LA PROTECCIÓN A MENORES Y ADOLESCENTES EN NEGOCIOS MERCANTILES: PRECEDENTES ROMANOS Y SU PROYECCIÓN EN EL DERECHO ACTUAL

DRA. Mª TERESA DUPLÁ MARÍN
ESADE Law School, Ramon Llull University
DRA. PATRICIA PANERO ORIA
Universidad de Barcelona
PROF. ELISABETH GARCÍA-CUETO
ESADE Law School, Ramon Llull University
Notario de Barcelona

SUMARIO: La protección a menores y adolescentes en negocios mercantiles: precedentes romanos y su proyección en el derecho actual. 1. *La Lex Plaetoria o Laetoria de circumscriptione adulescentium* y la *cura minorum*: 1.1. Introducción: entorno socio-económico y geográfico de Roma en los s. III y II aC. 1.2. El origen de la *Lex Plaetoria o Laetoria de circumscriptione adulescentium* y la *cura minorum*. 1.3. El fundamento de la protección al que negocia en Roma. 2. El Senadoconsulto Macedoniano. 3. Apunte final: la protección al menor y al adolescente en nuestros días.

1. LA LEX PLAETORIA[1] O LAETORIA DE CIRCUMSCRIPTIONE ADULESCENTIUM Y LA CURA MINORUM

1.1. Introducción: entorno socio-económico y geográfico de Roma en los siglos III a II aC.[2]

La *Lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* –sobre el engaño de los adolescentes– es una evidencia más, y por tanto no la única, de la gran transformación que sufre

1 La doctrina romanista ha buscado a lo largo de muchos años una respuesta a la duda reflejada en las fuentes que nos han llegado, sobre cual fue realmente la denominación de dicha ley. En este sentido, recogemos la reciente opinión de ANKUM quien, en su trabajo sobre el significado de los términos *minor captus* y *minor circunscriptus*, afirma que la cuestión queda resuelta con la publicación de la *lex Irnitana* (a- 90 aC) en la que aparece la denominación *lege Laetoria*, término que utilizaremos a partir de este momento. Vid. al respecto, ANKUM, *Le minor captus et le minor circumscriptus en Droit Romain classique. Liber Amicorum*, Bordeaux, 1992, p. 36 n. 1.

2 Vid. por todos, ALFÖLDY, *Historia social de Roma*, trad. al español por Alonso Troncoso, Madrid, 1987, pp. 133 y ss.; DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale tra il III e il II aC.*, Camerino, 1979, pp. 17-113; GARNSEY y SALLER, *El Imperio Romano*, trad. al español por González, Barcelona, 1991, pp. 68 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

el ordenamiento jurídico romano: en primer lugar, con el sometimiento de Italia, fechado hacia el año 265 a.C., hecho éste que convierte a Roma, como indica KUNKEL[3], en una de las potencias más fuertes de los estados de la Antigüedad; y en segundo lugar, con las Guerras Púnicas, esto es, como advierte la doctrina, el mayor conflicto de la Antigüedad[4], y en concreto, con la segunda de estas guerras (218-201 a.C.), la más emblemática, llamada también, Anibálica, y que traerá como consecuencia final del proceso la evolución y el desarrollo del comercio y de la industria[5]. En este sentido, el triunfo de Roma, con que finalizó la gigantesca lucha entre ésta y Cartago supuso, como recuerda KOCH[6], la supremacía de la raza indogermana en Europa, a la vez que confirmó la hegemonía de la nación latina en Italia.

A partir de entonces extienden los romanos su hegemonía geográfica: son dueños de la mitad occidental del mar mediterráneo, e incorporan a sus dominios Oriente. Roma, en palabras de KUNKEL[7], era ahora, no ya una gran potencia entre otras, sino dueña y señora de toda la cuenca del mediterráneo -sede de culturas- lo que significaba, para la Antigüedad, el mundo entero. En aquella época se introdujo también el régimen de los latifundios, nefasto, según KOCH[8], para el desenvolvimiento social de Italia, ya que contribuyó a la ruina completa de los labradores y aldeanos que habían sufrido previamente con la larga guerra púnica en la que se llegaron a destruir más de 400 pueblos. En este sentido, como matiza KUNKEL, las concurrencias de las posesiones de Sicilia, que producían cereales baratos a gran escala y podían enviarlos a Roma por mar, con mayor facilidad que las regiones periféricas de Italia, que no podían prescindir del transporte por tierra, y la fuerza de la atracción de Roma, que crecía muy rápido, determinaron, en el s. II aC., una decadencia de los campesinos. Desde el año 146 también África se convirtió en proveedor de trigo. Los mercaderes privados eran responsables de transportar el grano a Roma, pero el Senado ejercía un estrecho control. En la agricultura itálica, gracias al aumento de capitales y a la abundante mano de obra esclava, se impulsó un régimen de explotación basado fundamentalmente en el cultivo del vino y del aceite que se extendió a Etruria, el Lacio y la Campania, aunque no estaba ausente de otras regiones de Italia. La producción permitió un flujo de exportaciones sistemático y en continuo aumento a lo largo del siglo II a.C. La protección del Estado sobre los intereses comerciales de Italia, aunque indirecta, nunca estuvo ausente; así puede explicarse la prohibición de Roma a que los pueblos transalpinos plantaran viñas y olivos, evitando una posible competencia. A su vez, los senadores romanos no podían dedicarse al comercio, pero en su calidad de grandes terratenientes, no estaban ajenos a los beneficios que éste reportaba. Parece incluso que muchos terratenientes comerciaban por medio de sus libertos, que podían legalmente poseer grandes barcos y estaban obligados a vender los productos de sus

3 *Historia del Derecho romano*, traducción de la 4ª ed. por Juan Miquel, Barcelona, 6ª reimpr., 2003, p. 42.

4 Vid. al respeto la reciente obra de GOLDSWORTHY, *Las Guerras Púnicas*, Barcelona, 2002.

5 Un interesante resumen de los principales acontecimientos de cada una de las tres guerras púnicas lo encontramos en la reciente obra de CASTRO SÁENZ, en *Compendio Histórico de Derecho Romano, Historia, Recepción y Fuentes*, Madrid, 2004, pp. 150-151.

6 *Historia de Roma*, trad. de José Camón Aznar, Barcelona, 1930, p. 85.

7 Historia del Derecho romano, cit., p. 52.

8 Historia de Roma, cit., p. 85.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

amos, como señala el tratado de agricultura de Catón el Viejo. Eran, asimismo, objetos codiciados por la aristocracia romana, los artículos suntuarios procedentes sobre todo de Oriente: obras de arte, alimentos y vinos raros, especias e incluso esclavos cualificados.

Situados pues en este momento, hecho a destacar es el de la evolución o cambio de una sociedad eminentemente rural, dedicada al pastoreo y la labranza, como indica KOCH[9], una verdadera república de labradores, a una sociedad urbana, con una economía basada en las transacciones comerciales, y abierta al mundo, en la que el pequeño agricultor se convierte en comerciante[10]. La entrada de Roma en la política internacional a partir del s. II a.C. produjo un verdadero cambio en su estructura económica, y de ahí también, por supuesto, el desarrollo a nivel jurídico de un derecho de índole mercantil. Roma llegó a tomar parte en el comercio internacional lo que produjo un hondo cambio en la estructura social de Italia; nacieron los grandes comerciantes y banqueros, surgieron los negocios bancarios y otras empresas, como las sociedades por acciones. Cicerón dice, posiblemente sin exagerar, que Roma fue a menudo a la guerra a causa de sus mercaderes. Esclavos, metales, objetos manufacturados y todo tipo de productos obtenidos en las guerras proporcionaban un constante beneficio para los comerciantes romanos y latinos. El Estado aumentó estas operaciones con la creación de puertos libres o, a veces, con la exención de tasas portuarias. Sólo el comercio de grano fue siempre vigilado y controlado por el Estado.

Desde esta nueva perspectiva económica, la política de guerras y de expansión practicada por Roma contaba, como veremos, con el consenso no sólo del Senado y la oligarquía romana y latina, sino con la de todos los sectores sociales, incluida la clase más desfavorecida. Además, el Tesoro estatal se hizo cada vez más dependiente de los ingresos exteriores: las indemnizaciones, los impuestos y tributos, los aranceles... eran la fuente esencial que permitía financiar los enormes gastos que las guerras suponían.

La creación de las provincias incidió también sobre la agricultura itálica y dio lugar a la creación de nuevos mercados y al flujo de dinero a Italia, tanto en forma de botín, como de indemnizaciones e impuestos. La unificación del mundo conocido propició los intercambios, y los *negotiatores* romanos e itálicos, asentados tanto en las provincias, como en otras regiones no sometidas a Roma, pero bajo control romano, como Egipto, dirigían hacia Italia las corrientes comerciales que ellos controlaban. La única forma de comercio sobre la que el Estado romano ejerció un estrecho control fue el grano. El motivo era asegurar el mantenimiento del ejército y el abastecimiento de Roma, ya que hacia finales del siglo II a.C. comenzará la práctica de la *frumentatio* pública o distribución casi gratuita de trigo a la *plebs* romana.

1.2. La Lex Plaetoria o Laetoria de circumscriptione adulescentium y la cura minorum

Siendo esto así, en la Roma republicana encontramos un claro precedente de protección al menor que negocia, justificado, en apariencia, por un cambio socio económico del que

9 Historia de Roma, cit., p. 99.

10 En este sentido destacan los restos anfóricos que nos han llegado sobre la actividad de los productores de vino y de aceite, las sociedades de intercambio y los navieros transportistas.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

hablaremos más adelante. Se trata, en concreto, de la protección que se establece en favor de los menores de 25 años, púberes y por ello, con plena capacidad de obrar, que se inicia con la promulgación de la *Lex Laetoria de circumscriptione adulescentium* –sobre el engaño de los adolescentes–, plebiscito de fecha incierta, entre el 200 y el 191 a.C.[11], y que no supone más que el principio de una auténtica y completa, e incluso, quizás extrema, protección al menor, y por tanto también al menor consumidor y que negocia, justificada en términos generales por la falta de experiencia de los mismos; falta de experiencia, que puede ser aprovechada por los demás para engañarlos, o que incluso, sin existir engaño, les puede producir un perjuicio evidente. De todo esto destacamos, por un lado, el hecho de que con esta ley se introduce en el lenguaje jurídico el término "menor" en el sentido de alguien que al no haber cumplido una determinada edad, al menos, precisa de cierta protección; y por otro, que es evidente que en estos supuestos, prima, por encima de todo, el interés del menor negociante, en una normativa que va, con el paso del tiempo y a lo largo de unos seis siglos, incrementándose, en cuanto a medidas concretas de protección se refiere. Tal y como acertadamente indica PUGLIESE[12], en términos generales la protección de los menores en Roma transcurre en dos claras direcciones: una, la más elaborada y estudiada, que se centra en la capacidad de éstos y su sometimiento al poder de otro (tutor); y la otra, mucho menos desarrollada y más tardía, centrada, no tanto en la capacidad como en la concreta protección y asistencia al menor. En esta segunda ubica el autor la protección de los púberes menores de 25 años, apuntando, como veremos más adelante, que en su evolución histórica ésta acabará, de forma natural, perteneciendo a la primera de las direcciones señaladas.

