Lex laetoria. Aspectos procesales de la *cura minorum*

Elena Sánchez Collado
CESS y Ramón Carande

En el antiguo Derecho romano, cuando por razón de la edad terminaba la tutela para los varones, mientras que las mujeres a causa de su sexo caían en tutela perpetua, los varones *sui iuris* que hubiesen alcanzado la edad de la pubertad eran plenamente capaces para realizar toda clase de negocios jurídicos.

Esta regla si pudo resultar menos peligrosa en las épocas en que el tráfico económico presentaba menor complejidad, habría de aparecer más tarde como un principio jurídico en oposición con la realidad y perjudicial para el joven mayor de catorce años, a quien su natural inexperiencia y la falta de plenitud de su desarrollo intelectual acarrearían lógicos perjuicios[1].

Por ello el Derecho positivo romano pretendió poner remedio a esta situación anómala y buscó el modo de organizar una protección para los menores de veinticinco años *(adulescentes)* por tres vías:

1. La *lex* comicial promulgando una *Lex Plaetoria* o *Lex Laetoria de circumscriptione adolescentium*,

2. La de Derecho honorario. A finales de la República, el pretor concedió protección al menor para los casos en que el acreedor le demandase la ejecución del negocio engañoso y perjudicial para sus intereses mediante la *exceptio legis Plaetoriae* y para el supuesto de que el negocio ya se hubiese realizado a través de la *restitutio in integrum propter aetatem*.

3. Y finalmente con la institución de los curadores permanentes.

A estas diversas instituciones jurídicas tendentes a la protección del púber menor de 25 años alude Savigny[2]: "...Primeramente la ley Plaetoria pronunció ciertas penas contra los que se hubiesen enriquecido deslealmente a expensas de un púbero menor de veinticinco años, estableciendo de este modo una demarcación legal entre la edad de la pubertad (catorce o doce años), y la edad

[1] Cfr. ARIAS RAMOS, *Derecho romano*, II *Obligaciones, Familia, Derecho de Sucesiones*, Madrid, 1963, pp. 774 y ss.

[2] Cfr. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. de J. Mecía y M. Poley, t. VI, Madrid (sin fecha), pp. 40 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

de veinticinco años. Más tarde, siguiendo el espíritu de esta ley, prometió el Pretor a los menores una protección mucho más eficaz: me refiero a la restitución contra todo perjuicio atribuible a su edad. Posteriormente, en fin, se estableció para la administración de los bienes de los menores una curatela general semejante a la tutela de los impúberes, si bien con importantes diferencias respecto a ciertos puntos..."

Examinamos a continuación estos diversos medios arbitrados para la protección del menor de 25 años.

1. Lex plaetoria

El origen de la *cura minorum* se suele poner en relación con la *Lex Plaetoria*[3] o *Lex Laetoria de circumscriptione adolescentium*[4] votada, por lo que parece deducirse de algunas frases de las comedias de Plauto hacia el 191 a. de J.C.[5] y cuyas disposiciones no conocemos con exactitud.

Como señala Di Salvo[6] el *Corpus iuris civilis* no menciona la *Lex Laetoria,* que también ignoran las Instituciones de Gayo, así como los epítomes postclásicos. A la misma aluden sin embargo, el Código Teodosiano[7], ciertos fragmentos de la *Lex Iulia municipalis* del 44 a. C. procedentes de las Tablas de Heraclea[8], y algunos pasajes del *Fragmentum de formula fabiana*[9] y de cuatro papiros egipcios.

Citan asimismo la *Lex Laetoria*: Cicerón en *De natura deorum* y en su *De officiis*[10], Suetonio[11] y Plauto en dos de sus obras (*Pséudolo*[12] y *Rudens*[13]).

[3] Tal es el nombre que le da la *Lex Iulia municipalis,* 112 (cfr. RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano,* Milán 1949, p.149).

[4] Con posterioridad, éste es el nombre de uso más frecuente. Cfr. A. TORRENT, voz *Lex Laetoria* (Diccionario de Derecho romano, de próxima publicación, cuyo autor amablemente me ha cedido los originales); *Fragmentum de formula fabiana,* 4, cuyo contenido explicamos en n. 9 (Baviera, *Fontes,* p. 431.); Papyr. Oxy. 1274, 13. Sobre la *Lex Laetoria* Cfr.; DI SALVO *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II secolo a. C,* Nápoles, 1979; WACKE, *Circunscribere, gerechter Preis und Arten der List ZSS,* 94 (1977), pp. 184 y ss.; C. ROOK, *Lex Laetoria, ATH,* 62 (1984), pp. 586 y ss; ANKUM, *Le minor captus et le minor circumscriptus en droit romain, Studi Jaubert,* 1992, pp. 35 y ss.

[5] Sobre la fecha de esta ley, véase ROTONDI, *Leges publicae populi Romani,* Milán 1912 pp. 271 y ss.

[6] Cfr. DI SALVO, *Lex Laetoria,* cit. pp. 3 y ss.

[7] Cfr. CTh. 8.12.2.

[8] *Tab.Her.*111. Parece en efecto, que el verdadero nombre de esta ley (cfr. E. PETIT, *Tratado elemental de Derecho romano,* Madrid, 1926, pp. 161 y ss.) lo sabemos por un documento auténtico: las Tablas de Heraclea que son dos tablas de bronce encontradas entre 1732 y 1735 en Heraclea y que contienen fragmentos de la *Lex Iulia municipalis* del 44 a. C.

[9] *Fr.de form.Fab.* 4. Probablemente el documento que contiene dicho *Fragmentum* sea del siglo IV. (cfr. G.S (AUTEL), en GIRARD-SENN, *Textes de droit romain* [7](Paris 1967), pp. 408 y SS. El *Fragmentum de formula Fabiana* (cfr. A. TORRENT, Diccionario de Derecho romano cit.), es un documento egipcio del siglo IV, conservado en Viena sobre escritura uncial, atribuido a Paulo y relativo a la *formula Fabiana,* en relación con la acción concedida al patrono para la revocación de los actos del liberto realizados en fraude de los intereses del primero.

[10] *De nat. deor.*3.30.74; *de off.* 3.15.61.

[11] *Apud.* Prisc. *Inst.* 8.21 (y 18.149).

[12] *Pseudol.* 294-300.

[13] *Rud.* 1380-82.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

Parece que únicamente puede fijarse con cierta aproximación la fecha de la ley Pletoria por las alusiones contenidas en las comedias de Plauto, particularmente en el *Pséudolo* del 190 a. C.

