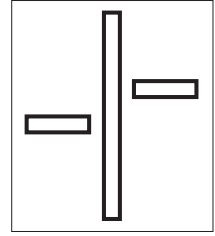
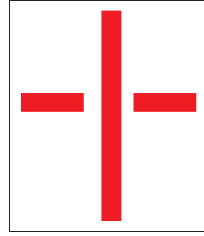
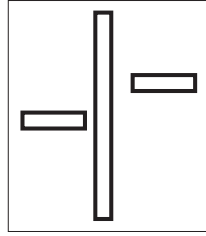
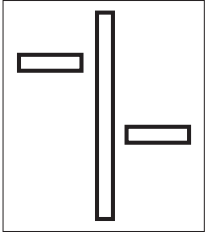


*Scientia Iuridica*



# 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

*Santiago Castán Pérez-Gómez*

*Profesor de Derecho Romano*

*Universidad Rey Juan Carlos*

**REUS**  
EDITORIAL



COLECCIÓN SCIENTIA IURIDICA  
TÍTULOS PUBLICADOS

- El resultado desproporcionado en medicina: problemática jurídica, teoría y práctica,** *Aurelia María Romero Coloma* (2007).
- Las aparcerías agrarias (su evolución hacia una relación laboral),** *Jesús Palmou Lorenzo* (2007).
- Francisco Ayala (1927-1936): la ciencia política como ciencia de la realidad. La constitucionalización del Derecho social,** *Gabriel Guillén Kalle y Joaquín Almoquera Carreres* (2007).
- Los contratos en la Ley de Derecho Civil de Galicia,** *Domingo Bello Janeiro* (2008).
- El carácter distintivo de las marcas,** *Clara Ruipérez de Azcárate* (2008).
- La imparcialidad en la función pública,** *Rafael Gil Cremades* (2008).
- La intimidad privada: problemática jurídica,** *Aurelia María Romero Coloma* (2008).
- El estatuto jurídico de los padrastros. Nuevas perspectivas jurídicas,** *Silvia Tamayo Haya* (2009).
- El interrogatorio del imputado y la prueba de confesión,** *Aurelia María Romero Coloma* (2009).
- Breve introducción a las teorías criminológicas,** *Moisés Cayetano Rodríguez* (2009).
- Familia y discapacidad,** *Silvia Díaz Alabart (coordinadora)* (2010).
- Algunos aspectos de las garantías en la venta de bienes de consumo,** *M<sup>a</sup> del Carmen Gómez Laplaza (coordinadora)* (2010).
- Incumplimientos del derecho de visitas y consecuencias jurídicas en el marco familiar,** *Aurelia María Romero Coloma* (2010).
- La guarda y custodia compartida (una medida familiar igualitaria),** *Aurelia María Romero Coloma* (2011).
- Incumplimiento de deberes conyugales y derecho a indemnización,** *Aurelia María Romero Coloma* (2012).
- Capacidad, incapacidad e incapacitación,** *Aurelia María Romero Coloma* (2013).
- Contratos a distancia y contratos fuera del establecimiento mercantil. Comentario a la Directiva 2011/83. (Adaptado a la Ley 3/2014, de modificación del TR LCU),** *Silvia Díaz Alabart (directora) y M<sup>a</sup> Teresa Álvarez Moreno (coordinadora)* (2014).
- La protección y seguridad de la persona en Internet. Aspectos sociales y jurídicos,** *Eva R. Jordà Capitán y Verónica de Priego Fernández (director)* (2014).
- Fiducia, leasing y reserva de dominio,** *Gorka Galicia Aizpurua* (2014).
- Parejas de hecho: situación actual de su regulación en la legislación mercantil y perspectivas de futuro,** *Carlos Argudo Gutiérrez* (2016).
- Los delitos contra el patrimonio en el Código penal militar,** *José Antonio Rodríguez Santisteban* (2017).

**Imputación objetiva en los accidentes de tráfico. Una perspectiva práctica,** *Adolfo Costas Gascón* (2017).

**Los pactos de mejora en el Derecho Civil de Galicia,** *Teresa Estévez Abeleira* (2018).

**Determinación del régimen jurídico de la economía conyugal en los ámbitos europeo e intraestatal español: cuestiones y soluciones,** *Ana Moreno Sánchez-Moraleda* (2018).

**La institución de heredero sometida a condición, a término o a modo. (Derecho Común y Foral),** *María Corona Quesada González* (2018).

**Inteligencia artificial y responsabilidad civil. Régimen jurídico de los daños causados por robots autónomos con inteligencia artificial,** *M<sup>a</sup> Carmen Núñez Zorrilla* (2019).

**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,** *Santiago Castán Pérez-Gómez* (2019).



SANTIAGO CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ

*Profesor de Derecho Romano*

*Universidad Rey Juan Carlos*

**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**

**REUS**  
EDITORIAL

Madrid 2019

Esta monografía es fruto del Proyecto I+D+I «Empoderamiento de las personas con discapacidad», referencia DER2015-64120-R, Convocatoria 2015 Retos, Ministerio de Economía y Competitividad (IP: Montserrat Pereña Vicente).

