al día por De los Mozos. Si bien cabría esperar que, por el año de publicación de la nueva edición, la obra afrontaría la materia desde la nueva redacción dada a los artículos del Código civil relativos a la incapacitación, sin embargo, sorprende ver que se sigue manteniendo el discurso y la estructura propias de la redacción del Código civil de 1889, salteando el texto originario del manual con algunas, breves, alusiones a la nueva ley de 1983 y a la nueva redacción de los artículos, como si el cambio previsto en esta norma hubiese consistido en meros retoques. Qué impide dar el paso al frente y abandonar los esquemas anteriores. Bien pudiera ser este un ejemplo del planteamiento de aquellos que se aferran a las soluciones pasadas, pretendiendo ignorar o minimizar los cambios, por importantes que estos sean.

Llama por ello la atención la relevancia dada al examen de las posibles categorías de personas con discapacidad, pero siempre de acuerdo con los preceptos ya derogados, rematando el largo estudio –de páginas– con una simple frase, como si con ello consiguiera abarcar la inmensidad de la reforma frente a todo lo dicho: “Estas normas han desaparecido con la Ley 13/1983, reformadora de la tutela”³⁵.

Lo mismo sucede pasados algunos epígrafes, en los que tras exponer en profundidad las normas anteriores a la reforma, añade un texto de escasas líneas para señalar que “Una nueva reforma del Código civil sobre el régimen de la tutela llevada a cabo por Ley de 24 de octubre de 1983, introduce en la materia que ha quedado expuesta algunas modificaciones, de las cuales las más importantes son las siguientes”. Y pasa a una breve enumeración. Resulta llamativa la forma de referirse a la reforma producida en torno a la incapacitación, como “algunas modificaciones” como si no se quisiera ver, o admitir, la rotundidad del cambio.

Si lo que se buscaba era no desdibujar la obra primaria del maestro fallecido en 1968, ensalzándola y difundiéndola, bien se pudo optar por ediciones posteriores meramente reimpresas, como así ha sucedido con la reimpresión de la obra del profesor De Castro, en la que, pese a los cambios normativos posteriores, nada empaña la necesidad de seguir recurriendo a sus enseñanzas originales por cuanto siguen siendo de sumo interés. Si ese era el propósito, razonable también en la figura jurídica de un civilista de la importancia que alcanzó Castán Tobeñas, bien se pudo recurrir a la reim-

34 Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*.

35 Castán Tobeñas, *Derecho civil español, común y foral*, p. 241.

presión, pero no a una nueva edición, denominada de actualización, poco o nada afortunada...

Conocida la figura de Castán Tobeñas por su obra, y valiéndonos de la biografía que sobre el mismo ofrece el Diccionario de Catedráticos tantas veces referido³⁶, resulta importante resaltar algunos de los datos que allí se precisan, por cuanto puedan arrojar alguna luz al presente estudio. A su condición de Catedrático de Derecho civil se suma el hecho de haber sido Presidente del Tribunal Supremo, entre los años 1945 y 1967. Con anterioridad, en 1933, había sido nombrado Magistrado del Tribunal Supremo y tras un proceso de depuración, nuevamente en 1940. Sobradamente conocido como autor de uno de los manuales de referencia de la época, *Derecho civil español, común y foral*, si bien, nos gustaría resaltar un aspecto recogido en su biografía elaborada por Petit, cuando advierte del dato de que la séptima edición de su manual, publicada por Reus en 1949, aclara que esta obra “por primera vez se dirige indistintamente a opositores de varias carreras, estudiantes universitarios y todo tipo de profesionales del Derecho”. Por lo notable de la vinculación del autor con el poder judicial, su obra, como destinada a opositores, alcanzaría un gran predicamento entre quienes lo fueran a la judicatura, la cuestión es cuánto tiempo se mantuvo este manual como referente en la preparación de las oposiciones, y si su influjo se mantuvo, incluso, después de la muerte de Castán y se extendió a las ediciones posteriores, como la analizada de 1987.

