

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Belluscio, de que el Estado se haga cargo de la prestación alimentaria, le pregunto cómo se formarían los fondos. ¿El Estado se haría cargo como mero ejecutor, como en el caso de la primera ley que leyó, por la cual se prevé la denuncia al ministerio fiscal, o a través de la creación de una Caja de prestaciones familiares? ¿Cómo se podría hacer para contar con los fondos? Realmente creo que, de todo lo que he oído, sería la única vía posible, para no caer en la reiteración del problema actual de las jubilaciones. ¿Esos fondos se podrían formar con alguna garantía, con alguna prestación previa?

DOCTOR BELLUSCIO. - No he pensado en la reglamentación. Es una idea. Los fondos tendrían que salir de algún adelanto, porque fatalmente no se va a poder recobrar todo lo que se paga sino sólo una parte. Además, tendría que legislarse con extremo cuidado para impedir los abusos, para que no se fijen cuotas demasiado elevadas que tendrían que estar a cargo del Estado.

PARTICIPANTE. - Pero esto tendría sus ventajas con respecto a la deuda fiscal, con todo lo que trae aparejado que una deuda privada se convierta en fiscal. Por lo tanto, pienso que sería muy efectivo si encontráramos la forma de armar esta caja.

DOCTOR BELLUSCIO. - Habría que pensarlo.

PARTICIPANTE. - Por eso me permití hacer esta pregunta. Hay que privatizar las cuotas por alimentos. (Risas). Pero que se convierta en deuda fiscal no sé hasta qué punto sería conveniente. Esta es la cuestión del aspecto conminatorio y hasta disuasorio de la pena.

DOCTOR BELLUSCIO. - Esa es la ventaja que encontraron a la ley francesa del 1975. Pero allá debe ser más serio.

DOCTOR BOSSERT. - Este tema hay que pensarlo en función del desdichado país donde las cajas de jubilaciones han sido nutridas durante cincuenta años de aportes de hombres y mujeres, y resulta que hoy no tienen para darle a esa gente ni el café con leche a la mañana. La idea de estructurar un aporte público no puede pasar por alto esta desastrosa experiencia argentina de vaciamiento de toda caja que ha ido recaudando fondos a través del tiempo.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Damos por concluida la reunión. Agradecemos a todos su presencia
Aplausos.

Tema: TUTELA DE LA PERSONA EN EL DERECHO ROMANO

Relatores: PROFESORES DOCTORES HÉCTOR A. DELLA COSTA Y ALFREDO DI PIETRO

Fecha: 6 DE NOVIEMBRE DE 1991

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO ALTERINI. - Realizamos hoy una nueva mesa redonda dentro de la temática general de la tutela de la persona, tratándola en el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

derecho romano.

Nos acompañan dos señores profesores titulares de importante trayectoria, los doctores Di Pietro y Della Costa.

Escuchamos al doctor Della Costa.

DOCTOR DELLA COSTA.

Hoy tocamos el tema de la protección de la persona en el derecho romano, y esta expresión "protección de la persona" puede entenderse en dos sentidos. Uno, la protección de la integridad de la persona en sí misma en su aspecto físico y moral, y otro, la protección negocial, es decir, en cuanto a la capacidad de realizar negocios jurídicos de la persona cuando ésta merece, a juicio del orden jurídico, algún apoyo, algún auxilio por alguna razón.

En cuanto al primer aspecto, la protección de la persona en sí misma, tenemos, como en cualquier otra legislación, las normas que penan el homicidio, las lesiones, las iniuriae - como decían los romanos -, y en esto se apuntaba no sólo a la protección física de la persona, sino que este concepto de iniuria, que literalmente vendría a ser nuestro delito de lesiones, bien pronto vino a aplicarse a la ofensa moral. En una palabra, la protección de la persona en este primer sentido no termina en la sola protección de la vida y de la integridad física. Y a tal punto que, ya en una legislación tan antigua como la Ley de las XII Tablas, había figuras específicas de protección a la persona en su aspecto moral a través de un severo castigo a aquello que se llamaba el *carmen famosum*, o sea, una difamación por escrito, como si dijéramos un libelo, un escrito infamante.

En general, esta protección de la persona no deja de tener rasgos de todas las legislaciones del mundo, las cuales, con mayor o menor vehemencia, protegen la integridad del hombre como tal, tutelan ese derecho.

Pero lo más señalable en el derecho romano, por cuanto significa toda una evolución, todo un cuidado, una actitud vigilante de parte del derecho hacia la persona, es cómo el derecho protege el aspecto negocial de las personas.