Dicho lo cual, a la protección legal[13], por la que se estableció que cualquier persona podía interponer una acción penal, infamante, noxal y popular, la *actio legis Laetoria,* contra cualquiera que hubiese engañado a un menor de 25 años, se añade la protección del Derecho honorario. Esto es, el pretor, concede dos medidas más en favor de dichos menores: en primer lugar, la *exceptio legis laetoria,* excepción que puede oponerse contra la acción que interpusiera el autor del engaño para que el menor cumpliese el negocio celebrado; y en segundo lugar, la *restitutio in integrum propter aetatem,* remedio extraprocesal que debía ser solicitado por el menor y que se concedía de forma discrecional por parte del pretor, en los casos en que, habiéndose celebrado el negocio, existiese un perjuicio inherente al mismo, e incluso, en los casos en que no hubiese intención de engañar.

Con el paso del tiempo se hacen evidentes los inconvenientes que se derivan en la práctica, sobre todo en relación a la seguridad jurídica de los negocios celebrados con estos menores, y por ello, ya a finales de la época republicana el pretor, a instancia normalmente

11 Si bien, como apuntó en su momento BONFANTE, *Corso de Diritto Romano,* 1, Milano, 1963 (reimpr. de la ed. de Roma, 1925), pp. 667 y 668 n.1, no existe unanimidad en doctrina en cuanto a su concreta fecha de promulgación y contenido. En este sentido, si bien es cierto que la doctrina suele ligar el origen de la *cura minorum* al nacimiento de esta ley, no se sabe con exactitud si fue la propia ley la que introdujo dicha figura, o ésta apareció más adelante. Vid. resumen de dichos problemas recogidos por DICENTA MORENO, *La Curatela de la mujer menor de veinticinco años,* (tesis doctoral), Barcelona, 1999, p. 20 n. 7.

12 Precedenti romani della moderna legislazione sui minori, Atti dei Convegni Lincei, 59, 1983, pp. 111-112 n.2.

13 Si bien, como apunta ANKUM en su trabajo *Le minor captus...*, cit., p. 37 n.4, SELB postula que es el pretor quien ha introducido dicha acción penal.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

del menor[14], pueda nombrarle a éste un curador –*curator minoris*– con la finalidad última de que le asesore en algunos sus actos jurídicos –*curator ad certam causam*–; puesto que, no lo olvidemos, éste sigue teniendo plena capacidad de obrar[15]. Costumbre esta que, como advierte SCHULZ[16], se va generalizando a lo largo del Principado hasta que el emperador Marco Aurelio la convierte en una figura general y estable de protección al menor, prestando su asistencia a éste de modo constante en sus actuaciones en el tráfico jurídico mercantil. El final de este proceso supondrá, como apunta la doctrina, un claro acercamiento entre la *cura minorum XXV annis* y la tutela de los impúberos[17].

Apuntadas las líneas generales de la protección a los menores en Derecho romano, es oportuno matizar que el trabajo que presentamos no tiene mayor pretensión que la de ofrecer una breve reflexión centrada en las razones, internas y externas, que justificaron, en su día, esto es, hace más de veinte siglos, dicha protección del menor. No pretendemos, por tanto, ahondar de nuevo en las concretas medidas de protección, su desarrollo, alcance real y evolución. Este ha sido a lo largo de los últimos siglos[18] el principal objetivo de los numerosos trabajos que, en torno a la *Lex Laetoria* y la *cura minorum,* han ido apareciendo[19]; y todo esto, por supuesto, gracias al extenso número de fuentes jurídicas que nos han

14 ALBANESE, en *Le persone nel Diritto privato romano,* Palermo, 1979, p. 552, postula la posibilidad de que fuesen incluso terceras personas las que solicitasen el nombramiento del curador, con la finalidad de asegurar dichas relaciones jurídicas.

15 El curador se nombra para otorgar a los terceros seguridad respecto del acto jurídico celebrado por el menor. Su presencia sirvió para considerar, salvo prueba en contra, que no había habido engaño o error en la actuación negocial del menor, e *in fine*, para que éste no recurra a la *restitutio in integrum* ni a la aplicación de la *Lex Plaetoria*.

16 *Derecho Romano clásico,* Barcelona, 1960 (trad. de la ed. inglesa Oxford 1951, por Santa Cruz Teigeiro), p. 183.

17 Vid. al respecto los interesantes trabajos de CERVENCA, Studi sulla cura minorum 2. In tema di excusationes dalla cura minorum, BIDR, 77, 1974, pp. 139-220, Studi sulla cura minorum 3. L'estensione ai minori del regime dell' oratio severi, BIDR, 82, 1979, pp. 41-94, In tema di "usurae" dovute dai curatori di "minores XXV annis", IURA, 37, 1986, pp. 94-101; GUZMÁN, "Cura minorum" y "excusationes" en D. 4.4.11.2, Studi Sanfilippo, 2, 1982, pp. 59-71.

18 Vid. recopilación de bibliografía anterior al s. XIX realizada por SAVIGNY en Trattati quattro di giurisprudenza storica. Del patrocinio dei minori, secondo il Diritto romano, ed in ispecie secondo la Lex Praetoria, Verona, 1858, p. 53 n.1.

19 Vid. al respecto: SAVIGNY, Trattati quattro di giurisprudenza storica..., cit., pp. 52-92; COSTA, Della data sulla Lex Plaetoria de circunscriptione adolescentium, BIDR, 2, 1889, pp. 72-89; SOLAZZI, La minore età nel Diritto romano, Roma, 1912; AUDIBERT, Sur la tutelle et la curatelle, NRHD, 20, 1914, pp. 355-359; LENEL, Die cura minorum der klassischen Zeit, ZSS, 35, 1914, pp. 129-213; ALBERTARIO, Di alcune innovazioni postclassiche giustinianee riguardanti la cura minorum; Lo sviluppo delle excusationes nella tutela e nella cura dei minori; Dell' "oratio Severi" riferita in D. 27,9 e la cura dei minori; Dell' "actio subsidiaria" concessa al minore contro i magistrati; Contributto allo studio della terminologia postclassica e bizantina in tema di minore eta, en Studi di diritto romano, I, Pavia, 1915, pp. 417-537; SOLAZZI, Curator impuberis, Roma, 1917; SOLAZZI, "Curatores pleni" dei minori, Scritti di Diritto romano, II, Napoli, 1957, pp. 177-191 (=Atti del R. Istituto veneto di scienze, lettere ed arti, 75.2, 1916, pp. 1599-1618); Le nozze della minorenne, Scritti di Diritto romano, II, Napoli, 1957, pp. 147-165 (=Atti della R.Accad. delle Scienze di Torino, 51, 1916, pp. 749-774); Tutele e Curatele, Scritti di Diritto romano, II, Napoli, 1957, pp. 1-80; ARCHI, v. curatela, ED, 11, 1962, pp. 489-494; LONGO, Lex Plaetoria, NNDI, 9, Torino, 1968, pp. 815 y ss.; CERVENCA, Studi sulla cura minorum.1. Cura minorum e restitutio in integrum, BIDR, 75, 1972, pp. 235-317; DI SALVO, Lex Laetoria, Napoli, 1979; Contribution à l'étude de la Loi Plaetoria, IURA, 30, 1979, pp. 289-311; D'ORS. A., La acción del menor restituido (crítica a Kupisch), AHDE, 49, 1979, pp. 297-326; PUGLIESE, Appunti sugli impuberi e i minori in diritto romano, Studi Biscardi, IV, Roma, 1979, pp. 469-501; CERVENCA, Osservazioni sul "curator" della donna minore di veinticinque anni, IURA, 40,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

llegado, que hacen referencia, no solo al contenido de la citada ley y sus medidas concretas, a saber, la *exceptio legis laetoria*, la *actio legis laetoria*, la *restitutio in integrum minorum XXV annis, ex lege Laetoria o propter aetatem*, sino también al *minor XXV annis*, a la *aetas minor, imperfecta* o *legitima*[20], al *adulescens* (o *adolescens)*, a la *aetatis veniam*, y algunas literarias[21], en las que también se recoge dicha protección.

En esta vuelta a los orígenes hemos tomado como centro de nuestro estudio el *principium* del fragmento de Ulpiano (*XI ad ed.*) con el que se inicia, a su vez, el título IV del Digesto, *De minoribus vigintiquinque annis*, y en el que Ulpiano, de forma sucinta, pero a nuestro juicio muy completa, nos informa acerca de la protección establecida por el pretor en favor de los menores –recordemos, púberes, pero menores de 25 años–[22]. En dicho fragmento se identifican y sintetizan, de forma muy hábil, las razones últimas que justifican y dan sentido a dicho *auxilium*, y que expondremos en las páginas siguientes.

El punto final de nuestro análisis sobre el pasado da inicio a la segunda parte del trabajo, en la que planteamos, en la misma línea de reflexión, el *status quaestionis* actual. Presentamos, en definitiva, un pasado, entendido la mayoría de las veces, a nuestro juicio, de forma errónea como algo muy lejano; y un presente, que en cierto modo nos ahoga, y por ello, quizás es demasiado actual para detenernos a analizarlo; pasado y presente distintos, pero a su vez similares; con similitudes contextuales, internas y externas, que entendemos deben proporcionarnos un espacio común para reflexionar, cuando menos, sobre el fundamento de la protección a los menores consumidores, y, en síntesis, sobre la realidad de la protección que a día de hoy se les está otorgando.

Teniendo en cuenta todo esto, vamos a centrar nuestro trabajo a partir de este momento, y en lo que se refiere a esta primera parte: en primer lugar, en el análisis del contexto externo en el que surge o nace la citada protección a los menores en Roma; y en segundo lugar, en el análisis de las causas anunciadas por Ulpiano, y que justifican y dan sentido a la misma, con la finalidad última de ahondar en su auténtico fundamento, y por supuesto, porqué no decirlo, en el fondo, con la esperanza puesta en la mejora, en un futuro, de nuestra actual regulación.