Otro manual, en esta ocasión el de Cossío y Corral, *Instituciones de Derecho civil*, Tomo I, Parte General, Obligaciones y contratos, es editado y puesto al día por su hijo Cossío Martínez, junto con León Alonso. Hemos tomado como referente la edición de 1988, publicada por la editorial CIVITAS. Tras su lectura puede sostenerse que el tratamiento dado a la reforma de 1983 es correcto, aunque se limita a una redacción expositiva del cuerpo normativo, con escasas aportaciones críticas, y la poca que incluye podría resumirse en la frase en la que sostiene que “Rige, pues, el principio general de capacidad con las excepciones y con la graduación y límites que se recoja en la resolución judicial”³⁷.

En el caso del manual firmado por Díez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, volumen I, 5ª edición de 1984, reimpresa en 1985, resalta el hecho

³⁶ Petit, Carlos (2021). Castán Tobeñas, José. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*

<https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/14490>

³⁷ Cossío y Corral, *Instituciones de Derecho civil*, p.163.

de que en esta ocasión el examen de las cuestiones relativas con la incapacitación no se acompaña de una relación bibliográfica, como sí sucede en los demás temas de la obra o en ediciones anteriores, probablemente por la cercanía con la aprobación del texto legal. Estos autores realizan un detallado estudio de la nueva norma, evidenciando su posición cuando subrayan: “Por tanto, cualquiera que hubiese sido la causa por la que se haya declarado la incapacitación, ese estado civil debe ser siempre graduado por la autoridad judicial que la haya pronunciado”³⁸. O cuando opinan que

El cambio legislativo es laudable en tanto se evitan los problemas que surgieron con anterioridad, en los que si bien existía una enfermedad mental, por ejemplo, no encajaba en los estrechos términos de ‘locura o demencia’. Sin embargo, tiene el peligro, como toda norma muy abierta en su supuesto de hecho, de la inseguridad por la falta de uniformidad en su aplicación³⁹

En el desarrollo del contenido de la norma en vigor recuerdan que:

En la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley que reforma la tutela en el Código civil se desecharon sendas enmiendas que trataban de introducir la llamada ‘autotutela’, es decir, la posibilidad de que una persona que tema caer en situación de incapacidad pueda estar legitimada para promover el procedimiento. El partido en el Gobierno, en este caso el PSOE., las rechazó por entender que cabía el supuesto en la norma del artículo 204, que faculta, como sabemos, a cualquier persona para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de incapacitación⁴⁰

Lo que nos lleva a pensar que pudo ser su intención, al recordar el contenido de las enmiendas rechazadas relativas a la autotutela, evidenciar que su no aprobación bien pudo suponer una oportunidad perdida.

Lo que sí critican abiertamente de la nueva norma es el proceso judicial de reintegración de capacidad, que estiman insuficientemente regulado, por cuenta el legislador “debió de imponer al juez los mismos deberes que tiene en el proceso de incapacitación”⁴¹.

Por último, corresponde el turno al manual de Lacruz Berdejo⁴² (1921-

38 Diez-Picazo y Gullón, *Sistema de Derecho civil*, p. 260.

39 *Ibidem*, p. 261.

40 *Ibidem*, p. 262.

41 *Ibidem*, p. 263.

42 *Elementos de Derecho civil, I Parte General del Derecho civil, Personas*, vol. Segundo, Bosch, Barcelona, 1990. En esta edición se aclara que “Los tres volúmenes de este

1989). La edición del volumen dedicado a las *personas*, en el tema relativo a la incapacitación, se actualiza por Delgado Echeverría⁴³. De esta redacción cabría destacar su modernidad, cuando comienza conectando la reforma de 1983 del Código civil con la Constitución de 1978, de acuerdo con lo previsto en el artículo 49. En su estudio se afrontan todas y cada una de las novedades, recurriendo a la edición de su maestro de 1974, como antecedente jurídico, y criterio de autoridad pero sin perder de vista la redacción vigente. Nuevamente, en esa visión avanzada de la discapacidad, la conecta con toda la sociedad (el Estado social), atinente no solo a quien la padece y a su entorno más cercano, por lo general, a su familia. Enriquece el planteamiento cuando, en referencia a Gordillo Cañas, conecta la novedad incorporada por la Ley de 1983, relativa a la gradación de la incapacitación, con el necesario respeto al mandato constitucional contenido en su artículo 10⁴⁴, atinente *al libre desarrollo de la personalidad*, lo que concede a este texto, como hemos indicado, una visión anticipada a su tiempo, como si leídos a día de hoy algunos de sus pasajes aún pudieran considerarse de actualidad, como si respondieran a la reforma incorporada por la ley de 2021 más que a la ley de 1983, no tanto por su literalidad, sino por su espíritu.