Como indica Di Salvo[14] en el *Pséudolo*[15] encontramos un fragmento que nos puede permitir fijar con cierta probabilidad la fecha de la *Lex Laetoria*: Calidoro, hijo de Simón, *adulescens,* está enamorado de la cortesana Fenición, esclava del alcahuete Balión, el cual pretende venderla por veinte minas. Dado que el joven no logra reunir el dinero, Balión le aconseja que se lo robe a su padre y ante la negativa de Calidoro, en presencia del siervo de éste Pséudolo, el alcahuete propone al adolescente que pida un préstamo: *Nullus est tibi quem roges mutuum argentum?*

A lo que Calidoro le contesta que para él hasta el nombre de Préstamo ha perecido ya: *Quin nomen quoque iam interiit mutuum* (v. 295) y añade el joven que es mísero en extremo, sin que pueda hallar en ninguna parte ni un numo de plata, pereciendo, tanto por la falta de amor como de dinero: *Nimis miser sum, nummum nusquam reperire argenti queo; ita miser et amore pereo et inopia argentaria.*

Balión le propone a continuación, que compre aceite al fiado y que lo venda al contado, lo que le permitiría fácilmente obtener hasta doscientas minas: *Eme die caeca hercle olivom, id vendito oculata die; iam hercle vel ducentae fieri possunt praesentes minae.*

Calidoro le responde que le pierde además la ley de los veinticinco años[16] y que como consecuencia de ello todos temen conceder crédito: *Perii! Annorum lex me perdit quinavicenaria; metuunt credere omnes.*

Y Balión finalmente le replica que la misma ley rige para él y que teme conceder crédito: *Eadem est mihi lex; metuo credere.*

Para Di Salvo[17], indudablemente se alude aquí a la *lex Laetoria* a la que se denomina *quinavicenaria*. Y añade, que dado que por otra parte, en los manuscritos que conservamos de la obra de Plauto, se indica que la referida comedia fue representada en el 191 a. C, hemos de concluir que la normativa que examinamos no debía ser posterior a tal año. Finalmente, aunque el mismo autor reconoce la dificultad que existe para establecer mayores precisiones, considera que podría fecharse entre los años 200 y 191 a. C.

[14] Cfr. DI SALVO *Lex Laetoria,* cit. pp. 36 y SS.

[15] Cfr. PLAUTO, *Comedias,* t. V. *Pséudolo-Los Tres numos-,* trad. del latín J. VELASCO Y GARCÍA, Valencia, (sin fecha), pp. 30 y SS.

[16] En PLAUTO, *Comedias,* cit. p. 31 n. 3, se indica por el traductor que la ley referida no era otra que la ley Letoria, que a propuesta del tribuno de la plebe Letorio, se dio en el año 264 y que prohibía estipular o hacer pacto a los menores de veinticinco años, anulando los compromisos que adquirieran y persiguiendo criminalmente a los que habían abusado de su inexperiencia. Indicaremos sin embargo, que el tema de la fecha de la ley no es en modo alguno pacífico en la doctrina y así p. ej. DI SALVO, como veremos, considera que es de fecha posterior.

[17] Cfr. *op. cit.* p. 36.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

Mientras que la *Tabula Heracleensis* contempla en su L. 111 la expresión *lege Plaetoria*[18], todas las restantes fuentes, tanto de tradición literaria[19] como papirológica[20] utilizan la denominación de *Laetoria*.

Savigny[21], basándose en la mayor frecuencia con que se utiliza el término *Plaetoria* frente a *Laetoria,* tanto en las inscripciones como en las monedas, se inclinó por el nombre que se le atribuye en las Tablas de Heraclea, lo que supuso un cambio notable respecto de la tendencia doctrinal precedente[22], contribuyendo de manera decisiva a que ésta fuese a partir de entonces la orientación predominante tanto en las sucesivas ediciones de textos ciceronianos[23] como de la *Historia Augusta*.

Indica Di Salvo sin embargo[24], que en el *Fragmentum de formula Fabiana* descubierto con posterioridad a Savigny, en numerosos testimonios papirológicos griegos y latinos, relativos generalmente a aplicaciones en Egipto de la referida ley y en todos los manuscritos que contienen el *De natura deorum,* la *Historia Augusta* y la *Institutio* de Prisciano, se suele utilizar el término *Laetoria*. Y que tan numerosos son los testimonios en que prevalece tal denominación, que puede afirmarse casi con total seguridad, que únicamente se utilizaría esta expresión a partir de la primera mitad del siglo I d. C.

La *gens Laetoria,* probablemente de origen etrusco[25], fue según Suetonio[26] una *gens* plebeya[27], cuyo primer representante de relieve fue el legendario *C. Laetorius,* tribuno de la plebe en el 471 a. C, conocido por su lucha en defensa del derecho de los plebeyos de elegir a sus magistrados[28]. Otros de sus integrantes serían *C. Laetorius,* defensor hasta el final de Cayo Graco en el 121 a. C[29] y *M. Laetorius* que huyó con Mario a África en el 88[30] y que tal vez sería más tarde desterrado por Sila[31].

[18] Concretamente la *Tabula Heracleensis* L. 111 reza: *...queive lege Plaetoria ob eamve rem, quod adversus eam legem fecit fecerit, condemnatus est erit...*

[19] Así por ejemplo CICERÓN *De officiis* 3.15.61: *...circumscriptio adulescentium lege Laetoria; De natura deorum* 3.30.74: *...inde iudicium publicum rei privatae lege Laetoria*; Prisciano *Inst.* 8. 21:... *Laetoria, quae vetat minores anni viginti quinque stipulari...*

[20] Cfr. por ejemplo GIRARD-SENN, *Les lois des Romains*[7], Paris 1977, pp. 312 y ss.

[21] Cfr. SAVIGNY, *Von dem Schutz der Minderjährigen im römischen Recht, und insbesondere von der lex Plaetoria,* in *Vermischte Schriften* (Berlin, 1850) pp. 2330 y ss.

[22] Cuiacio, por ejemplo, siempre utilizó los términos de *lex Laetoria,* intitulando *De lege Laetoria* el capítulo 23, libro 19 de sus *Libri observationum et emendationum (Opera omnia,* Nápoles 1722, pp. 3562 y ss. *)*

[23] Así sucedería a partir de la edición de *de natura deorum* de Heindorf fechada en 1815.

[24] Cfr. *op. cit. ibidem.*

[25] Así lo estiman SCULLARD,(cfr. *Roman politics,* Oxford, (1951), p. 32) y MÜNZER *(Römische Adelspartein und Adelsfamilien,* Darmstadt, 1963, pp. 89 y ss.), dada la procedencia etrusca del nombre.

[26] Cfr. SUETONIO, *Aug.* 5.

[27] En contra se pronuncia MÜNZER (Cfr., *s.v. Laetorius, , P.W.* 12.1 (1924), p. 448) quien considera que fue César o Augusto quien concedió el patriciado a los *Laetorii.*

[28] Cfr. MÜNZER *(op. cit. ibidem).*

[29] Cfr. PLUTARCO, *C. Gr.* 16.6.

[30] APIANO, *bell .civ.* 1271.

[31] Cfr . MÜNZER. *op. cit.* p. 450.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

Sobre los *Laetorii* que vivieron entre los s. III y II a. C, únicamente alude Tito Livio a dos personajes:

1) *C. Laetorius,* edil curul en el 216, pretor en el 210, *decemvir sacris faciundis* en el 209, legado en Grecia de Publio Sempronio Tuditano en el 205 y en la Galia de Lucio Furio Purpúreo en el 200, y fallecido entre los años 194 y 168 a. C[32].

2) Y *L. Laetorius* que fue edil de la plebe junto con *P. Aelius Tubero* en el 202, uno de los *aediles plebis vitio creati.*

En definitiva según Di Salvo[33] los *Laetorii* representarían una familia plebeya con bastante peso específico en la vida política romana en el período que media entre los siglos III al II a. C. Y añade, que presumiblemente podríamos encontrar un Letorio, tribuno de la plebe en la primera década del s. II a. C, en cuanto que la disposición que examinamos fue casi con toda probabilidad un plebiscito, al igual que todas las deliberaciones en materia de derecho privado posteriores a la *lex Hortensia*[34].