1.3. El fundamento de la protección al menor que negocia en Roma

El contexto económico y social descrito, si bien debe entenderse como el escenario en el que nace la protección extraordinaria configurada en torno a los púberes menores de 25 años no tiene, a nuestro juicio, por sí mismo, la consistencia necesaria para justificar una protección a favor del menor que va a prolongarse, e incluso incrementarse, a lo largo de

1989, pp. 22-40; WIEDEMAN, Adults and Children in the Roman Empire, London, 1989; MUSUMECI, L'interpretazione dell'editto sui minori di 25 anni secondo Ofilio e Labeone, Nozione Formazione e Interpretazione del Diritto dall'età romana alle esperienze moderne, II, Napoli, 1997, pp. 39-58.

20 *A sensu contrario*, como advierte SOLAZZI en *Tutele e Curatele*, cit., p. 70, los términos *Iusta, perfecta, sua aetas*, se utilizan por los juristas clásicos para referirse a la pubertad.

21 Vid. ALBERTARIO, I testi letterarii in materia di capacità di agire del "minor XXV annis", Studi di Diritto romano, VI, Milano, 1953, pp. 453-456.

22 El texto del edicto con el que el pretor interviene en favor de los menores de 25 años lo conocemos gracias al siguiente fragmento de Ulpiano recogido en el Digesto: *Praetor edicit: "Quod cum minore , quam vigintiquinque annis natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam" (D.* 4,4,1,1 *Ulp.* XI *ad ed.).*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

los siguientes siglos. Dicho lo cual, y no siendo para nosotros el contexto socio-económico el fundamento último de la protección al menor, nos pareció evidente que debieron existir otras causas por las que en su día se activó y mantuvo el *auxilium* a favor de los menores, las más de las veces, no lo olvidemos, consumidores o negociantes. En este sentido, y de todo lo anteriormente expuesto, tampoco concordamos con DI SALVO[23] cuando afirma que la finalidad última de la ley fuese la de disuadir a los jóvenes de la actividad comercial y financiera para que retornasen a la actividad agraria.

No obstante esto, y antes de entrar en el análisis de dichas causas, creemos que es oportuno detenernos unos instantes para plantear y responder a la siguiente pregunta: ¿quién es realmente el *menor* –consumidor o negociante– en Roma?

El menor del que estamos hablando es, a diferencia del derecho actual, y aunque parezca, como indica la doctrina, *a priori* excesivo[24], un menor con plena capacidad para ejercer actos con efectos vinculantes[25]. Para hablar del menor en Roma, como concepto hoy contrapuesto, desde un punto de vista jurídico, al de mayor edad, sin duda alguna hay que partir de la pubertad. Y es que en este sentido, se hace preciso recordar que los juristas romanos enlazan la llegada a la pubertad, esto es, a la madurez sexual –por tanto atendiendo a la capacidad fisiológica– con lo que hoy entendemos por mayoría de edad; y como consecuencia de ello, y desde la óptica jurídica, como el momento en el que adquieren plena capacidad de obrar[26]. *A sensu contrario*, como apunta PUGLIESE[27], la razón última de la incapacidad y en su caso, del sometimiento a un tutor, no se encontraba en la falta de madurez intelectual y de experiencia en la vida, sino en la falta de madurez sexual en sentido intrínsicamente fisiológico. Así entendido, y como apunta SAVIGNY[28], la libre administración de los bienes comenzaba –salvo para las mujeres[29]– con la llegada a la pubertad, lo que sin duda ponía de manifiesto, como continua dicho autor, la falta de prudencia y experiencia necesarias, ambas, para una buena administración[30].

No obstante esto, la expansión territorial y la apertura de Roma traerán, como hemos visto, como consecuencia, la necesidad de promulgar una ley a través de la cual, y de forma

23 Argumento este que el autor defiende a lo largo de todo su trabajo, y más concretamente en las pp. 53-62 y 77-102.

24 Vid. en este sentido, por todos, DEBRAY, Contribution à l'étude de la loi Plaetoria relative à la protection du mineur de 25 ans, Mélanges Girard, I, Paris, 1912, p. 265.

25 Sobre la capacidad de los impúberes vid. el interesante trabajo de BURDESE, *Sulla capacità intellettuales degli impúberes in diritto classico*, *AG*, XIX, 1956, pp. 10-66.

26 Lo que nos lleva a recordar, en este momento, las opiniones contrapuestas mantenidas entre los proculeyanos –quienes entendían la llegada a la pubertad con el cumplimiento de 12 o 14 años, según se tratase de varón o hembra- y la de la escuela de los sabinianos –mantenida en las épocas arcaica y preclásica- quienes apostaban en este tema por la denominada *inspectio corporis* realizada en cada caso para los varones, con la finalidad de averiguar si realmente se había alcanzado la necesaria madurez sexual. Vid. interesante *status quaestionis* realizado por PUGLIESE en *Precedenti romani...*, cit., pp. 116-118 n. 8, y n. 9, en la que se introducen las costumbres de los derechos germánicos y la del common law inglés.

27 *Precedenti romani...*, cit., p. 115 n. 5.

28 Trattati quattro di giurisprudenza storica..., cit., pp. 55-56.

29 Baste recordar que la consideración del sexo, para los romanos, como otra de las circunstancias modificativas de la capacidad de obrar.

30 Una muestra completa de las fuentes en las que se recoge la capacidad del adulto o la del menor respectivamente, y por ende, de los actos que pueden estos realizar, se encuentra en SOLAZZI, *La minore età...*, cit., pp. 5-12.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

indirecta, entendemos se inicia el camino hacia lo que en la actualidad calificamos, frente a la idea de mayoría, como minoría de edad; eso sí, todo ello, y como otra muestra más, como se deduce de las palabras de SAVIGNY[31], del conservadurismo que caracteriza al mundo jurídico romano, sin eliminar la concesión a los menores de la plena capacidad de obrar. En este sentido, como continúa dicho autor, razones tanto privadas como públicas, aconsejan, en su momento, no alterar o modificar la edad establecida para el reconocimiento de la plena capacidad de obrar de las personas. Esto es, y a modo de síntesis, la llegada a la pubertad supone la posibilidad de contraer matrimonio, la posibilidad de exigir el servicio militar, ejercer el derecho de voto etc... Es evidente, por todo ello, que existieron razones de calado suficiente como para que los romanos no modificasen el momento en que se adquiere plena capacidad, pero eso a su vez, no les impidió buscar soluciones, indirectas pero idóneas, para los problemas de orden práctico planteados. Dicho lo cual, conviene recordar, en estos momentos, las palabras con las que SCHULZ[32] describe al *curator minoris*: "... el curador nunca fue un funcionario, fue más bien, si se nos permite la expresión, un tío bondadoso, designado oficialmente, o un buen amigo que se contentaba con ser ocasionalmente consultado por el menor o con administrar, a instancia de éste, su patrimonio...La posibilidad de solicitar el nombramiento del curador fue una idea ingeniosa que revela de nuevo el espíritu irreprimiblemente práctico e individualista del Derecho Romano...".

Una vez desarrollada a lo largo de la época clásica la protección a los menores, es en la época postclásica cuando por influencia de las costumbres de los pueblos del Oriente helénico, quienes no distinguen entre falta de pubertad y minoría de edad, se valora la función del curador de éstos, y se le otorga carácter de permanencia. Así, parece que, con el paso del tiempo, ya en época postclásica, si los 12 o 14 años podían considerarse como una mayoría de edad temprana, los 25 años, podía resultar tardía. Es por ello que el emperador Constantino[33], y tras una serie de concesiones aisladas, introduce la posibilidad de solicitar la *venia aetatis* a través de la cual, los varones de 20 años y las mujeres de 18, podían conseguir del príncipe la declaración de finalización de la minoría de edad[34].

Sintetizadas las principales características del menor consumidor, sujeto protagonista de nuestro trabajo, volvemos a las causas que, perennes e inmutables con el paso de los siglos, en definitiva, van a permitir el éxito de la protección establecida a favor del menor.

Para ello tomamos, como punto de partida, D. 4.4.1 *pr.* (XI *ad ed.*) de Ulpiano[35], en el que se señala lo siguiente:

> Hoc Edictum Praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; nam quum inter omnes constet, fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum[36]

31 Trattati quattro di giurisprudenza storica..., cit., p. 55.

32 *Derecho Romano clásico*, Barcelona, 1960 (trad. de la ed. inglesa Oxford 1951, por Santa Cruz Teigeiro), p. 185.

33 *Th.* 2, 17,1; *C.* 2, 44, 1-4.

34 Con la sola excepción de la donación y enajenación de bienes inmuebles que con Justiniano se extiende a la constitución de hipoteca sobre dichos bienes.

35 Texto que, curiosamente, ha pasado bastante inadvertido a la doctrina, sin darle la importancia que, a nuestro juicio, se merece en atención a la información que nos transmite.

36 Tal y como advierte SOLAZZI, en *Tutele e Curatele* , cit., p. 73, la expresión *huiusmodi aetatium*, en plural, es estilo bizantino.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

consilium, et multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum, auxilium iis Praetor hoc Edicto pollicitus est et adversus captiones opitulationem[37].

Siguiendo el Pretor la equidad natural propuso este Edicto, en el que tomó a su cargo la protección de los menores; porque constando a todos que es frágil y débil el juicio de los de esta edad, y que está sujeto a muchos engaños, y expuesto a las asechanzas de muchos, el Pretor en este Edicto les prometió auxilio a ellos y protección contra los engaños.

El jurista, en el libro XI de sus comentarios al Edicto, y unos cuantos siglos después de la promulgación de la *Lex Laetoria* y del inicio de la protección del pretor[38], presenta en términos generales la protección establecida por el pretor en su edicto en favor de los menores –una *exceptio circumscriptionis;* una *restitutio in integrum propter aetatem;* o como se apunta últimamente, una *actio arbitraria*[39]–. Como indica MUSUMECI[40], parece, de las referencias directas que se hacen al Edicto, que Ulpiano lo que hizo fue transcribir el contenido de éste emanado inicialmente del pretor, y que debió permanecer invariable hasta su definitiva sistematización en el Edicto Perpetuo. Además, y como apunta PUGLIESE[41], Ulpiano no menciona la *circumscriptio*[42] con lo que deja al libre arbitrio del pretor el valorar discrecionalmente la situación para decidir en consecuencia qué tipo de protección otorga al menor, incluyendo, por tanto, el perjuicio por su mera inexperiencia. A lo que hay que añadir, como continua el autor, el hecho de que, en la época en que nace la *Lex Laetoria,* e incluso un poco más adelante, no existía todavía la tutela pretoria contra el dolo; y una vez surgida dicha noción, al ser ésta más rigurosa que el simple engaño, se les abrió a los menores una vía de protección más amplia que la de los demás.