El hablar de la protección de la persona en el derecho romano encierra a primera vista una especie de paradoja, porque aquel pueblo que pasó su historia dominando por la guerra a otros pueblos, aquel pueblo que se conoce por las anécdotas, tan dado a ver la destrucción de las personas en los juegos de batallas navales, en los juegos de competencia con los animales feroces, en los de competencia entre los hombres mismos, o sea, en los combates de gladiadores, en las gradas del circo contemplaba esos "jueguitos" lo más granado de la intelectualidad, de la vida política, de los más altos niveles de la sociedad romana, viendo cómo la fiera se comía o trataba de comerse a un ser humano, y otros hechos cruentos.

Cuando vemos esta circunstancia de hecho de la historia romana, nos parece un poco paradójico hablar de la protección de la persona. Sin embargo, ya vamos a ver en qué alta estima el derecho romano llegó a tener a la persona, tan alta que los textos más importantes la ponen como el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fundamento mismo del derecho.

Vale decir que, para los romanos, el derecho no es algo así como un orden que trasciende demasiado al hombre, un orden que le viene impuesto desde afuera, al que el hombre se someta o deba someterse ciegamente, sino que es un orden hecho en función del hombre.

Las Institutas de Gayo ya nos dicen en sus primeros párrafos que todo el derecho de que usamos se refiere o a las personas o a las cosas o a las acciones (esto es, al desarrollo procesal, diría), y nombra en primer término a la persona, sin agregar nada más. Las Institutas de Gayo se limitan a esta enumeración que se inicia con la consideración de las personas. Pero Justiniano, en sus Institutas, donde ya el estado de la ciencia jurídica, de la ciencia posclásica, de la ciencia helenística del derecho, tiene un sello de mayor discursividad - la ciencia del derecho se hace, en efecto, más discursiva, más expositiva y más didáctica también -, aparte de reproducir el principio que acabo de señalar - el derecho que usamos se refiere "o a las personas, o a las cosas, o a las acciones" - trata, como de costumbre, de explicar el por qué de esta consideración a la persona. Y así Justiniano agrega a esa enunciación simple que hace Gayo en su libro de enseñanza, en sus Institutas, el siguiente concepto: "Y tratemos primero de las personas, porque de poco valdría conocer el derecho si ignorásemos a las personas por cuya causa él ha sido constituido". Es decir, que pone al hombre como fundamento mismo de todo orden jurídico, a la persona como centro de referencia de todo el derecho. Esta es la primera conclusión que podemos sacar en cuanto a la especial y suprema consideración que el derecho romano tiene hacia la persona. Si nos preguntáramos el por qué de esa paradoja, de esa especie de contradicción que hallamos en que, por un lado, se tenga tanto en cuenta a la persona y, por el otro lado, por nuestros cánones del siglo XX, parecería que la persona valiera poco a los ojos de los romanos, pensaríamos en el por qué de tal contradicción que en verdad es sólo aparente. Y la conclusión, a grandes trazos, sería que todo el derecho teórico, todo el derecho doctrinario que se formó en la que llamamos la época clásica, que coincide con la época que va desde Augusto en adelante con el Alto Imperio, que dio lugar a esa gran floración de obras jurídicas, de obras del pensamiento jurídico, estaba fuertemente imbuido del pensamiento estoico, una de las escuelas posaristotélicas que pusieron muy en el primer plano a la persona humana como protagonista; esto tiene que ver con nuestro tema preciso, un poco difícil de manejar, como se ve.

Los estoicos, sin haber elaborado una doctrina que podríamos llamar bíblica de la caída original, la suponen porque parten de que el hombre es un ser que implica una cierta discordancia con el cosmos, con el orden general de todo el Universo. El hombre parece como que no encaja bien, como los demás seres, en ese orden perfecto y bello (kosmético) del mundo; su conducta necesita ser regulada y su persona necesita ser protegida.

Posteriormente, con el advenimiento cultural del cristianismo - no el advenimiento en sí mismo del cristianismo del siglo X de nuestra era, sino con la cristianización del Imperio -, estos principios de origen estoico se van

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

trasmutando y quizás, siguiendo la misma dirección, se va profundizando la consideración a la persona humana ya desde un punto de vista cristiano, que es lo que vemos concretarse, sobre todo en la obra de Justiniano.

Pero en general la visión es la misma a través de principios fundamentalmente divinos.

