

Derecho de familia

Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana^{*}

SEBASTIANO TAFARO^{**}

Sumario: I. ¿Derechos de los niños? II. *Expectativa de nacimiento: Derecho a la vida*. III. *Derecho a la paternidad*. IV. *Derecho a la identificación mediante el nombre*. V. *Derecho a la crianza*. VI. *Protección de los niños*

Resumen

El presente estudio, si bien parte de la premisa de que ciertamente en el derecho romano no existió un elenco de los "derechos de los niños" tal como se encuentra hoy previsto en los diferentes tratados y convenciones internacionales, busca demostrar que los valores que fundamentan tales derechos sí se encontraban, en cambio, presentes en la experiencia jurídica romana, lo que permitía hablar, ya para la época, de un "derecho de nacer" del concebido, cuya tutela se confiaba en forma concurrente a los *patres* y a la *civitas*; de un "derecho a la paternidad" o derecho de ser acogido en la familia; de un "derecho al nombre", con el cual el niño se identificaba en la colectividad y entraba oficialmente en la familia; de un "derecho a la crianza", esto es, a ser alimentado y criado; además de otras disposiciones dirigidas a la protección jurídica de los niños, tales como la prohibición del trabajo forzado y la prohibición relativa a las convenciones sobre prestaciones laborales, así como el derecho del impúber a ser asistido y protegido por un tutor; sin que pueda perderse de vista, claro está, que tales "derechos" no pueden ser valorados con base en nuestros esquemas, sino de acuerdo con la realidad jurídica de la experiencia romana, que se caracterizó por un *sistema abierto* de fuentes y que daría vida a principios de indiscutible civilidad jurídica correspondientes a la visión de una sociedad basada en las interacciones entre los derechos del individuo y las formaciones sociales (la primera entre todas, la familia).

Palabras clave: derechos de los niños, derecho a nacer, derecho a la paternidad, derecho al nombre, derecho a la crianza.

* Texto originalmente publicado en *Annali della Facoltà di giurisprudenza di Taranto*, año 1, n.º 2. Traducción del italiano: MILAGROS KOTEICH KHATIB.

** Profesor ordinario de derecho romano de la Universidad de Bari (Italia).
Correo electrónico: vit11@libero.it

I. ¿DERECHOS DE LOS NIÑOS?

Recientemente se planteó la posibilidad de vislumbrar en la experiencia jurídica romana el reconocimiento de los derechos del hombre¹. A este respecto, las posiciones han sido muy diversas y contrastantes, yendo desde quien niega todo fundamento a cualquier reconocimiento de los derechos humanos en la antigüedad², hasta quien, en cambio, si bien considera obvio que no pueden encontrarse en el mundo antiguo enunciaciones referidas a conceptos y elaboraciones teóricas surgidas en el siglo XVIII, advierte que no es injustificada la investigación acerca de las disposiciones tendientes a la tutela jurídica y moral de la dignidad de los hombres³.

Más concretamente, frente a la pregunta de si en el derecho romano pueden encontrarse normas dirigidas a la tutela específica de las expectativas de los niños, considero que es necesario evidenciar los valores que también en la sociedad romana estaban a la base de la protección de éstos. Con la advertencia, se entiende, de que sería vano y contrario a la historia emprender la búsqueda de una *lista de los derechos del niño*, tal como se le conoce en nuestro tiempo, dispuesta como se encuentra en los respectivos tratados y convenciones⁴.

Creo en realidad que puede realizarse un análisis acerca de las formas adquiridas por la tutela de los derechos y expectativas de los niños, con el propósito de poner en evidencia las condiciones efectivas reservadas a éstos en una experiencia en cuyo apogeo (sí, como considero correcto, damos a *ius* el significado amplio

1 En 1996, la Société Internationale Fernand de Visscher pour l'histoire des droits de l'antiquité (SHIDA) dedicó su 50.^a sesión al tema *Le monde antique et les droits de l'homme*, cuyas actas fueron publicadas por el Centre de droit comparé et d'histoire du droit, de la Universidad Libre de Bruselas: v. A. A. VARI. *Le monde antique et les droits de l'homme* (dir. HUGUETTE JONES), Bruselas, 1998.

2 M. TALAMANCA. "L'antichità e i 'diritti dell'uomo'", en *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, en *Atti dei Convegni Lincei*, 174, Roma, 2001, 51; el autor observa: "un tipo de derechos –que, aún en el presente, se somete a discusión y es objeto de cautela en cuanto a su identificación y a las modalidades bajo las cuales, en el plano de su efectividad, se presenta en la fenomenología jurídica concreta– y los valores que lo sostienen, que pueden asumir también otras formas de manifestarse, de acuerdo con los diversos contextos históricos donde la operatividad no se encuentra necesariamente relacionada con la existencia de 'derechos del hombre' como los entendemos hoy en día".

3 Esta es la tesis de fondo de un clásico del pensamiento contemporáneo: G. OESTREICH. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, dir. G. GOZZI, Roma-Bari, 2001.

4 A este respecto, punto focal es la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, tratado internacional adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en fecha 20 de noviembre de 1989, en Nueva York. Existen diversos actos internacionales de ámbito regional, como la Convención europea para la salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, la Carta social europea, la Convención europea de 1996 sobre el ejercicio de los derechos de los menores, con entrada en vigencia el 1.º de julio de 2000, la Convención americana sobre derechos humanos, conocida como Pacto de San José de Costa Rica, firmada en 1969 y que entró en vigencia en julio de 1978, y las demás convenciones, de tipo regional, concernientes a América Latina y África.

y articulado que tuvo en el curso del derecho romano) se reconoce la dignidad de todos los hombres, sin distinción de nacimiento o de raza⁵. Con frecuencia se trataba de la intuición de principios que, aun si no de manera general, ofrecieron soluciones inspiradas en la tutela de las expectativas de vida y de crecimiento de los niños.

II. EXPECTATIVA DE NACIMIENTO: DERECHO A LA VIDA

Hoy en día es del todo pacífica la tutela del derecho a la vida de los niños, dentro del cual debiera comprenderse también el *derecho de nacer*⁶, enunciado con frecuencia en forma vaga y contradicho por la legislación atinente al aborto. En los últimos lustros una conspicua y aguda literatura romanística ha llamado la atención sobre la salvaguardia de la expectativa de nacimiento en el derecho romano⁷.

De los perspicuos resultados, baste aquí resaltar que el concebido era considerado *persona* y que tenía relevancia jurídica autónoma ya desde el momento de la concepción; en consecuencia, tenía *derecho de nacer*. En apoyo de tales aserciones pueden citarse:

–La prohibición, existente ya desde la edad regia, de sepultar a la mujer encinta antes de que le fuese extraído el *partus*⁸.

- 5 T. HONORÉ. "Les droits de l'homme chez Ulpian", en VARI. *Le monde antique et les droits de l'homme*, cit., 235: "La dignidad de todos los hombres, incluidos los esclavos, fue reconocida en principio sin distinción de nacimiento o de raza".
- 6 Por ejemplo, la citada Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en su artículo 6.º, usa expresiones cautas y posibilistas: "1– Los Estados reconocen que todo niño tiene un derecho inherente a la vida." "2– Los Estados parte aseguran en toda la medida de lo posible la supervivencia y el desarrollo del niño". Sólo en el Pacto de San José de Costa Rica, en su artículo 4.º, la tutela de la vida se sanciona ya desde la concepción.
- 7 Por último, v. M. P.: BACCARI. *Conceptito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Turín, 2004, con la literatura allí examinada. En particular v.: P. CATALANO. *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, 1, Turín, 1990, 216 y ss.; G. FONTANA. *Qui in utero sunt. Concetti antichi e condizione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Turín, 1994; M. LUBRANO. *Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Turín, 2002, 3 y ss.; M. GAYOSSO Y NAVARRETE. *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Veracruz, 1992; M. G. PETRUCCI. "Quale status per il nascituro?", en *Rassegna di diritto civile*, 1998, 462 y ss.; P. FERRETTI. "Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di *qui in utero sunt*", en *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. Nuova serie*, vol. XIII, 1999, 96 y ss.; W. WALDSTEIN. "Quelleninterpretation und status des nasciturus", en *Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, Múnich, 2001, 513 y ss. Ver, por último, T. MAYER-MALY. "Das Menschenbild des Rechts", en *VV. AA. "Giovanni Paolo II Le vie della giustizia"* (dir. A. LOIODICE - M. VARI), Roma, 2003, 35. V., en esta misma obra, las voces *Aborto*, *Conceptito*, *Curator ventris*.
- 8 D. 11. 8. 2, Marcellus *libro vicentesimo octavo digestorum: Negat lex regia mulierem, quae praegnas mortua sit, humari, antequam partus ei excidatur: qui contra fecerit, spem animantis cum gravida peremisse videtur*. (Una ley regia prohíbe que una mujer, que haya muerto estando embarazada, sea inhumada antes de que le sea extraído el *nascituro*; quien contraviniera esta disposición se considera que destruyó, con la mujer embarazada, una expectativa de vida).

–El hecho de que la condena a la pena capital de una mujer encinta podía ejecutarse sólo después del parto: lo recordaba un rescripto del emperador ADRIANO, el cual citaba una norma arraigada en la costumbre de los romanos⁹.

–El hecho de que la mujer encinta no fuese sometida a inquisición judicial, ni a eventual tortura y condena¹⁰.

–La disposición, contenida en un rescripto de ADRIANO, según la cual, para no causar perjuicio al niño una vez nacido, debía diferirse para después del parto la acusación de adulterio en contra de la mujer puesta en posesión de los bienes en nombre del *nascituro*¹¹.

–El rescripto de MARCO AURELIO y LUCIO VERO (161-169), el cual declaraba que el marido podía obtener el reconocimiento del estado de embarazo y la designación de personas (*custodes*) que tuvieran por tarea vigilar a la mujer para impedirle cualquier acto contra el nacimiento del hijo que llevaba en su vientre¹².

