

Medidas Protectorias de la Minoridad en Roma

Por José Carlos Costa*

Protective Measures to the Minority in Rome

by José Carlos Costa

*Es Profesor Titular Regular de la asignatura Derecho Romano y Miembro del Consejo Consultivo del Departamento de Derecho Privado II en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular Ordinario de Derecho Romano en la Universidad del Salvador. Profesor Asociado, Coordinador de Derecho Romano e Investigador del Gabinete de Investigación y Cooperación Internacional de la Universidad Argentina J. F. Kennedy y Vicedirector del Instituto de Derecho Romano del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal. Es Miembro del Consejo de Redacción de la revista *Aequitas* y árbitro en la revista *Iushistoria*, ambas de la Universidad del Salvador. Codirector del Seminario Permanente de Investigación de "Historia e Instituciones de Derecho Romano", Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. En el marco de su especialidad, es autor de diversas publicaciones nacionales y extranjeras. Fue conferencista, ponente, y participante de múltiples encuentros, congresos, y mesas redondas tanto en el país como en el extranjero.

RESUMEN: Las modernas investigaciones sobre el derecho romano revelan que debe ser estudiado teniendo como objeto la protección del más débil y la equiparación del postergado en toda situación jurídica que deviene en injusta por dicha causa. Las medidas protectorias de la minoridad en el derecho romano orbitan en torno de los principios señalados. La mayoría de edad es alcanzada a los veinticinco años y desde el inicio de la vida en el seno materno los juristas se abocan a la protección jurídica del menor. Estas medidas las encontramos en el derecho público y privado. En el primero, mediante un sistema de asistencia alimentaria y de educación, mediante comedores públicos y becas de estudio, entre otras disposiciones. En el segundo, se tiene en mira preservar al menor en cuanto a su vida y la titularidad de derechos a través de las instituciones de la tutela y curatela. Los principios señalados al inicio lucen plasmados en el obrar de los juristas tiñendo al derecho de humanidad y sosteniéndolo en la centralidad del hombre, siendo fuente de nuestro derecho vigente.

ABSTRACT: The modern investigations about roman right tell us that it must be studied considering the special protection that it has toward the weaker and the

comparison of the ignored in each juridical condition which may be unfair. The protective measures to the minority in the roman right rotate through the noted principles. The majority in age is reached at twenty-five years and since the beginning of life during the mother's pregnancy the jurists are worried about the juridical protection to the minor. Tose measures could be found in the public and in the private right. The former through a feeding and education assistance system by public feeder rooms and scholarships, the alter by the institution of the guardianship which protects the minor's life and his rights. The noted principles in the beginning appear in the jurists performance living humanity to the law which is sources of our actual right.

PALABRAS CLAVES

Protección – Minoridad – Roma

KEY WORDS:

Protection – Minority – Rome

I

Las modernas investigaciones sobre el derecho romano revelan que debe ser estudiado para lograr una mejor comprensión y utilidad teniendo como objeto de búsqueda la protección del más débil y la equiparación del postergado en toda situación jurídica que deviene en injusta por dicha causa.

Las medidas protectorias de la minoridad en el derecho romano orbitan en torno de los principios señalados, principalmente en el primero.

La mayoría de edad plena es alcanzada en Roma a los veinticinco años y desde el inicio de la vida en el seno materno los juristas se abocan a la protección jurídica del menor.

Estas medidas protectorias las encontramos en el derecho público y en el derecho privado.

Si bien, huelgan en las fuentes diversos y variados institutos de protección de la minoridad, en el presente trabajo me circunscribiré someramente respecto de alguna de las medidas protectorias emergentes del derecho público y del privado.

II

Así, en cuanto al derecho público, me referiré a las medidas protectorias adoptadas por las autoridades políticas respecto de la “niñez carenciada”.

En la actualidad denominamos de dicho modo a la “niñez en abandono”, o próxima a estarlo, que por diversas causas pulula entre la marginalidad y el abandono, desarraigados de su núcleo familiar, expuestos al delito, la explotación y la prostitución; y el Estado a través de sus organismos específicos, intenta encauzarlos por medio de distintos programas de contención y acción social.