Esta concepción del hombre como ser imperfecto, como ser que necesita ayuda, como ser que necesita de la protección del derecho, es uno de los motivos por los cuales se va desarrollando esta doctrina acerca de la persona. ¿De qué manera se desarrolla? Diríamos que de dos maneras. Por un lado, el derecho protege a la persona reconociéndole capacidad al que por regla general no la tiene. Ejemplo claro es el del esclavo. En general, el esclavo tiene función jurídica de res, de cosa; sin embargo, el derecho le reconoce alguna presencia que implica una cierta capacidad al que por regla general no la tiene. Este es uno de los modos de protección de la persona, y ya vamos a ver en detalle cuál es.

El otro modo es inverso: el derecho protege quitándole capacidad al que normalmente la tendría. Se supone, con cierto fundamento en la vida diaria, que hay personas a las que si se les diera capacidad no sabrían cómo usarla o la usarían en su propio perjuicio. De esta manera, reconociendo capacidad a quien no la tiene o quitándosela a quien la tiene, el derecho romano fue estructurando distintas formas de protección de la persona. Este es el segundo aspecto, el negocial, del que hablábamos.

En cuanto al esclavo - el derecho romano en principio no hacía mayores diferenciaciones respecto a su condición de cosa -, en la época imperial va ganando algún reconocimiento en materia de ciertos negocios que recaen sobre su persona. Así, por ejemplo, tenemos el uso de la Ley Petronia, de comienzos del Alto Imperio, que prohíbe la venta de esclavos con una especial finalidad, la de ser dados como elemento de diversión a las bestias feroces del circo. Esta prohibición de vender al esclavo es ya una limitación de carácter negocial que al esclavo atañe como cosa.

En otros casos, por el contrario, se impone la venta del esclavo cuando el amo es demasiado severo con él, por lo cual la constitución imperial lo protege ordenando que lo venda para que pueda tener uno más condescendiente, más humano en el trato.

Esta protección a la persona del esclavo es hasta llamativa en momentos en que personas libres, como eran las que se dedicaban a los juegos gladiatorios, se ponían bajo una especie de empresario - lanista, se llamaba - y formulaban un triple y gravísimo juramento: someterse a ser "quemados, atados, y muertos por el hierro". Juraban entrega a ese posible final. Y eran hombres libres ... Y el derecho romano, con esa costumbre, dentro de ese marco de vida social, protege la vida del esclavo en los casos que hemos mencionado.

En el otro lado, o sea en lo referido a la protección contra la propia inhabilidad para los negocios, en una serie de casos, la persona queda sometida a alguna forma de condición jurídica, pese a que en principio es de condición plenamente capaz.

Y aquí vamos a colocarnos previamente en el cuadro general de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

capacidad del ciudadano romano.

Este cuadro de capacidad en su aspecto más general divide a los ciudadanos romanos, según su posición en la familia, en la persona de su propio derecho, *sui iuris*, y en la de derecho ajeno, *alieni iuris*. Las personas *sui iuris* son las que se llaman *pater familias*, que pueden no ser estrictamente padres de familia, ya que técnicamente hasta un niño puede ser un *pater familias* en el sentido de que no está sometido a una potestad familiar; y por el otro lado, la mujer *sui iuris* tampoco, en principio, está sometida al poder familiar.

Para el caso del *alieni iuris*, la protección está en su absoluto apartamiento de la actividad negocial. Al menos en términos generales, todo queda en manos del *pater familias*, de manera que el espacio que tiene el *alieni iuris* para una actividad negocial, por lo menos en los comienzos, es prácticamente ninguno, y luego se le va dando alguna mayor extensión.

En el caso del *sui iuris* - persona que no está sujeta a la potestad familiar -, la edad del varón va determinando distintas situaciones jurídicas. Si seguimos la opinión *proculeyana*, con los 14 años el varón *sui iuris* alcanza objetivamente la capacidad plena.

En ese caso tenemos una edad que va desde el nacimiento hasta la pubertad, y otra que va desde la pubertad en adelante.

Los períodos previos a la pubertad serían tres, si no contamos el caso de la persona por nacer, que constituye un tema especial.

El lapso que media entre el nacimiento y la edad de 7 años corresponde a la infancia. *Infantia* quiere decir algo así como el "no poder hablar", no en el sentido material de no poder emitir palabra, sino en el de no tener ninguna presencia jurídica activa.

Luego viene el período que va desde la infancia hasta los 14 años, es decir, en que el varón pasó la infancia, pero todavía es *impúber*.