Respecto del contenido de la ley que examinamos, parece que creaba un *iudicium publicum,* para perseguir a quien hubiese convertido en víctima de un engaño (*circumscriptio* [35]) al púber *sui iuris* menor de 25 años.

Según testimonio de Cicerón (*De natura deorum* 3.30.74), la ley Pletoria introdujo un *iudicium publicum rei privatae*, es decir, una *actio popularis* de carácter penal e infamante ejercitable por cualquiera *(quivis de populo)*, en interés privado del menor de 25 años, contra el tercero que hubiese abusado de su inexperiencia al tratar con él. La persecución contra el demandado terminaba con la nota de infamia y casi siempre con una multa, además de que el demandado nunca más podía ser nombrado en su caso, decurión (*Lex Iulia municipalis,* 110).

Se cree también, que la Ley Pletoria contenía además otras disposiciones. De un pasaje de la *Lex Iulia municipalis* (líneas 112 a 115) se ha deducido que contemplaba dos acciones: el *iudicium publicum* o *persecutio publica* a los que alude Cicerón y además, una *actio privata* a favor del menor engañado en concepto de indemnización, para obtener la repetición de lo pagado. Para algunos autores[36], esta acción aparecería mencionada por Paulo (cfr. Paulo,

[32] Cfr. Liv. 23. 30. 16. ; 25, 22, 2. 26, 23, 1.

[33] Cfr. *op. cit.* p. 61.

[34] Ésta es la opinión que defiende gran parte de la doctrina: en este sentido se manifiestan ROTONDI en *Scritti giuridici* 1: *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano* pp. 1 ss. (Milán 1922) y CASAVOLA *Lex Cincia. Contributo alla storia delle origini della donazione romana* (Nápoles 1960) pp. 13 y ss. Se adhiere también sustancialmente aunque con alguna reserva SERRAO, *Classi partiti e legge nella reppublica romana* (Pisa 1975) pp. 70 y ss.

[35] *Circumscriptio, -onis:* engaño, abuso. En Cicerón *facere aliquid aperta circumscriptione* significa hacer algo dolosamente, con fraude manifiesto.

[36] Cfr. E. PETIT, *op. cit* . p. 162 n. 2.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

Sentent. I, D.4. 4. 24. 3[37]) y sería esta misma acción la que al implantarse el procedimiento *per formulam* se transformaría en una *exceptio* oponible al que demandase al menor el cumplimiento del negocio en cuestión.

2. Derecho Romano

a) La exceptio legis Laetoriae

La *Lex Laetoria* era una *lex minus quam perfecta* que sin prescribir la nulidad del negocio, fijaba una pena pecuniaria contra los negociantes poco escrupulosos que causaban daño patrimonial a los menores, pena que era exigible a través de la acción popular anteriormente referida.

Pero si el negocio realizado era válido *iure civile,* el pretor desde finales del s. II a. C. intervendría para anular sus efectos concediendo al menor una *exceptio legis Laetoriae,* basada en los mismos requisitos para el ejercicio de la acción penal popular: que el menor hubiese sufrido un daño debido a la *circumscriptio* de la otra parte. El Pretor concedió al menor esta *exceptio*, para el caso de que la parte contraria le exigiera judicialmente el cumplimiento del negocio.

Se hace referencia a la *exceptio* mencionada en Paulo *III ad Plautium* D. 44.1.7.1: *Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fideiussoribus competunt, ut rei iudicatae, doli mali...Idem dicitur, et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum quis fideiusserit, aut pro minore vigintiquinque annis circumscripto; quodsi deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fideiussori danda est exceptio.*

En el indicado fragmento se señala, que a diferencia de las excepciones personalísimas, es decir inherentes a la persona y que no pueden corresponder a los fiadores, las excepciones reales competen también a los fiadores. Sin embargo, tratándose de un menor de veinticinco años, engañado respecto de una cosa, dicho menor no podrá hacer uso de la *exceptio* en tanto no haya obtenido previamente la restitución por entero *(restitutio in integrum)*[38], ni tampoco podrá serle reconocida la excepción al fiador.

A la protección legal deparada al menor por la ley Pletoria se sumaría por tanto, con posterioridad, la del Derecho honorario. Se alude con carácter general al auxilio que prestó el Pretor con su Edicto al menor de 25 años en Ulpiano

[37] Paulo, *Sentent. I,* D.4. 4. 24. 3: *Si servus vel filius familias minorem circumscripserit, pater dominusve , quod ad eum pervenerit, restituere iubendus est, quod non pervenerit, ex peculio eorum praestare; si ex neutro satisfiet et dolus servi intervenerit, aut verberibus castigandus, aut noxae dedendus erit.*

En el indicado fragmento se señala que si un esclavo o un hijo de familia hubiese engañado a un menor, el dueño o el padre deberán, en sus respectivos casos, restituir lo que hubiere llegado a su poder, y si no les hubiere llegado nada deberán pagar lo que corresponda al menor con cargo al peculio del esclavo o del hijo en su caso. Si ni de una, ni de otra manera, dieran el dueño o el padre en su caso, satisfacción por el engaño de que fuera objeto el menor y hubiere mediado dolo del esclavo, éste deberá ser castigado con azotes o ser entregado en noxa, debiendo también si procediere, ser castigado el hijo de familia que hubiere actuado con dolo.

[38] Esto es tal vez debido, a que una vez que el negocio hubiese sido llevado ya a términos de ejecución, ya no procede la *exceptio*, sino la *restitutio in integrum*.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

XI ad Ed. D.4.4.1.1: 1. *Hoc Edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam quum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium iis Praetor hoc Edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem.* 1.- *Praetor edicit: Quod cum minore, quam vigintiquinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.*

En este texto se indica que siguiendo la justicia natural y teniendo en cuenta el frágil y débil juicio de los menores de 25 años, sujetos a muchos posibles engaños y expuestos a las asechanzas de mucha gente, el Pretor les prometió auxilio y ayuda contra tales engaños con un edicto por virtud del cual el propio Pretor sancionaría, según lo que cada caso exigiere, el negocio que se alegare haberse realizado con un menor de 25 años.

b) La restitutio in integrum propter aetatem

Savigny[39] indica que la *restitutio in integrum* pretoriana puede definirse como el "restablecimiento de un estado anterior de derecho motivado por una oposición entre la equidad y el derecho riguroso y operado por el poder del pretor, que modifica con conocimiento de causa el derecho realmente adquirido".

Añade Savigny[40] que es condición indispensable de toda restitución la existencia de una *iusta causa,* es decir, se requiere un estado anormal que haga preciso este recurso extraordinario, por excepción a las reglas ordinarias del derecho. En el motivo de la restitución es donde principalmente se muestra la independencia absoluta del magistrado, independencia que constituye el carácter esencial de la restitución[41].