- 9 D. 1. 5. 18, Ulp. 27 *ad Sab.*: *Imperator Hadrianus Publicio Marcello rescripsit liberam, quae praegnas ultimo supplicio damnata est, liberum parere et solitum esse servari eam, dum partum ederet. Sed si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem Romanum parit et in potestate patris.* (El emperador Adriano ha establecido con rescripto enviado a Publio Marcelo que una mujer libre, encinta, que haya sido condenada al extremo suplicio, da a luz a un libre, y que se suele conservarla en vida hasta el momento en que haya dado a luz. Pero, aun si se encuentra incursa en la interdicción del agua y el fuego, la que haya concebido en justas nupcias da a luz un hijo ciudadano romano y en potestad del padre).
- 10 D. 48. 19. 3, Ulp. 14 *ad Sab.*: *Praegnatis mulieris consumendae damnatae poena differtur quod pariat. Ego quidem et ne quaestio de ea habeatur, scio observari, quamdiu praegnas est* (La pena a ejecutar frente a la mujer encinta ya condenada es diferida hasta el parto. Yo, luego, sé que no se la somete a juicio mientras se encuentre encinta). P.S. 1. 12. 4: *Praegnantem neque torqueri neque damnari nisi post editum partum possunt* (las mujeres encinta no pueden ser sometidas a tortura o condenadas antes del parto).
- 11 D. 37. 9. 8, Paul. 1 *de adult.*: *Si ventris nomine mulier missa sit in possessionem, divus Hadrianus Calpurnio Flacco differendam accusationem adulterii rescripsit, ne quod praeiudicium fieret nato* (El divino Adriano escribe a Calpurnio Flaco que debe diferirse la acusación de adulterio frente a la esposa que se encuentra en posesión en nombre del *nascituro*, para evitar que una vez nacido éste se cree un perjuicio). Sobre los puntos expuestos hasta aquí, v. BACCARI. *Concepito*, cit., 44.
- 12 D. 25. 4. 1. pr., Ulp. 24 *ad ed.*: *Temporibus divorum fratrum cum hoc incidisset, ut maritus quidem praegnatem mulierem diceret, uxor negaret, consulti Valerio Prisciano praetori urbano rescripserunt in haec verba: "novam rem desiderare Rutilius Severus videtur, ut uxori, quae ab eo diverterat et se non esse praegnatem profiteatur, custodem apponat, et ideo nemo mirabitur, si nos quoque novum consilium et remedium suggeramus. Igitur si perstat in eadem postulatione, commodissimum est eligi honestissimae feminae domum, in qua Domitia veniat, et ibi tres obstetrices probatae et artis et fidei, quae a te adsumptae fuerint, eam inspiciant. Et si quidem vel omnes vel duae renuntiaverint praegnatem videri, tunc persuadendum mulieri erit, ut perinde custodem admittat atque si ipsa hoc desiderasset: [...]"*. (En época de los "divi fratres", habiendo sucedido que un marido sostenía que la esposa estaba encinta, mientras la esposa lo negaba, fue consultado el pretor urbano Valerio Prisciano con estas palabras: "resulta que Rutilio Severo proponga una hipótesis nueva, pidiendo nombrar un custodio a la esposa, que se había divorciado de él y declara no estar encinta y, por ello, ninguno se sorprenderá si también nosotros sugerimos un nuevo criterio y un nuevo remedio. Por tanto, si insiste en esta petición, se muestra muy oportuno escoger la casa de una mujer honestísima a la cual pueda ir Domicia; allí tres obstetras de comprobada pericia y fe, asumidas por ti, la inspeccionen. Y si, luego, o todas o dos la declaran encinta, entonces será necesario convencer a la mujer de aceptar el custodio como si ella misma lo hubiera pedido: [...]").

–También la inclusión del aborto, que el marido no hubiese deseado, entre los *crimina*, cuando los emperadores “Septimio Severo y Antonino Caracalla hacen del aborto un hecho perseguible incluso penalmente, como ‘crimen’ fuera del sistema, disponiendo que el alcalde de la provincia mande en exilio temporal a la mujer (que puede calificarse de rea de ‘*malum exemplum*’)”¹³.

–La asignación por parte del pretor a la madre encinta, independientemente de sus posibilidades económicas (en consecuencia, aun si de condición “acomodada”), de alimentos destinados directamente al *nascituro* y garantizados con la asignación de un *curator ventris*. Esta disposición era consecuencia de la obligación del pretor de hacerse cargo de los *nascituri* de la misma manera que de los nacidos, y estaba dirigida a asegurar el nacimiento del concebido¹⁴.

La tutela de la expectativa de nacimiento siempre se reforzaba, además, con la protección de los derechos patrimoniales. Ello se manifestaba:

–En la admisión del *nascituro*, ya desde las Doce Tablas, a la herencia legítima¹⁵;

–En la posibilidad para la madre de pedir al pretor la disponibilidad de los bienes a los cuales tendría derecho el *nascituro* (*missio in possessionem*)¹⁶;

–También en el encargo al *curator ventris* de la obligación de proveer a la tutela de los intereses patrimoniales, cuando se presentara la necesidad, como en el caso en el que se requiriese evitar la usucapión de los bienes del *nascituro* o fuese necesario cumplir obligaciones cuyo impago comportase penalidad¹⁷.

Entonces, parecería que se encontraba reconocido el derecho a nacer del concebido¹⁸ y que tal derecho era objeto de tutela, aun si su iniciativa se confiaba a

13 E. NARDI, “Aspetti e problemi della famiglia nel diritto romano”, en *Actas y Memorias de la Academia Nacional de Ciencias, Letras y Artes de Módena*, ser. VII, vol. IV, 1986-1987 (1987), 115.

14 El jurista GAYO era claro y tajante a este respecto, admitiendo la concesión de alimentos incluso a la madre que tuviese una dote consistente, justamente porque *quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est*: D. 37. 9. 5. pr., Gai. 14 *ad ed. provinc.*: *Curator ventris alimenta mulieri statuere debet. nec ad rem pertinet, an dotem habeat, unde sustentare se possit, quia videntur quae ita praestantur ipsi praestari qui in utero est*. (El curador del vientre debe disponer los alimentos a la esposa y no tiene relevancia la eventual existencia de una dote con la cual pueda sostenerse, porque eso que se presta para tal fin debe considerarse dado al *nascituro*.)

15 D. 38. 16. 3. 9, Ulp. 14 *ad Sab*.

16 D. 37. 9. 7, Ulp. 47 *ad ed*.

17 D. 37. 9. 1 21-22, Ulp. 41 *ad ed.*; D. 37. 9. 5. 1, Gai. 14 *ad ed. provinc.*

18 Una opinión en parte confusa de diferente corriente es expresada por O. M. PÉTER. “*Spes nascendi* come diritto alla vita? Il nascituro nelle fonti giuridiche classiche”, en VARI. *Le monde antique et les droits de l’homme*, cit., 291 y ss. El autor distingue el *homo* y la *persona* de la *spes nascendi*, con la cual las fuentes señalan al *nascituro*, y llega a la conclusión de que las reglas de los romanos no fueron “concebidas como sistema de garantía de un «derecho al nacimiento» del *nascituro*” (p. 314); ello porque “el interés por proteger, esencialmente, parece ser el del *paterfamilias* romano, de tener descendencia legítima, por medio de la cual perpetuar la familia de la cual es jefe”. Me parece sin embargo que el autor, aun recogiendo la peculiaridad de las concepciones de los romanos respecto del hombre, que consistía en el “concebir al individuo como parte de la comunidad”, sin que, sin embargo,

veces a uno de los cónyuges. Además, es necesario tener presente que la protección del nacimiento se verificaba también mediante la tutela del interés concurrente de la colectividad (*civitas*)¹⁹, dando lugar a una especificidad en cuyo ámbito debe circunscribirse la existencia del "derecho a nacer" del concebido (para quien no representa inconveniente alguno la protección concurrente del interés de los *patres* y de la *civitas*, que más bien lo refuerza y delinea sus contornos).

No obstante, debe subrayarse que en el derecho romano la expectativa del niño de nacer y de vivir tenía raíces profundas y había contado con formas de tutela eficaces ya desde las Doce Tablas. Su proyección no puede valorarse con base en nuestros esquemas, sino de acuerdo con la realidad jurídica de la experiencia romana, caracterizada por un *sistema abierto*, en el cual la observancia de principios y la salvaguardia de derechos no derivaba de una sola fuente como en nuestros tiempos, en donde el derecho se funda en la *estatalidad*. Es necesario dar la debida relevancia al hecho de que el *ius vitae ac necis* ya en el derecho de la edad más antigua había dado lugar a sanciones en caso de abuso. Las primeras limitaciones habrían sido establecidas por el *ius sacrum*²⁰; las Doce Tablas²¹ introdujeron límites rigurosos; y la muerte de los hijos fue, ciertamente, campo de acción de los censores y, quizás, de los tribunales domésticos²². Puede afirmarse que "es

se niegue "toda personalización de los derechos", se queda no obstante demasiado atado a la concepción de nuestros tiempos de los *derechos humanos*, la cual no me parece idónea para recoger las implicaciones de la peculiaridad de la experiencia romana, dirigida a crear una cierta suerte de equilibrio entre el individuo y la comunidad de la cual éste hace parte, revaluando al particular no de acuerdo con los cánones del actual individualismo extremo, sino como componente base, partícipe y activo de la *res publica*, es decir, del conjunto de los *Quirites*.

19 Sobre el punto, v. BACCARI. *Concepito*, cit., 47 y ss.

20 En la edad arcaica el *ius sacrum* era "derecho" (cfr. F. SCHULZ. *History of Roman legal science*, Oxford, 1946, 15 y ss., 31 y ss., 80 y ss. (trad. it.: *Storia della giurisprudenza romana*, Florencia, 1968, 34 y ss., 65 y ss., 151 y ss.).