Un análisis detenido del texto de Ulpiano nos lleva a deducir, fuera de lo dicho ya, que el jurista quiso con sus palabras dar noticia de las razones últimas que justifican y dan sentido a dicho *auxilium*:

a) por un lado, una causa que podríamos calificar de interna, por cuanto tiene de propia y característica de la persona del menor, *fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum consilium*: "frágil es y débil el juicio de los de esa edad", y,
b) por otro, un efecto, esta vez, externo, consecuencia de lo anterior, pero que proceden de hechos en los que no interviene la voluntad, o que no suponen, en términos generales, actos del menor, *multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum*: "y que está sujeto a muchos engaños, y expuesto a las asechanzas de muchos".

En nuestra opinión, la suma de ambas, esto es, la causa interna y el efecto externo, en definitiva, es la que provoca la actuación protectora del pretor. Y todo ello, por ende,

37 Sobre el carácter original o no de la última parte de este fragmento vid. *Index Intt.*, I y *Supplem.* I, *ad h.l.*

38 Lo que se deduce, como indica MUSUMECI en *L'interpretazione dell'editto sui minori*...cit., pp. 41-42.

39 Vid. ANKUM, *Le minor circumscriptus*..., cit., p. 39, quien recoge la novedosa opinión de KUPISCH al respecto.

40 L'interpretazione dell'editto sui minori...cit., p. 42.

41 *Precedenti romani*..., cit., p. 122 n. 19.

42 Sobre el sentido de este término en las fuentes jurídicas romanas, vid., por todos, ANKUM, *Le minor circumscriptus*..., cit., pp. 45-50.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

como consecuencia de una precedente necesidad social, *–nam quum inter omnes constet–* fruto, además, de una nueva realidad o contexto social de la que el pretor se hace eco y a la que pretende, en el ejercicio de su función, *–naturalem aequitatem secutus–*, dar respuesta.

Centrando nuestra atención en la causa interna alegada por Ulpiano, esto es, *fragile esse et infirmum huiusmodi aetatum consilium*, ésta deja entrever, a nuestro juicio, las principales carencias de las personas menores. Así, la fragilidad y debilidad del juicio de esa edad alegada por Ulpiano en D. 4,4,1 *pr.* describe y resume con bastante exactitud esta circunstancia propia, interna y característica de las personas en ese periodo de tiempo, que transcurre entre la adolescencia y la mayoría de edad. Como matiza SOLAZZI[43], el término *infirma aetas*, que aparece en distintas ocasiones en los textos, lo hace en este fragmento de Ulpiano refiriéndose a los impúberes, y en el mismo sentido que aparece en D. 27.10.9 (I *memb.*) de Neracio, D. 4,4,18, 1 (II *ad ed.*) de Ulpiano y *Paul.* 1,7,2.

En este sentido hay que poner de manifiesto que los *jurisprudentes* de la época clásica, principalmente Paulo y Ulpiano, y más tarde en la postclásica, los emperadores, se cargan de razones y argumentos a la hora de mostrar lo que en general ha venido a calificarse de inexperiencia en los negocios, propia de los menores, analizada, ésta, desde la perspectiva personal del menor, o si se quiere, atendiendo a las que hemos denominado "causas internas". Así, y como apuntábamos en las páginas anteriores, en opinión de PUGLIESE[44], dicha inexperiencia, si bien se toma en un primer momento como una razón para establecer una especial protección a los menores, con el paso del tiempo, se convierte en una auténtica causa de incapacidad. Otras de las numerosas expresiones que hemos encontrado en las fuentes jurídicas romanas, que describen o caracterizan al menor, en su caso, consumidor o negociador, y que entendemos constituyen el fundamento o razón última de dicha protección son, a modo de ejemplo, las siguientes:

- "*propter imperitiam*": por su impericia[45] o "*ne ex sua imperitia vel iuvenali calore*", por su impericia o calor juvenil[46];
- "*nam post hoc tempus compleri virilem vigorem constat*": porque después de pasado este tiempo se completa el vigor viril[47];
- "aetatis lubrico", "lubricum aetatis" : por la fragilidad de la edad[48];

43 *Tutele e Curatele*, cit., pp. 72-73.

44 *Precedenti romani...*, cit., p. 116 n. 6.

45 Paulo, en *D.* 2,8,8,2 (*XIV ad ed.*) (repasar si es el libro 40 o 14), apela al auxilio a los menores de 25 años por su impericia.

46 Justiniano en *C.* 5,59,4, pone de manifiesto la necesidad de la presencia de los curadores en las causas criminales, con la finalidad de que los menores, a causa de la impericia o calor juvenil, dejen de decir algo que pueda hacerles provecho o librarles de la sentencia.

47 Ulpiano, en *D.* 4,4,1,2, (*XI ad ed.*), habiendo anunciado el auxilio del pretor a los menores de 25 años, matiza que esto es así porque se entiende que llegada a esa edad completan el vigor viril, lo que, *a sensu contrario*, debe interpretarse como que antes de llegar a esa edad no tienen pleno vigor viril.

48 Expresión que se repite en múltiples ocasiones y lugares de la compilación de Justiniano, *ad exemplum:* es utilizada por Ulpiano en *D.* 4,4,11,5 *XI ad ed.*, recogiendo a su vez la opinión de Marcelo en sus notas a Juliano; en *C.* 2,23 (22), 1 *Imp. Gordianus A. Candiano, militi* y en *C.* 2, 35 (34), 2 *Impp. Diocletianus et*

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

- "erroris propii veniae petitionem": por error propio[49] o "per errorem iuris", por error de derecho[50];
- *"aut tam negligenter in ea causa versati sunt"*: por actuar de forma negligente en un asunto[51];
- *"si quis, iuvenili levitate ductus"*: por dejarse llevar por la juvenil ligereza[52], y finalmente,
- *"quod minoribus viginti quinque annis ius ignorare permissum est"*: por ignorancia del derecho, ya que a los menores de 25 años les está permitido ignorar el derecho[53].

Dicho lo cual, no podemos dejar de tener presente en nuestro análisis la evidente relación de causalidad existente entre dicha causa interna y el efecto externo que ésta provoca, o puede provocar, y que queda también manifestado en el texto de Ulpiano: *multis captionibus suppositum, multorum insidiis expositum*. Esto es, que una depende de la otra, o si se quiere, que una es consecuencia de la otra; en suma, que si no existiese inexperiencia, no hablaríamos de engaño al menor.

En síntesis, y para finalizar, en época romana, como indica PUGLIESE[54], el menor púber era capaz *de iure*, aunque padecía una auténtica incapacidad *de facto*. A día de hoy, sin embargo, nos atrevemos a anticipar que ocurre todo lo contrario, esto es, que si bien el menor es incapaz de *iure*, poco a poco está ostentando una auténtica capacidad *de facto*. Ante lo cual nos cuestionamos y dejamos aquí abiertas las siguientes preguntas: ¿está esta situación actual justificada? o por el contrario ¿existiendo una identidad de causa entre ambas situaciones, la del menor en Roma y la del menor actual, no debiéramos caminar hacia una regulación no idéntica, quizás, al menos si similar a la que se llega en la experiencia jurídica romana con el paso del tiempo?

Maximianus AA. Et CC. Proculae, en este último supuesto aplicado a una madre menor de edad en relación a la falta de solicitud de tutor para sus hijos.

49 Hermogeniano en *D.* 4,4,17 (*I Iuris Ep.*), en el que el jurista anuncia la posibilidad de solicitar por parte de los Prefectos del Pretorio la restitución por entero contra su sentencia, puesto que ésta contiene la reclamación de venia del error propio, o en su caso, del engaño del tercero.

50 En *C.* 2,23 (22), 2 *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Sotericae*, plantean la restitución en el supuesto de un legado no debido que, por error de derecho, es pagado por el menor.

51 Paulo, en *D.* 4,24,1 (*I Sentent.*), anuncia que la intervención del pretor está justificada siempre en los casos en que el menor haya actuado con bastante negligencia. En este sentido se hace preciso apuntar, como se indica en *C.* 2,41,1 *Imp. Alexander A. Cononidi*, que también tiene derecho a la protección el menor de edad que dice estar lesionado, aunque haya actuado de forma habitual con la diligencia de un buen padre de familia y se haya mostrado en los actos públicos hábil, ya que se entiende que dicha manera de actual no debe afectar a una situación concreta: *"num is, qui se minorem annis laesum esse dicit, diligens paterfamilias fuerit, actibusque publicis industrium se docuerit, ut lapsum eum per aetatem verisimile non sit."*

52 Paulo, en *D.* 4,24,2 (*I Sentent.*), recoge la opinión de Scevola, en un supuesto en el que el menor deja de aceptar una herencia o la repudia, otorgándole en atención a la mencionada juvenil ligereza la protección que se merece.

53 Nuevamente es Paulo quien en *D.* 22,6,9 *pr.* (*libro sing. de iur. et facti ign.*), tras anunciar la regla general de que a cada cual le perjudica la ignorancia del derecho –*Regula est iuris quidem ignorantiam cuique nocere*-, afirma que esta regla no se aplica a los supuestos en los que interviene un menor de 25 años.

54 *Precedenti romani..*, cit., p. 123 ; *Appunti sugli...*, cit., p. 482.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

2. EL SENADOCONSULTO MACEDONIANO

El *Senatusconsultum Macedonianum* (en adelante *SCM*) – del S. I dC- es otra clara manifestación de la protección que el Derecho Romano ofrece a los menores y adolescentes consumidores, en el ámbito de los negocios; protección que, también lo anticipábamos, parece incluso mayor en el tráfico mercantil romano que en el actual. Centrándonos en la segunda fuente, en líneas generales, se trata de una disposición senatorial probablemente de época de Vespasiano (69-79dC), que prohíbe los préstamos de dinero a los *filii familias*.[55]

El *SCM* se conoce, sobre todo, gracias a Ulpiano, *libro 29 ad Edictum*, recogido en D.14.6.1pr, fragmento que precisa, su tenor literal: *Verba Senatusconsulti Macedoniani haec sunt...*[56] y D. 12.1.14, que trata de distintos aspectos procesales del mismo: *Si filius familias contra Senatusconsultum mutuatus pecuniam solverit...*[57]. y en D.14.6.3.3 que delimita su aplicación, excluyéndola cuando el préstamo sustituye a otra deuda[58] Otras fuentes jurídicas que se refieren a él son: el *Codex Gregorianus*, que le dedica un título entero, 3.5.10 *ad Senatusconsultum Macedonianum*; las *Pauli Sententiae* (2.10)[59]; las *Instituiones Iustiniani* (4.7.7) y la Paráfrasis de Teófilo (*Inst.* 4.7.7)[60].Tampoco faltan referencias en las fuentes literarias donde es recordado por Suetonio, *Vitae Vespasiani*, 11[61], y para algunos por Tácito, en *Annales*, 11.13[62].