© Santiago Castán Pérez-Gómez  
© Editorial Reus, S. A., para la presente edición  
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid  
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54  
Fax: (34) 91 445 11 26  
reus@editorialreus.es  
www.editorialreus.es

1.ª edición REUS, S.A. (Noviembre, 2019)  
ISBN: 978-84-290-2174-5  
Depósito Legal: M-34389-2019  
Diseño de portada: María Lapor  
Impreso en España  
Printed in Spain

Imprime: *Estilo Estugraf Impresores S.L.*

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

A mis hijos  
Miguel, Pablo y Rocío

*“orandum est ut sit mens sana in corpore sano”*  
(Juvenal, Sátira X. 356)





## ABREVIATURAS

AC	L'Antiquité classique. Bruxelles
ADC	Anuario de Derecho Civil
AFDUC	Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
AHDE	Anuario de Historia del Derecho Español (Madrid)
AHR	The American Historical Review
ANRW	Aufstieg und Niedergang der römischen Welt. Geschichte und Kultur Roms im Spiegel der neueren Forschung (Berlin-Nueva York)
AUPA	Annali del Dipartimento di Storia del Diritto della Università di Palermo
BIDR	Bulletino dell'Istituto di Diritto Romano (Milán)
C.	Codex Iustinianus
CC	Código Civil (España)
CDPD	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York 2006)
CE	Constitución Española (1978)
CIL	Corpus Inscriptionum Latinarum
CPh	Classical Philology
CQ	The Classical Quarterly
C.Th.	Codex Theodosianus
CW	The Classical World: A Quarterly Journal on Antiquity
D.	Digesta
ED	Enciclopedia del Diritto (Milán)
FV	Fragmenta Vaticana
Gai.	Gaius, Institutiones
G&R	Greece & Rome
INDEX	Index. Quaderni camerti di studi romanistici (Nápoles)
Inst.	Institutiones Iustiniani
IVRA	Iura. Rivista internazionale di Diritto Romano e antico (Nápoles)
JRS	Journal of Roman Studies

*Abreviaturas*

Labeo	Labeo. Rassegna di Diritto Romano (Nápoles)
NNDI	Novissimo Digesto Italiano (Turín)
Nov	Novellae Iustiniani
NRH	Nouvelle revue historique de droit français et étranger (París)
MEFRA	Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité
Paul. Sent	Pauli Sententiae
PBSR	Papers of the British School at Rome
Polis	Revista de ideas y formas políticas de la Antigüedad Clásica
RDP	Revista de Derecho Privado (Madrid)
RDR	Rivista di Diritto Romano (online)
REA	Revue des Études Anciennes
REDUR	Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja
RGDR	Revista General de Derecho Romano (Iustel, online)
RIDA	<i>Revue internationale des Droits de l'Antiquité</i>
RIDROM	Revista Internacional de Derecho Romano (Universidad Castilla-La Mancha, online)
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RPh	Revue de Philologie de Littérature et d'Histoire anciennes (París)
SCDR	Seminarios Complutenses de Derecho Romano (Madrid)
SDHI	Studia et Documenta Historiae et Iuris (Roma)
Sodalitas	Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino (Napoli 1984)
STS	Sentencia Tribunal Supremo (España)
Tit. ex corp. Ulp	Tituli ex corpore Ulpiani (Ulpiani Regulae)
ZPE	Zeitschrift für Papyrologie und Epigraphik
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanist. Abt. (Weimar)

## PRÓLOGO

*Sólo el conocimiento del Derecho Romano  
puede dar al jurista la serenidad necesaria  
para asistir con eficacia  
a la ruina paulatina del viejo Derecho*

Álvaro D'Ors

El prólogo de una obra, cuando lo escribe su autor, conduce al lector a las reflexiones, veladas o desveladas, que lo inspiraron al escribir, y así, como advierte Michel Foucault, el autor se convierte en el monarca de las cosas que ha dicho; por el prólogo empieza su tiranía: “Plegaréis vuestra lectura, vuestros análisis, vuestras críticas a lo que yo he querido hacer”. Por eso, cuando el editor le sugirió hacer uno para la reedición de su *Historia de la locura* respondió: “Suprimamos el antiguo”, lo que puede interpretarse como una abdicación de ese poder absoluto que transfiere así al lector, o como un guiño a la *Fenomenología del espíritu* de Hegel, quien, como es sabido, renegaba del prólogo.