21 Fragm. Augustodunensia IV. 86: *De filio hoc tractari crudele est, sed ... non est post ... r... occidere sine iusta causa, ut constituit lex XII tabularum. Sed deferre iudici debet propter calumniam.*

22 V. cuanto afirma G. PUGLIESE. *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1986, 99 y ss.: "Dionisio de Alicarnaso atribuye en realidad a Rómulo una ley que habría ordenado a los padres criar a todos los hijos varones y a las hembras primogénitas y a no matar hijos que no hubiesen cumplido aún los tres años, salvo que se tratase de que habían nacido imperfectos o fuesen monstruosos, en cuyo caso habría debido mostrarlos antes a cinco vecinos. Otra ley de Rómulo, integrada luego por Servio Tulio, habría declarado sacro a los «*dii parentum*» (o sea, a los ascendientes divinizados), el hijo o la nuera que hubiese osado levantar las manos contra el *pater*, previa invocación a los vecinos para venir a constatar el delito (Fest. L. 260: glosa a *plorare*), lo que significa que el *pater* podía ciertamente matar al hijo o a la nuera (la consagración a la venganza divina autorizando dar muerte con fines de sacrificio), pero sólo en caso de ultraje debidamente comprobado. Se tienen, más en general, motivos para afirmar que el ejercicio del poder punitivo por parte del *pater* estuviese subordinado a un juicio de los parientes (cfr. Dion. 2. 25. 6). Por otra parte, una ley de Numa habría prohibido al *pater* vender al hijo al cual hubiese permitido casarse. En el segundo subperíodo se agregaron además otras limitaciones derivadas del poder de los censores de controlar el comportamiento de los ciudadanos, y en consecuencia, también el ejercicio de los poderes familiares, bajo el aspecto ya no religioso sino ético-social".

indudable, dada la concordancia y la claridad de las fuentes que nos informan sobre este punto, que el ejercicio de la *patria potestas* estuvo siempre sometido a límites [...]. En consecuencia, si ya el derecho arcaico establecía límites al ejercicio del *ius vitae ac necis*, parece legítimo, más bien, necesario, inferir que el derecho de las épocas sucesivas haya debido, progresivamente, restringir cada vez más una facultad tan amplia del *pater familias*, y ello inclusive en época republicana". En la práctica, la facultad de los padres fue restringida en lo que hace al poder de castigo frente a los hijos culpables de faltas graves: tanto que quizás al tiempo de la ley *Iulia de adulteriis* estaba prohibido dar muerte a la hija (a menos que la muerte se produjera en flagrancia de adulterio y junto al co-reo de éste), y alrededor de la mitad del siglo II (d. C.) ULPPIO MARCELO²³ atribuía a los *maiores* "la decisión de considerar, al menos para algunos casos, la muerte del hijo por parte del padre sobre un plano criminoso idéntico al de la muerte del padre por parte del hijo", es decir, como "delito"²⁴. CONSTANTINO, hablando del *ius vitae ac necis*, confirmaba su abolición definitiva²⁵.

El abandono del hijo²⁶ infante también fue limitado por el concurso de los tribunales domésticos y los censores. La *expositio* del neonato terminó por ser castigada por CONSTANTINO²⁷ con la pérdida de la *patria potestas*, y sancionada como crimen por VALENTE y GRACIANO²⁸, y quizás ya por ADRIANO²⁹.

- 23 D. 11. 7. 35, Marcell. 5 dig.: *Minime maiores lugendum putaverunt eum, qui ad patriam delendam et parentes et liberos interficiendos venerit: quem si filius patrem aut pater filium occidisset, sine scelere, etiam praemio adficiendum omnes constituerunt.*
- 24 V. B. ALBANESE. "Note sull'evoluzione storica del *ius vitae ac necis*", en *Scritti in onore di Contardo Ferrini* 3, Milán, 1948, 343-366 = *Scritti giuridici* I, Palermo, 1991, 17 y ss., 22. Adde: B. ALBANESE. " *Vitae necisque potestas paterna e 'lex Iulia de adulteriis'* ", en *Studi in onore di G. Musotto II* (= *Il Circolo Giuridico «L. Sampolo»*, 43), Palermo, 1980, 5-38; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, v. *patria potestà*, a) diritto romano, en *ED XXXII* (Milán, 1982), 242-249.
- 25 C. 8. 46.10, Imp. Const. A. *ad Maximun pu.*: *Libertati a maioribus tantum impensum est, ut patribus, quibus ius vitae in liberos necisque potestas olim erat permissa, eripere libertatem non liceret.* (a. 323) = CT. 4. 8.6.
- 26 La exposición de los nacidos era originariamente legítima y frecuente sobre todo en lo que respecta a las hijas y a los hijos ilegítimos, de lo cual nos habla PLINIO EL JOVEN: *Plin., epist. III. 12. 2.*
- 27 CT. 5. 9. 1 [=Brev. 5. 7. 1], Imp. Constantinus A. *ad Ablavium pf. p.*: *Quicumque puerum vel puellam proiectam de domo, patris vel domini voluntate scientiaque, collegerit ac suis alimentis ad robur provexerit, eundem retineat sub eodem statu, quem apud se collectum voluerit agitare, hoc est sive filium sive servum eum esse maluerit: omni repetitionis inquietudine penitus summovenda eorum, qui servos aut liberos scientes propria voluntate domo recens natos abiecerint.* (a. 374).
- 28 C. 8. 51. 2, pr., Valent., Valens. Grat.: *Unusquisque subolem suam nutriat. Quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit.* (a. 374).
- 29 El emperador "había sancionado con la deportación a una isla a un padre que, durante una competencia de caza, había matado al hijo, que a su vez era culpable de haber deshonrado sus segundas nupcias. Y el emperador Trajano había obligado a otro padre, que había simplemente maltratado al hijo, a emanciparlo inmediatamente y a renunciar en lo futuro a cualquier eventual herencia que de él proviniera", así J. CARCOPINO. *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, 12.ª ed., Bari, 2005, 93 y ss.

III. DERECHO A LA PATERNIDAD

Los padres tenían el derecho de aceptar o no a sus hijos. Al efecto existía la ceremonia religiosa familiar del *tollere liberos*, que no parece constitutiva de la *patria potestas*³⁰, sino preclusiva de la facultad de exponer al hijo o de desconocerlo³¹. Sin embargo, el derecho de los padres terminó por ser menos casual o arbitrario de cuanto podríamos estar tentados a pensar, porque fue fuertemente limitado y sometido al juicio del tribunal doméstico y al control de los *censores*, que terminaron por reconocer al hijo el derecho de ser acogido en la familia paterna, si había nacido de matrimonio legítimo, o materna, si ilegítimo.

En los inicios del Principado, en el 73 d. C., el senadoconsulto Planciano estableció que, en caso de divorcio, la esposa podía notificar (*denuntiare*) al marido que estaba embarazada de él³², con el fin de constreñirlo a reconocer al *nascituro*. La *denuncia* debía producirse en el término de treinta días contados a partir del divorcio con documento (*litterae*), o también oralmente, por medio de la comunicación del estado de embarazo³³ dirigida a la casa urbana del marido o de sus padres, o a la casa de campo o, si éstas eran desconocidas, a la casa donde habían sido colocados los lares³⁴ del matrimonio. El marido

30 F. LANFRANCHI. *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano*, cit., 70.

31 En tal sentido, M. TALAMANCA. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1990, 125.

32 V. M. KASER. *Das römische Zivilprozessrecht*, Múnich, 1996, 472.

33 Toda la cuestión dio lugar a una rúbrica al efecto en el Edicto del pretor urbano: *de agnoscendis liberis* (E. 117), y en el Digesto de JUSTINIANO originó un título cuya rúbrica acomodaba el reconocimiento de la obligación de alimentación de los hijos: *De agnoscendit et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis* (D. 25. 3). La totalidad de la materia, con la minuciosa casuística nacida a su alrededor, era expuesta por ULPIANO: D. 25. 3. 1. Del largo fragmento reproduzco la parte inicial: D. 25. 3. 1. pr., Ulp. 34 ad ed.: *Senatus consultum, quod factum est de liberis agnoscendis, duas species complectitur, unam eorum qui agnoscunt, aliam earum quae falsum partum subiciunt. § 1: Permittit igitur mulieri parentive in cuius potestate est vel ei cui mandatum ab eis est, si se putet praegnatem, denuntiare intra dies triginta post divortium connumerandos ipsi marito vel parenti in cuius potestate est, aut domum denuntiare, si nullius eorum copiam habeat. § 2: Domum accipere debemus hospitium, si in civitate maneat: quod si non sit, sed in villa vel in municipio, illic ubi larem matrimonio collocarent. § 3 Denuntiare autem hoc tantum esse mulierem ex eo praegnantem. non ergo hoc denuntiat, ut mittat custodes maritus: sufficit enim mulieri hoc notum facere, quod sit praegnas. mariti est iam aut mittere custodes aut ei denuntiare, quod non sit ex se praegnas: hoc autem vel ipsi marito vel alii nomine eius facere permittitur. § 4: Poena autem mariti ea est, ut, nisi aut custodes praemisit aut contra denuntiaverit non esse ex se praegnatem, cogatur maritus partum agnoscere: et, si non agnoverit, extra ordinem coercetur. debet igitur respondere non esse ex se praegnatem aut nomine eius responderi: quod si factum fuerit, non alias necesse habebit agnoscere, nisi vere filius fuerit.*

34 Los Lares eran el punto de referencia central, física y psicológica, de la familia romana y de la casa (*domus*). La denominación significaba "morada" y había sido importada del etrusco ("padre"), indicando los espíritus protectores de los antepasados difuntos que, según las tradiciones romanas, velaban por la buena marcha de la familia, la propiedad o las actividades en general. Existían Lares familiares, pero también de lugares o de las ciudades; los más venerados eran, sin embargo, los *Lares familiares*, constituidos por estatuillas de terracota o de cera llamados *sigilla* (de *signum*, "señal", "efigie", "imagen"), que evocaban a los antepasados. Tales estatuillas eran colocadas en nichos y, en ocasiones particulares, honradas con la ascensión de una llama: la casa de los *Vettii* en Pompeya nos

podía limitarse a recibir la noticia y enviar personas que siguieran la evolución del embarazo y vigilaran el parto. Como alternativa, podía negar que la mujer estuviera embarazada de él. Si no se valía de ninguna de estas dos alternativas, debía reconocer el parto, pues de otra forma podía ser obligado al reconocimiento por medio del recurso del procedimiento extraordinario (*cognitio extra ordinem*). El término de treinta días era taxativo; sin embargo, se tendía a favorecer a la mujer que hubiese dejado transcurrir dicho término, consintiéndole una denuncia tardía, cuyo efecto, no obstante, habría dependido de la libre valoración del magistrado juzgador³⁵.