55 La dinastía Flavia, segunda de las del Principado o Alto Imperio e integrada por Vespasiano, Tito y Domiciano, presenta un principio y fin revelador al abordar el talón de Aquiles de aquél: el problema sucesorio, pues tras el año de anarquía anterior, Vespasiano es aclamado por las legiones provinciales fuera de Roma y Domiciano es asesinado.

56 *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt : ' Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuam pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen exspectata patris morte fieri. '*

57 Si filius familias contra senatus consultum mutuatus pecuniam solverit, patri nummos vindicanti nulla exceptio obicietur: sed si fuerint consumpti a creditore nummi, Marcellus ait, cessare condictionem, quoniam totiens condictio datur, quotiens ex ea causa numerati sunt, ex qua actio esse potuisset, si dominium ad accipientem transiisset: in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra senatus consultum crediti magis est cessare repetitionem.

58 Is autem solum Senatusconsultum offendit, qui mutuam pecuniam filiofamilias dedit, non qui alias contraxit, puta vendidit, locavit, vel alio modo contraxit

59 Qui filio familias contra interdictum amplissimi ordinis pecuniam mutuam crediderit, post mortem patris ex eo quod vivo patre credidit cum eo agere non potest.

60 Su autoria ha sido, negada por FERRINI sin embargo, el que el Profesor de Constantinopla Teófilo fuera uno de los encargados de la redacción de las *Institutiones Iustiniani* y que su probable muerte se anude al año 534, son, entre otros, datos que avalan la paternidad de este último, que respeta el orden expositivo de las refridas *Institutiones Iustiniani*. A mayor abundamiento: el que su contenido, en griego, sea tres veces mayor, abunde en ejemplos, comentarios (= parafrasis) y explicaciones hace que presente un contrastado valor didáctico, sin olvidar su propio interés dogmático.

61 Libido atque luxuria coercente nullo inualuerat; auctor senatui fuit decernendi, ut quae se alieno seruo iunxisset, ancilla haberetur; neue filiorum familiarum faeneratoribus exigendi crediti ius umquam esset, hoc est ne post patrum quidem mortem.

62 Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familias faenori darent.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

Al margen del análisis de su contenido normativo[63], debe manifestarse que mucho se ha escrito sobre cuales fueron las circunstancias que motivaron su promulgación y cuales sus posteriores efectos. Para ello, siguiendo metodológicamente a PANERO[64] y su distinción respecto al Derecho en general (lo que podemos aplicar en particular a nuestro *SCM*), reiteramos que una cosa es aprender y otra distinta comprender, esfera en la que pretendemos colaborar y que comportaría poner el propio *SCM* en conexión con toda la realidad social para lo que sería necesario pasar revista: 1º) a las funciones del Senado en esa época, incluido el valor de sus *senatus consulta*[65]; 2º) a la estructura económico social de la Roma del Principado[66] en la que es importante destacar, no sólo la gran actividad mercantil, sino

63 *Cfr.* PERIÑÁN, Bernardo, *Antecedentes y consecuencias del SC Macedoniano*, Valencia, 2000, quien en el tercer capítulo de su obra lleva a cabo un análisis minucioso, pp. 157 y ss., del texto, que le sirve de base, no sólo para la delimitación de su contenido (pp. 125 y ss.), sino también para determinar su finalidad p. 173.

64 Sobre lo expuesto en el texto *Cfr.* PANERO, Ricardo. *La experiencia jurídica de Roma*, Valencia, 1998, pp. 42-45.

65 Respecto al Senado en general, debemos recordar, que en la República cambia su primitivo carácter de mero órgano asesor del *rex*, pasando a ser el órgano más destacado e influyente, siendo garante por su composición *lectio senatus*, de la estabilidad y continuidad histórica de Roma. Ahora, en el Principado, el Senado inicia una fase de esplendor en la que se le confieren atribuciones electorales y legislativas, hasta el punto de calificarse su naturaleza jurídica, por MOMMSEN, como una diarquía, *Prínceps-Senatus*, que se manifiesta, sobre todo, en: sus propios órganos (instituciones republicanas en franca decadencia y figura del *Princeps*, con constante aumento de poder); en la organización provincial (distinción de provincias senatoriales, con *proconsules* y *propraetores* e imperiales, con *legati Augusti*); en la administración financiera (con el *Aerarium populi Romani* o *Saturni* y la fortuna privada del Príncipe, *Fiscus Caesaris*) y en las propias fuentes del Derecho donde (según Gayo 1,4) junto a los *Senatusconsulta*, o sea, lo que el Senado manda y establece *-iubet atque constituit-* que alcanza fuerza de ley, surge (1-5) la *Constitutio principis*, que es aquello que establece el emperador por un decreto, edicto o una epístola *-quod imperator decreto, vel edicto, vel epístula constituit...-*. Todas estas atribuciones del Senado, aparentemente compartidas con el Príncipe, terminarán siendo ilusorias cuanto más nos alejamos de Augusto. Siguiendo con el Senado, y respecto a sus funciones más antiguas y tradicionales, baste incidir la sin razón en la República, de un *interregnum*, y el especial interés que cobra la *auctoritas patrum*, que, en el Principado, se manifiesta en materia electoral y legislativa, aunque termina perdiéndolas a favor del Príncipe. Así, las recomendaciones (*commendationes magistratuum*), del candidato, en el primer caso, que acaban siendo obligatorias al no comportar la exigencia de procurarse votos o la posibilidad de un fracaso [*sine repulsa et ambitu designandos*, según Tácito] y la sustitución del término *senatusconsulta*, por el de las meras propuestas y motivación del Príncipe en el Senado, en el segundo, *orationes principum in senatu habitae*, nos eximen de más comentario. Cfr. PANERO, R., *Derecho Romano*, Valencia, 2010, p. 88, n. 20. Una *lex de imperio Vespasiani*, de diciembre del 69 (en puridad, un *sc*, seguido de una *sanctio*, obra del primero de los Flavios) y llegada, de manera fragmentaria en una tabla de bronce, descubierta en Roma a mediados del s XIV, parece avalar el otorgamiento en bloque, a los *principes* sucesivos, de todas los poderes que, *paulatim*, le fueron otorgando a Augusto, por el Senado y el Pueblo, empezando por el *imperium proconsulare* y la *potestas tribunitia*. Conservada en el Museo Capitalino, el texto puede consultarse, reproducido además de en CIL,VI, 1, p. 167, n. 930, en DESSAU n. 244; BRUNS p. 202; GIRARD p. 107 o; FIRA I, p. 154, n. 15. Cfr. por todos, el texto en GIRARD, *Les lois des Romains*, 7ª Édition par un groupe de romanistes des *"Textes de droit ronmain"*, II, de P.F Girard et F. Senn, Pub. curata de V. Giuffrè, Facoltá di Giurisprudenza dell'Universitá di Camerino, 1977, pp. 107-110.

66 Baste recordar: A) En lo territorial, que: a) con los Julios Claudios (hasta el a.67), Roma sigue su política de conquistas y así Claudio llega Britania; b) con los Flavios (hasta el 96) Vespasiano y Tito toman Jerusalén y c) y con los Antoninos (hasta el 192) Trajano supera, en Occidente, el Rhin y el Danubio y en Oriente, el Tigris, logrando la máxima extensión geográfica del Principado. B) En cuanto a la población: el cese de la distinción *cives* y *peregrini* por la *Constitutio Antoniniana* (212) al conceder Antonino Pío, la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio [a sin olvidar las lagunas del papiro 40 Giessen]. C) En lo jurídico: a) el cese, en teoría, de la distinción, *ius civile-ius gentium* y, en la práctica, la romanización de éste y provincialización de aquél; b) el cese,

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

la gran difusión de los préstamos pecuniarios, y 3º) y no por ello menos importante, a la estructura de la familia de la Roma clásica, presidida por la *patria potestas*, pilar de la sociedad romana que, como dice TORRENT[67], ya empezaba en esta época a dar muestras de un proceso evolutivo[68] dando mayor cabida a la personalidad de los hijos, primero por vía del *ius honorarium* y segundo, por vía de la jurisprudencia.

En este trabajo, no pretendemos ahondar en cada una de las diferentes cuestiones controvertidas que rodean al *SCM*, ni siquiera proceder a una enumeración exhaustiva y crítica ellas, bastando recordar *ad exemplum*, que se discute hasta si fue promulgado por Claudio o por Vespasiano, ya que encuentra su precedente en una *lex Claudia de aere alieno filiorum familiarum* poco conocida, que parece que castigaba con una multa a quienes prestaran dinero a los *fili familias*[69]. Lo que pretendemos es poner de manifiesto que el Derecho Romano, a través del *SCM* protegía a los *filii familias* hoy diríamos consumidores, a través de esta medida particular: prohibir los préstamos de dinero en los que actuaban como mutuarios. Para ello, nos limitaremos aquí y ahora a hacer un breve *excursus* por el *SCM* centrándonos, exclusivamente, en su contenido, sus efectos y su fundamento.

1) Respecto a la primera cuestión, esto es su contenido, como ya hemos apuntado, el *SCM* determina la imposibilidad de exigir el préstamo de dinero hecho a un *filius familias*, limitando el Senado a través de esta medida, la capacidad de obligarse de estos *filii*, salvo que estuvieran autorizados por su *paterfamilias*[70]. Incluso en el caso de que aquél se con-

formal, en el 130, tras el *Edictum perpetuum*, de la fuerza creadora del *ius edicendi* de los magistrados y el fin, por tanto, evolutivo del *ius honorarium* y c) la aparición de un *ius novum*, que descansa en la voluntad del *Príncipe*, cobra forma a través de sus *constitutiones* y se basa en un nuevo procedimiento, la *cognitio extra ordinem*. D) En lo social: la diferenciación de tres estratos, *ordines senatorius* (o superior, integrado por la aristocracia de la tierra); *equester* (representado por la aristocracia del comercio) *y decurionum* (integrado por la élite municipal urbana). PANERO, Ricardo, *Derecho Romano*, Valencia, 2008, pp. 84 a 85.