La *restitutio in integrum* constituye la manifestación más radical del *imperium* del magistrado en el campo de la protección jurídica. Por virtud de la misma, el magistrado, en reparación de perjuicios que estimase injustos, aunque se hubiesen originado de actos perfectamente legales, daba por no celebrados tales actos y colocaba, por tanto, a las personas y cosas por ellos afectadas en la situación anterior a su acaecimiento, como si tales actos no hubiesen ocurrido. Se anulaba por tanto de plano una situación, ya sea de carácter formal o material, para volver a un estado jurídico anterior.

En atención a su gravedad, es lógico que la *restitutio in integrum* tuviese carácter supletorio extraordinario y sólo se concediese cuando no hubiese otra

[39] Cfr. SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano actual*, t. VI, pp. 10 y ss.

[40] Cfr. *Sistema... cit.* pp. 30 y ss.

[41] A esta orientación responde Modestino *VIII Pandect.* D. 4.1.3: *Omnes in integrum restitutiones causa cognita a Praetore promittuntur; scilicet ut iustitiam earum causarum examinet, an verae sint, quarum nomine singulis subvenit.* En efecto, en este texto se destaca que todas las restituciones por entero son prometidas por el Pretor previa cognición de causa, una vez que hubiese examinado si son justas las causas por las que concede su protección y si responden a los hechos alegados.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

vía apta para la reparación del perjuicio. Había, sin embargo algunos casos, como los de *dolus* y *metus,* en los que no obstante la existencia de otros medios judiciales, podía decretarse la *restitutio in integrum.*

El pretor no la ordenaba, generalmente, sin inquisición previa de las circunstancias que la justificaban *(cognita causa).* Otorgada al principio particularmente, caso por caso, poco a poco se fue formando en la primera parte del edicto una lista expresiva de las causas por las que sería concedida, que los juristas clásicos agrupan y clasifican en sus obras: *ob aetatem , ob absentiam, ob capitis deminutionem, ob errorem, ob metum, ob dolum,* y *ob fraudem creditorum* (cfr. Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4.1.1 y Paulo *I Sent.* D. 4.1.2).[42]

Con posterioridad, la *in integrum restitutio* evolucionaría también en el sentido de que, en vez de una orden pretoria, cuyas consecuencias actuaban las partes luego por los medios procesales o extraprocesales adecuados, pasó a ser un verdadero derecho subjetivo de impugnación, basado en normas legales, que, como los demás, se hacía valer por los cauces ordinarios de la *actio* o de la *exceptio*[43].

Circunscribiéndonos aquí a la *restitutio in integrum propter aetatem,* indicaremos que el Pretor la otorgaba si el negocio hubiese sido llevado ya a términos de ejecución, - y siempre que del mismo se derivase para el menor algún daño o desventaja, incluso sin mediar engaño intencionado. La promesa de la *restitutio in integrum* formulada por el pretor abarcaba por tanto, no sólo la hipótesis del engaño sino también algunas otras y podía solicitarse por el menor cuando hubiera sufrido un perjuicio, aunque no hubiese *circumscriptio.*

Con referencia a la restitución cuyo motivo lo constituye la menor edad, señala Savigny[44] que el pensamiento fundamental de esta institución era el de proteger a los púberes menores de 25 años, evitando por medio de la restitución las consecuencias desgraciadas que podían resultar para ellos de sus propios actos u omisiones, o de las acciones u omisiones de sus tutores o curadores. Añade Savigny, que naturalmente debe entenderse así tan sólo, cuando el tutor o el curador fuesen culpables de negligencia, pero no cuando un acto de buena administración entrañe un perjuicio accidental.

Para que el menor pueda obtener la restitución se requiere[45]:

1°) Que dicho menor haya sido perjudicado, condición que debe entenderse en un sentido amplio. Existe perjuicio cuando disminuye el patrimonio del menor o se omite realizar una buena adquisición u obtener alguna ganancia (Ulpiano *V Opinionum,* D. 4. 4. 44)[46].

[42] Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4.1.1: *Utilitas huius Tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc Titulo plurifariam Praetor hominibus vel lapsis, vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderunt in captionem,*

Paulo *I Sent.* D. 4.1.2. *sive per status mutationem, aut iustum errorem.*

[43] Cfr. V. LEVY, *Zur nachklassischen "in integrum restitutio",* en *ZSS,* 68, 1951, pp. 360 y ss.

[44] Cfr. *Sistema cit.* Pp. 40 y ss.

[45] Cfr. E. PETIT, *op. cit.* p. 163.

[46] Cfr. también Ulpiano *X ad. Ed.* D. 4. 4. 6: *Minoribus vigintiquinque annis subvenitur per in integrum restitutionem non solum, quum de bonis eorum aliquid minuitur, sed etiam quum intersit*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

2°) Que el perjuicio proceda del defecto de edad, es decir, de la *infirmitas aetatis*. La restitución se concede contra los actos del menor, contra los que hizo con el consentimiento del curador en la época en se estableció la curatela, o contra los que el pupilo hizo contra la *auctoritas* del tutor[47]. El menor no puede nunca hacerse restituir contra el daño que resultase de un caso fortuito, o que fuese consecuencia de su dolo o de su delito[48].

3°) Que el menor no tuviese ningún otro recurso, si por el común auxilio y el mero Derecho el menor estuviera amparado, no debe concedérsele el auxilio extraordinario[49].

El menor, durante su minoría podía pedir la *restitutio in integrum*[50] y también durante el término de un año útil desde que cumpliere los veinticinco años[51]. El año útil se calculaba contando solamente los días fastos y tenía una duración variable. Justiniano lo sustituyó por un término de cuatro años continuos[52]. Se trataba de una verdadera nulidad relativa establecida en beneficio del menor[53]. Sin embargo, el acto se hacía invulnerable después de la expiración del término, o por la ratificación del menor al ser mayor[54].

Estima Savigny[55] que merece especial atención el caso de restitución contra los actos de un hijo menor sometido al poder paterno o contra los actos de un esclavo, también menor de edad:

a) Para el caso del menor sometido al poder paterno, dicho menor debe ser restituido contra todos los actos que le causen perjuicio, sin que la restitución pueda nunca aprovechar al padre (Ulpiano *XI ad Ed.*, D. 4. 4. 3. 4[56]).

De este modo, cuando un menor descuida adquirir o repudia una propiedad que según los principios generales del derecho hubiera debido volver a su padre, es inadmisible la restitución (Paulo *I Decretorum,* D. 4. 4. 38. 1[57]).

---

ipsorum litibus et sumtibus non vexari. Texto en el que se indica que se auxilia a los menores de veinticinco años con la restitución total, no sólo cuando su patrimonio disminuye en algo, sino también cuando les interese no ser molestados con pleitos, ni gastos.

[47] Cfr. *Imp.* Alexander *A.* Martianae, C. 2. 25. 2: *Minoribus annis viginti quinque ...si circumventi sunt, placuit.*

[48] Cfr. Ulpiano *XI ad. Ed.*.D. 4. 4. 9. 2.

[49] Cfr. Ulpiano *XI ad. Ed.* D. 4. 4. 16. pr.

[50] Cfr. *Impp.* Diocletianus *et* Maximianus *AA. et CC.* Rufo, C. 2. 22. 5. 1: *Ante impletum etiam quintum et vicesimum annum..., minores posse in integrum restitutionem implorare, certissimi iuris est.*

[51] En Ulpiano *XIII ad. Ed.* D.4.4.19 se admite además, que el heredero menor del difunto fallecido antes de expirar el plazo del año para reclamar la restitución total, plazo que se computa desde que cumpliere los veinticinco años, podrá una vez cumplidos los veinticinco hacer uso de este derecho tan sólo por el tiempo que faltase a su causante.