Quedan así, en estas líneas, recogidos los principales hallazgos sobre la producción científica en los primeros años tras la modificación de la regulación de la incapacitación en el Código civil, puestos en conexión, de una parte, con la labor desarrollada por los jueces en las sentencias de incapacitación en esos años y, de otra, con el camino que deja abierto a la última reforma aprobada en 2021.

tomo han sido escritos sobre la primera edición de los Elementos, obra de José Luis Lacruz Berdejo, año 1974” responsabilizando la autoría de la parte que ahora nos interesa al profesor Delgado Echeverría.

43 Este mismo autor, aunque sin entrar de lleno en el análisis de la reforma de 1983, publica en esos años un artículo titulado “Enfermedad mental, invalidez de actos de enfermos mentales no incapacitados. Inexistencia, nulidad, anulabilidad, legitimación activa. Presunciones”, *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 5 (1984), pp. 1569-1580. Y un capítulo de libro relativo a “Capacidad y representación de menores”, *Anexos a las actas de los Primeros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés: Zaragoza, noviembre-diciembre de 1991*, pp. 19-33.

44 Lacruz Berdejo y otros, *Elementos de Derecho Civil*, p. 131.

BIBLIOGRAFÍA

Libros:

- Albaladejo García, Manuel, *Derecho civil. Introducción y parte general. Introducción y Derecho de la persona*, Tomo 1, vol. Primero, 10^a edición, Bosch, Barcelona, 1984.
- Asociación de Profesores de Derecho civil, *Propuesta de Código civil*, Tecnos, Madrid, 2018.
- Castán Tobeñas, José, *Derecho civil español, común y foral*, reimpresión de la Decimocuarta Edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Reus, Madrid, 1987.
- Castro y Bravo, Federico de, *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984.
- Cossío y Corral, Alfonso, *Instituciones de Derecho civil*, Tomo I, Parte General, Obligaciones y contratos, revisada y puesta al día por Cossío Martínez, Manuel y León Alonso, José Civitas, Madrid, 1988.
- Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, 5^a edición, 1984, reimpresa en 1985, Tecnos, Madrid.
- Lacruz Berdejo, José Luis y otros, *Elementos de Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil. Personas*, Tomo 1, vol. 2, Bosch, Barcelona, 1990.
- Lasarte Álvarez, Carlos, *Principios de Derecho civil, Parte General y Derecho de la Persona*, Tomo 1, Madrid, Trivium, 1993.
- Liendo Tagle, Fernando, *Prensa jurídica y estudios de Derecho. España 1836-1883* (Tesis), Petit, Carlos y Martínez Neira, Manuel (Directores), Universidad de Huelva, 2020.
- Petit, Carlos y otros, *Derecho ex cathedra 1847-1936. Diccionario de catedráticos españoles*, Dykinson, Madrid, 2019, disponible en internet.

Capítulo de libro:

- Petit, Carlos, “Castro y Bravo, Federico”, *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*
<https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/14497>
- Petit, Carlos (2021). Castán Tobeñas, José. *Diccionario de Catedráticos españoles de Derecho (1847-1984)*
<https://humanidadesdigitales.uc3m.es/s/catedraticos/item/14490>
- Pablo Contreras, Pedro de, “La incapacitación en el marco de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2009”, en Yzquierdo Tolsada, Mariano (Dir.), vol. 3, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 555-590

Artículo de revista:

García Cantero, Gabriel, “Aspectos religiosos de la nueva ley de Tutela”, *Revista Española de Derecho Canónico*, vol. 44, n^o 122 (1987), pp. 139-148, disponible en internet.

García Rubio, M^a Paz y Torres Costas, M^a Eugenia, “Primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo en aplicación de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal en el ejercicio de su capacidad jurídica”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 75, fasc. 1 (enero-marzo 2022), pp. 270-334.

Pallarés Neila, Javier, “El traje nuevo del emperador. Análisis de la jurisprudencia menor un año después de la entrada en vigor de la Ley 8/2021”, *Actualidad Civil*, n^o 9 (septiembre 2022), disponible en internet.

Petit, Carlos, “España y el *Código civil portugués (1867)*”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo 66, fasc. 2 (2013), pp. 529-586, disponible en internet.