En Roma también se vive una situación angustiante similar y es preocupación de sus gobernantes paliar el problema, claro está que, adoptando medidas acordes a la situación histórica que les toca en suerte vivir.

Estas medidas de “carácter social” adoptadas por Roma son las primeras de la antigüedad, en mi opinión, con cierto rigorismo moderno¹.

La proliferación de la “niñez desvalida” en Roma debe buscarse en las continuas guerras, la miseria de los estratos más pobres y bajos de la población, un cierto descontrol de la natalidad y los inconvenientes de producción y abastecimiento en las grandes urbes.

Esto motivó la aparición de grupos de jovenzuelos que pululan por las ciudades, especialmente en los mercados y acontecimientos públicos, cometiendo tropelías y otros delitos con la finalidad esencial de procurar sustento.

Su localización social como fenómeno no pasa desapercibida a los gobernantes romanos por cuanto no resulta posible de otro modo explicar racionalmente la adopción de soluciones puestas en práctica para paliar tal situación².

¹ Costa, J. C., “Los niños de la calle en Roma”, XII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano, Buenos Aires, 1995.

² Costa, J. C., *El Alto Impero o Principado*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2007, pp. 71 y ss.

La evidencia de la existencia del “grave inconveniente social” explica la adopción de medidas por parte de los príncipes de la “dinastía antonina” creando las denominadas “instituciones alimentarias”³.

Los “príncipes antoninos” advierten que el problema de la “niñez desvalida” se encuentra estrechamente vinculado con la “producción agraria”, especialmente trigo, y para ello es menester aliviar financieramente a los productores para que puedan sembrar y cosechar, más y mejor.

La combinación de ambos factores, alimentación de los “niños de la calle” e incremento de la producción agraria, origina las “instituciones alimentarias”.

Estas, son creadas por Nerva y Trajano, y su funcionamiento, sencillo, pero eficiente, es el siguiente: se conceden préstamos hipotecarios a los propietarios rurales y parte de los intereses devengados se aplican a la atención y alimentación de la “niñez carenciada”.

En principio, advierte Nerva que las medidas implementadas hasta dicho momento no solucionan el “problema social” de la “niñez desvalida”, entonces adopta, a imagen de la actividad privada, una nueva política para el Estado.

A este respecto es habitual en Roma que personas adineradas graven determinados bienes con renta perpetuas en provecho de instituciones fundadas por ellos mismos, v. gr., bibliotecas, teatros, etc.

Entonces, Nerva adapta este sistema para Roma, creando las “instituciones alimentarias” destinadas a la “asistencia social” de la “minoridad desamparada”, asistiendo a los estratos más carenciados de la población mediante la nutrición de los niños, al mismo tiempo que, también, sostiene la agricultura en Italia.

Más tarde, el sistema es mantenido y mejorado por sus sucesores, más el auge de este novedoso sistema de “asistencia social” se logra durante el gobierno de Trajano que perfecciona el funcionamiento de dichas “instituciones”⁴.

Al respecto cabe señalar que han sido gravitantes para el estudio del tema las inscripciones halladas en la ciudad de Veleja (Mazinesso), que datan del año 102, aproximadamente, que permiten conocer mejor la existencia y funcionamiento de

³ Costa, J. C., *Manual de derecho romano público y privado*, Editorial Abeledo Perrot, 2da. Edición, Buenos Aires, 2009, pp. 106 y ss.

⁴ Costa, J. C., “Los niños...”, cit.

estas “instituciones”, junto a las inscripciones de las “Tablas Alimentarias de Trajano” (“Tabula Alimentarias Traianai”)⁵.

Las investigaciones históricas permiten afirmar que el mecanismo de las citadas “instituciones” consiste en la concesión de préstamos en condiciones muy ventajosas a pequeños agricultores itálicos arruinados a causa de las guerras.