[52] Cfr. *Imp.* Iustinianus *A.* Ioanni *P.P.,* C. 2. 53. 7: *Supervacuam differentiam utilis anni...ponendam contestationem finiendamque litem.*

[53] Hemos de tener en cuenta sin embargo, que en Ulpiano *XI ad. Ed.* D.4.4.18.5 no sólo se concede la restitución total a los menores, sino también a sus sucesores, aunque sean mayores.

[54] Cfr. Ulpiano *XI ad Ed.*, D. 4. 4. 3. 1: *Si quis cum minore contraxerit...restitutionem cessare*

[55] Cfr. SAVIGNY, *Sist. cit.* p. 44.

[56] Cfr. Ulpiano *XI ad Ed.*, D. 4. 4. 3. 4: *Sed utrum solis patribus familiarum...ut per eos etiam maioribus subveniatur, id est patribus eorum...*

[57] Cfr. Paulo *I Decretorum,* D. 4. 4. 38. 1: *Quo dicitur, non solere filiisfamilias...quum patri acquirere possunt.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

El menor por el contrario, puede ser restituido cuando rehusa un legado o una sucesión que deba volver a él después de la muerte de su padre, y también cuando rehusa un derecho puramente personal, fuera de los bienes ordinarios, tal como el legado de un *ius militae*[58] (Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 3. 7[59]).

Lo mismo sucede si descuida adquirir o enajena un bien que debiera formar parte del peculio castrense. Como indica Pomponio, cuando después de la muerte del menor vuelve al padre un bien de tal naturaleza, puede éste reclamar la restitución a que tenía derecho su hijo, de igual modo que el heredero verdadero puede obtener la restitución de lo que pertenecía al menor, su causante (Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 3. 9; 10)[60].

Añade Savigny[61] que cuando un menor sometido al poder paterno contrae una deuda, puede ser perseguido ya durante la existencia, ya después de la disolución del poder paterno. Pero el padre puede ser también perseguido principalmente en virtud de la *actio quod iussu* si ha encargado al hijo recibir la suma prestada, o en virtud de la *actio de peculio* si existe un peculio[62]. Y siguiendo esta misma regla, el hijo perseguido por el acreedor puede hacerse restituir; mas para el padre no cabe restitución contra la *actio quod iussu* o *de peculio* (Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 3. 4).

Por excepción[63], y según parece desprenderse de Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 3. 4, el hijo menor que contrajere un préstamo con el consentimiento de su padre no tiene derecho a restitución. En efecto, en este fragmento se indica que excepcionalmente, en el préstamo mutuo, si el hijo recibió dinero prestado con autorización del padre no se le auxilia[64].

Según Savigny[65], los antiguos autores[66] hubieron de recurrir en sus dificultades a las razones más aventuradas para explicar esta excepción relativa al

[58] Indica Cfr. SAVIGNY, *Sist. cit.* p. 45. n. *(k)* que el *ius militae* era un derecho que tenía por objeto el entretinimiento de la vida. El legado de un *ius militae,* es en definitiva el legado de un empleo civil, que es algo inherente a la persona. No olvidemos que el verbo *milito, -as, -are* significa además de servir como soldado, emplearse, destinarse, servir para algo.

[59] Cfr. Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 3. 7: *Si quid minori fuerit filiofamilias legatum post mortem patris,...quum hanc patri non acquireret, sed ipse haberet.*

[60] Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 3. 9: *Pomponius adiicit, ex his causis, ex quibus in re peculiari filii familias restituuntur, posse et patrem, quasi heredem, nomine filii post obitum eius impetrare cognitionem.*

Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 3. 10: *Si autem filiusfamilias sit, qui castrense peculium habeat, procul dubio ex his, quae ad castrense peculium spectant, in integrum restituendus erit, quasi in proprio patrimonio captus.*

[61] Cfr. SAVIGNY, *Sist. cit.* p. 45.

[62] Cfr. Gayo *IX ad Ed. provinciale* D. 14. 5. 1: *Omnia Proconsul agit..sive neutrum eorum sit, de peculio actionem constituit.*

[63] Excepción que en opinión de SAVIGNY, cfr. *Sist. cit.* p. 46 es del todo infundada.

[64] Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 3. 4: *...excepta mutui datione; in hanc enim, si iussu patris mutuam pecuniam accepit, non adiuvatur...*

[65] Cfr. SAVIGNY, *Sist. cit.* p. 432.

[66] Cfr. Azón en L,2,C, *de fil.fam.min.*; Glosa en L.3.§4. *D. de min.*; Cuiacio en L.3, § 4, D. *De min. Opp.* t. I, p. 989.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

préstamo. Y así señalaron por ejemplo, que dado que el Senadoconsulto Macedoniano dado a propósito del préstamo de dinero es algunas veces muy riguroso, la excepción que nos ocupa procuraría al menos al acreedor su pequeño beneficio con respecto a dicho rigor. Además, los acreedores de los menores son, en general, poco dignos de estimación. Si existe uno bastante honrado para no querer prestar sin el consentimiento del padre, esta lealtad poco común merece ser recompensada por una excepción especial a las reglas generales del derecho. Y en apoyo de esta última consideración, indica Savigny[67], que se cita incluso un texto de la Santas Escrituras[68].

b) Respecto de la cuestión relativa al esclavo menor, señala Savigny que el esclavo ya durante la existencia de la esclavitud, ya después de la manumisión, no queda nunca obligado por sus contratos anteriores a dicha manumisión. La falta de interés hace pues, inútil la restitución.

Este criterio es el que se contempla en Ulpiano *XI ad. Ed.* D. 4. 4. 3. 11[69], en que se señala que el esclavo menor de veinticinco años de ninguna manera podrá obtener la restitución, porque se toma en consideración la persona del dueño, quien deberá sufrir las consecuencias de haber confiado el asunto a un menor.

Cuando el *dominus* es quien se obliga no puede obtener más restitución que la que en su caso lograría el padre obligado por los contratos de su hijo menor.

Excepcionalmente, en un solo caso se concede la restitución de un esclavo menor: concretamente, cuando dicho esclavo hubiese sido inducido a realizar un acto que comprometa la ejecución de un fideicomiso del que se haga depender su libertad. En este sentido, se establece en Ulpiano *XI ad. Ed.* D. 4. 4. 5[70], que tratándose de un esclavo a quien se debía ya conceder la libertad otorgada en un fideicomiso, y que hubiese sido engañado al retrasarse su asunto, es conveniente que el pretor le auxilie.

Examinaremos a continuación muy especialmente dentro de los textos relativos a la *restitutio in integrum propter aetatem,* incluidos en el D. 4. 4, bajo la rúbrica: *De minoribus vigintiquinque* annis, un texto de Ulpiano, que ha sido objeto de interpretaciones divergentes en la doctrina romanística. En Ulpiano *XI ad. Ed.* D. 4. 4. 13 . pr.[71] se indica que al conocer de la causa deberá

[67] Cfr. SAVIGNY, *ibidem.*

[68] Concretamente, el Evangelio según San Lucas, c. XV, v. 7: "Os digo que habrá más alegría en el cielo por un solo pecador que haga penitencia, que por noventa y nueve justos que no tengan necesidad de ella".