Ese segundo período de siete años está dividido en dos, según lo consideremos próximo a la infancia o próximo a la pubertad.

Cuando el varón *sui iuris* alcanza la pubertad, a los 14 años, se lo tiene ya, en general y como principio, por plenamente capaz. La primitiva costumbre romana identifica el desarrollo sexual, el desarrollo de la persona en su aspecto físico, con la capacidad o desarrollo de la aptitud para negociar. Pero pronto se advirtió que esta equiparación del desarrollo físico con el desarrollo de la capacidad para los negocios era más aparente que real, razón por la cual se fueron arbitrando distintas soluciones, a las que va a referirse el doctor Di Pietro, a fin de corregir esta deficiencia de juicio o de criterio que pudiera tener el *sui iuris* mayor de 14 años, y hasta cierta edad se va a extender una nueva forma de protección.

Con referencia a la mujer, Gayo en sus *Institutas* dice que por motivos más aparentes que reales se ha establecido desde antiguo que la mujer tiene perpetuamente un tutor cuando es *sui iuris*. Ese tutor acompaña toda la vida negocial de la mujer mientras sea *sui iuris* o mientras no integre una familia por vía del matrimonio *cum manu*. En todos los casos en que la mujer no perdiera su condición de *sui iuris* estaba bajo la llamada "*tutela perpetua*", la que no fue vista con demasiado favor por los romanos. Lejos de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

considerar a la mujer como en algunos pueblos orientales, casi en la condición de cosa, los romanos le dieron gran intervención en la vida jurídica, sin equipararla al varón; por supuesto, sin la capacidad política a la que, como sabemos, ha accedido recientemente - podemos decirlo - en el mundo occidental.

Aquella limitación fue vista con cierto disfavor por el derecho romano, y así la legislación imperial, a partir de Augusto, empezó a elaborar excepciones cada vez más generales, desde aquel *ius liberorum*, es decir, "el derecho de los hijos" por el cual la mujer quedaba exenta de la tutela si tenía un determinado número de hijos: tres para el caso de la mujer que siempre fue libre (la mujer ingenua) y cuatro para el caso de la mujer liberta.

Este beneficio se fue extendiendo con el tiempo y se hizo más amplio. Sin embargo, hay una consideración siempre especial para las personas a las cuales el derecho entiende que pueden perjudicarse al ejercitar su propia capacidad.

En lo que atañe a las mujeres, se esgrimen dos argumentos que Gayo cita en sus *Institutas*, a los cuales él mismo no les asigna demasiada importancia. Uno es la infirmitas, que quiere decir la debilidad, la falta de firmeza, y el otro es la falta de frecuentación de los negocios. Reitero que él mismo le resta importancia a las dos causas. De manera que en uno y otro caso, en el de los varones mayores de 14 años, pero menores de 25, y en el de las mujeres, desde la pubertad en adelante mientras se mantenga la condición de *sui iuris*, hay una limitación puesta a la capacidad, que se reconoce, en principio, como una forma de protección a la integridad patrimonial, en este caso de tales personas.

Con este pequeño cuadro estaríamos en condiciones de abordar la parte específica que le corresponde al doctor Di Pietro.

- Aplausos.

DOCTOR DI PIETRO

Yo me voy a referir al problema de la protección de los menores en Roma. En este tema encontraremos algunos aspectos que resultan interesantes en orden a la protección misma, así como respecto de su mayor amplitud.

1. Ante todo, tenemos que recordar dos circunstancias que hacen al derecho romano y que tienen incidencia sobre este problema.

La primera es recordar - como lo ha acotado mi colega, el doctor Della Costa - que el *ius romano* se diferencia del derecho actual, muy sustancialmente, en tanto y en cuanto que, en lo que hace al *ius privatum*, no tenía un *corpus normativo*, es decir, un sistema organizado de leyes que había que aplicar. El pretor romano, si bien debe observar las leyes, ante la carencia de normas específicas, lo cual ocurría generalmente, lo que trata de hacer es expresar soluciones de justicia a problemas concretos que se le presentaban. Su preocupación fundamental era buscar esas soluciones concretas.

En Roma hubo leyes (*leges*), pero el hecho de que los maestros romanos, por ejemplo, Gayo, nos hablen de ellas como de las primeras en la lista que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nos hacen de las fuentes del *ius* (1, 2), nos puede llevar a confusión. Ello es así porque en realidad estas *leges rogatae* estaban más bien dirigidas al campo del *ius publicum*: así, para instituir la administración de un *municipium*, para determinar la forma de resolver el abastecimiento de Roma, etc. Sólo por excepción, para determinados casos que lo exigían, por la gravedad social del problema, entonces la *lex* intervenía en lo que era propiamente el *ius*. Precisamente, es en principio lo que va a ocurrir en el problema de la protección de los menores. Pero fuera de ello, la comprensión del *ius* la tenemos que ver casi en un terreno opuesto, y a veces antagónico respecto de la *lex*.