Al proponerme el profesor Castán prologar este trabajo, realiza ese acto de abdicación y renuncia a guiarnos por los senderos de su pensamiento y de su razonamiento jurídico para que tengamos presente las ideas que lo inspiran y los objetivos que persigue al escribir. Y el prologuista, profesión y ciencia no formalmente reconocida a pesar de los esfuerzos de Gérard Genette, al aceptar corre el riesgo de convertirse en usurpador de ese poder real y tener la pretensión de conducir al lector a través de los capítulos en los que se estructura la obra, sugiriendo una lectura “entre líneas” que, pretendiendo desvelar las intenciones del autor al crearla, deslice su propio pensamiento en la materia y condicione, e incluso distorsione, la percepción del lector. Una tentación en la que intentaré no caer, ya que, considero, el único monarca de la obra es el lector, el crítico que saborea sus bondades y la confronta a sus límites, haciéndola vivir y revivir en cada lectura. El prólogo no puede impedir la comunión entre obra y lector.

Será complicado, sin embargo, en una materia que despierta tantas pasiones en estos albores del siglo XXI, que no deslice mi propio pensamiento en estas líneas, y por ello espero que el autor me disculpe, y estoy segura de que el lector sabrá discernir y mantener su propia relación con la obra que tengo el honor de prologar. Una obra que nos permite sumergirnos en las enseñanzas del Derecho romano en las que no se puede ahondar si no es de la mano de un experto. Y de la mano del profesor Castán nos adentramos en el lejano y a la vez cercano mundo en el que nacieron y se construyeron las estructuras científicas de lo que hoy continúa siendo el armazón común de los Derechos privados europeos y del Derecho privado europeo, porque, como nos recuerda Fernández-Tresguerres en su *Discurso de ingreso como Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, el Derecho romano está muy presente en su creación. Ya advirtió Portalis que el Derecho escrito, que se compone de leyes romanas, ha civilizado Europa.

En el trabajo que empieza en unas páginas, el autor, cual arqueólogo jurídico, busca los cimientos de las instituciones de protección que desde Roma han llegado a nuestros días: la tutela y la curatela. Y, asumiendo como propia la idea de la sociología jurídica cincelada por Carbonier de que todos los fenómenos jurídicos son fenómenos sociales, no se conforma con un estudio sistemático de las instituciones romanas, sino que, con un enfoque holístico, las sitúa en el momento histórico, político y social en el que nacieron y vivieron, abordando la importancia tanto de la técnica legislativa como del lenguaje que, como un espejo de dos caras, “condiciona el modo de pensar” y es a la vez reflejo de la “sociedad que lo habla”.

Renunciando a todo “presentismo” histórico, no pretende juzgar con los ojos del siglo XXI el tratamiento de la discapacidad en Roma, sino situar al lector en la perspectiva de la “persona antigua”, generando con ello un efecto *flash back* que, gracias a la belleza descriptiva del texto, nos permite ver, como si de un documental de realidad virtual se tratase, la vida en Roma. Esa belleza descriptiva y el rigor científico constituyen dos de las muchas virtudes de este trabajo que, desde sus primeras páginas, pone de manifiesto una especial sensibilidad de su autor hacia la discapacidad, al considerarla como “una experiencia más de la vida humana”. Y es a esta experiencia de la vida a la que el Derecho tiene que dar respuesta. Y Roma la dio. La dio sin tener una visión global de la discapacidad, sino, acorde con el pragmatismo de los juristas romanos, como respuesta del Derecho para resolver los problemas concretos que afrontaban las personas con discapacidad sensorial y cognitiva o intelectual para intervenir en el tráfico jurídico.

Las soluciones que dio el Derecho romano han resistido el paso del tiempo, y, evolucionando al compás de los cambios sociales y sometidas a influencias diversas, han traspasado los siglos y han llegado hasta nuestros días no sólo en

el Derecho español, sino en casi todos los países de nuestro entorno jurídico, del *civil law*, y también en los de tradición anglosajona o *common law*, que han integrado la tutela, *guardianship*, y la curatela, *curatorship*, como instituciones de protección de la persona, con diferentes y variadas adaptaciones pero conservando en lo esencial la estructura que Roma construyó.

Sin embargo, las dos primeras décadas del siglo XXI ya han puesto de manifiesto que quizás todo está a punto de cambiar. Las transformaciones profundas de nuestra sociedad amenazan con poner fin a su supervivencia. Si, como anuncian las corrientes moderadas del transhumanismo, el *human enhancement*, gracias a los avances de la biotecnología, la robótica y especialmente la imbricación hombre-máquina, en unas pocas décadas se va a conseguir erradicar la enfermedad, la vejez y la discapacidad, desaparecerán también las instituciones de protección porque desaparecerá su utilidad y necesidad.