El plazo de devolución es a muy largo tiempo, cuando no a perpetuidad; el interés fijado es módico, oscilando entre un 2,5% y un 5%, semestral o anual, según las regiones.

El fundamento del bajo interés concertado por el uso del capital obedece a que el fin del préstamo “es social”, puesto que apunta a asegurar de modo permanente la “asistencia de la niñez desamparada”⁶.

En otras palabras, es lo que modernamente llamamos “el logro del bien común”, o mejor aún, “una política de gobierno de bienestar social”.

El objetivo del Estado al otorgar estos préstamos no es perseguir la devolución puntual del capital, sino asegurar el pago del interés, por bajo que éste fuera, en forma prolongada, para afectarlo, entre otras cosas, en beneficio de la “minoridad carenciada”.

El origen de los fondos entregados en préstamo proviene del Tesoro Público, especialmente de Roma, o de aportes de simples particulares en el resto de Italia.

El pago del préstamo se asegura mediante el gravado en hipoteca de las tierras del productor agrario.

Los fondos originarios devueltos y la acreditación de sus respectivos intereses se destinan a “cajas municipales” con el nombre de cajas alimentarias”.

Con el propósito de asegurar que el capital y los intereses devengados se apliquen efectivamente a la “asistencia de los niños pobres” se crean funcionarios destinados específicamente a velar por el cumplimiento de dicho fin, es el caso de los “Cuestores Alimentarios” (cuaestores alimentarii, procuratores alimentari, curatores viarum), y particularmente en la ciudad de Roma del “Prefecto de

⁵ Costa, J. C., *El Alto...*, cit.

⁶ Costa, J. C., *Manual...*, cit.

Alimentación” (praefectus alimentorum), quien tiene a su cargo todo el sistema de alimentación de los “niños carenciados”⁷.

Se hace imperioso destacar que la ayuda alimentaria se realiza teniendo en cuenta las pautas de la época.

Éstas, en un principio, diferencian entre “hijos legítimos y naturales”, y entre “varones y mujeres”.

Recordemos la necesidad de preservar al varón para el ejército y la función pública, y la intención de valorizar el matrimonio por sobre las relaciones circunstanciales, o de hecho.

Más tarde, la “asistencia social” se extiende a todos los “niños carenciados” sin distinción de sexo o condición.

Mediante este “sistema social” se logra asistir, solamente en la ciudad de Roma, hasta cinco mil niños por día; que son incluidos en las “listas de las personas que deben recibir gratuitamente el pan”.

Trajano ordena que además debe agregarse en “la proporción de la dieta un poco de vino y grasas”.

Con Trajano el sistema se perfecciona, sistematizándose luego con sus sucesores, especialmente Antonino Pío y Marco Aurelio.

Durante el gobierno del primero es famosa la institución denominada “Institución Alimentaria de las Niñas Faustinarias” (Puellas Alimentarias Faustinianae), destinada exclusivamente a la “asistencia social alimentaria de las niñas pobres”, quedando así demostrada la equiparación entre hombres y mujeres.

Su nombre proviene en recuerdo de Faustina, su fallecida esposa; después, Marco Aurelio, continúa con la misma política, creando también en honor de su esposa fallecida otra institución similar dedicada exclusivamente a la “asistencia social de las niñas desamparadas”, denominada “Nuevas Niñas Faustinarias” (Novae Puellas Faustinianae).

También, Marco Aurelio, extiende las instituciones alimentarias a otras ciudades de Italia, como Urbino (Umbría), Cupra Marítima (Picerno), etc⁸.

⁷ Costa, J. C., “Los niños...”, cit.

Otro interesante mecanismo de “ayuda social” proveniente de las “cajas alimentarias” es la asignación de “pensiones de carácter alimentario para niños carenciados”.

Estas “pensiones” consisten en la adjudicación mensual de sumas de dinero que varían según los casos, así, 16 y 12 sestericios a los varones y mujeres, como también 12 y 10 sestericios a los varones y mujeres ilegítimos, respectivamente.