El segundo aspecto que invito a recordar es que las soluciones romanas no obedecían a un criterio puramente lógico. Aquí, por lógica, debemos entender la mera lógica formal. Con esto no quiero decir que los romanos estaban en contra de la lógica, esto es, que fueran ilógicos. Pero desconfiaban de aquellas soluciones logradas mediante un simple proceso de tipo matemático, del tipo: dos más dos es igual a cuatro. La solución jurídica, o sea, la solución justa que fuera encontrada en un asunto litigioso, no la encontraban deduciéndola de un *corpus normativo*, cuya inexistencia ya hemos señalado, sino induciéndola a partir de la propia *res litigiosa*.

A lo largo de todo el derecho romano encontramos esa cierta desconfianza a la lógica formal. Hay un célebre paso de Ulpiano (Dig. 50.16.177) donde nos dice que: "La naturaleza de la *cavillatio*, a la cual los griegos denominaban *sorites* (destáquese el uso silogístico del vocablo), es ésta: que de cosas evidentemente verdaderas se lleva la disputa por medio de muy pequeñas mutaciones a cosas que son evidentemente falsas". La intuición desconfía de la "lógica". Como queda demostrado en el fragmento de *Iavoleno* (Dig. 50.17.202): *Omnis definitio in iure civile periculosa est*. Aquí *definitio* puede ser entendida como "definición", pero vale tanto como "regla" (*regula*). De este modo, lo que dice *Iavoleno* es: "Toda definición (o regla) en el *ius civile* es peligrosa. Y agrega: *parum (rarum) est enim, ut non subverti possit* (porque [o es raro] que no pueda ser alterada).

En tal sentido, debemos recordar el conocido proverbio, al cual se refiere Cicerón, en su obra *De officiis*, teñida de filosofía estoica, según el cual *Summum ius, summa iniuria*. En el fondo constituye una paradoja. Aparentemente nos lleva a una verdad que sería desconcertante. Vamos a pensar "lógicamente". Si el *ius* es algo bueno, cuanto mejor, más esmeradamente, más ajustadamente - ajustadamente proviene de *ius* - apliquemos el *ius*, vamos a obtener la suprema justicia. Pero este proverbio, *tritum proverbium* (o sea muy conocido, muy popular), nos dice todo lo contrario: si aplicamos el *ius* de manera absolutamente ajustada, sobre todo en el esmero de las palabras, vamos a obtener no la suprema justicia, sino la *summa iniuria*, la suprema injusticia.

Cicerón, inmediatamente después de mencionar este proverbio, nos da el siguiente caso (I, X, 33): en los tiempos en los que Roma lidiaba con sus vecinos del Lacio, se planteó un armisticio aceptado por los romanos y sus enemigos. Según el mismo, durante 30 días quedaban suspendidas las hostilidades y ninguno de ambos bandos debía violarlo. Parece ser que un

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

romano aprovechó esta circunstancia para trasladarse durante las noches al campo enemigo, robaba allí cosas y luego regresaba a las líneas propias. Esta actitud, resulta obvio que es de suprema injusticia. Denunciada esa persona, adujo una razón de "pura lógica": "El tratado dice 30 días, no habla de noches ...". Aquí nos encontraríamos con el supuesto, generalmente utilizado, de la interpretación puramente exegética, literal, de las palabras. Lo que hizo el ladrón fue "ajustar" los vocablos, pero es evidente la summa iniuria, que no responde al espíritu genérico dentro del cual se había planteado el armisticio.

2. Hechas estas dos observaciones, vayamos al problema de los menores. Tal cual señaló el doctor Della Costa, en Roma la capacidad se adquiría a determinada edad. Esa edad coincide con la pubertad. Se alcanzaba para las mujeres a los doce años y para los varones, siguiendo la tesis proculeyana, a los catorce.