Mientras estas previsiones se hacen realidad y, quién sabe si como las corrientes más radicales del transhumanismo aventuran, se alcanza la inmortalidad, es otro el fenómeno cuyos efectos son ya visibles en algunos ordenamientos jurídicos: la abolición de la tutela e incluso de la curatela, sin que haya desaparecido la discapacidad. Esta es una de las consecuencias de un discurso dogmático que hace tambalearse los cimientos construidos hace más de veinte siglos con un ataque frontal hacia las instituciones clásicas de protección al considerarlas incompatibles con la nueva visión de la discapacidad que nace al pasar del paradigma médico o asistencial al social y que ahora cede, o al menos se matiza, a favor del paradigma de los derechos humanos. Y no es el paradigma social o de los derechos humanos el que necesariamente genera este efecto, sino la interpretación que hace una cierta corriente de pensamiento científico, jurídico y no jurídico, que se basa en la idea de la “sociedad abierta” de Karl Popper en la que los derechos humanos se convierten en eje vertebrador de todo el sistema. Las instituciones jurídicas y sus estructuras científicas son sustituidas por declaraciones de derechos y nos conducen hacia una “fundamentalización” del Derecho privado en un movimiento sin interrupción, que se replica en toda Europa.

Este fenómeno, que se reproduce con especial virulencia en muchos ámbitos del Derecho civil, hace nacer artificialmente nuevos derechos que, por una especie de reproducción por división mitótica, adquieren al nacer el ADN de su progenitor, es decir, el carácter de fundamental. Especialmente fértiles en la reproducción son los derechos de igualdad y libertad individual que admiten infinitas declinaciones. Así, de estos derechos fundamentales, digamos clásicos, nace por reproducción mitótica el derecho a contraer matrimonio pero también el derecho a divorciarse, el derecho a ser padre o madre pero también el derecho a no tener hijos, el derecho a la herencia pero también el derecho a disponer libremente del patrimonio después de la muerte... Y así podríamos

seguir declinando derechos casi hasta el infinito. Estos derechos no son novedad pues, como vemos, Roma ya los consagró, al menos algunos, y los legisladores de todos los tiempos, en función de las opciones de política legislativa que han hecho y de las corrientes de pensamiento político dominante en cada época, han priorizado unos u otros, con mayor o menor amplitud, pero no con el rango con el que ahora nacen. En sus *Reflexiones en el segundo centenario de la Declaración francesa*, Peces-Barba constataba a finales del siglo XX cómo el devenir de la historia y las evoluciones socioeconómicas introducen nuevos matices a la comprensión de los derechos del hombre, diferentes de los de la generación anterior. La generación del siglo XXI no añade nuevos matices sino nuevos derechos, contradictorios o incompatibles a veces unos con otros y todos con el carácter de fundamental.

La doctrina civilista francesa alerta sobre la dictadura que puede provocar esta “fundamentalización” del Derecho privado, ya que ve en ella un totalitarismo que pretende hacer pasar por derechos fundamentales opiniones políticas y posicionamientos personales en el debate sobre el rumbo de nuestros ordenamientos jurídicos y, lo que es más preocupante, sobre el rumbo de nuestras sociedades.

El ámbito de la discapacidad no escapa a esta tendencia. Al contrario, es campo abonado, uno de en los que con mayor intensidad este efecto se produce. Y es campo abonado porque la discriminación que durante siglos han sufrido las personas con discapacidad en muy variados ámbitos, y que todavía hoy persiste con más o menos fuerza en muchos ordenamientos jurídicos, necesitaba un cambio de perspectiva y, por así decirlo, de un revulsivo que acelerase las cosas. Este revulsivo ha sido la Convención de Nueva York de 2006 que, podríamos decir, supone la bisagra hacia una nueva época en la que la dignidad, la igualdad y la libertad de la persona con discapacidad se convierten en el objetivo a alcanzar a través de todas las medidas que se adopten.

Es evidente que el paradigma de los derechos humanos aplicado a la discapacidad ha generado, y está generando, efectos positivos como acelerar un cambio de mentalidades, permitiendo una mayor visibilidad de las personas con discapacidad, y una mayor implicación de la sociedad civil, reclamando y promoviendo políticas activas de accesibilidad e integración. En el ámbito científico se ha traducido en la activación de un intenso debate sobre qué modificaciones han de llevarse a cabo en nuestro ordenamiento jurídico para lograr los objetivos de igualdad y libertad sobre cuya consagración existe consenso total en la comunidad científica. Respecto a cómo alcanzarlos las cosas se complican y se transforma en una virulenta discusión sobre cuál ha de ser el alcance de las reformas que los ordenamientos jurídicos deben hacer para respetar los principios de la Convención y alcanzar sus objetivos, especialmente

en relación con las instituciones de protección, podríamos decir, clásicas, a las que se ataca considerándolas el origen de todos los males.