En caso de negación de la paternidad, la esposa debía probar que había quedado embarazada del marido, lo cual obligaba al padre a reconocer al *nascituro*.

Más tarde, en los tiempos del emperador ADRIANO, la línea introducida con el senadoconsulto Planciano fue objeto de continuación. Un nuevo senadoconsulto, dado que el sc. Planciano concernía sólo a los *nascituri* que habían nacido después del matrimonio, previó que también para los *nascituri* nacidos durante el matrimonio se podía demandar el reconocimiento de la paternidad, en el caso de que, muerto el padre del *nascituro*, el abuelo (o como quiera que sea, el ascendiente que tenía el poder en la familia) no pretendiese reconocer al niño³⁶.

Me parece que esta disciplina presupone el reconocimiento de un principio que implica la aceptación del derecho del niño al reconocimiento por parte del padre, el cual se estaba abriendo camino con menoscabo de la concepción del poder absoluto de este último. Este poder comprendía, es cierto, el derecho de vida y muerte sobre los hijos (*ius vitae ac necis*)³⁷ y el derecho de aceptar o no en su familia al nacido (*ius tollendi*), aunque debía ejercerse en interés del grupo familiar, gentilicio y ciudadano. Lo anterior, visto a la luz de las apelaciones a lo natural³⁸ y los nuevos ideales de *humanitas*³⁹, introducidos por la fuerza atrayente del pensamiento griego.

ha preservado un ejemplo de larario familiar. Los Lares estaban siempre presentes en la vida de la familia romana, tanto que durante la cena, entre la *cena* en sentido estricto y la *secundae mensae* (el *dessert*) se colocaban sobre la mesa las estatuillas de los Lares, frente a los cuales se pronunciaban palabras de buen augurio. Eran por ello los Lares, quizás, el elemento más idóneo a los efectos de determinar la sede de la familia. Cfr. U. E. PAOLI. *Vita romana*, Florencia, 1963, 84, 126.

35 En la edad contemporánea el ejemplo de las fuentes romanas es seguido por el artículo 225 del Código Civil colombiano, que ha previsto un *interdicto de liberis agnoscendi*.

36 D. 25. 3. 3. 1, Ulp. 34 ad ed.: *Quia Plancianum senatus consultum ad eos partus pertinet qui post divortium eduntur, aliud senatus consultum temporibus divi Hadriani factum est, ut, etiamsi constante matrimonio partus sit editus, de agnoscendo eo agatur*. Sobre el punto, v. F. LANFRANCHI. *Ricerche sulle azioni di stato nella filiazione in diritto romano* 1, Boloña, 1953.

37 Sobre el punto reenvío a la voz *Fanciulli*, de esta *Enc.*

38 Sobre ella, v. M. BRETONE. *Storia del diritto romano*, Bari, 1987, 39 y ss.

39 Sobre lo cual, por último, v. L. GARÓFALO. "L'*humanitas* nel pensiero della giurisprudenza classica", en *Diritto e Storia, Tradizione Romana*, n.º 4, 2005.

IV. DERECHO A LA IDENTIFICACIÓN MEDIANTE EL NOMBRE

Con el reconocimiento, el neonato adquiriría el derecho a ser identificado mediante el nombre.

Al momento del nacimiento, el niño era sometido a una inspección cuidadosa por parte de una mujer experta, quien verificaba la presencia y la salud de los miembros, luego de lo cual el neonato era presentado al padre con el objeto de que lo acogiera en su familia.

SORANOS (médico de Éfeso que vivió en los tiempos de TRAJANO y ADRIANO) afirma⁴⁰ que con frecuencia el niño era colocado en el suelo, en los predios de la morada, a los pies del *pater familias*, quien con un gesto manifestaba su voluntad: si realizaba el acto de levantarlo, el neonato era reconocido; de otro modo, era expuesto en la vía pública⁴¹.

Contemporáneamente, el niño adquiriría el derecho a tener un nombre, con el cual habría de identificarse en la colectividad, entrando así oficialmente en la familia. La atribución del nombre, sin embargo, no se producía inmediatamente, sino al noveno día para los varones, y al octavo para las niñas, en ocasión de la solemnidad consagrada a la diosa Nundina y por medio de una ceremonia de purificación con agua (*lustratio*) denominada *dies lustricus*:

Macrobius, *Saturnalia* I. 36: *Est etiam Nundina Romanorum dea a nono die nascentium nuncupata, qui lustricus dicitur. Est autem dies lustricus quo infantes lustrantur et nomen accipiunt: sed is maribus nomus, octavus est feminis.*

Durante la ceremonia se procedía a la atribución del nombre y se colgaba del cuello del neonato un pendiente (de oro para los pudientes) llamado *bullae*, que contenía en su interior una fórmula en contra del mal de ojo. Lo anterior vale para los niños, quienes lo habrían llevado hasta la adolescencia, cuando, llevando puesta la toga viril, lo habrían depuesto sobre el altar de los Lares de la familia. No se sabe, en cambio, con certeza qué sucedía con las niñas; no pudiendo descartarse que también ellas recibieran dicho regalo, sin embargo, en las imágenes disponibles y en los cortejos fúnebres no se encuentra evidencia alguna de ello. En los sepulcros de mujeres no casadas se encuentran más bien *pupae*, muñecas, un objeto quizás de igual valor ritual que la *bullae*, que la mujer deponía en el altar de su casa de origen al momento del matrimonio.

40 SORANOS, *Gynecia* 2. 5.

41 A este respecto, remito a cuanto se ha dicho ya acerca del testimonio de DIONISIO DE ALICARNASO en torno a la existencia de una ley atribuida a Rómulo, según la cual el padre debía reconocer "al menos" a la hija primogénita. Ello, con el objeto de evitar el abandono excesivo de neonatos de sexo femenino.

Durante la ceremonia se invocaban a los *Fata* (de donde, el término italiano *fate* –*hadás* en español), las divinidades que debían presidir el destino del niño; parientes y amigos de familia llevaban regalos, y los padres ponían el nombre. Desde ese momento el niño entraba oficialmente en la comunidad, la cual tenía cuenta de su existencia y de su ingreso a aquélla.

Por ello, la imposición del nombre era no sólo momento esencial en la vida del niño, sino que constituía un derecho suyo fundamental, que habría caracterizado el resto de su vida.

En cuanto a la articulación del nombre, es necesario precisar que en los inicios de la historia de Roma el individuo era conocido únicamente con el *praenomen*; bien pronto a éste se agregó el *nomen*, y luego, en edad republicana tardía y durante el alto imperio, también el *cognomen*. Entonces, en el momento central de la historia romana el individuo era conocido por medio de tres elementos onomásticos: los llamados *tria nomina*. Sin embargo, desde finales del siglo II d. C. la onomástica de los romanos tiende nuevamente a simplificarse: el primer elemento en decaer fue el *praenomen*, luego también el *nomen*, hasta que, en edad antigua tardía, la persona era, de nuevo, identificada con un solo nombre: el *cognomen*. Examinemos la articulación del nombre de los romanos:

–El *praenomen* originariamente constituía el nombre único de los ciudadanos romanos (por ejemplo, Marco), que corresponde al actual *nombre propio*. Los *praenomina* no eran muchos (en total, una veintena) y con el pasar del tiempo algunos cayeron en desuso o se transformaron en *nomina* o *cognomina*⁴².

–El *nomen* fue llamado también gentilicio, en la medida en que indicaba, precisamente, la *gens* a la que pertenecía el individuo; se transmitía de padre a hijo (por ejemplo, Tulio), y las muchachas, cuando se casaban, continuaban llevando el *nomen* paterno⁴³.

–El *cognomen* (por ejemplo, Cicerón) es el más reciente de los elementos que componían el típico sistema de los *tria nomina*. Aparece ya en algunos epígrafes del s. III a.C., pero sólo en relación con personajes de la más alta aristocracia; surgía de una característica física (por ejemplo, *Longus*), del lugar de proveniencia (*Sabinus*), o de la actividad desarrollada (*Pictor*) por el individuo. Al principio se usó como sobrenombre o nombre personal que distinguía al individuo dentro de la *gens*, luego tendió a ser hereditario entre los aristócratas sirviendo para distinguir las diversas familias que pertenecían a una misma *gens*. Durante el curso del

42 Los *praenomina* normalmente aparecen en los epígrafes abreviados sólo con la letra inicial o con las primeras dos o tres letras. En la edad clásica, los *praenomina* se encuentran limitados, en la práctica, a los siguientes: *A(ulus)*, *C(aius)*, *Cn(aeus)*, *D(ecimus)*, *L(ucius)*, *M(arcus)*, *P(ublius)*, *Q(uintus)*, *Sex(tus)*, *Ti(berius)*, *T(itus)*; más raros *Ap(pius)*, *K(aeso)*, *Mam(ercus)*, *Mamius* (en los epígrafes abreviado con una M de 5 astas, para distinguirlo de *M(arcus)*; en la transcripción de las inscripciones esta sigla se vuelve *M'*.), *N(umerius)*, *Ser(vius)*, *Sp(urius)*.