67 Destacamos tres reflexiones a nuestro juicio de interés y que entresacamos del propio TORRENT en su *Diccionario de Derecho Romano*, Madrid, 2005, pp. 868-869 y 876-877. Precisa el autor que, particular importancia revistieron los *peculia*, pues jurídica, y hasta políticamente, abrieron una brecha importante al protagonismo exclusivo del *paterfamilias* y, correlativamente, un ensanchamiento de la capacidad negocial de los *in potestate subiecti*. Por ello, concluye, a través de sus distintos tipos, en época justinianea, el rígido sistema que regía la familia ha dado una vuelta radical y aun subsistiendo la *patria potestas* vitalicia, en cuanto a sus efectos personales, que de todas formas se han reducido notablemente, la autonomía económica del *filius* es patente.

68 Involutivo, nos atreveríamos a atemperar al maestro.

69 Tácito, en *Annales* 11,13, usa como dos primeras palabras: *At Claudius* para luego, antes de mitad de texto, referirse a una ley relativa a la crueldad de los acreedores prestamistas...: *Et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familias faenori darent*. La doctrina mayoritaria atribuye el *SCM* a Vespasiano, tomando la referencia legislativa de Tácito como precedente poco conocido, de aquél y precisa su promulgación en el año 47. De acuerdo a las alusiones de Suetonio y Tácito. *Cfr.* sobre las diferentes opiniones doctrinales, PERIÑÁN, B., *SC Macedoniano...cit.*, pp. 182-187.

70 A pesar de la falta de capacidad jurídica de los *filii familias*, que como apunta Gayo D. 41.1.10.1 *(2, Inst.) Nihil suum habere potest*, al gozar de capacidad de obrar pueden éstos llevar a cabo negocios jurídicos patrimoniales de adquisición, pero no de disposición [*nemo dat quod non habet*, se resume de Ulpiano D. 50.17-54 *(46, Ed)*], convirtiéndose junto con los esclavos, en meros instrumentos de adquisición del *pater*. Sin embargo, el carácter personal de las obligaciones y el principio de vinculación exclusiva de las partes hacen que el *pater* no responda de las deudas contraídas por el hijo y a pesar de que éste pueda ser demandado y condenado *in potestate*, la ejecución de la sentencia no se produce hasta el momento en que el *filius* alcance la posición de *sui iuris*. *Cfr.* PANERO, R., *Derecho Romano...*, cit., p. 271.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

vierta en *sui iuris*, también se considerará de aplicación el acuerdo senatorial, siempre que adquiriera el hijo la condición de *sui iuris* por haber fallecido su *paterfamilias*.

Así, para que el *SCM* sea eficaz, como apunta PERIÑÁN GÓMEZ[71], *a priori* tienen que cumplirse dos premisas; A) Una objetiva, que se trate de un préstamo de dinero y B) Otra subjetiva, que el *mutui accipiens* sea un *filius familias*, o sea, esté: *in patria potestate subiectus*.

A. Préstamo de dinero. Pese a su indudable claridad, huimos de un rigor literal, compartiendo, en cambio, la opinión de quienes interpretan esta disposición *lato sensu*; es decir, que no se limita a actividades del *filius* que fueran estrictamente préstamos, sino a también a todas sus actividades de crédito o financiación en las que pudieran disponer de una cantidad de dinero; en definitiva, como apunta TORRENT[72], vetando cualquier operación de crédito o financiación de los hijos de familia, lo que indudablemente, indudablemente nos hace pensar en una mayor protección de estos *filii* que empiezan a actuar por sí mismos en el tráfico mercantil.

B. El mutuatario y su condición de *filius familias*[73]. Recordemos que en Roma, el concepto de menor, usando terminología moderna –*impubes*- va ligado a la capacidad fisiológica para procrear[74], y no a la presunta madurez intelectual, y que los *alieni iuris*, con independencia de haber alcanzado la pubertad veían tremendamente limitada su capacidad de obrar sobre todo en el campo del Derecho Privado, y más concretamente en las relaciones patrimoniales[75]. Sin embargo, la situación cambiará durante la época clásica, y poco a poco, aquella antigua concepción de la *patria potestas* irá atenuándose, aumentando de forma paulatina la capacidad patrimonial de los hijos: claro ejemplo de ello es la concesión de la *libera administratio* de un pequeño patrimonio -el peculio-, cuyo fin básico es, precisamente, introducir al hijo en la actividad comercial e industrial lucrativa, y la aparición de las denominadas *actiones adiecticiae qualitatis*, en las que el *pater* se hace responsable, en determinados casos, de las actuaciones del hijo[76]. Todo ello desembocará en que en época clásica se admita cierta capacidad para contraer obligaciones civiles a

71 PERIÑÁN, B., *SC Macedoniano...cit.*, pp. 127 y ss.,

72 TORRENT, A., *Diccionario...cit.*, v. *SCM*, p. 1160.

73 Englobándose en el concepto de *filius familias*, a todo ciudadano, libre, *-tam masculos quam feminas-* sometidos a la patria potestad, sin importar el grado, (hijos, nietos y biznietos o nietos de hijos. C. 4.28.6.. *Cfr.* D. 1.6.4 (*Ulp. 1 Inst.*).

74 *Impubes* es *qui generare non potest*, que se estima adquiere, siguiendo el criterio proculeyano adoptado por Justiniano, entre los 12 años la mujer y 14 el varón. Por ello es *pubes qui generare potest*. El que, en concreto la niña núbil, se denomine en las fuentes *viripotens*, o sea, *quae viro patens potesti* nos revela de más comentarios.

75 Recuérdese que los *filii familias* son meros representantes de sus *patres*, pero exclusivamente en el caso de que sus actuaciones sean beneficiosas para éstos, por lo que, partiendo del precepto de que las actuaciones del hijo no pueden empeorar la condición del padre, éste no asumirá ni las deudas ni las responsabilidades derivadas de los negocios realizados por aquel.

76 Denominación que proviene de los glosadores y refleja que se añaden o agregan a las acciones civiles que los acreedores pudieran tener contra los *filii familias*. Baste recordar: 1°) su origen pretorio, ya que se encuentra en el un triple edicto, *-est autem triplex hoc edictum-*; 2°) su fundamento, el evitar el perjuicio de los acreedores derivado del principio de que la actuación del *filius* no puede perjudicar la situación patrimonial del *pater*, y 3°) sus efectos, la responsabilidad de éste de forma ilimitada o ilimitada frente a las actuaciones del hijo*: aut enim de peculio aut de in rem verso aut quod iussu hinc oritur actio*. D. 15.1.1 (*Ulp. 29 ad ed.*).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

los *filii familias*[77], como se desprende, precisamente de nuestro senadoconsulto, ya que la falta de protección procesal que sufre el mutuante que actúa contra esta disposición, no hace otra cosa que reconocer, si bien de forma implícita esa capacidad patrimonial de los *filii*[78].

A priori puede parecer contradictorio, que por un lado, los *filii* cada vez tengan más autonomía negocial, y por otro, se establecen medidas para limitar su capacidad, como ocurre en el caso de nuestro senadoconsulto. Sin embargo, esto apoya la idea de que lo que hace el Pretor a sugerencia del Senado es brindar a los *filii* la posibilidad de proteger su posible patrimonio, privando de tutela judicial al mutuo, lo que nos conduce de la mano de RABEL que definió al Derecho Romano como un sistema de acciones, a aludir, de forma somera, a la eficacia del senadoconsulto, o sea, de su protección.

2) Esta protección se establece, procesalmente, de dos formas: a) la no concesión de acción (*denegatio actionis*) ante la solicitud del actor, mutuante, *mutuo dans*, por lo que sin entrar en más detalle, se paralizaría el litigio, *ipso iure*; y b) la *exceptio ex sc macedoniani*[79] que podía ser interpuesta por el *filius*, (o por su *paterfamilias*) frente a una eventual reclamación del préstamo (*condictio mutui* o *actio certae pecuniae* -o incluso *actio iudicati*-), excepción concedida por la Jurisprudencia *in odium creditionis*.

Sin embargo, los textos de Ulpiano referidos al *SCM* no contienen una prohibición expresa de que no se puede prestar dinero a los hijos, sino que se trata de una "recomendación[80]" para que los magistrados intervengan en el ámbito procesal, ya que como es sabido, en el plano sustantivo, el Senado en la génesis del Principado no puede intervenir directamente en el *ius civile* prohibiendo algo que éste permite. Vemos así que se trata de una innovación que afecta al *ius civile* desplegando sus efectos en el *ius honorarium*, a través de la intervención del Pretor[81].

La referencia al posible *odium creditoris* que refleja el tenor literal del texto de Ulpiano, hace pensar a parte de la doctrina, que una de las razones de este senadoconsulto fue castigar a los usureros que estaban causando terror en la sociedad romana del s. I dC[82], que se encuentra en plena expansión. La vida romana cada día era más lujosa e inmoral lo

77 D. 44.7.39 (Gai ad Ed. Prov.) y D. 46.4.8.4 (ulp. 48 ad Sab).

78 Sobre si la obligación generada por la *datio mutui* puede ser reclamada civilmente, o si por el contrario, genera una obligación natural, la doctrina se muestra dividida: Autores de la talla de BONFANTE o KASER se decantan por el reconocimiento de una obligación natural, sin embargo, romanistas como TALAMANCA o BURDESE creen que se trata de una verdadera obligación civil. *Cfr.* sobre las diferentes opiniones doctrinales, PERIÑÁN, B., *SC Macedoniano...cit.*, pp. 231- 236. De todas formas, como apunta TORRENT, A., *Diccionario..., cit., v. SCM*, p. 1160, las obligaciones naturales parecen más una categoría postclásica que clásica.

79 Como apunta PERIÑÁN, B., *SC Macedoniano...cit.*, pp. 143-148, el texto sólo recoge la *denegatio* como medio de aplicación procesal siendo la jurisprudencia la que, influida por el espíritu de la disposición senatorial y probablemente por las limitaciones que plantea el denegarlo a la hora de aplicarla la que promueve la introducción de la *exceptio* en el edicto pretorio. *Cfr.* sobre el análisis de esta excepción y sus caracteres y su naturaleza jurídica estas mismas páginas.

80 *Cfr.* SALAZAR REVUELTA, María, "Notas a propósito de un estudio sobre el Senadoconsulto Macedoniano", *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 4 (2003), pp. 157-175, p. 168.

81 LUCREZI, F., *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli, 1992, pp. 90 y ss.

82 Terror o envidia de los senadores y de la clase alta romana contra los usureros bancarios, se cuestiona MURGA, Jose Luís, "El sem y las actiones adiectitiae qualitatis", *Actas del II Congreso Iberoamericano de Derecho Romano*, Murcia (1998), pp. 351–374, p. 365.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

que afecta a los *filii* que vivían *libido et atque luxuria*[83]. Todo ello hizo que proliferasen los prestamistas negociantes –*faeneratores*– que incluso concertaban préstamos con esos imprudentes e inexpertos *filii*, que se las veían y se las deseaban para hacer frente a las esas deudas, ante la inflexibilidad de los prestamistas.