Para describir con exactitud lo que ocurre, en realidad debate no hay. Al menos no de una parte. Quienes defienden esta *open society*, en la que poco a poco se van rompiendo todas las estructuras y sólo queda el hombre con los derechos humanos como único traje, no debaten. Con la superioridad moral que otorga creerse en posesión de la verdad, se limitan a repetir eslóganes de libertad e igualdad con los que conquistan a la sociedad y, a través de un discurso reivindicativo y no jurídico, exigen la abolición de la tutela sin saber realmente qué es y, sobre todo, sin conocer los riesgos que asumen si desaparece. Pero no importa, los ciudadanos nos creemos empoderados y nos paseamos por la calle, pancarta en mano, vestidos con este nuevo traje fabricado con derechos y cosido con palabras, convencidos de pertenecer a un nuevo mundo en el que la libertad con mayúsculas se codea con otros derechos de nuevo cuño como el “derecho a equivocarse”.

Enfrente, los que, como ocurría en el cuento de Hans Christian Andersen, vemos al rey desnudo. Ese rey que se pasea por toda la ciudad y al que nadie se atreve a decir nada por miedo a no ser considerado lo suficientemente refinado como para ver el sofisticado traje de tafetán de seda. Pero, como el rey, estamos desnudos. No es la proclamación de derechos la que nos empodera sino la construcción jurídica que sustenta esos derechos, que los garantiza y permite su ejercicio. Álvaro D’Ors, en su obra *Presupuestos críticos para el estudio del Derecho Romano*, publicado en la Universidad de Salamanca en 1943, nos advirtió que el derecho subjetivo “está llamado a derrumbarse cuando el sistema jurídico a que pertenece falla”.

Por eso es de vital importancia que, junto con la proclamación de derechos, se haga una construcción científica que los sustente. Pero no es en esta dirección en la que caminamos. La argumentación jurídica ha quedado relegada en este debate. Con un planteamiento que podríamos calificar de *popperiano*, se consagra una hipótesis de partida o conjetura irrefutable de la que se intentan extraer consecuencias también irrefutables, y es ahí donde comienzan los problemas.

Y es que, parece evidente, nadie refutará que las personas con discapacidad son titulares de los derechos fundamentales, de los derechos humanos para alinearnos con la terminología al uso, en igualdad de condiciones que los demás. También es irrefutable que la personalidad jurídica es condición intrínseca de la persona, de todas las personas. Desde luego una conquista en relación a lo que ocurría en Roma, explicitada ya en los Códigos que con cierto *mépris* se califican ahora de decimonónicos. En cascada se desgaja otra premisa irrefutable: que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, no explicitado en la Declaración



Universal de derechos humanos de 1948, pero sí en la Convención de 2006. Y, por último, se argumenta, la capacidad jurídica incluye tanto la titularidad de derechos como su ejercicio: hay que borrar la distinción entre capacidad jurídica y de obrar, por lo que sofisticadamente se concluye, la ley no puede limitar la capacidad jurídica ni en su vertiente de titularidad ni en la de ejercicio. A partir de ahí, la conclusión final cae como fruto maduro del árbol: la tutela es incompatible con la Convención porque implica una limitación en el ejercicio de los derechos, ya que supone una sustitución en la toma de decisiones.

Y este fruto maduro lo hemos dejado pudrirse en la tierra porque los postulados que se basan en una declamación de derechos humanos son difícilmente cuestionables porque hacerlo significa posicionarse contra la opinión dominante que ha adoptado un discurso políticamente correcto que deslegitima, sin entrar en el fondo, a quien no asuma como propio tanto el enunciado principal como todas las consecuencias que de él se derivan.

Pero es precisamente eso lo que debemos hacer, ir hasta el fondo. Nadie va a discutir que la persona con discapacidad, como toda persona, es titular de todos los derechos en igualdad de condiciones que las demás. Evidentemente. El debate no está ahí. Lo que tenemos que concretar es qué instituciones son las más adecuadas para conseguir que esos derechos sean una realidad y no simplemente un enunciado retórico. Es decir, el ordenamiento jurídico debe garantizar su ejercicio, cualquiera que sea la discapacidad de la persona, a través de la institución más adecuada. Para ello, tendremos que afrontar una reforma de nuestro ordenamiento jurídico, pero: ¿qué reforma?, ¿con qué alcance?

A menudo, quienes proponen abolir la tutela y reformar la curatela desconocen qué son y, sobre todo, desconocen qué han sido. Si queremos reformar, y mucho más si queremos refundar un sistema, hay que conocer sus orígenes, pues, como decía Francisco Tomás y Valiente, el Derecho es una realidad histórica, por lo que “parece lógico pensar que para saber qué es el Derecho conviene saber qué ha sido”. Y esto, en este momento en que se cuestionan las instituciones de protección vigentes, es esencial para evitar que pretendiendo mejorar empeoremos.

Así que el jurista, como nos gritó Álvaro D’Ors, no puede asistir como mero espectador, sino que tiene una “obligación profesional de intervenir en la marcha de los acontecimientos jurídicos” y debe convertirse en el “partero” del nacimiento de las nuevas instituciones. Es preciso. Y el momento precioso porque la Comisión General de Codificación ha elaborado una propuesta de modificación del Código civil que el Ministerio de Justicia, con algunos retoques, ha convertido en un anteproyecto y, si llega término, el legislador, como anuncia la Exposición de motivos, alumbrará un nuevo sistema.