43 Un caso famoso es el de CORNELIA, hija de P. CORNELIO ESCIPIÓN AFRICANO, esposa de T. SEMPRONIO GRACO y madre de los dos GRACOS.

siglo I a. C., e incluso después, en el siglo I d. C., el *cognomen* se difundió incluso por fuera de la clase aristocrática (sin embargo, los *cognomina* de los estratos inferiores de la población no eran hereditarios). En ocasiones se estiló asumir un segundo *cognomen*. Ya en edad republicana encontramos ejemplos de varios *cognomina* para un mismo personaje. El segundo apellido podía tener sus orígenes en:

–La adopción; el adoptado tomaba los *tria nomina* del padre adoptivo, transformando su gentilicio original en un segundo apellido, con la adición del sufijo *-anus*. El ejemplo clásico es el de *P. Cornelius Scipio Aemilianus*, hijo natural de *L. Aemilius Paullus* e hijo adoptivo de un *P. Cornelius Scipio*.

–Una campaña militar victoriosa podía hacer nacer *cognomina ex virtute*, formados con base en el nombre del pueblo o poblado sometido. Una vez más, el ejemplo más famoso nos viene de la familia de los Escipiones, con el célebre *P. Cornelius Scipio Africanus*, que en su propio onomástico recordó la victoria en África contra los cartagineses de ANÍBAL.

Una cualidad particularmente apreciada podía dar lugar a otro *cognomen*: como por ejemplo en el caso de *Q. Caecilius Metellus Celer*.

En edad imperial se extiende la moda de enriquecer los nombres⁴⁴ recurriendo:

–A un *patronimico*, que indicaba el nombre del padre y se expresaba precisamente con el *praenomen* paterno abreviado como de costumbre, en caso genitivo, seguido de *filius*, generalmente abreviado con *f*. En algunos casos los epígrafes llevan también el nombre del abuelo, seguido de *n(epos)*.

–A la indicación (normalmente abreviada con las primeras tres letras) de la tribu de pertenencia.

–A un *supernomen*. Se trata de un sobrenombre, elemento que se presenta en dos diversas tipologías: el *agnomen*, introducido por fórmulas como *qui et, qui et vocatur* o *sive* (se encuentra, por ejemplo, en el caso de *Q. Letinius Lupus qui et vocatur Caucadio*) y el *signum*, que inicia con la palabra *signo*, como por ejemplo en el caso de *P. Aelius Apollinaris signo Arlenius*.

Completamente distinto fue el camino seguido para la identificación de las niñas.

En los orígenes, y quizás durante gran parte de la edad republicana, se les asignaba un solo nombre, el de la *gens* a la cual pertenecían, usado en femenino. Para entonces, a diferencia de lo que sucedía con las mujeres egipcias y etruscas⁴⁵,

44 La polinomia, esto es, el uso de nombres compuestos de muchísimos elementos, se vuelve en edad imperial una propia y verdadera moda: con frecuencia cualquier persona toma incluso los nombres característicos de los antepasados maternos o de la familia adoptante, hasta formar nombres larguísimos, como por ejemplo *A. Platorius A.f. Sergia (tribu) Nepos Aponius Italicus Manilianus C. Licinius Pollio* de una inscripción de Aquileia de inicios del s. II d. C.

45 Existía una diferencia abismal entre las niñas romanas y la mujer etrusca, quien podía ser identificada incluso con el nombre de la madre, podía participar de los banquetes

las romanas no tenían derecho al nombre propio; sin embargo, si les era aceptado⁴⁶, no podía ser conocido sino por los familiares más cercanos, y jamás podía pronunciarse en público⁴⁷.

Si había más de una hija, al lado del nombre de la *gens* llevaban el nombre genérico de *Prima, Secunda*, etc. Aunque esto lo hacía la plebe, los patricios se inclinaban más hacia los antepasados ilustres. Para distinguir dos hermanas o también, madre e hija, se usaba el adjetivo *senior* o *junior*; sin embargo, esta situación cambió durante el imperio, época en la cual es frecuente encontrar que las mujeres tenían varios nombres⁴⁸.

V. DERECHO A LA CRIANZA

Al nacido, niño o cachorro, el derecho natural reconocía el derecho de ser alimentado y criado.

Este principio resulta claramente explicado por ULPIANO:

D. 1. 1. 1. 3, Ulp. 1 inst.: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritiam censer.*

El fragmento pareciera reflejar conceptos lúcidamente formulados ya por CÍCERÓN, denotando una continuidad de pensamiento entre el pensador de la republica tardía y el severiano ULPIANO⁴⁹, sobre la existencia de un *derecho natural*, con base

extendiéndose en los lechos con los hombres (mientras que en Roma las mujeres debían estar sentadas), se ocupaba de cuestiones públicas, discutía sobre política (aun si no podía votar ni ser elegida), salía de casa cuando quería, en ocasiones era libre de escoger al que sería su esposo y, en general, tenía una libertad que escandalizaba mucho a los escritores griegos y romanos, que describieron a los etruscos como un pueblo privado de moralidad, tanto que decir *mujer etrusca* equivalía a acusar a la mujer de tener mala fama.

46 CÍCERÓN, por ejemplo, llamó a su hija (a la que quería especialmente) con el nombre de *Túlia*.

47 Por otra parte, tener un nombre propio contaba relativamente: en la Roma republicana eran empadronadas sólo las mujeres que, en cuanto herederas, tenían la obligación de contribuir al mantenimiento del ejército. En realidad, la mujer era considerada siempre como parte de un núcleo familiar.

48 Sobre el punto y, más en general, sobre la condición de la mujer romana v.: L. PEPPE. *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milán, 1984; G. ALFOLDY. *Storia sociale dell'antica Roma*, Boloña, 1987; A. GIARDINA. *Il mondo degli antichi*, Roma-Bari, 1994; C. PETROCELLI. *La stola e il silenzio*, Palermo, 1989; E. CANTARELLA. "La vita delle donne", en vv. AA. *Storia di Roma*, 4. *Caratteri e morfologie*, Roma, 1989; Y. THOMAS. "La divisione dei sessi nel diritto romano", en vv. AA. *Storia delle donne in Occidente. L'antichità*, Roma-Bari, 1990, 103 y ss.

49 V. mi artículo sobre "Famiglia e matrimonio: radici romanistiche", en *Rodzina i społeczeństwo. Wczoraj i Dziś* (Białystok, 2006), 25 y ss.

en el cual eran comunes a todos los vivientes el matrimonio, la procreación y la crianza de los hijos. ULPIANO, en conformidad con las concepciones de PITÁGORAS y Empédocles (y recibiendo los ecos de las ideas de los académicos y de TEOFRASTO), se inspiraba en la *sympatheia*⁵⁰ entre todos los seres vivientes⁵¹, de acuerdo con la cual "el hombre es, al mismo tiempo, un ser moral y un individuo biológico"⁵². Esta concepción suponía una visión *universalista* o *ecuménica*⁵³, no por casualidad adoptada por JUSTINIANO⁵⁴, y expresaba una idea, quizás utópica, pero ciertamente consciente del derecho del niño a la crianza y al crecimiento.

Ello se resumía, según se deduce de numerosos datos, en el derecho a alimentos y a recibir una formación física e intelectual adecuada.

Una arraigada costumbre vinculaba durante los tres primeros años a las madres y a las nutridoras a amamantar y a nutrir a los neonatos. Después del tercer año (quizás partiendo de una ceremonia religiosa de carácter familiar) la obligación de nutrición y de cuidado pasaba a los padres⁵⁵. Dicha obligación estaba comprendida en el ejercicio responsable de la *patria potestas*. Las fuentes demuestran que, con el senadoconsulto Planciano y otros senadoconsultos de tiempos de ADRIANO, a los niños de tres años les fue reconocida la posibilidad de exigir el respeto de dicha obligación en los casos de divorcio o de embarazo discutido, lo que permite plantear la hipótesis del nacimiento de un derecho autónomo a alimentos del infante de tres años⁵⁶. Una constitución de DIOCLECiano del 294 d.C. confirmaba el derecho del hijo, aseverando que luego del cumplimiento del tercer año tenía derecho a la acción contra el padre por los alimentos que le fueran debidos⁵⁷.

- 50 Sobre ésta, sobre el pensamiento pitagórico y de Empédocles, v. P. P. ONIDA. *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Turín, 2002, y 44 ss.
- 51 Difundida por FILÓSTRATO DE LEMNOS en su biografía novelada de APOLONIO DE TIANA: *Fil., Vita Apollonii* 1. 2 y 7.
- 52 M. BRETONE. *Storia del diritto romano*, cit., 349.
- 53 V. ONIDA. *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, cit., 158, el cual, acerca del universalismo de JUSTINIANO, cita (también con referencia al pensamiento celsiano expresado en D. 43. 8. 3) la posición de CATALANO (P. CATALANO. "Giustiniano", en *Enc. Virgiliana* II, Roma, 1985, 762) y, con respecto a las proyecciones en la edad moderna, el pensamiento de SCHIPANI (S. SCHIPANI. *La codificazione del diritto romano comune. Studi su origine ed attualità del sistema romano* 2, Turín, 1996, 3 y ss.).
- 54 Quien reprodujo el pasaje ulpiano, sin variación, en sus *Instituciones*: 1. 1. 2. pr.
- 55 A. WILINSKI. "Maior trimo. Granika wieku trzech lat w praie rzymskim (La limite d'âge de trois ans dans le droit romain)", en *Czasopismo prawno historyczne* VII Zeszyt 1, Warszawa, 1955, 45 y ss. El autor citaba también las siguientes fuentes: *Macr. comm. in somnum Scip.* 1.6.69; *Quint. inst. orat.* 1.1.16; Soranus d'Ephése, *Gynaeciorum* I.IV ed. Ilberg (Lipsk-Berlín, 1927) (*Corpus medicorum graecorum*, IV) 86; *Ael. Donat. Ter. Phorm.* 1.1.15.
- 56 Cfr. A. WILINSKI. *Maior trimo*, cit., 43 y ss. Al respecto, el autor cita D. 25.3.1-3 (Ulp. 34 ad ed.); *PS.* 2.24.5-6; *C.* 8.46(47).9.
- 57 *C.* 8.46.9: *Nec filium negare cuiquam esse liberum Senatus Consulta de partu agnoscendo ac denunciata poena, item praeiudicium edicto perpetuo propositum et remedium alimentorum apud praesidem maioris trimo petenti monstratum iure manifesto declarant.* Cfr. A. WILINSKI. *Maior trimo*, cit., 43 y ss.

