

UNIVERSIDAD DE BURGOS

ESCUELA DE DOCTORADO

TESIS DOCTORALES

TÍTULO: LA DISCAPACIDAD: DERECHO ROMANO Y DERECHO VIGENTE

AUTORA: MOZAS GARCÍA, MARÍA CRISTINA
PROGRAMA DE DOCTORADO: GLOBALIZACIÓN, MERCADOS INTEGRADOS Y NUEVAS TECNOLOGÍAS
FECHA LECTURA: 21/11/2014
HORA: 12:00
CENTRO LECTURA: SALA DE JUNTAS DE RECTORADO
DIRECTOR/ES: ALFONSO MURILLO VILLAR
TRIBUNAL: ARMANDO TORRENT RUIZ
ELENA VICENTE DOMINGO
JUSTO GARCÍA SÁNCHEZ
LUIS RODRÍGUEZ ENNES
CARMEN LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ

RESUMEN: La razón de la elección del tema es doble: de una parte la comprensible inclinación por todo lo relacionado con el derecho romano, y en general con todo lo referido con la ya muy avanzada sociedad romana de los primeros siglos de nuestra era dada su vinculación con la cátedra, y de otra por ser madre de una hija afectada de parálisis cerebral severa, lo que le ha hecho interesarse, incluso en alguna medida especializarse, en lo relativo a la discapacidad y estudio de los derechos de los discapacitados, así como en los cuidados y atenciones que conlleva contar en familiar con una hija que nos necesita diariamente.

En el prólogo de la tesis, destaca como los romanos se preocuparon ya seriamente de todos los problemas que se generaban en la sociedad con motivo de la incidencia de las discapacidades, tanto en el plano jurídico como en el plano físico o paliativo; y así nos sorprendió, por ejemplo, cómo supieron aprovechar las cualidades terapéuticas de los caballos, con el hecho de que Marco Aurelio, cuando tenía que tomar importantes decisiones salía a cabalgar siguiendo indicaciones de su médico, Galeno.

El verdadero valor del Derecho Romano, no está tanto en el contenido de sus preceptos, como en el método de sus juristas. Esta idea, formulada por Savigny, y repetida de un modo u otro por muchos romanistas apunta a lo que constituye la esencia del Derecho Romano, esto es su carácter jurisprudencial. A pesar de los distintos cambios culturales, el Derecho Romano ha sido el fundamento de la tradición jurídica europea. Supone para el jurista moderno un notable interés comprobar cómo supo operar una Jurisprudencia, la romana, orgullosa de su tradición y celosa de su independencia, en la actividad de la creación del Derecho, con un método propio presidido por la idea de Justicia.

Más allá de los textos positivos del ordenamiento romano, cabe aludir siempre a las personas y organismos que promovieron estos textos. Nos referimos a los ilustres juristas de Roma, que con sus inquietudes, esperanzas, esfuerzos y logros configuraron el espíritu de las normas que nos dejaron como una rica herencia con la posterior interpretación que históricamente se ha venido haciendo de las mismas.

En el capítulo introductorio de esta tesis se recoge como pretende la misma el estudio, análisis y recopilación de las normas aplicables en el Derecho Romano a las personas discapacitadas de la época, como el sordo, ciego, furiosus, pródigus... así como breves pinceladas a las normas aplicables a las instituciones jurídicas de la tutela y la curatela en el ámbito del derecho privado.

Una vez elegido el tema, hemos de comenzar obligadamente por definir estas cuestiones, primero centrándonos en las diferencias existentes entre discapacidad física y mental.

La discapacidad según la OMS es *“toda restricción o ausencia debido a una deficiencia, de la capacidad de realizar alguna actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano”*. Es decir, se define como limitación para llevar a cabo ciertas actividades provocadas por una deficiencia física o psíquica.

Las discapacidades pueden dividirse en:

- 1.- Físicas, que afectan a los movimientos del cuerpo como la espina bífida, síndrome post-polio o parálisis cerebral.
- 2.- Sensoriales, que afectan uno o más sentidos como la ceguera o la sordera.
- 3.- Cognitivas, como el autismo o el síndrome de down.
- 4.- Psiquiátricas, como la depresión o la esquizofrenia.

No podemos dejar de mencionar que para los enfermos mentales y físicos, no existía en Roma un seguimiento adecuado de su enfermedad, al igual que hoy en día.

No obstante, actualmente, aún con mayores posibilidades se siguen detectando falta de medios de atención a las personas que la sufren y sus familias.

Sin embargo, en Roma ya cuidaban de sus enfermos, aún cuando los medios no fueran los actuales, y así les procuraron las dos figuras jurídicas de la tutela y curatela.

Frente a una situación de incapacidad la Ley ha instituido la figura del tutor y del curador para representar y proteger al incapaz; para garantía y defensa de los derechos del supuesto incapaz, la declaración de incapacidad es producto de un procedimiento contradictorio y judicial. Hasta aquí todo funciona con coherencia: *“El problema aparece cuando la solución prevista pretende aplicarse a la realidad, porque la realidad ha superado lo previsible. El envejecimiento de la población con su secuela de trastornos mentales es tan grande que la solución del Código Civil con su lentitud procesal no encaja con el ritmo de crecimiento de la demencia senil, solución que en todo caso pasa por la aplicación del art. 199 de dicho texto legal, según el cual:*¹

“Nadie puede ser declarado incapaz sino por sentencia judicial, en virtud de las causas establecidas en la Ley”.