[69] Cfr. Ulpiano *XI ad. Ed.* D. 4. 4. 3. 11: *Servus autem minor annis vigintiquinque nullo modo restitui poterit, quoniam domini persona spectatur, qui sibi debebit imputare, cur minori rem commisit...*

[70] Ulpiano *XI ad. Ed.* D. 4. 4. 5: *Si tamen is servus fuit, cui fideicommissaria libertas debebatur praesens, et fuit captus, quum re mora ei fit, poterit dici, Praetorem ei succurrere oportere.*

[71] Ulpiano *XI ad. Ed.* D. 4. 4. 13 . pr. : *In causae cognitione versabitur...in integrum restitutiones perpendae sunt.*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

examinarse si procede auxiliar sólo al menor o también a los que por él se obligaron como, por ejemplo, los fiadores. El pretor deberá considerar por tanto, a quien debe auxiliar preferentemente, si al acreedor o al fiador. Respecto de la cuestión de si deberá el menor solicitar la restitución total contra el acreedor o contra el fiador, Ulpiano considera más seguro que la solicite contra ambos.

La discusión se ha centrado fundamentalmente en Ulpiano *XI ad. Ed.* D. 4. 4. 13. 1, que literalmente dispone en su primer inciso: *Interdum autem restitutio et in rem datur minori, id est adversus rei eius possessorem, licet cum eo non sit contractum; utputa rem a minore emisti et alli vendidisti, potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat, vel re sua careat; et hoc vel cognitione Praetoria, vel rescissa alienatione, dato in rem iudicio.*

En el indicado fragmento se señala que, en ocasiones, también se concede al menor la restitución con efectos reales, es decir, contra el que sea el poseedor de la cosa, aunque no se haya contratado con él. Si la cosa comprada a un menor hubiese sido vendida a otro, puede el menor pretender la restitución contra el poseedor, a fin de no perder la cosa o evitar el quedar privado de ella, y ya sea esto por la cognición del pretor, ya sea mediante rescisión de la enajenación mediante el ejercicio de la acción reivindicatoria.

Como pone de relieve Álvaro D´Ors[72] en este texto habla Ulpiano de una doble vía para que el *minor* obtenga la *restitutio in integrum*: una *cognitione praetoria,* y otra, *rescissa alienatione dato in rem iudicio.*

Según Kupisch[73], se haría aquí referencia a dos acciones posibles: una, personal, que sería una acción *in factum* por la que el juez podía condenar a restituir (restitución judicial) y otra la conocida acción *in rem* como dice expresamente el texto, es decir, la acción rescisoria con ficción de no haber habido enajenación. (restitución pretoria). Para

Kupisch, la acción que normalmente derivaba de la *cognitio praetoria* no era la rescisoria, sino la personal *in factum*. Esta acción *in factum* se daría contra el primer adquirente, en tanto que la acción real rescisoria resultaría necesaria en el supuesto de que la cosa enajenada se hallase en propiedad de un subadquirente.

Según Álvaro D´Ors[74] la duplicidad de recursos a que alude Ulpiano en D. 4. 4. 13. 1 debe explicarse de otro modo: en el texto precitado la restitución de efecto real se concede al *minor* para que o bien "no pierda" lo que es suyo o bien "no se vea privado de ello" *(ne rem suam perdat vel re sua careat)*. Para perder una cosa hace falta tenerla, en tanto que el verse privado de ella presupone que es otro quien la retiene. Ulpiano está pensando en un recurso defensivo del *minor* y en otro agresivo para recuperar lo que no retiene: para lo

[72] Cfr. ÁLVARO D´ORS, *La acción del menor restituido (crítica a Kupisch), AHDE* 49, Madrid, 1979, pp. 297 y ss.

[73] Cfr. KUPISCH, *In integrum restitutio und vindicatio utilis* (1974) , pp. 61- 122.

[74] Cfr. *op. cit.* p. 301.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

primero basta una *exceptio,* pero si no es el *minor* quien retiene, sino el adversario, el pretor debe dar al *minor* una acción. Y concluye D´Ors afirmando que la expresión *cognitione praetoria* se refiere a la excepción y que *rescissa alienatione dato in rem iudicio,* se refiere a la acción, y precisamente a una acción "real" y "rescisoria", es decir, la *vindicatio utilis.* La *restitutio* puede pues, tener esos dos efectos, uno negativo, y "a veces" otro positivo, incluso contra el subadquirente, aunque el *minor* no haya contratado con él *(licet cum eo non sit contractum).*

Indicaremos finalmente, que la *restitutio in integrum* representó para el menor una protección más eficaz y completa que la *Lex Plaetoria,* pero que al igual que esta última, también supuso una amenaza para los terceros que contratasen con el menor, privándoles de toda seguridad en sus adquisiciones. Hubo por ello que recurrir a un tercer remedio: la curatela, que por de pronto, no hizo desaparecer ni la ley Pletoria, ni la *restitutio in integrum* en beneficio de los menores.

3. *Cura Minorum*

Probablemente, no porque la Ley Pletoria lo estableciese así, sino a causa de sus disposiciones, se fue generalizando la costumbre de que el menor de 25 años fuese asistido en la conclusión de negocios jurídicos por un *curator.* En efecto, no se sabe si fue la propia ley la que instauró el *curator*, o bien la creación de éste se debió al Pretor. Este *curator* originariamente estaba muy lejos de constituir un cargo análogo al de tutor tal como aparece en el Derecho justinianeo. Presentaba las siguientes características:

a) Su existencia no era obligatoria: el magistrado lo designaba únicamente al menor que lo solicitaba.

b) Su nombramiento no tenía carácter general y permanente, sino que se le designaba para un determinado negocio.

c) Su misión era simplemente la de un consejero experimentado, careciendo de facultades de *administratio* del patrimonio del menor, el cual seguía siendo capaz de concluir cualquier negocio jurídico.

La eficacia de la actuación del *curator* era puramente de hecho: el menor adquiría la confianza proporcionada por la opinión de un consejero imparcial y experto; el contratante desaprensivo perdía las esperanzas de aprovecharse de la poca edad de aquél, mientras que el contratante serio y probo veía bien la intervención de una persona madura y experimentada, que alejaba en el menor todo recelo.

La intervención del curador no impedía que respecto del acto en cuestión se ejercitasen, si procediesen, las persecuciones creadas por la Ley Pletoria.

d) La única forma de nombrar curador era la designación hecha por el magistrado: sólo había curadores dativos.

Todas estas características fueron modificadas, sin embargo es difícil señalar las épocas en las que fueron implantándose las transformaciones. La moderna labor crítica sobre interpolaciones centra en la época justinianea muchas de las reformas que en el Digesto aparecen ya como implantadas en textos de jurisconsultos clásicos.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

Por lo que respecta a la desaparición del carácter voluntario de esta curaduría y, consiguientemente, a su obligatoriedad para todos los púberes menores de 25 años, podemos indicar que ni siquiera en el Derecho justinianeo se puede asegurar con absoluta certeza. La generalidad de los intérpretes se inclinan por su obligatoriedad, pero aún quedan en la compilación justinianea algunos textos que presentan la petición del curador como facultativa.