De este derecho, pasado al derecho bizantino y luego al canónico⁵⁸, existe una articulada descripción en los *Digesta* de JUSTINIANO.

En más de una ocasión ha sido confirmado y detallado el derecho de los *fili* a ser criados⁵⁹. Tal derecho permite conjeturar que "ya en edad clásica el *ius alimentorum* prescindía de la *patria potestas*"⁶⁰. La dificultad de tutelar judicialmente las razones del hijo en el procedimiento ordinario (*ordo iudiciorum privatorum*), donde le habría sido imposible accionar contra el padre⁶¹, llevó a la sustitución del término originario *fili*⁶² por la palabra *liberi*, la cual reporta a los vínculos de sangre. Es cierto que, como puede deducirse del comentario de ULPIANO al *oficio del cónsul*⁶³, se creó al efecto una competencia de los cónsules, quienes habrían juzgado sumariamente (*summatim*)⁶⁴ lo relativo al eventual derecho y medida de los alimentos.

El derecho a alimentos que el hijo tenía durante su vida debió haber tenido, ciertamente, su máxima importancia precisamente en relación con los niños⁶⁵.

58 Cfr. A. WILINSKI. *Maior trimo*, cit., 43 y ss. El autor, en el resumen francés, cita Bas. 31.2.190.

59 En el *Digesto* había una rúbrica sobre los deberes alimentarios entre padres e hijos y entre patronos y libertos: D. 25. 3, *De agnoscendi et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis*. Sobre ella, v., de último, A. DE FRANCESCO. "Il diritto agli alimenti tra genitori e figli. Un'ipotesi ricostruttiva", en *Labeo* 47 (2001), 28 y ss., al cual reenvío por la citación de la literatura romanística sobre el tema. A esta correspondía una rúbrica del *Codex*, la cual trataba exclusivamente de los recíprocos deberes alimentarios entre padres e hijos: C.I. 5. 25: *De alendis liberis ac parentibus*.

60 DE FRANCESCO. *Il diritto agli alimenti tra genitori e figli*, cit., 37.

61 V. S. SOLAZZI. "Sulla capacità del filius di stare in giudizio", en *Scritti di diritto romano I* 1899-1913, Nápoles, 1955, 1 y ss.

62 D. 25. 3. 5. 1, Ulp. 2 de off. cons.: *Sed utrum eos tantum liberos qui sunt in potestate cogatur quis exhibere, an vero etiam emancipatos vel ex alia causa sui iuris constitutos, videndum est. Et magis puto, etiamsi non sunt liberi in potestate, alendos a parentibus et vice mutua alere parentes debere*. V. E. ALBERTARIO. "Sul diritto agli alimenti", en *St. dir. Rom. 1. persone e famiglia*, Milán, 1933, 251 y ss.

63 D. 25. 3. 5. 8, Ulp. 2 de off. cons.: *Si quis a liberis ali desideret vel si liberi, ut a parente exhibeantur, iudex de ea re cognoscat*. El jurista con el término *iudex*, al cual debía recurrirse para la asignación de los alimentos, indicaba al cónsul, puesto que estaba comentando las tareas de éste. Se ha conjeturado que la competencia de los cónsules habría surgido en relación con el hecho de que eran llamados a dirimir con base en la equidad las cuestiones de emancipación y manumisión: A. DELL'ORO. *I libri de officio nella giurisprudenza romana I*, Milán, 1960, 50.

64 D. 25. 3. 5. 8, Ulp. 2 de off. cons.: *Si vel parens neget filium idcircoque alere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim iudices oportet super ea re cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali iubebunt: ceterum si non constiterit, nec decernent alimenta*.

65 Se deduce del § 7 del fragmento de ULPIANO, donde se afirma el derecho a alimentos del hijo que, aun teniendo bienes propios, no estuviese en capacidad de proveer a sí mismo, en virtud de enfermedad. El fragmento, en efecto, deja entender que la obligación de alimentos cesaba cuando el hijo alcanzaba la autosuficiencia. Por tanto, es evidente su mayor importancia precisamente frente a los niños, los cuales no podían encontrarse en capacidad de mantenerse por sí solos: D. 25. 3. 5. 7, Ulp. 2 de off. cons.: *Sed si filius possit se exhibere, aestimare iudices debent, ne non debeant ei alimenta decernere. Denique idem pius ita rescripsit: "aditi a te competentes iudices ali te a patre tuo iubebunt pro modo facultatum eius, si modo, cum opificem te esse dicas, in ea valetudine es, ut operis sufficere non possis"*.

Para estos, el derecho a alimentos se hallaba fundado en la costumbre más antigua y se confiaba a los deberes morales y sociales de los padres, y también al control de los censores. Durante el imperio, su arraigo queda en evidencia gracias a rescriptos de la edad de los ANTONINOS y de los SEVEROS, de los cuales derivaba que la obligación del padre comprendía además los gastos necesarios para la educación del niño⁶⁶.

Consecuencia del derecho-deber de alimentar a los hijos fueron las donaciones, primero privadas y luego públicas, por medio de las cuales se provee a la nutrición de los niños indigentes. De hecho, no era raro que los ciudadanos dispusieran legados destinados a la alimentación de los niños, que era considerada motivo de particular honor para la ciudad aun si era proveída por particulares⁶⁷.

Una constitución de ADRIANO, confirmada por un rescripto del tiempo de los SEVEROS, estableció que los niños varones debían ser alimentados hasta los 18 años y las niñas, hasta los 14. Dado que las disposiciones alimentarias preveían que los niños fuesen nutridos hasta alcanzar la pubertad, la constitución de ADRIANO terminó por introducir una definición diferente de la propia pubertad, la cual, por norma, se consideraba alcanzada una vez cumplidos los 14 y los 12 años (para el caso de los varones y las hembras, respectivamente), mientras que con aquella providencia se extendía hasta los 24 (para los varones) y los 14 años (para las hembras). ULPIANO, al registrar esta variación, la justificaba diciendo que la excepción, en el caso de los alimentos, se encontraba basada en la *pietas*⁶⁸. Son evidentes la importancia y el favor promovidos para consentir la nutrición y la crianza de los niños.

El intento por favorecer los legados a favor de los niños se evidencia también en otra decisión de ULPIANO. El jurista severiano corregía una decisión de MELA, quien en los inicios del Principado había considerado que los fideicomisos de naturaleza alimentaria dispuestos a favor de los niños sin determinación de la duración, debían durar hasta llegada de la pubertad. ULPIANO precisaba que, en

66 C. 5. 25. 3, *Divi fratres: Si competenti iudici eum, quem te ex claudio enixam esse dicis, filium eius esse probaveris, alimenta ei pro modo facultatum praestari iubebit. Idem, an apud eum educari debeat, aestimabit* (a. 162); C. 5. 25. 4, Sev. / Ant.: *Si patrem tuum officio debito promerueris, paternam pietatem tibi non denegabit. Quod si sponte non fecerit, aditus competens iudex alimenta pro modo facultatum praestari tibi iubebit. Quod si patrem se negabit, quaestionem istam in primis idem iudex examinet* (a. 197).

67 D. 30. 122. pr., Paul. 3 *reg: Civitatibus legari potest etiam quod ad honorem ornatumque civitatis pertinet: ad ornatum puta quod ad instruendum forum theatrum stadium legatum fuerit: ad honorem puta quod ad munus edendum venationemve ludos scenicos ludos circenses relictum fuerit aut quod ad divisionem singulorum civium vel epulum relictum fuerit. Hoc amplius quod in alimenta infirmas aetatis, puta senioribus vel pueris puellisque, relictum fuerit ad honorem civitatis pertinere respondetur.*

68 D. 34, 1, 14, 1 Ulp. 2 *fideic.: Certe si usque ad pubertatem alimenta relinquuntur, si quis exemplum alimentorum, quae dudum pueris et puellis dabantur, velit sequi, sciat Hadrianum constituisse, ut pueri usque ad decimum octavum, puellae usque ad quartum decimum annum alantur, et hanc formam ab Hadriano datam observandam esse imperator noster rescripsit. Sed etsi generaliter pubertas non sic definitur, tamen pietatis intuitu in sola specie alimentorum hoc tempus aetatis esse observandum non est incivile.*

ausencia de indicación del testador, la alimentación debía prolongarse durante toda la vida del beneficiario⁶⁹.

La materia relativa a los alimentos de los niños estuvo inspirada en un favor particular y demandó de los emperadores la previsión incluso de formas de donaciones públicas a favor de los niños.

Las regulaciones fueron de diversa naturaleza, de las cuales encontramos rastros en importantes repertorios epigráficos.

Quizás ya el emperador NERVA había dispuesto que parte del dinero público fuese destinado al mantenimiento de los niños que se encontraran en situación de necesidad⁷⁰. Ciertamente, una providencia tal fue adoptada por TRAJANO⁷¹, quien podría haber llevado a término un diseño proyectado por NERVA⁷². Y no faltó quien sostuviera que una disposición alimentaria en favor de los niños se remontaba incluso a DOMICIANO, quien otorgaba sumas de dinero para el sostenimiento de los niños pobres, aun si con el solo fin de aplacar la ira del pueblo, exasperado por las continuas vejaciones a las que era sometido⁷³. Esta última conjetura, generalmente

69 D. 34. 1. 14. pr., Ulp. 2 *fideic.*: *Mela ait, si puero vel puellae alimenta relinquuntur, usque ad pubertatem deberi. Sed hoc verum non est: tamdiu enim debetur, donec testator voluit, aut, si non paret quid sentiat, per totum tempus vitae debebuntur.*

70 La atribución a Nerva de la providencia alimentaria en favor de los niños debería deducirse de un pasaje de AURELIO VÍCTOR (*Epit. De Caes.* 12. 4) y del hecho de que sobre una moneda del 97 d. C. aparece la imagen del emperador NERVA, que tiende, entre dos niños, la mano a una mujer que lleva la inscripción *Tutela Italiae*: Cfr. J. W. KUBITSCHKEK, sv. «Alimenta», en *PW.* 1.2 (1894) 1485; G. SEGRÉ. "Sulle istituzioni alimentari imperiali", en *BIDR* 2 (1889) 101 y nt. 3 = *Scritti giuridici* 2, Roma, 1938 (= Turín, 1972, 38 y ss.); M. A. LEVI. *Per una nuova indagine sui problemi della «tabula» di Veleia*, en *St. Grosso* 2 (1968), 639 y ss.; F. CASSOLA. "Note sul «praefectus alimentorum»", en *St. Volterra* 3 (1971), 495 y ss.; A. BISCARDI. *La dottrina romana dell'«obligatio rei»*, Milán, 1991, 102.