Pueden concederse desde la corta edad del pequeño hasta los 18 años en el caso de los varones y 14 en el de las mujeres⁹.

El desarrollo y apogeo del sistema de “asistencia social” implementado por la “dinastía de los antoninos” se demuestra vigente durante todo su gobierno, para luego decaer, encontrándose aún rastros de la institución durante el gobierno de Pertinax (año 193), quien al asumir encuentra el tesoro público en bancarrota, puesto que sólo cuenta con veinticinco mil denarios en sus arcas; y para dicho entonces hace ya casi una década que no se pagan las “pensiones alimentarias”.

Alejandro Severo (222-235), en cuyo gobierno reviste como “prefecto del pretorio” el célebre jurisconsulto Ulpiano, no descuida la “responsabilidad social” que le corresponde como gobernante, y hace renacer la correcta “política social de los antoninos”, implementando medidas destinadas al resurgimiento de las “instituciones alimentarias” (“pueri mammaeni y puellas mammaeanae”).

Luego, las “instituciones alimentarias” desaparecen por completo al comenzar nuevamente las guerras, debiendo los emperadores utilizar el tesoro público y el contenido de las “cajas alimentarias” para solventarlas.

III

En cuanto al derecho privado la protección jurídica tiene inicio en el momento mismo de la concepción, continuando durante la niñez y posteriormente la pubertad, hasta alcanzar la mayoría de edad, brindando asistencia a través de la tutela y curatela¹⁰.

⁸ Costa, J. C., “El Alto...”, cit.

⁹ Costa, J. C., *Manual...*, cit.

¹⁰ Costa, J. C., *El derecho de familia y de las personas en Roma*, Editorial Estudio, Buenos Aires, 1997, pp. 71 y ss.

En este aspecto es interesante detenernos en el minucioso mecanismo protectorio del menor creado por los juristas romanos a través de éstas “instituciones de guardaduría”.

En principio, en Roma, se considera incapaz de hecho por razón de la edad a los “sui iuris” impúberes, y precisamente, la tutela tiene origen en la necesidad de suplir esta incapacidad.

El patrimonio de la persona incapaz se coloca bajo la protección de otro “sui iuris” denominado tutor.

La curatela, tiene origen en conceptos análogos, pero se refiere primordialmente a la incapacidad que deriva de la afectación del estado mental del individuo, v. gr., la locura, luego se amplía su aplicación a otros casos, como el de los pródigos y los menores púberes¹¹.

Ambas instituciones tienen origen remoto y representan el régimen tuitivo de los incapaces de hecho.

Mientras la tutela se destina a la protección de los menores impúberes y mujeres, la curatela se ocupa de velar por los intereses de las personas por nacer (nasciturus), los pródigos, los menores púberes menores de 25 años, los dementes y los débiles mentales.

En el caso del tutor la jurisprudencia romana ha sido particularmente meticulosa en cuanto a su regulación teniendo en mira la importancia que la misma tenía en la conservación del patrimonio del menor, puesto que en la vida cotidiana el tutor es el “jefe de la familia” en representación del pupilo.

De dicho modo se exigió que el tutor tenía que ser también “Jefe de Familias”, hombre libre; ciudadano romano, varón, mayor de 25 años, sano mental y físicamente; no encontrarse cumpliendo funciones de alta responsabilidad o privilegios; no haber tenido enemistad con el padre del pupilo; no haber sido excluido expresamente por el padre del pupilo para ejercer el cargo en el testamento; mantener buena conducta, etc¹².

¹¹ Costa, J. C., *El derecho...*, cit.

¹² Inst.1.14. pr / Inst.1.25.5 / D.15.15 / D.15.31 / D.26.1.1.2 / D.26.1.1.3/ D. 26.1.10 / D.26.1.16. pr / D.26.2.26.pr / D.26.8.12 / D.27.1.2.9 / Cód. 5.35.1 / Cód. 5.35.2 / Cód. 5.35.3 / Nov. 94 / Cód. Teod. 3.17.4.