Y esta es la obligación que voluntariamente ha asumido el profesor Castán con este trabajo, contribuyendo así a crear la nueva estructura científica que

permitirá el nacimiento de un nuevo Derecho de protección de la persona con unos cimientos fuertes. Y esos cimientos los encontramos en el Derecho romano, no como sistema perfecto, sino como ese “proceder perfecto” al que D’Ors se refirió.

Así, más allá del desafío intelectual de un apasionante estudio histórico, de análisis riguroso de las fuentes, el profesor Castán, como sugería Koschaker en 1938, pone también su conocimiento científico al servicio de la construcción de las nuevas estructuras, de las nuevas instituciones que, adaptadas a la sociedad del siglo XXI, puedan no solo consagrar, sino garantizar, el ejercicio de los derechos fundamentales.

Y no es pequeña la labor que tiene por delante. Con la campaña de desprestigio en la que las instituciones tutelares están inmersas desde hace unas décadas, podríamos pensar que fueron creadas para apartar a las personas con discapacidad de la sociedad y, sin embargo, descubrimos desde las primeras páginas de la obra que, muy al contrario, la inquietud primera de los juristas romanos fue precisamente permitirles intervenir en determinados actos o negocios jurídicos en los que, a menudo por su propia configuración formal, la persona con discapacidad no podía intervenir. Si lo trasladamos a la terminología de hoy día, constatamos que su finalidad primera fue facilitarles el ejercicio de la capacidad jurídica.

A pesar de la percepción negativa que el mundo antiguo tenía de la discapacidad, y que constatamos en las ricas fuentes jurídicas y literarias que nutren este trabajo, observamos que el Derecho romano no discriminó a las personas por su discapacidad más allá de lo que lo eran por su condición o posición dentro de la sociedad y de la familia. Incluso las manifestaciones más extremas y que, juzgadas con la mentalidad del siglo XXI pueden parecer más chocantes, como el *ius exponendi* o el *ius vitae*, no constituían un derecho del *paterfamilias* ejercitable cuando el hijo tenía una discapacidad. Que el padre lo ejerciese con mayor frecuencia o facilidad en los casos en los que el hijo tuviese una discapacidad grave manifiesta al nacer no se deriva de que el Derecho concediese ese derecho sobre el hijo con discapacidad, ya que lo tenía sobre todos los hijos, sin discriminación. Deriva de la organización propia de la sociedad romana, de las condiciones de vida, de los valores morales, de los ideales de belleza y de las exigencias de la vida en una sociedad que, descubrimos de la mano del profesor Castán, era muy competitiva.

Todo ello alimentó esa percepción negativa de la discapacidad que ponía en riesgo la vida misma si la discapacidad era visible al nacer. Pero vemos también cómo, una vez superado ese momento crítico, si la discapacidad hacía su aparición, el Derecho romano no miraba para otro lado y buscaba la solución más adaptada para cada tipo de discapacidad. Especialmente prolífico es este trabajo para reconstruir las características de las diferentes instituciones de pro-

tección que Roma conoció, en relación a los variados tipos de discapacidad, aplicadas a los diferentes actos jurídicos y en las sucesivas etapas históricas que el Derecho romano atravesó. Pero, además, busca a menudo el contrapunto con el momento presente alcanzando con ello el equilibrio perfecto al que se refirió Koschaker en su *Europa y el Derecho romano*, entre dogmática, historia y comparación jurídica, por lo que el trabajo del profesor Castán está llamado a convertirse en una obra de obligada consulta para los investigadores que dediquen sus esfuerzos a proponer mejoras del vigente sistema de protección de las personas con discapacidad.

Nos muestra, así, los matices y colores de una curatela que no es monolítica sino proteiforme, la *cura furiosi* y la *cura debilium personarum*, adaptada a cada tipo de discapacidad, que compartía algunas características con la tutela pero que en sus orígenes se diferenciaba de esta por el perfil de las personas a las que cobijaba estando reservada la tutela para menores y mujeres, mientras que la curatela se ocupaba de las personas con discapacidad psíquica o sensorial. A medida que avanza el trabajo vamos descubriendo cómo el Derecho romano fue dibujando dos instituciones que evolucionaron al compás que Roma se transformaba. Y, tras la caída de Roma, continuaron su evolución y adaptación a los nuevos tiempos, y quizás eso les ha permitido subsistir más de veinte siglos, pues, como está grabado en el mármol de la Academia de las Ciencias de California, no son las especies más fuertes las que sobreviven sino las que mejor se adaptan.