¹ NADAL I OLLER, N. “La Incapacitación”, Comentarios al Título IX del Libro I del Código Civil, según redactado de la Ley 13/83 de 24 de Octubre y Ley Orgánica 17/1996, de 15 de Enero. 1999, Barcelona, pp. 331-338.

La razón que me ha inducido al estudio de la discapacidad en Roma, donde ya existían las figuras jurídicas de la tutela y la curatela, tiene mucho que ver con la problemática actual, al ser un tema en continuo estudio y evolución socio-jurídica. Sorprende sobremanera que no haya existido a lo largo de la historia una continuidad evolutiva en este campo. Estando a día de hoy el CC desfasado en relación a los avances tecnológicos en materia de discapacidad.

A excepción de pequeñas reformas como la del año 1983, realizadas en nuestro CC de base romanista, no ha sido hasta la aprobación reciente en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 de LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, Y PROTOCOLO FACULTATIVO DE NACIONES UNIDAS, cuando se materializa de forma rigurosa como habrá de modificar su normativa interna cada estado que haya ratificado dicha Convención Internacional.

Con ocasión de su entrada en vigor el pasado día 3 de mayo de 2008, y siendo ESPAÑA uno de los países pioneros en la ratificación y trasposición de dicha Convención, no se puede dejar de mencionar la importancia de la misma. Se puede enlazar la problemática ya existente en Roma con la actual del mundo de la discapacidad, en la que incluimos tanto a los niños con necesidades educativas especiales, como a nuestros mayores (envejecimiento de la población) que comiencen a perder facultades y a desarrollar enfermedades crónicas.

Esta CONVENCIÓN no establece nuevos derechos, sino que prevé las medidas, tanto de no discriminación como de acción positiva, que los Estados deberán implantar para garantizar que más de 650 millones de personas con discapacidad del mundo puedan disfrutar de sus derechos humanos en igualdad de condiciones con las demás personas sin discapacidad, y promoverá su participación, con igualdad de oportunidades, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural. La Comunidad de Castilla y León se ha adherido a la CONVENCIÓN a través de un manifiesto con fecha 25 de Septiembre de 2008, lo que consideramos altamente positivo.

ESPAÑA está adaptando su normativa estatal a la CONVENCIÓN, para lo cual se ha comenzado con la modificación de diversas leyes y creación de la correspondiente normativa al respecto, como la Ley de Propiedad Horizontal, Ley de Edificios Públicos y Ley de Transportes Públicos, entre otras muchas.

Así, al igual que en su día se crearon los Juzgados de Violencia de Género especializados, esperamos que próximamente se creen más números de juzgados especializados en la citada materia, ya que de momento se han creado 11 Juzgados de 1º Instancia en Madrid especializados en materia de Discapacidad, (con su órgano judicial especializado, así como fiscales y funcionarios administrativos debidamente formados en la materia específica, que así lo requiere). Téngase en cuenta que a raíz de la citada Convención Internacional, los órganos judiciales cuando dicten una sentencia de incapacitación, lo harán como si fuera un traje a medida, debiendo pronunciarse más concretamente en muchos extremos, como el derecho de voto, calificando la incapacidad como total o parcial, además de asesorarse debidamente no sólo de los familiares directos del posible incapaz, sino de los especialistas que trabajan día a día en las distintas terapias con el presunto incapaz en centros especializados, que tendrán mucho que decir en relación al intelecto y comportamiento de la persona.

No obstante la ONU en el año 2012 ha apercibido al Estado Español de que va seriamente retrasado con la adaptación de la normativa nacional a la Convención de la ONU DHPCD, y le ha conminado a adecuar su legislación a la normativa de la ONU y en concreto al art.12 de la misma, en un plazo de seis meses. Conforme a dicho apercibimiento, existe una propuesta articulada de reforma del CC. redactada por la subcomisión de expertos sobre la modificación de la capacidad de obrar del Real Patronato sobre la Discapacidad de 13 de junio de 2012, titulada “La reforma de la CC para su adecuación al art. 12 de la Convención de la ONU”.

Dicho tema fue abordado en la V Jornada sobre Discapacidad celebrada en Burgos el día 4 de octubre de 2013 con ilustres ponentes como, entre otros, el Fiscal Jefe del TS Imo. Sr. D. Carlos Ganzenmüller.

El colectivo de la discapacidad debe ser integrado más en sociedad, así, muchas personas con parálisis cerebral se hallan impedidas de movilidad física, o del sentido del habla y comunicación de lenguaje oral, pero no por ello privadas del intelecto, ya que pueden comunicarse leyendo pictogramas y a través de ordenadores adaptados, la técnica y la sociedad han avanzado mucho por integrarlos, -antes no se les sacaba de casa y se les escondía-, y ahora se les intenta integrar en sociedad, y para muchas familias es una bendición tener un familiar así, ya que a pesar de la carga psicológica y familiar que supone, también dan muchas alegrías.