71 En tal sentido, M. HAMMOND. "A Statue of Traian represented on the «Anaglypha Traiani»", en *Memoirs of the Amer. Acad. in Rome* 21 (1953), 147 y ss., quien considera un fraude la moneda de NERVA, de acuerdo con una tesis compartida por L. CRACCO RUGGINI. *Esperienze economiche e sociali del mondo romano*, en vv. AA. *Nuove questioni di storia antica*, Milán, 1968, 759 y ss.; M. MAZZA. *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III secolo d.C.*, Bari, 1973, 585, nt. 78. Según los partidarios de la paternidad trajana de la providencia alimentaria, AURELIO VÍCTOR o su fuente habrían cometido un error a causa del parecido entre la titulación de TRAJANO y la de NERVA (*imp. Caes. Nervae f. Nerva Traianus*).

72 Así B. SANTALUCIA, s. v. "Fondazione" (dir. rom.), en *ED* 17 (1968), 778; LO CASCIO. "Gli «Alimenta», l'agricoltura itálica e l'approvvigionamento di Roma", en *RAL* 33 (1978), 311, nt. 1; G. PUGLIESE. *Assistenza all'infanzia nel principato e «piae causae» del diritto romano cristiano*, en *Sodalitas* 7 (1984), 3176; N. CRINITI. *La «tabula alimentaria» di Veleia*, 1991, 250 y ss. y bibliografía allí presente.

73 La tesis encontraría apoyo (además de en PLINIO. *Paneg.* 28.2, en donde la *crudelitas* mencionada sería precisamente de DOMICIANO) también en la circunstancia que el sistema asistencial a favor de muchachos nacidos libres ideado por el propio PLINIO, sobre el cual ver ampliamente en *Ep.* 7.18, sería fechable alrededor del final del verano del 96 d. C., también con base en *Ep.* 18.10.11 e 16-17. De lo que resultaría que la evergesia del retórico encontró inspiración en las obras de magnificencia de DOMICIANO, y no de NERVA, que deviene emperador en octubre del 96: A. N. SHERWIN-WHITE. *The letters of Pliny*, Oxford, 1985, 104, 422 y ss.

no compartida por los estudiosos⁷⁴, deja en evidencia, como quiera que sea, la existencia ya desde la antigüedad de las providencias alimentarias a favor de los pobres⁷⁵, remitiendo los niños necesitados a mecanismos de asistencia que no tenían carácter institucional, pero que se encontraban fundados en la magnificencia privada, como resulta ampliamente comprobado con la inscripción de *Atina* (CIL. 10. 5056) que ofrece la documentación más antigua de donación privada de tipo alimentario en favor de los niños⁷⁶.

Ciertamente, TRAJANO "dio vida a un programa socio-económico asistencial que se proponía, por un lado, proveer al mantenimiento de 300 niños y niñas pobres⁷⁷; y por el otro, incrementar la producción agrícola"⁷⁸.

Testimonio de ello son la *Tabla de Veleia*⁷⁹, y también la *Tabla Ligurum Baebianorum*, del 101 d. C. (más antigua que la encontrada en *Veleia*). La segunda señala los fundos y propietarios sobre los cuales había sido concedida, por voluntad del emperador TRAJANO, una suma de dinero en préstamo, a un interés del 2,50%.

74 Sobre el punto v. G. PAPA. "Note sulla «tabula alimentaria» di Veleia", en *Labeo* 1 (1994), 60 y ss.

75 Lo afirma PAPA (loc. cit. nt. 11) quien, hablando de la tesis de SHERWIN-WHITE, observa: "Pero la conjetura (que ha encontrado eco incluso en el reciente seminario llevado a cabo en Atri en octubre del 92 en el marco de las actividades del IASPAD [siglas en italiano del Instituto Adriático para la Historia del Principado entre Adriano y Diocleciano] y desarrollado cuando este trabajo se encontraba en borrador) está destinada a permanecer tal. El binomio *congiario-alimento* lleva a pensar que Plinio muy probablemente no se refiere a un programa asistencial articulado, como el previsto en la tabla de Veleia, sino a una antiquísima costumbre, ya difundida en edad republicana y llevada adelante hasta la edad de los Severos, de distribuir, en determinadas ocasiones, a los menos pudientes una cierta cantidad de trigo al lado de congios de vino o aceite (los llamados *congiarios*), los cuales, no obstante, bien pronto fueron sustituidos por sumas de dinero. Lo dicho encuentra confirmación también en Plin. *Paneg.* 28.3, donde el escritor, a propósito de los *congiario*, se refiere no sólo a DOMICIANO, sino también a sus predecesores (sobre el argumento v. TRISOGLIO, "La personalità di Plinio il Giovane nei suoi rapporti con la politica, la società e la letteratura", en *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Turin* (1972), 29 ss.)".

76 El epígrafe, que se remonta a los tiempos de NERÓN, afirma que un cierto *T. Helvius Basila* dejó en legado a la comunidad de *Atina* 400.000 sestercios destinados a la compra de trigo para la alimentación de los *pueri* y *puellae* del lugar: v. PAPA. *Note sulla «tabula alimentaria» di Veleia*, cit., 61.

77 Entre los cuales habían sido incluidos también ilegítimos: v. C. A. MASCHI. "La «tabula alimentaria» di Velleia e la sua terminologia giuridica", en *Atti I Conv. Vel.* (1955), 267 y ss.

78 Así, PAPA. *Note sulla «tabula alimentaria» di Veleia*, cit., 61, quien precisa también la proyección de la disposición: "El emperador estableció que 45 propietarios de fundos o poseedores de *agri vectigales* de Veleia, Piacenza, Lucca e Parma recibieran en mutuo, previa estimación de su terreno (*professio*) y sujeción del mismo a garantía real (*obligatio praediorum*), 1.044.000 sestercios (para ser distribuidos, naturalmente, con base en el valor del fundo obligado). Los mutuarios debían pagar un interés del 5% anual sobre la suma recibida en préstamo; los intereses obtenidos no volvían a las casas imperiales, sino a las municipales, para luego ser devueltos, por obra de los magistrados locales, a los *pueri et puellae* preseleccionados".

79 CIL XI n. 1147, reenvío, también por la copiosísima bibliografía, a los citados trabajos de CRINITI y de PAPA.

Lo obtenido a título de intereses se destinaba a los niños pobres, asegurándoles de ese modo la alimentación⁸⁰.

VI. PROTECCIÓN DE LOS NIÑOS

La posición delicada y de particular exposición de los niños requirió de soluciones dirigidas a su protección jurídica. Cito algunas entre las más importantes.

—Exenciones de los *munia*

En el marco del respeto de las expectativas de crecimiento del niño creo que debe incluirse la prohibición de trabajo forzado y de las convenciones de prestaciones laborales relativas a los niños, constitutivas de *munus*⁸¹.

El capítulo 98 de la *Lex coloniae Genetivae Iuliae seu Ursonensis* (47-44 a. C.) establecía la prohibición de trabajos forzados (*munia*) para los impúberes de edad inferior a los 14 años, que reproducía una disposición difundida y observada tanto en Roma como por fuera de ella⁸², en obsequio de las exigencias de formación y crecimiento de los niños.

Igualmente significativa es la no obligatoriedad de la prestación laboral de los libertos impúberes. PAULO, en el comentario a SABINO, decía que no se concedía la acción para exigir la prestación de *operae* frente a un liberto impúber⁸³. El hecho de que el jurista hablara de ello en el comentario al *ius civile* puede ser indicio del

80 CIL IX n. 1455: cfr. C. G. BRUNS. *Fontes iuris romani antiqui* I, Tubinga, 1909, 348-349, n. 145b; Dessau, n. 6509; FIRA III, Florencia, 1943, 380-382, n. 117.

81 Los *munia* eran las actividades de los particulares que tenían por objeto la utilidad común, de acuerdo con lo descrito en el II s. d. C. por SEXTO POMPONIO, quien se ponía en sintonía con el pensamiento de la república tardía, expresado por VARRONE: D. 50. 16. 239. 1, Pomp. l.s. *en chir.*: “*Munus publicum*” est officium privati hominis, ex quo commodum ad singulos universosque cives remque eorum imperio magistratus extraordinarium pervenit. Varro, de lingua latina 5. 179: *Munus, quod mutuo animo qui sunt dant officii causa; alterum munus quod muniendi causa imperatum, a quo etiam municipes, qui una munus fungi debent, dicti.* Sui brani v. D. NÖRR. “*Pomponius oder “Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen*”, en *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* II, Berlín-Nueva York, 1976, 519.