En algún momento de la historia, quizás por una preocupación de seguridad jurídica, esa adaptación llevó a la tutela y a la curatela a convertirse en en instituciones menos flexibles, adquiriendo una rigidez que, en parte, ha provocado alguno de los males que ahora se quieren corregir. Como es sabido, nuestro Código civil consagra ambas instituciones, cada una con una función muy definida, lo que impide al tutor asistir o complementar el consentimiento ya que solo representa, mientras que el curador no representa sino que solo asiste. Esta rigidez no permite crear el famoso traje a medida que el juez tiene que diseñar adaptándolo totalmente a las necesidades de la persona protegida para cumplir los postulados de la Convención, especialmente el de la proporcionalidad de las medidas. Esta rigidez propia de la tutela contemporánea no parece heredada del Derecho romano ya que, como vemos, la tutela en Roma era una institución maleable, flexible: en ocasiones el tutor actuaba junto al pupilo mediante la *auctoritas interpositio*, y en otros mediante la *negotiorum gestio* representando a este, es decir, que la persona protegida no dejaba de intervenir en el tráfico jurídico cuando ello era posible con asistencia, o representado si no podía manifestar una voluntad.

Así, convertir la voluntad en consentimiento en los actos o negocios jurídicos cualquiera que fuese la discapacidad se convirtió en la espina dorsal

de las instituciones de protección romanas. Como vemos, es precisamente esa preocupación por dotar de instrumentos que permitieran vehicular la voluntad de la persona con discapacidad para permitirle intervenir en el tráfico jurídico con garantías lo que en parte motivó la atención de los juristas romanos a la discapacidad, a pesar de que, como constata Paul Ricoeur en su obra *Philosophie de la volonté*, los filósofos antiguos y clásicos no prestaron atención a las cuestiones de la voluntad.

Veinte siglos más tarde, la Convención de Nueva York vuelve a hacer de la voluntad el eje central del sistema, aunque bajo un prisma diferente y con un enfoque adaptado a la época contemporánea en la que la sociedad patriarcal ha dado paso lentamente a una sociedad individualista, transitando de una sociedad de familias a una “sociedad de individuos”. La voluntad de la persona protegida debe convertirse así en el principio inspirador de todas las medidas de protección y en el criterio que guíe al juez en su intervención y a la persona que ejerce la medida en su actuación. Para ello, algunos proponen que la voluntad desplace al interés superior de la persona en todo caso que, como anuncia la Exposición de motivos del Anteproyecto, desaparece. Esta es una de las cuestiones que darán lugar a debates y argumentaciones en la tramitación del proyecto de ley, y una de las concesiones que el texto ha hecho a los postulados “fundamentalistas” en la materia. Además, en un alarde de modernidad, ya que no menciona los orígenes romanos, sino que lo hace para dar cumplimiento a la Convención de 2006, el Anteproyecto reserva la tutela para los menores haciéndola desaparecer de las instituciones de protección de las personas con discapacidad, y convierte a la curatela en la principal institución de apoyo, consagrando una curatela proteiforme que el juez tendrá que adaptar a las necesidades concretas de cada persona, graduando su intervención desde la mera asistencia hasta la representación total cuando ello sea necesario. No se ha hecho desaparecer la curatela a favor de un administrador o gestor de apoyos, como han hecho algunos ordenamientos jurídicos, sino que reinventa una curatela que no corresponde con la vigente, y que el prelegislador vincula con las exigencias de Naciones Unidas pero que, en realidad, enlaza directamente con muchas de las características de la *cura* romana. *Nihil novum sub sole*.

Igual que hizo Roma, el Derecho civil debe crear los instrumentos jurídicos que permitan a la persona con discapacidad intervenir en el tráfico jurídico, ejercitar sus derechos, cualesquiera que sean las circunstancias y el tipo de discapacidad, integrando en una nueva regulación los principios imperantes hoy día: el respeto de su voluntad y de su dignidad inherente, consagrados en el artículo 1 de la Convención. De este modo, el Derecho civil asume el papel que le corresponde y se convierte en garante de los derechos fundamentales, creando la estructura científica que permite su ejercicio, en la calma

y en la tempestad, porque, como sabiamente nos enseña el profesor Malaurie, el Derecho civil es “la Constitución civil” de la nación y la piedra angular de nuestra vida social y, añadimos nosotros, es el Derecho fundamental que garantiza nuestros derechos fundamentales. Si comprendemos esto, entonces habremos comprendido que, en contra de lo que algunos pretenden hacernos creer, el Derecho civil, que en parte es trasunto del Derecho romano, no es el que limita los derechos, sino el que les da plenitud.

Construyamos si es preciso un nuevo Derecho para proteger los derechos, y valoremos, como nos enseñó D’Ors, la utilidad del Derecho romano para aleccionarnos sobre cómo hay que proceder en los momentos de transformación jurídica, alentando al jurista a aplicar su ciencia no a una “reaccionaria defensa de las viejas formas, sino a una construcción inteligente de las nuevas”. Hagámoslo aunando ciencia y sensibilidad, como lo hace Santiago Castán en este espléndido trabajo, analizando con la pasión y el rigor del científico los textos romanos pero con la consideración de la discapacidad como una experiencia más de la vida humana, lo que contribuirá a no perder de vista que el Derecho es fundamentalmente construcción científica pero es también algo más.