¿Por qué debía coincidir con la pubertad? Si bien no está dicho explícitamente en ninguna parte, advertiremos que los romanos cometieron acá un error lógico. Este estaría pensado de la siguiente manera: quien puede lo más puede lo menos. Quien puede caminar cinco cuadras, obviamente puede caminar tres; quien puede escribir diez páginas, lógicamente puede escribir tres. Y entonces dijeron: si la naturaleza, maestra insobornable, había dotado al hombre de la fuerza de engendrar a los catorce años, nos estaba dando una señal que lo habilitaba para enfrentar la vida. ¿Qué es la importancia de la fuerza de engendrar, la potestas generandi, frente a los negocios como la compraventa, celebrar una estipulación, etc.? Llevados por esta lógica, llegan a la conclusión de que el hombre, por llegar a los 14 años, era plenamente capaz.

Pero esta lógica formal no funciona de acuerdo con la lógica de la vida. Prontamente los romanos se tuvieron que dar cuenta de esta circunstancia. La potestad de engendrar no se puede comparar con la capacidad de realizar negocios. Tener un hijo es un hecho maravilloso, que a los fines vitales del hombre resulta mucho más importante que comprar o vender una casa. Pero estamos hablando de cosas distintas. La naturaleza, al señalar que el joven de 14 años puede engendrar vida, le está indicando que se da el presupuesto básico para que se pueda casar. Pero realizar los negocios del mercado es otra cosa. Para poder efectuarlos con éxito, se necesita experiencia. De no tenerla, ese joven, no obstante que puede engendrar - hacer lo mayor - cometerá errores en los negocios que quiera encarar - hacer lo menor - .

Veamos cómo se planteaba el problema con un sui iuris. A los 14 años había concluido su tutela. Tenía ahora plena capacidad. Dueño de la herencia familiar, este joven, que no debía ser muy distinto de nuestros jóvenes actuales, tenía que enfrentarse con los problemas de la vida.

Es prácticamente un adolescente, y, como suele ocurrir a esa edad, estaba sometido a los caprichos.

Imaginemos que ese joven hubiera quedado prendado de una cuadriga de caballos, ejemplo al cual atino a recurrir puesto que sería lo más análogo a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

un automóvil extranjero, último modelo y cero kilómetro. El joven buscaría comprarlo. Hablaría con el dueño. Este, dándose cuenta de las circunstancias, se podría aprovechar de él sin necesidad, incluso, de recurrir a ningún vicio de la voluntad, ya fuera una maniobra dolosa o algún acto de violencia. Simplemente se mantendría como parte fuerte, y como tal se sentiría, dentro del negocio a realizarse. Viendo el neto interés del joven comprador y luego de exaltar las calidades y bondades de los caballos, le anunciaría un precio muy superior al corriente. El púber terminaría pagando un precio muchas veces más alto que el que correspondería a los valores de mercado. Llevado por su deseo, instigado por su afán de poseer ese bien, aceptaba concluir la operación. Reitero, en este ejemplo, que la compraventa no presentaba vicios consensuales, por lo que resultaba válida y producía todos los efectos jurídicos que surgen de este contrato.

Este problema alcanzó un grado de intensidad muy alarmante. Fue debido a esto que a comienzos del s. II a. C. se aprobó una *lex*, conocida en los manuales como *lex plaetoria*. En rigor, tal como lo demostró acabadamente F. Schulz (*Classical Roman Law*, 1961, pág. 191), el verdadero nombre era *lex laetoria*. Estaba dirigida a garantizar la protección a todos los menores que no hubieran completado la edad de 25 años, sin distinguir si se trataba de varón o mujer, fueran *sui iuris* o *alieni iuris*, y, en el caso de las mujeres, sin mirar si estaban en tutela o no. El remedio, frente al problema ya descrito, era conceder una *actio* contra cualquier tercero que se aprovechara fraudulentamente de la inexperiencia de un minor. Este acto de aprovechamiento es designado como *circumscriptio*. Esta *actio* fue una acción popular penal, y la condena arrastraba la infamia.

Esta *lex laetoria* es la primera donde encontramos la edad de los 25 años y también la denominación de menores. Fue la primera respuesta al problema. Pero tenía un defecto. Se trataba de una *lex minus quam perfecta*, por cuanto si bien tenía prescripta una *sanctio* contra el tercero que realizara la labor de aprovechamiento de la inexperiencia, no sancionaba la nulidad del negocio jurídico celebrado por el minor, el cual continuaba en pie.