Si originariamente se nombraba al menor un curador para algún asunto determinado, ad certam causam, Marco Aurelio introdujo un cambio radical al disponer que los menores pudieran pedir curadores permanentes, cuyas funciones durasen toda la minoría de edad[75]. Esta curatela era aplicable a los menores de ambos sexos y por tanto, también a las jóvenes púberes sui iuris, por cuanto que la tutela perpetua tendía cada vez más a desaparecer.

En un principio, cualquier menor que lo solicitase podía tener un curador permanente[76]. Sin embargo, los terceros que contratasen con el menor podían forzarle a hacerse nombrar un curador especial en los siguientes casos:

1°) Para sostener un proceso[77].

2°) Para recibir las cuentas de la tutela[78] y

3°) Para recibir un pago[79].

A partir de Marco Aurelio, los menores de ambos sexos podían tener o no curador. El menor que no tenía curador era plenamente capaz, salvo el beneficio de la restititutio in integrum[80]. Respecto del menor asistido de curador, en un principio fue considerado capaz, aún siendo el curador el encargado de gestionar su patrimonio, de suerte que si obrare solo para contraer una obligación, el acto se consideraba válido, lo que sucedía en tiempos de Modestino[81].

Bajo Diocleciano sin embargo, se terminó por considerar que el menor que pretendiese un curador, atestigua él mismo su incapacidad. Tiene de hecho

[75] Cfr. J. Capitolino, Marco Aurelio, 10:...*De curatoribus..., ita statuit ut omnes adulti curatores acciperent non redditis causis.*

[76] Cfr. Papiniano *XI Quaestionum,* D. 26. 5. 13. 2: *Sed si puella duodecim annum impleverit, tutor desinit esse ...fides inquisitionis pro vinculo cedet cautionis.*

[77] Cfr. I. 1. 23. 2: *Item inviti adolescentes curatores non accipiunt, praeterquam in litem; curator enim et ad certam causam dari potest,* texto en el que se indica que los adolescentes no reciben curadores contra su voluntad, salvo para pleito.

[78] Cfr. Gordiano a Dionisio, C. 5. 31. 7: *Admone eam, quae quondam pupilla tua fuit...petere curatorem non vetaberis.* Por virtud de esta constitución, se recomienda al tutor cuya pupila hubiere contraído matrimonio, que le advierta sobre la conveniencia de solicitar un curador, permitiendo a dicho tutor si la pupila no lo solicitare y a fin de rendir más pronto las cuentas de su administración acudir al juez competente para reclamar el nombramiento de un curador.

[79] Cfr. Ulpiano *XI ad Ed.* D. 4. 4. 7. 2: *Sed et si ei pecunia a debitore paterno...auditurum non esse;* texto en el que se señala que si un menor demandare a su deudor debe presentar sus curadores, de otro modo no se podrá compeler al deudor al pago del dinero.

[80] Cfr. Diocleciano y Maximiano, a Attiano, C. 2. 22. 3. §. 2: *Si vero sine curatore constitutus contractum fecisti, implorare in integrum restitutionem, si necdum tempora praefinita excesserint, causa cognita non prohiberis*; fragmento que posibilita que el menor que contratare sin curador reclame la restitución por entero, conocida la causa, siempre que no hubiere aún transcurrido el plazo prefijado.

[81] Cfr. Modestino *IV Praesc.* , D. 45. 1. 101.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

una incapacidad legal y se le trata como a un pupilo maior infantia, o en ciertos casos como a un pródigo interdicto[82].

Progresivamente, se aproximaría cada vez más la curatela al tutela, quedando obligado el curador a rendir cuentas al final de su gestión con la misma responsabilidad que el tutor y por otra parte, a prestar su consentimiento en los casos en que el tutor diese su auctoritas[83].

En el Derecho justinianeo finalmente, el curator es un administrador estable y el menor ha de contar con él en todo caso, afirmándose claramente el principio de que la plena capacidad de obrar se alcanza a los veinticinco años. Indicaremos sin embargo, que Justiniano, siguiendo los consejos de Triboniano[84] eliminó la inseguridad que suponía para el deudor que hubiere pagado a un menor asistido de su curador de quedar expuesto a pagar una segunda vez si mediare una restitutio in integrum y resolvió que verificándose el nombramiento de los curadores con todas las formalidades, pudiere el deudor, sin gastos, obtener una sentencia judicial autorizándole para el cobro de su crédito. Cumplidos todos estos requisitos, el pago realizado por el deudor se convertía en invulnerable[85].

Hacia finales del siglo III d. C se dio el nombre de venia aetatis a un beneficio particular, concedido por los emperadores mediante rescripto a los menores de veinticinco años que lo solicitaran, siempre que los varones fueran mayores de veinte años y las mujeres de dieciocho. Tal venia hacía cesar su incapacidad de obrar, su sujeción a curatela permanente, así como su derecho a reclamar la restitutio in integrum. Su capacidad sin embargo, no quedaba plenamente equiparada a la de los mayores de veinticinco años, porque existían determinados actos como las donaciones, o las enajenaciones de bienes inmuebles que les estaban vedados.

4. La recepción y el derecho actual

La tutela romana presentaba una fisonomía muy particular, cuyo rasgo más saliente consistía en la distinción entre dos clases de guardaduría: tutela y curatela.

Parece que estas dos manifestaciones de la institución no se diferenciaron principalmente por el objeto –cuidado de la persona y bienes, o sólo de éstos, sino porque la esencia de la tutela consistía en la auctoritas interpositio, es decir, en la cooperación del tutor en la celebración de actos jurídicos a la cual podía ir unida la gestio, pero sin que ello fuera necesario; mientras que en la curaduría, esta gestio –administración de los bienes y celebración de actos

[82] Cfr. Diocleciano y Maximiano, a Attiano, C. 2. 22. 3.
[83] Cfr. Diocleciano y Maximiano, a Gemaca, C. 3. 6. 2.
[84] Cfr. EUGÈNE PETIT, *op. cit.* p. 165.
[85] Cfr. Justiniano a Juliano, C. 5. 37. 25.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

jurídicos en nombre y sin intervención del pupilo– era esencial[86]. La tutela conoció dos modalidades tutela impuberum y tutela mulierum que desaparecería muy pronto, mientras que la curatela admitiría además de los casos de cura minorum, la cura furiosi y la cura prodigi, además de algunos otros con atribuciones limitadas.

En el Derecho histórico español, la tutela aparece organizada según dos tipos distintos, de respectiva inspiración germánica y romana:

1) El sistema gótico o nacional, cuyos rasgos más destacados, según Ossorio Morales[87], son: a) la unidad institucional, frente a la bifurcación romana, designando la institución como guarda o tutela; b) la atribución de su ejercicio a los parientes más próximos, que la ejercían, según la concepción germánica, colectivamente, o cuando menos, mediante delegación en uno de ellos. Este sistema es el que aparece reflejado en las fuentes visigodas escritas, Fuero Juzgo[88], Fueros municipales, Fuero Viejo y Fuero Real.