Montserrat Pereña Vicente  
Madrid, 4 de julio de 2019



## INDICE

ABREVIATURAS .....	9
PRÓLOGO .....	11
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
LA DISCAPACIDAD EN SU PROYECCIÓN HISTÓRICA.....	23
§ 1. El lento camino hacia la integración y la plenitud de derechos de las personas con discapacidad.....	23
§ 2. La distinta consideración de los derechos humanos en la Antigüedad. Tratamiento de las personas con discapacidad.....	38
§ 3. Discapacidad y deformidad en las fuentes grecolatinas. Terminología y conceptos.....	54
§ 4. Condiciones de salubridad e higiene. Vida y muerte en la antigua Roma .....	77
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	
DISCAPACIDAD DESDE EL NACIMIENTO Y LOS PRIMEROS AÑOS DE VIDA: SU RELEVANCIA EN EL ÁMBITO SOCIAL Y JURÍDICO .....	83
§ 5. Planteamiento preliminar .....	83
§ 6. Nacimiento y <i>patria potestas</i> .....	87
§ 7. El abandono de los recién nacidos: <i>ius exponendi</i> .....	95
§ 8. Nacimientos prodigiosos: el <i>monstrum</i> .....	103
§ 9. Nacimiento de personas con discapacidad .....	106
§ 10. Primeras limitaciones de niños y jóvenes discapacitados. ....	114
§ 11. Discapacidad y función religiosa.....	126

<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
<b>INSTITUCIONES TUTELARES. PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS CON CAPACIDAD DE OBRAR LIMITADA O CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO PRIVADO ROMANO: TUTELA Y CURA</b> .....	
	133
§ 12. Incapacidad, discapacidad e instituciones tutelares en la experiencia jurídica romana .....	133
§ 13. <i>Tutela impuberum</i> .....	146
§ 14. <i>Tutela mulierum</i> .....	153
§ 15. <i>Cura furiosi</i> .....	158
§ 16. <i>Cura prodigi</i> .....	165
§ 17. <i>Cura minorum</i> .....	169
§ 18. <i>Cura debilium personarum</i> : curatela de las personas con deficiencia mental, sordas y mudas, o aquejadas de enfermedades invalidantes .....	171

<b>CAPÍTULO CUARTO</b>	
<b>DISCAPACIDAD PSÍQUICA Y CURA FURIOSI. LIMITACIONES DEL FURIOSUS EN EL DERECHO PRIVADO Y PÚBLICO ROMANO</b> .....	
	185
§ 19. Constitución y cese de la <i>cura furiosi</i> .....	186
§ 20. <i>Intervalla lucida</i> .....	192
§ 21. Capacidad contractual y de adquirir en general. Funciones del <i>curator</i> .....	196
§ 22. <i>Ius actionis</i> . Función judicial .....	201
§ 23. Conservación de la <i>patria potestas</i> .....	203
§ 24. Nombramiento del <i>furiosus</i> como <i>tutor</i> .....	207
§ 25. Capacidad sucesoria. <i>Testamenti factio activa y pasiva</i> .....	209
§ 26. Responsabilidad penal del <i>furiosus</i> .....	215
§ 27. Derechos políticos. <i>Ius honorum</i> .....	219

<b>CAPÍTULO QUINTO</b>	
<b>PERSONAS SORDAS, MUDAS Y SORDOMUDAS ANTE EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ROMANO</b> .....	
	223
§ 28. Planteamiento preliminar .....	223
§ 29. La importancia de la oralidad en el Derecho privado romano y las consecuencias efectivas de este carácter para las personas sordas y mudas .....	224
§ 30. Función judicial e <i>ius actionis</i> .....	232
§ 31. Ejercicio de la tutela y la <i>patria potestas</i> .....	234



§ 32. Capacidad sucesoria: especial referencia a la <i>testamenti factio activa</i> .....	235
§ 33. Derechos políticos: <i>ius honorum</i> .....	249
<b>CAPÍTULO SEXTO</b>	
<b>LA CEGUERA Y LAS LIMITACIONES JURÍDICAS QUE ACARRREABA EN LA ROMA ANTIGUA.....</b>	<b>253</b>
§ 34. Una primera aproximación a la capacidad de la persona ciega .....	253
§ 35. Negocios y relaciones jurídicas para los que no afectaba la discapacidad visual.....	254
§ 36. <i>Testamenti factio activa y pasiva</i> .....	257
§ 37. Derechos políticos: <i>ius honorum</i> .....	263
ÍNDICE DE AUTORES.....	265
INDEX RERUM .....	277