3. Esta técnica incompleta no solucionaba el problema. Es aquí donde ahora interviene el *ius*, por la actividad del pretor, quien prontamente lo hacía por la vía de una medida extraordinaria - es decir, que técnicamente no era una *actio* - llamada la *in integrum restitutio*. Mediante ella, el minor que hubiere sufrido los efectos del aprovechamiento de la otra parte lograba la rescisión del negocio acaecido, debiéndose devolver las respectivas prestaciones. El pretor, luego de la cognición de la causa, protegía, con cierta liberalidad al minor. Incluso, como la *lex laetoria* al hablar de *circumscriptio* parecía indicar la presencia de algún dolo, el pretor hacía lugar a la *in integrum restitutio*, aun cuando éste no existiera. Junto a ella, se habla también, aun cuando el tema resulte discutido, de una *exceptio* en favor del minor, para evitar que éste tuviera que efectuar la contraprestación del negocio cuando todavía no la hubiera realizado. Obviamente, en caso de haber existido esta *exceptio*, ello tuvo que haber ocurrido cuando estaba vigente el sistema formulario, por cuanto es una técnica procesal propia del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

mismo.

De este modo, por la vía del ius del pretor, se corrigió la imperfección de la lex laetoria. Pero acá viene el segundo motivo de reflexión. El pretor tuvo un propósito loable, cual era la protección más plena del menor. Pero esta acción tuitiva de la parte débil frente al aprovechamiento de la parte fuerte ¿podía ser tan amplia que dejara sin observar la realidad misma del negocio y el comportamiento de las partes?

Aquí interviene lo que podíamos denominar la naturaleza de las cosas. Si se quiere jurídicamente proteger a alguien, hay que hacerlo de una manera adecuada. Si la acción tuitiva es demasiado generalizada, lo que suele ocurrir es que se ocasiona un perjuicio a la persona protegida. Esto parecería que va contra la lógica formal, a la que me refería anteriormente, porque si se protege totalmente al menor, ¿qué perjuicio podría éste sufrir? Reitero que, desde el punto de vista de la lógica formal, esto es cierto. Pero desde el punto de vista de la realidad de la vida, lo cierto es que proporcionó a los menores toda una serie de inconvenientes. En efecto, no eran muchas las personas que se arriesgaran a celebrar un negocio con un menor, ya que no tenían nunca la certeza de que el negocio quedara firme. Quien decide vender algo es porque espera, con el dinero obtenido, ya adquirir otra cosa o usar de ese dinero para fines propios. Y el tercero corría siempre el riesgo de que el menor de 25 años se presentara ante el pretor y demandara la rescisión del negocio. La experiencia de la *in integrum restitutio* nos revela en su historia que cuando un beneficio jurídico se concede de manera más que amplia y complaciente, ese beneficio termina volviéndose contra el propio beneficiario. Los terceros dudan, y muy seriamente, de celebrar un negocio con él.

4. Por ello hubo que recurrir a una nueva solución. Aquí viene el tercer paso de esta pequeña historia. Había que encontrar una vía que no lesionara al tercero, de tal modo que éste pudiera contratar con cierta firmeza en los negocios celebrados con el menor y, al mismo tiempo, que se pudiera mantener protegido al menor. Por ello, para darle seguridad al tercero de que no iba con posterioridad a pedir la *in integrum restitutio*, el menor se dirigía al pretor para pedirle expresamente el nombramiento de un curator, para el negocio que pensaba realizar. Al estar asistido por un curator, quien lo debía aconsejar respecto del negocio, el menor resignaba alegar la inexperiencia, que ahora quedaba cubierta por la acción del curator.

En principio, esta solución nació para cada caso particular, pero, por razones prácticas, al menor, para no tener que estar pidiendo una y otra vez el nombramiento de un curator, le será permitido petitionar un curator en general, para todos los negocios que realizara hasta sobrepasar la edad de los 25 años. Ya en la época del emperador Marco Aurelio, esta *cura minorum* se convirtió, en virtud de una constitución, en una institución legal. En algunos casos, se sigue manteniendo que el principio general es el de la capacidad de los menores, para lo cual deberán pedir, en el negocio, la autorización del curator. Pero también se admite que el curator se haga cargo directamente de la administración de los bienes del menor. Siendo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

así, ya en la época posclásica, el curador se transforma en un gestor necesario, máxime teniendo en cuenta que se le extenderán las mismas reglas que respecto del tutor (excusas, caución, remoción, etcétera).