También se reguló meticulosamente las causales de excusación para la aceptación del cargo de tutor; de este modo las principales causales a lo largo de las épocas fueron las siguientes: ser tutor o curador de tres pupilos o curados el momento de la designación; tener problemas de salud; la ignorancia; el exilio; la pobreza; desempeñar determinadas profesiones como médico, filósofo, gramático, etc.; vivir muy alejado del pupilo; tener una edad mayor de 70 años; ser padre de un mínimo de hijos determinados, etc¹³.

Empero, lo fundamental de la actividad del tutor son las funciones del mismo inherentes al cargo de protección del menor.

En este sentido, las dos funciones primordiales que hacen a la finalidad de la institución son las siguientes: la “gestión de negocios” (*gestio negotiorum*) y la “autorización interpuesta” (*auctoritas interpositio*).

La diferencia entre ambas facultades es la edad del pupilo, ya que es “menor infante” (*minor infans*) hasta los 7 años, y en este caso la función del tutor es la “gestio”.

Por el contrario, desde los 7 y hasta los 14 años es considerado “infante” (*infans*) y en este caso el tutor actúa mediante la “auctoritas”.

Mediante la “gestión de negocios” el tutor reemplaza al pupilo, quien por su edad no puede valerse en absoluto, dado que es incapaz absoluto de hecho.

Esta función comprende la administración directa del patrimonio del pupilo, el tutor actúa por sí solo, sin la presencia o colaboración del pupilo ante su evidente incapacidad de obrar.

Consiste en la representación indirecta o impropia, semejante a un “gestor de negocios”, puesto que toda adquisición u obligación contraída por el tutor es efectuada a título propio hasta que finaliza la tutela, momento en que los derechos y obligaciones se transmiten al pupilo¹⁴.

Respecto de la “autorización interpuesta” el tutor complementa la insuficiencia capacidad de su pupilo, quien se encuentra presente en el acto, y el tutor aporta su experiencia haciéndole saber la conveniencia en realizar o no el acto.

¹³ Inst.1.25.5 / D.15.15 / D.15.31 / D.27.1.2.9.

¹⁴ Gayo 1.199 / Gayo 1.200 / Inst.1.24.pr / Inst.1.24.3 / D.23.1.14 / D.26.7.1.2 / D.27.2.3 / D.29.2.9 / D.44.7.1.13 / Cód.5.42.2 / Cód. 5.42.5.

La “autorización” se requiere para todo aquello que implica una disminución del patrimonio del pupilo, pero no para el caso inverso, cuando se trata de un incremento del mismo¹⁵.

El tutor centra su actividad primordialmente en el patrimonio del pupilo, y la educación y el cuidado personal de este último se encuentran a cargo de otra persona, que bien puede ser la madre, otros parientes, o un extraño elegido para ello.

El tutor debe velar por el patrimonio, suministrando los medios para que el pupilo sea bien instruido y cuidado; no debe soslayarse que el concepto “corporativo de familia” en Roma implica que mucha gente depende económicamente del buen funcionamiento de la familia.

Una vez nominado el tutor para subsanar la incapacidad del titular del patrimonio resulta necesario que aquél haga las cosas bien a efectos de velar por el bienestar de todo el grupo familiar.

En modo congruente a lo expuesto, las facultades del tutor son amplias y variadas, ya que su conducta es similar al verdadero y legítimo dueño del patrimonio del pupilo, por ende, puede administrar y disponer de las inversiones del capital que posee este último, enajenar los inmuebles, gravarlos, realizar y percibir pagos, etc¹⁶.

Con el transcurso del tiempo, las facultades del tutor se van limitando para cercenar su inmenso poder y proteger mejor el patrimonio del pupilo debido a que con asiduidad se lo dilapida por gestiones poco transparentes; así, durante el período clásico se le prohíbe al tutor la facultad de efectuar donaciones de importancia y luego efectuar disposiciones y todo tipo de gravámenes sin autorización del magistrado, y más tarde se resguardan los bienes y su íntegra restitución al finalizar la tutela¹⁷.