3) Esto nos lleva a la tercera cuestión que pretendíamos abordar: el fundamento de dicho Senadoconsulto, problema todavía hoy vigente controvertida en doctrina, que plantea, a su vez, si se trata de una medida a favor del *pater*, en último término responsable de las actuaciones del hijo, (a través de las *actiones adiecticiae qualitatis*) o del propio *filius*.

Ahondando un poco más en esta cuestión, de adoptar la primera postura, podría tratarse de una medida a favor, bien de la vida de propio *paterfamilias*[84] –recordando el controvertido relato descrito por Teófilo referente al parricidio cometido por Macedo para heredar a su padre y pagar así sus deudas[85]- bien para salvaguardar no su vida, sino su patrimonio, o como apunta, PERIÑÁN, para retrasar el desgaste que la patria potestad estaba sufriendo paulatinamente[86]. Gran parte de la doctrina romanística mantiene esta última postura[87], considerando que la máxima motivación de la medida senatorial está en el deseo de mantener incólume la patria potestad, que siendo uno de los pilares básicos de la sociedad romana, ya empezaba a tambalearse por la conquista de los *filii familas* de mayor autonomía.

Pese a lo expuesto no falta quien opina, como BESELER[88], que partiendo de la falsedad del relato de Teófilo, el *SCM* fue una medida dirigida a proteger a los *filiifamilias* frente a su propia imprudencia, impidiendo, o al menos dificultando, que éstos se endeudaran. Lo cierto es que, en cualquier caso, terminó siendo una medida protectora en el ámbito de los negocios en interés de los *filiifamilias*. Si bien es cierto que el *SCM* habla de los *filii*, en sentido general, queremos hacer especial hincapié en la delimitación de esta categoría que, como ya hemos puesto de manifiesto, abarca a todos los sometidos a la patria potestad, incluyendo tanto a los que hoy llamaríamos mayores de edad –púberes- como menores –impúberes–.

Es dentro de ese amplio concepto de *filius familiae: pro aetate* entre impúberes con sus distinciones entre *infantes* e *infantia maiores* (y la subdistinción, a su vez, de *infanti proximi* y *pubertati proximi)*, y púberes, con su ulterior matiz entre *maiores viginti quinque annis* o *minores*, donde podemos pensar en el *SCM* como una medida de protección a los jóvenes, *minores* si se prefiere, equiparable a la establecida en la *Lex Laetoria*[89],

83 Suetonio en *Vitae Vesp.*, 11.

84 Posición defendida entre otros por DAUBE, David, "Did Macedo murder his father?" *ZSS* 65 (1947), pp. 261 y ss.

85 Y que ha dado lugar a las más variadas interpretaciones doctrinales sobre los hechos que originaron su promulgación. *Cfr.* por todos, PERIÑÁN, B., *SC Macedoniano...cit.*, pp. 38 y ss.

86 PERIÑÁN, B., *SC Macedoniano...cit.*, p. 178.

87 Cfr. por todos PERIÑÁN, B., *SC Macedoniano...cit.*, pp. 167 y ss.

88 BESELER, G., *Beiträge zur kritik der römischen Rechtsquellen*, Vol. IV, Tübingen, 1920, pp. 130 y ss.

89 Recordemos que el objetivo último de esta ley, como ponen de manifiesto DUPLÁ, Mª Teresa, y BARDAJÍ, Lola, en "El fundamento último de la protección del menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial", *AFDUC*, 11 (2007), pp. 1-24, es la protección de los menores consumidores.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

si bien, no exclusiva para ellos, ya que si así hubiese sido, como apunta PERIÑÁN[90], el *SCM* habría establecido un límite de edad por debajo del cual se prohibiera el préstamo, independientemente de su condición de *sui* o *alieni iuris*.

Como ya se ha puesto de manifiesto, es esa nueva categoría de *minores*[91] creada por la *Lex Laetoria*, referida a jóvenes o adolescentes (de entre 14 a 25 años), en la que encuadramos el concepto actual del menor consumidor, que puede ahora trasladarse a unas coordenadas espacio-temporales distintas, como son el *SCM* (frente a la *Lex Laetoria*) y el s. I dC (frente al s. I aC) si bien en relación a otro tipo de *minores:* ahora los *alieni iuris* (frente *al minor sui iuris*[92]). Y al igual que pasaba con estos últimos, los *filiifamilias minores* que adquieran un dinero a préstamo, no sólo gozan de la doble protección otorgada por el *SCM* como hemos visto por vía procesal, 1) *la denegatio actionis* y 2) *la exceptio SC macedoniani*, sino también por vía extraprocesal, a través de una *restitutio in integrum propter aetatem*. Esto se fundamenta en nuestro convencimiento, de que en contra de lo que comúnmente se entiende, esta última protección pretoria, como afirma ANKUM, no sólo afecta a los menores *sui iuris*, sino también a los *alieni iuris*, esto es, los sometidos a la *patria potestad*[93].

Por último, y para concluir, podemos afirmar que si bien es cierto que toda la institución guarda una íntima relación con la patria potestad romana, no es menos cierto que posteriormente, la *interpretatio* de la jurisprudencia fue mitigando la prohibición del senadoconsulo, y del mismo modo, la Cancillería imperial modifica el ámbito del *SCM*, y hasta los tiempos de Justiniano va sufriendo constantes restricciones, en el afán de adaptarse a las nuevas necesidades sociales. Sin embargo, a pesar de ir perdiendo fuerza no llega a derogarse nunca, Justiniano lo recoge en la Novela 115.3.13, a pesar de no nombrarla de forma explícita.

Hoy el art. 323 del Cc, modificado por la Ley Orgánica Nº1/1996 de Protección jurídica del menor, limita la capacidad del menor emancipado para algunos actos de disposición patrimonial entre los que se encuentra... ***tomar dinero a préstamo,*** *gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres, y a falta de ambos de su curador,* lo que indudablemente demuestra cierta conexión con el *SCM*[94].

90 PERIÑÁN, B., *SC Macedoniano...cit.*, p. 254.

91 Como apuntan DUPLÁ y BARDAJI, en *El fundamento último...cit.*, p. 4, esta ley introduce en el lenguaje jurídico el término menor, referido a "alguien que al no haber cumplido determinada edad, al menos, necesita de cierta protección".

92 Recordemos que este menor *sui iuris*, goza de plena capacidad jurídica y de obrar.

93 ANKUM, J.A., "La position juridique du "filius familias" mineur en droti romain classique", Mélanges Wubbe, pp. 1-25, p. 2. Cfr. D. 4.4.3.10 (***Ulp. 11 ad Ed): Si autem filius familias sit, qui castrense peculium habeat, procul dubio ex his, quae ad castrense peculium spectant, in integrum restituendus erit quasi in proprio patrimonio captus***). WACKE, Andreas, "La prohibición del crédito para los hijos de familia y el dictado de la razón económica", SCDR, 6 (1994), pp.157 y ss., p. 166, cree que el SCM pretende evitar los préstamos a mayores de edad, y no ha faltado quien considera que sólo afecta a los filiifamilias mayores de edad, como SOHM, R., Instituciones de Derecho privado romano. Historia y Sistema. Traducción por Roces, W., Madrid, 1936, y citado por PERIÑÁN, B., SC Macedoniano...cit., p.131, n. 18.

94 DAZA MARTÍNEZ, Jesús, - RODRÍGUEZ ENNES, Luis, *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Valencia 2009, p. 298 en relación al antiguo art. 317 del Cc.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

Ante el precedente senatorial romano, cabe establecer siguiendo a PERIÑÁN[95], un paralelismo entre este artículo y texto de Ulpiano, observando que tienen en común:

1°) su referencia explícita a un préstamo de dinero (mutuo), y si bien en el *SCM* veíamos que se podía ampliar la protección a otros casos similares, PUIG FERRIOL[96] considera también que "esta limitación deberá hacerse extensiva a cualquier otro negocio jurídico cuya finalidad económica coincida con la del préstamo de dinero" [97].
2°) En ambos, la restricción a la capacidad de obrar del menor cesa si concurre el consentimiento de los padres, del curador[98] o del cónyuge mayor y del *paterfamilias* en nuestro *SCM*.
3°) En relación al concepto de *menor*, también encontramos similitudes, ya que si el art. 323 es más restrictivo y se refiere exclusivamente al menor emancipado, el *SCM* como hemos visto tiene un ámbito de aplicación más amplio: todos los *filiifamilias* entre los que también están los jóvenes y adolescentes. Además, no debemos olvidar, que salvando las distancias, el hijo que contrae un préstamo siendo *alieni iuris*, pero después se convierte en *sui* por el fallecimiento de su *paterfamilias* (emancipado, al fin y al cabo), también está protegido por la disposición senatorial.
4°) Para acabar, y en relación al fundamento, algunos civilistas[99] encuadran el art. 323 en la lucha contra la usura, que tiene exponentes tan conocidos como la Ley de Azcárate de 23 de julio de 1908[100] cuestión esta que, como hemos visto, también ha sido esgrimida por algunos romanistas como fundamento del *SCM*.

A nosotros en cualquier caso, nos parecen ambas medidas de protección de los menores consumidores a los que se trata de amparar sea por su edad, o por su inexperiencia negocial.

3) La protección al menor y al adolescente en nuestros días.

A parte del precedente concreto que acabamos de señalar a la regulación romana del Senadoconsulto Macedoniano, existen múltiples normas, tanto nacionales[101] como interna-

95 En la forma, si bien separándonos de él en las conclusiones. PERIÑÁN, B., "La recepción del SCM en el Derecho Español", *REHJ*, Valparaíso (2011), pp. 375 a 398, pp. 394 y ss.

96 PUIG FERROL, L., *Artículo 323, Comentario del Código Civil*, I, Madrid, 1993, p. 885, citado por PERIÑÁN, B., *La recepción del SCM...*, *cit.*, p. 394, n. 107.

97 Siguiendo con el art. 323 Cc y la enumeración de los actos, además de **tomar dinero a préstamo,** [gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor] que el emancipado menor, no podrá hacer sin el consentimiento de sus padres, y a falta de ambos de su curador, la doctrina. se muestra unánime al postular una interpretación extensiva, por considerar que el legislador *dixit minus quam voluit*. Por ello, por caso, ante la posible permuta; donación; dación en pago; transmisión por renta vitalicia y un largo etcétera sobre bienes inmuebles se consideran prohibidos y las concretas referencias que expresa comportan el sentido más amplio de prohibición de disponer de bienes raíces.