De este modo, esta historia nos resulta muy curiosa. Se parte de un principio equívoco, cual es la plena capacidad del joven romano al llegar a la pubertad. Luego una ley, la *lex laetoria*, que, por ser incompleta, debe ser seguida de una medida extraordinaria, la *in integrum restitutio*, que evita generosamente que el menor sufra perjuicios por su inexperiencia. Pero resultando excesivo este favor, la fuerza de las cosas termina conduciendo el problema a sus verdaderos carriles. Desde el momento en que el menor pide un curador, lo que está reconociendo es lisa y llanamente que es un incapaz. Partimos de la plena capacidad y concluimos paradójicamente que es el propio menor el que termina confesando su incapacidad.

5. Aprovechando todos estos movimientos oscilatorios que los romanos experimentaron en su *ius*, es que luego se ha de estructurar todo el derecho occidental posterior. Así, para no caer en el error ya denotado, se ha de establecer que una es la edad para contraer matrimonio y otra muy distinta la edad de lo que luego genéricamente se denominará "mayoría de edad". El matrimonio es una cosa y la administración y disposición de los bienes, en los negocios, es otra cosa distinta.

La fijación de estas edades tendrá sus vericuetos y soluciones propias en cada legislación. Así, entre nosotros, la edad para casarse, fijada en un comienzo en 12 y 14 años, para la mujer y el varón, respectivamente, se elevó a 14 y 16 años, lo que, desde la última reforma, quedará en 16 y 18 años. Pero siempre será una edad distinta que para ser plenamente capaz, que en el Código de Vélez estaba establecida a los 22 años, para quedar luego en los actuales 21 años.

Pero esto no hace al fondo del problema, que sería la no coincidencia básica e inexorable entre ambas capacidades. Se trata de la fijación prudente y razonable que determine el legislador, en un caso para tener no sólo las condiciones naturales de engendrar, sino también la responsabilidad de casarse y fundar una familia, y en el otro, para celebrar plenamente los actos jurídicos. Incluso, en la propia Roma, pareció que la edad de los 25 años fijada en la *lex laetoria* debía ser mitigada. Fue por ello que por una constitución de Constantino se introdujo la *venia aetatis*, de modo tal que se les concedía una suerte de atenuación de su incapacidad. La podían pedir los varones de 20 años y las mujeres de 18 años. Pero esta "habilitación" no les permitía actos de donación, ni tampoco los facultaba para enajenar o pignorar los bienes inmuebles.

La segunda lección que nos deja la historia de las alternativas romanas, en orden a los menores, es que su protección debe ser, por un lado, completa (la *lex laetoria*, que prescribía dureza contra los terceros que se aprovechaban de los menores, no los protegía totalmente). Pero, además, debe ser prudente y razonable en la protección misma, por cuanto cualquier exceso, por más loable que hubiera sido en las intenciones, se termina volviendo, en la medida del exceso, en contra de aquéllos a los que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

busca proteger.
- Aplausos.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - ¿Se dan cuenta cómo los profesores han hecho atractivo un tema que podría no haber resultado tan ameno? Es tiempo que ustedes les transmitan algunas dudas, si es que las tienen.

Luego de unos momentos:

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO. - Parece que no existen dudas, por lo cual damos por cerrado este acto.

Aplausos .

<p>Tema: PROTECCIÓN DE LA PERSONA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO</p>
--

Relatores: PROFESORES DOCTORES STELLA MARIS BIOCCA Y EDUARDO LEOPOLDO FERMÉ

Fecha: 20 DE NOVIEMBRE DE 1991

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO, DOCTOR JORGE HORACIO

ALTERINI. - Hoy realizamos la última de las mesas redondas destinadas a la tutela de la persona, y se la abordará en el derecho internacional privado. Serán expositores dos destacados profesores de derecho internacional privado: la doctora Stella Maris Biocca y el doctor Eduardo Leopoldo Fermé.

La doctora Biocca considerará en particular, según la denominación que ella me ha sugerido, la protección del niño en el derecho internacional privado, y luego el doctor Fermé aportará una serie de pinceladas sobre otros temas que atañen a la tutela de la persona.

Con las sugerencias que ellos formulen, las inquietudes que planteen, los debates que despierten y las preocupaciones o dudas que ustedes nos hagan llegar, se desarrollará esta última mesa redonda.

Doctora Biocca, la escuchamos.

DOCTORA BIOCCA.

Antes de entrar en el tema, quiero decirles que la idea es formular algunos problemas en torno de la protección o de lo que me puede parecer en algunos supuestos la desprotección del niño, pero que apuntan a que luego tengamos un diálogo un tanto más informal, que posiblemente sea más fecundo.

En principio, es bueno recordar que, más allá de toda convención, hay una humanidad con derechos muy anteriores a toda formalidad de las reglas