¹⁵ Inst. 1.14.3 / Inst. 1.21.pr / Inst. 1.21.1 / Inst. 1.21.3 / D.26.2.14 / D.26.2.16 / D.26.7.1.2 / D.26.7.12.3 / D.26.8.3 / D.26.8.8 / D.26.8.9.5.

¹⁶ D.26.7.12.3 / D.26.7.22.

¹⁷ Gayo 1.99 / Gayo. 1.200 / Gayo 2.84 / Inst. 1.24.3 / Inst. 1.24.pr / Inst. 2.8.2 / D.26.7.5 / D.26.8.1.pr / D.26.8.7.pr / D.26.8.18 / D.26.8.22 / Cód. 5.37.25 / Cód. 5.27.37 / Cód. 5.42.2 / Cód. 5.42.5.

Más luego, Justiniano, termina de establecer la institución, disponiendo el debido cuidado respecto de las inversiones de los capitales de los pupilos, dado que el tutor no puede realizarlas según su parecer, sino orientado efectivamente hacía la adquisición de propiedades, o hacia la colocación de prestamos con interés, exigiéndole al tutor el juramento previo de desempeñarse con buena dedicación como si el patrimonio le perteneciera.

También se le exige al tutor la realización de un completo inventario ante funcionario público respecto de la totalidad del patrimonio pupilar y el depósito en lugar seguro de toda la documentación relacionada con éste. El incumplimiento de esto último presume dolo Ens. Gestión recayendo sobre el tutor la “tacha de infamia” y la responsabilidad por los daños y perjuicios ocasionados al pupilo¹⁸.

Finalmente, la responsabilidad del tutor estaba ordenada desde la misma ley de las XII Tablas, disponiendo de dos procedimientos en salvaguardia de los pupilos; estos eran, la “acusación de sospecha” (acusatio suspecti tutoris) y la “acción de sustracción de bienes” (actio de rationibus distrahendis) que perseguía la sanción del tutor con la condena a devolver el doble de los bienes sustraídos.

Después, durante el período republicano, el derecho pretoriano le concede al pupilo otra acción más completa denominada “acción de tutela” (actio tutelae), por la cual éste puede exigirle al tutor la rendición de los bienes con los frutos e intereses percibidos, o los que hubiera dejado de percibir, facultando al pupilo a reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la incorrecta gestión del tutor, y a éste reclamar el reintegro de los gastos que su función le demandara¹⁹.

IV

Mediante el desarrollo del presente he intentado demostrar a través de dos institutos de diversa índole, público y privado, que en Roma la minoridad ha sido una seria preocupación de los gobernantes e implementaron medidas destinadas a su protección.

¹⁸ D.26.7.7.pr / Cód. 1.4.27 / Cód. 5.37.24 / Cód. 5.51.13.1 / Cód. 5.70.7.5 / Cód. 5.70.7.6 / Nov. 72.8

¹⁹ Gayo 1.182 / Gayo 1.191 / Inst. 1.22.6 / Inst. 1.26 / Inst. 1.26.7 / Inst. 1.12.8 / D.23.10.5 / D.23.10.8 / D.27.2.6 / D.27.3.1.pr / D.27.3.2.pr / D.27.4.1.pr / D.44.7.5.1 / Cód. 5.58.1

El menor, considerado como parte más débil de toda relación jurídica, es protegido en Roma en cuanto a sus derechos a una digna alimentación, la posibilidad de estudiar, en lo patrimonial y contractual.

Lo expuesto es fuente de nuestra preocupación política y jurídica, en donde la legislación tiene el mismo objeto tuitivo por parte de quienes deben velar por el bienestar del menor mediante el desarrollo de medidas protectorias adecuadas, advirtiendo en nuestro derecho mecanismos de protección del menor que fueron implementados por el derecho romano.