2) Las Partidas introdujeron el sistema tutelar romano y con él, la tutela unipersonal[89], la curatela y la tutela testamentaria, desconocidas por las legislaciones germánicas[90]. Este Cuerpo legal, junto con la Ley de Enjuiciamiento civil de 1881, constituyó el Derecho vigente hasta la publicación del Código. En las Partidas, el régimen tutelar estaba constituido por la tutela, la curatela en sus tres variedades (ad bona, ejemplar y ad litem) y la intervención de la autoridad judicial, que completaba la guarda legal en cualquiera de estas especies[91].

[86] Cfr. SOHM-MITTEIS-WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts,* 17ª ed., Munich-Leipzig, 1923 (reimpresión 1949); LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho civil IV, Derecho de Familia,* Barcelona 1982, p. 772; cfr. también J.CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español común y foral,* tomo V: Derecho de Familia, vol. 2º: Relaciones paterno-filiales y tutelares, Madrid, 1985, p. 401.

[87] Cfr. OSSORIO MORALES, *La pluralidad de tutores,* Granada, 1938, pp. 23 y ss.

[88] En el Fuero Juzgo, libro IV, título III *(Titol de los huérfanos é de los que los defienden)* (cfr. Fuero Juzgo, en latín y castellano, cotejado con los más antiguos y preciosos códices por la Real Academia Española, Madrid, 1815, p. 74), se establece que *si el padre fuere muerto, la madre deve aver los filios de menor edad en su guarda, si ella quisiere e si se non casare... E si la madre se quisiere casar e alguno de los fiios fuere de edad de XX annos fasta XXX, este deve aver los otros hermanos e las sus cosas en guarda...E si los hermanos non fueren de tal edad, estonze el tío o el fiio del tío deve aver la guarda dellos... E si el tío o el fiio del tío non es tal, que lo deva aver, estonze el juez lo dé á alguno de los otros parientes....*

[89] Por excepción, se admitía en algún caso la pluralidad de tutores. Cfr. OSSORIO MORALES, *op. cit.* p. 23.

[90] Sobre la regulación de la guarda legal en las Partidas, cfr. PESET REIG, *Los antecedentes de la unión de la tutela y la curatela en el Código civil español,* en RCDI, 1971, pp. 301-311; VALDÉS VALENTÍN-GAMAZO, *Evolución histórica de las instituciones tutelares (Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares),* Madrid, 1984, pp. 19-53.

[91] Tan noble y elevada misión pareció a Alfonso X el Sabio la de defender a los huérfanos, que estableció que el Rey hubiese de entender en las alzadas que hiciesen en sus pleitos, pues si *era tenudo de guardar todos los de su tierra, señaladamente lo debía facer a ellos por ser como desamparados e más sin consejo que los otros* (Ley 20, tit. XIII, Partida 3ª).

El varón menor de catorce años y la hembra menor de doce necesitaban de tutela y desde dichas edades hasta la mayoría (veinticinco años) de curatela, la cual también amparaba a los

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

Tanto el Proyecto del Código civil de 1821 como fundamentalmente, el de 1851 acusan la influencia del sistema tutelar adoptado por el Código civil francés de 1804, integrado por el tutor, protutor y el Consejo de familia, aunque probablemente sus autores, no pretendieron separarse excesivamente del derecho de Partidas[92].

De este modo, el proyecto de 1851 no llegó a suprimir la dualidad de formas de protección –tutela y curatela–, regulando la curaduría para los mayores de edad incapaces de administrar sus bienes (loco o demente; sordomudo que no sepa leer ni escribir, pródigo y el que está sufriendo interdicción civil)[93].

La Ley de Enjuiciamiento civil de 1881 reguló asimismo el nombramiento de un "curador para los bienes" de los menores de edad, de un "curador ejemplar" (para los judicialmente incapacitados para administrar sus bienes) y de un "curador para pleitos", es decir, para la representación en juicio de los menores de veinticinco años sometidos a patria potestad, tutela o curatela, cuyos titulares no pudieran representarlos con arreglo a las leyes.

El Código civil en su redacción originaria (arts 199 a 313) pretendió refundir en una sola institución la tutela y la antigua curaduría, prescindiendo de esta última, que sin embargo resucitaría con la reforma de 1983. Por virtud de la Ley 1/ 2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, quedarían derogados los artículos 294, 295, 296 y 298 relativos a la curatela en los casos de prodigalidad.

Circunscribiéndonos a la curatela de los menores de edad, objeto de estudio en el presente trabajo, dispone el artículo 286 del C.c: Están sujetos a curatela: 1º Los emancipados cuyos padres fallecieren o quedaran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la Ley; 2º Los que obtuvieren el beneficio de la mayor edad...

El indicado precepto se complementa con el artículo 288 a cuyo tenor: En los casos del artículo 286 la curatela no tendrá otro objeto que la intervención del curador en los actos que los menores...no puedan realizar por sí solos.

El artículo 291 declara aplicables a los curadores las normas sobre nombramiento, inhabilidad, excusa y remoción de los tutores, sin que puedan ser nombrados curadores los quebrados y concursados no rehabilitados y el artículo 292 dispone que si el sometido a curatela hubiese estado con anterioridad bajo tutela, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiese sido su tutor, a menos que el Juez disponga otra cosa.

---

mayores *seyendo locos o desmemoriados,* impidiendo las consecuencias de la disipación del pródigo (Ley 5ª, tit. XI, Partida 5ª), y acudiendo, según opinión de algunos tratadistas, a precaver también los resultados de aquellas enfermedades perpetuas, que influyendo sobre la inteligencia, impedían al paciente la gestión de sus negocios (cfr. J. MANRESA Y NAVARRO, *Comentarios al Código civil español*, t. II, 6ª ed., Madrid, 1944, pp. 258 y ss).

[92] Cfr. PESET REIG, *op. cit.* pp. 318-334.

[93] E el proyecto de 1851 se estableció que hasta los veinte años no debía cesar la tutela.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224

El artículo 293 permite que los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta sea preceptiva, sean anulables a instancia del propio curador o de la persona sujeta a curatela, de acuerdo con los artículos 1301 y siguientes de este Código.

El indicado precepto por tanto, reconoce la anulabilidad de los actos jurídicos realizados sin la intervención del curador cuando ésta fuere preceptiva, pero no la posibilidad de obtener la rescisión[94].

Según el artículo1301 del C. c.: La acción de nulidad sólo durará cuatro años. Este tiempo empezará a correr...Cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores...desde que salieren de tutela.

El artículo 1302 dispone que pueden ejercitar la acción de nulidad de los contratos los obligados principal o subsidiariamente en virtud de ellos. Las personas capaces no podrán sin embargo, alegar la incapacidad de aquéllos con quienes contrataron.

Con carácter general, dispone el art. 1303 que declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo las excepciones que contemplan los arts. 1304 a 1308, relativas a la nulidad procedente de la incapacidad de uno de los contratantes o de ser ilícita la causa u objeto del contrato o bien a la imposibilidad de alguno de los contratantes para realizar la restitución.

El contrato siempre es susceptible de confirmación conforme a los arts. 1309 y ss., quedando extinguida la acción de nulidad.

[94] La rescisión de los contratos, que representa un remedio subsidiario (art. 1294 C.c.), tan sólo procede en los supuestos que taxativamente contempla el art. 1291 del C. C.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0224