98 La curatela se introduce por Ley de 24 de octubre de 1983.

99 PÉREZ DE CASTRO, N., *El menor emancipado*, Madrid, 1988, pp. 166 y ss.

100 El apelativo obedece a haberse dictado esta ley contra la usura por iniciativa del entonces ministro Gumersindo Azcárate. En su Art 1 habla de nulidad de préstamos, en condiciones tales, que resulten leoninos, habiendo motivos para estimar que han sido aceptados por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales.

101 Tanto Código Civil como alguna que otra normativa foral, especialmente la catalana y navarra, así como también la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, 1/1996, de 15 de enero, hacen una regulación más o menos extensa al respecto.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

cionales[102], que contemplan la regulación del menor, su capacidad y especial protección. Todas ellas conforman la normativa del menor o su estatuto jurídico.

No hay que perder de vista que al cumplir los dieciocho años se tiene capacidad de obrar para todos los actos de la vida civil, a excepción de los supuestos establecidos por el Código Civil[103] (art. 322); de la misma manera, el menor emancipado puede también regir su persona y bienes como si fuera mayor, con las salvedades previstas en el art. 323 del Cc. antes mencionadas.

El interés del menor es sin duda unos de puntos más importantes a estudiar cuando se trata de este tema. Éste es un concepto jurídico indeterminado y difícil de definir, cuyos límites y forma han sido fijados y limados por la jurisprudencia, caso por caso. De hecho, y pese a la abstracción del concepto, hay que recordar que el uso del mismo es frecuente para dar solución a los conflictos familiares[104], incluso aunque ello implique manifestar cierta desconfianza en los padres.

Este principio descansa en los fundamentos esenciales de nuestro Estado de Derecho, recogidos en la Constitución Española[105], siendo éstas normas de orden público y debiéndose observar en todo caso por los poderes públicos[106]. Principio que, sin embargo, que no es nuevo, pero que ha sufrido adaptaciones a las nuevas regulaciones, y que ha conllevado la realización de reformas en nuestro Código Civil[107].

Específicamente hay que tener en cuenta que muchas veces el aplicar el principio no determina que se vaya a traducir en la igualdad de los progenitores, sino en que la persona a proteger va a ser el menor[108]. Así ocurre de manera clara en el supuesto del derecho de visitas, donde se le reconoce a terceros la posibilidad de tener una relación con los menores aun existiendo voluntad en contra de sus padres[109]. Ello claramente se plasma en el art.

102 Especialmente importante es la regulación contenida por la Convención de los Derechos del niño, de 20 de noviembre de 1989 (en el seno de las Naciones Unidas), la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y la Carta Europea de los Derechos del Niño del Parlamento Europeo, entre otras.

103 En adelante, C.c.

104 En este sentido: en relación a la custodia compartida (STS de 7, 21 y 22 de julio de 2011 y 3 y 5 de octubre de 2011; atribución de la vivienda familiar (STS de 21 de junio y 10 de octubre de 2011): o en temas de derechos de visitas a favor de otras personas como los abuelos (STS de 12 de mayo y 20 de octubre de 2011)

105 Especialmente a lo dispuesto en el artículo 10, de deberes y derechos fundamentales; artículo 14, relativo al principio de igualdad; y el 39, de especial protección a la familia.

106 En este sentido relata DUPLÁ MARÍN T. y BARDAJÍ GÁLVEZ, L.: *"El fundamento último de la protección al menor consumidor: la inexperiencia en el ámbito patrimonial"*, Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña, vol. 11, 2007. Pág. 16; y RIVERO HERNÁNDEZ, F.: *"El interés del menor"*. Madrid. 2000. Págs. 31 y 32. Así también la STS 141/2000 y el art. 53.2 y .3 CE.

107 En este aspecto recordar la reforma del año 1981 o las más recientes del año 2003 (*Ley 42/2003, de 21 de noviembre)* y 2005 (ley 13/2005, de 1 de julio)

108 A efectos ejemplificativos, la STS 623/2009, que remitía a la STS 25 de mayo de 2012, establece como criterios a tener en cuenta como interés superior del menor *"criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada en una convivencia que forzosamente deberá ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven"*. En este mismo sentido también se pronuncia la STS de 11 de marzo de 2010 y 22 de julio de 2011

109 En este sentido, la STS de 12 de mayo de 2011.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

160.2 del Cc. al establecer que "*no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados*", pues el menor tiene derecho a tener relaciones con personas con las que le une cierta afección.

El Tribunal Supremo ha declarado en numerosas sentencias[110] que el interés superior del menor es un principio de orden público, y que ello ya justifica el hecho de que el juez, de oficio, lo aprecie, conforme a lo dispuesto en el art. 53 de la CE y art. 5 de la LOPJ.

Junto con este principio, inspirador de toda normativa relativa al menor, el Código Civil recoge en los arts. 164 a 168 la regulación relativa a la administración de los bienes de los hijos por los padres[111]. Junto a ella, el art. 154 del C.c. prevé que la administración paterna de los bienes de los hijos, como carga o contenido de la patria potestad. Todo ello en el marco de un reconocimiento pleno a la titularidad de derechos por parte de los menores y de una capacidad progresiva para ejercerlos[112].

Ya el art. 164 prevé en su primer párrafo que los padres tienen el deber de administrar los bienes de los hijos con la misma diligencia que los suyos propios; entendiendo, pues, que existe una administración en sentido amplio, ya que incluye además de los actos de conservación, disfrute y rendimiento, también los actos de disposición. Pero lo cierto es que no existe un conjunto de preceptos que permitan delimitar exactamente cuál es la capacidad contractual del menor de edad, debiendo recurrir a la madurez en cada caso del menor, para poder dar una solución al caso en concreto.

Sin perjuicio de lo anterior, no debemos olvidar la aplicación de los preceptos más generales, que a su vez establecen el marco de actuación de las personas a nivel contractual, deviniendo capitales. En este sentido, el art. 1261 del C.c. relativo a los requisitos del contrato, donde el consentimiento de los contratantes es fundamental para la existencia del mismo. Y en segundo lugar, el art. 1263 del C.c. que precisa que los menores no emancipados y los incapacitados no pueden prestar consentimiento. A *sensu contrario*, los menores de edad no pueden contratar. Por tanto, del análisis de ambos preceptos se deduce la necesidad de que las personas que contraten han de ser capaces de comprender las consecuencias y alcance jurídico de sus actos, protegiendo, por ende, a todas aquellas personas que carezcan de madurez y entendimiento suficiente.

Si bien esta constatación parece clara, existen numerosas excepciones, pues a nadie se le escapa que los menores, aun no estando emancipados, realizan en su día a día contratos, especialmente en el ámbito del consumo en establecimientos abiertos al público o transporte (actos de su vida cotidiana, en definitiva); y todo ello, con plena validez y sin la intervención de sus representantes legales. En definitiva, la capacidad natural del menor es reconocida y validada en ciertos ámbitos de su actuación[113].

Junto a ello, en el Código Civil encontramos también preceptos que reconocen estas excepciones de manera expresa: el art. 438 en materia posesoria; en sede de donaciones, los

110 STS de 25 de abril y 31 de mayo de 2011.

111 Concretamente en el Capítulo III del Título VII del Libro Primero del Código Civil.

112 Tal y como reza la Exposición de Motivos de la Ley de Protección Jurídica del Menor.

113 BARDAJÍ GÁLVEZ, L: "*El fundamento...*". Oab cit, pág. 15, explica como para una parte de la doctrina en realidad estamos ante una renuncia tácita a la impugnación del negocio jurídico, tanto por parte del menor (cuando alcance la mayoría de edad) como de su representante lega.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226

arts. 663, 625 y 626; y los arts. 164 y 165 del C.c. ya enunciados anteriormente en sede de ejercicio de la patria potestad. Además, el Estatuto de los Trabajadores permite la admisión al trabajo a los menores mayores de 16 años, con la excepción de los espectáculos públicos, donde existe una relación laboral especial[114].

Al hilo de lo dicho en el ámbito patrimonial, encontramos otro importante sector, el consumo, donde el menor está adquiriendo cada vez más, una importancia capital. Aquí, no existe una norma o regulación específica que trate al menor consumidor. Y eso que es habitual ver a menores en centros comerciales o supermercados comprando todo tipo de objetos entre los que podemos encontrar teléfonos móviles, ropa, aparatos electrónicos y demás. ¿Es esta falta de regulación sinónimo a que los menores tienen libertad plena para hacer y deshacer en este ámbito? O por el contrario, ¿existe una falta de regulación tal que el menor se encuentra desprotegido? Éste parece ser el caso, lo que es de relevancia, siendo un sujeto débil y que merece una protección especial que no tiene, pese a que con la nueva normativa recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, se ha comenzado a enfatizar en la protección de este sector aún más si cabe. Ahora bien, sigue sin incidir en este colectivo que tanta protección necesita, máxime cuando se le están creando unos hábitos de consumo que no son innatos a la persona cuando nace.

En otro orden de cosas y como mero apunte, pues no es objeto del presente estudio en profundidad, hay que hacer mención a todos aquellos actos relativos a los derechos de la personalidad u otros del menor, de acuerdo con sus condiciones de madurez, ya que podrán ser realizados por el menor sin la intervención de sus padres.

A título de ejemplo nos encontramos el derecho a la salud e integridad física y psíquica del menor. Éste podrá decidir por sí el internamiento por razones de trastorno psíquico, y sólo en caso de no poder hacerlo, lo habrán de promover sus representantes legales[115]. Lo mismo ocurriría en el caso del tratamiento de deshabituación por causa de intoxicación etílica, drogadicción, etc. Primando en todos estos casos el derecho a la vida y salud del menor. Como excepción encontramos el transplante de órganos, donde el menor no puede ser donante vivo, pero sí receptor de éstos mediando el consentimiento de sus representantes legales.

Respecto al derecho al honor, intimidad y propia imagen del menor se sigue la línea antes citada según la cual si el menor tiene suficiente madurez, podrá ejercitar los derechos de los que es titular, necesitando, en caso contrario, de la intervención de los titulares de la patria potestad, o en su caso, del Juez.

En definitiva, y pese a la multiplicidad de normas que hablan del menor en distintos ámbitos y esferas, la realidad sigue superando a la ley que, en algún momento, deberá reformularse o ampliar su regulación, dando cabida a la protección del menor en materia de consumo, donde de manera evidente este colectivo se encuentra ciertamente desprotegido.

114 Art. 6.1 y 6.4 del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo) y RD 1433/1985 de 1 de agosto.

115 Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0226