Hoy en día ya existen personas especializadas en la materia. Así, el Fiscal del T.S. Excmo. D. Carlos Ganzenmuller y algún magistrado del T.S. como el Ilmo. Sr. D. José Luis Terrero Chacón, que pertenecen al Foro de Justicia y Discapacidad, forman a letrados, jueces y magistrados en los distintos cursos organizados al efecto por el Consejo General del Poder Judicial, junto con el Ilmo. Sr. D. José Luis Garcia de la Serrana, magistrado del TS, entre otros muchos.

Habiéndose creado a lo largo del año 2010 juzgados especializados en Discapacidad en el partido judicial de Madrid y los que se crearán a posteriori. Junto con la creación del turno de oficio del discapacitado por la eminente Abogada y miembro del CGPJ Doña Josefa González Santos en la comunidad de Madrid, turno que ahora ha sido suprimido por la escasez presupuestaria, pero que ella y sus compañeros volverán a reimpulsar como gran acierto.

Para acercar la discapacidad en nuestro entorno a Roma, estudiaremos en el Capítulo 4 (páginas 43 a 111), los distintos tipos de discapacidad, y más a fondo en relación a la discapacidad mental como se recogía en los *mores maiorum*, *XII Tablas*, *Lex Atilia de Tutore Dando*, *Ius Honorarium* y *el Digesto en relación a la Cura Furiosi*.

No sólo en Roma se preocupaban de sus discapacitados y enfermos, ya que una reciente investigación en el Yacimiento de Atapuerca (Burgos) concluye que el “HOMO HEIDELBERGENSIS” de la Sima de los Huesos de dicho Yacimiento, cuidaba de sus enfermos. Esta teoría se ha puesto de manifiesto con el hallazgo del cráneo con una patología de una niña, de hace 500.000 años. El Yacimiento de la Sima de los Huesos sigue deparando sorpresas. El estudio de un cráneo de una niña de unos doce años que nació con una malformación en esta parte de la cabeza, ha sido determinante para concluir que estos homínidos cuidaban de sus enfermos. Al parecer, a pesar de esa patología, que le desfiguró también la cara por un mayor crecimiento del cerebro, tuvo todos los cuidados necesarios hasta su fallecimiento. El fósil ha sido bautizado como “Benjamín”, que significa “hijo querido” en hebreo. El estudio de las patologías es una línea de investigación

de gran interés al dar muchos detalles sobre los modos de vida de nuestros antepasados y aspectos de sus relaciones sociales, como el cuidado de los enfermos².

La revista Osaca, anexa al Diario de Burgos, en su número 133 de mayo de 2009, elabora un reportaje sobre “Equinoterapia, sensaciones a caballo” e informa de cómo la utilización del caballo para uso terapéutico no es algo totalmente novedoso. Desde hace siglos se conocen los beneficios que pueden generar en ciertos enfermos y ya en el S. V. a. C. Hipócrates dejó constancia de ellos. El padre de la medicina moderna occidental recomendaba en *Las dietas* la equitación para evitar ciertas dolencias y, sobre todo, para tratar el insomnio.

Galeno, el médico que atendía a Marco Aurelio, sugería al emperador romano cabalgar cuando tenía que tomar decisiones importantes y, posteriormente, el fisiatra sueco Gustavo Zander fue el primero en asociar los 110 impulsos del corcel con la estimulación del sistema nervioso del hombre, teoría que refrendó un siglo después el doctor Rieder.

En Burgos, en concreto en el centro ecuestre Miraflores, se practica equinoterapia con seis niños discapacitados.

A día de hoy en el centro “La Deportiva Militar” se están impartiendo terapias con caballos a niños discapacitados, agradeciendo a los militares de Burgos facilitar esta terapia tanto a usuarios de la Deportiva como a no usuarios discapacitados, al servicio de los cuales se ponen sus maravillosas instalaciones. Así como el hecho de que dos terapeutas que trabajan en la Deportiva Militar de Burgos, estén entrenado a un caballo de la raza “osino” (caballo de tiro en peligro de extinción del norte de España, con altura parecida a un pony, pero movimientos propios de la locomoción de un caballo) para la realización de terapias con niños y personas discapacitadas. Está previsto para noviembre de 2014 que comiencen a impartir terapias a tandas de personas con autismo, down y personas con parálisis cerebral pertenecientes a APACE (Asociación de Padres de Parálisis Cerebral de Burgos), aunque no sean usuarios-socios del citado Club Deportivo Militar de Burgos, todo ello en aras de prestar un mejor y más especializado servicio a toda persona discapacitada, y por ende mejorar la calidad de vida de dicho colectivo.

² Vid. artículo publicado el 28 de febrero de 2009 en el DIARIO DE BURGOS, “Atapuerca, Nuevos Estudios. Una investigación concluye que el Homo Heidelbergensis de la Sima de los Huesos cuidaba de sus enfermos”.