82 *Quamcumque munitionem decuriones huiusce coloniae decreverint, si m(aior) p(ars) | decurionum atfuerit, cum e(a) r(es) consulatur, eam munitionem | fieri liceto, dum ne amplius in annos sing(ulos) inlque homines singulos puberes operas quinās et | in <iumenta plaustraria> iuga sing(ula) operas ternas decernant. Eique munitioni aed(iles) qui tum | erunt ex d(ecurionum) d(ecreto) praesunto. Uti decuriones censulerint, ita muniendum curanto, dum ne invito eius opera exigatur, qui minor annor(um) XIII | aut maior annor(um) LX natus erit. Qui in ea colon(ia) | intrave eius colon(iae) fines domicilium praedilumve habebit neque eius colon(iae) colon(us) erit, is eidem munitioni uti colon(us) pareto.* Cfr. P. F. GIRARD - F. SENN. *Les lois des Romains*, Nápoles, 1977, 200-222, n. 3.

83 La *denegatio actionis*, en el caso, habría producido la inexigibilidad de la prestación y en consecuencia su invalidez, dado que volvía irrelevante para el derecho el eventual acuerdo de trabajo del impúber: D. 38. 1. 7. 5, Paul. 28 *ad Sab.*: *Dabitur et in impuberem, cum adoleverit, operarum actio: sed interdum et quamdiu impubes est: nam huius quoque est ministerium, si forte vel librarius vel nomenclator vel calculator sit vel histrio vel alterius voluptatis artifex.* Sobre el punto cfr. M. MARRONE. *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006, 76.

arraigo de la norma. Su observancia fue asegurada por el pretor por medio de la negación de la acción⁸⁴.

–*Tutela*

Entre los derechos de los niños me parece que puede incluirse también la *tutela impuberum*.

En sus orígenes, el instituto estaba dirigido a la protección de los intereses patrimoniales de la familia y, sólo indirectamente, a la protección de los menores.

En el 210/208 fue introducida una nueva forma de tutela, para los casos en que no procediera ninguna de las formas preexistentes de tutela legítima o testamentaria. La hipótesis principal estaba constituida por la imposibilidad de encontrar un pariente varón en capacidad de ejercer la tutela, a causa de la devastación y las muertes causadas por las guerras y en particular por la guerra "anibálica"⁸⁵. La iniciativa, al parecer, fue de los Tribunos, quienes por medio de un plebiscito, *lex Atilia de tutore dando*, encargaron al *praetor urbanus*, asistido por la mayoría de los *tribuni plebis*, nombrarle en Roma tutores a quien no lo tuviera.

La nueva forma era revolucionaria, porque no estaba configurada como ejercicio de una potestad, sustitutiva de la del padre, sino como *officium*. El vocablo *tutela* adquirió el significado de "protección", 'custodia' o 'vigilancia' sólo a partir del final del tercer siglo a. C., utilizando la forma verbal *tuere*⁸⁶, que era empleada para describir la particular función para la que eran designados los ediles plebeyos en relación con el cuidado y manutención de los cementerios, la cual es prerrogativa que puede adscribirse, ciertamente, a tal magistratura menor ya desde la edad de la alta república⁸⁷: no por casualidad PAULO, proyectando la definición de la tutela, cuando ya el carácter prevalentemente asistencial del instituto había sido establecido, asimilaba las funciones de los tutores a las de los ediles.

El rol de los tutores aquilianos era vasto e iba más allá de la simple administración del patrimonio pupilar⁸⁸; en este sentido, me parece legítimo hablar de un propio y verdadero derecho del niño a ser asistido y protegido por el tutor.

Este derecho comprendía también el obtener una correcta gestión del patrimonio pupilar, con la obligación para los tutores de poner lo mejor de sus capacidades

84 Cfr. F. DE ROBERTIS. *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963, 222.

85 Pero diversos fueron los factores que impulsaron la introducción de esta revolucionaria reforma de los institutos tutelares: v. la literatura pertinente en P. ZANNINI. *Studi sulla tutela. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto II*, Turín, 1979, 12, nt. 15.

86 D. 26. 1. 1. 1, Paul. 38 ad ed.: *Tutores autem sunt, qui eam vim ac potestatem habent: ex qua re ipsa nomen coeperunt: itaque appellantur tutores, quasi tutores atque defensores, sicut aeditui dicuntur qui aedes tuentur.*

87 Cfr. M. MOREL. "Le «sepulchrum». Etude de Droit Romain", en *AUG 5* (1918), 103.

88 Lo enunciaba PAULO en D. 26. 7. 12. 3, Paul. 38 ad ed.: *... non rebus dumtaxat, sed etiam moribus pupilli praeponatur...* Cfr. S. SOLAZZI. "L'istruzione del pupillo", en *SDHI 17* (1951), 249 y ss.

en su administración, en modo tal de poderlo restituir íntegro y aumentado, en la medida en que las posibilidades del mercado lo consintieran.

Las razones del pupilo eran tuteladas por medio de una acción de buena fe, que habría podido incoar al momento de cesar la tutela (*actio tutelae*) con el objeto de obtener la rendición de cuentas de la gestión. Contra la mala administración de los tutores legítimos se encontraba previsto, desde el final de la república, que los tutores que hubiesen querido administrar los bienes del pupilo prestasen una garantía con la cual prometiesen (por medio de estipulación y con la intervención de garantes) hacer lo necesario para que el patrimonio del pupilo no sufriese daño alguno⁸⁹.

Al lado de la tutela fueron elaboradas otras formas de protección jurídica de los niños.

Me parece que debe considerarse como una forma de protección, dirigida a evitar que los niños se inmiscuyeran en pleitos y sufrieran los riesgos relacionados con el ejercicio de los recursos judiciales, la total ausencia de legitimación frente al proceso dispuesta para los *infantes*, y la necesidad de asistencia del tutor para los *infantia maiores* aún impúberes⁹⁰. Esta forma de protección se extendió más allá de la pubertad, de acuerdo con una concepción amplia de la niñez, que encontró concreción en la prohibición total de *postulare* dispuesta respecto del menor de 17 años, para evitarle así las penas en las que incurriría a causa de la eventual incompreensión de los deberes impuestos por el magistrado⁹¹.

Las fuentes denotan la intuición acerca de la necesidad de tutelar, de diversas formas y directamente, al niño, lo cual resulta como consecuencia de la capacidad de revalorizar el *derecho natural* y hacer derivar de él principios que, de diversas maneras, y en ocasiones atribuladamente, fijan las metas por perseguirse, mediante la sapiente coordinación con el *derecho de gentes* y el *derecho civil*, que dan concreción a las soluciones adoptadas en respeto del orden histórico.

Importante fue el principio alrededor del cual debía ordenarse la articulación de los derechos erigidos a favor de los niños y su infancia.

89 Cfr. TALAMANCA. *Istituzioni*, cit., 164 y ss.

90 V. KASER. *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 206.

91 V. D. 3. 1. 1. 3, Ulp. 6 ad ed.: >Initium autem fecit praetor ab his, qui in totum prohibentur postulare. In quo edicto aut pueritiam aut casum excusavit. Pueritiam: dum minorem annis decem et septem, qui eos non in totum complevit, prohibet postulare, quia moderatam banc >aetatem ratus est ad procedendum in publicum, qua aetate aut paulo maiore fertur >nerva filius et publice de iure responsitasse. Propter casum surdum qui prorsus >non audit prohibet apud se postulare: nec enim erat permittendum ei postulare, >qui decretum praetoris exaudire non poterat, quod etiam ipsi erat periculosum >futurum: nam non exaudito decreto praetoris, quasi non obtemperasset, poena ut >contumax plecteretur. El fin protector de la disposición era explícito respecto del sordo, frente al que el pretor decía expresamente que su intención era la de sustraerlo de una situación 'peligrosa'. Cfr. KASER. *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., 207 nt. 30.

Me mantengo, en el derecho romano, en el contexto de la *familia*. Los magistrados intervenían sólo en la medida en que fuera evidente la falta de la familia para la tutela de los niños. Es el caso de las disposiciones alimentarias, surgidas como disposiciones de los particulares y transformadas, sobre todo durante el Imperio, en disposiciones de los emperadores, para garantizar la crianza y el crecimiento de los niños, según una visión muy amplia de la infancia, extensiva hasta los 18 años, tal como en nuestros tiempos lo ha dispuesto la Convención Internacional sobre Derechos del Niño de 1989^[92].

El derecho de nacer y de crecer, consolidado durante el curso de la experiencia jurídica romana, ha dado vida a principios de indiscutible civilidad jurídica correspondientes a la visión de una sociedad basada en las fundamentales interacciones entre expectativas del particular y formaciones sociales, a partir de la familia. Estos principios han sostenido las articulaciones de casi todos los ordenamientos de la edad moderna y contemporánea. Sólo recientemente éstos han sido parcialmente contradichos por el reconocimiento del *derecho al aborto*, aceptado sobre todo en atención a la potestad de autodeterminación de la madre. Pero resta preguntarse si el principio que se abrió camino en el derecho romano puede considerarse del todo superado, gracias a la legislación positiva, o si debe aún, por el contrario, considerarse válido y capaz de sugerir soluciones congruas respetuosas de dicho principio.

Los derechos a la paternidad y al nombre se encuentran presentes y revitalizados en todos los ordenamientos contemporáneos. Sus ecos se avistan en la regulación del Código Civil italiano de 1942 (arts. 250-290), que se encuentra inspirada en los principios del derecho romano reafirmados durante la edad imperial y con CONSTANTINO. De ellos recibe la autoridad para la legitimación posterior al matrimonio y el desconocimiento de los hijos nacidos de incesto. Así como también prevé el reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, en sus dos formas, del acto de uno (o de ambos) de los padres y de la providencia de la autoridad juzgadora.

En relación con el nombre, debe resaltarse que, en el C. C. italiano, éste se hace derivar formalmente de la *ley* y no de la familia, lo cual es consecuencia de la aplicación de la doctrina de la *capacidad jurídica*, con base en la cual el propio reconocimiento de la *persona* deriva de la ley y no (como era en cambio para los romanos) de lo *natural*, esto es, de la realidad fáctica. Queda de las fuentes romanas la articulación de la identificación personal en varios nombres: normalmente en nombre y apellido.

Ciertamente quedaba la gran mancha oscura de la esclavitud, frente a la cual los niños (llamados más normalmente *pueri*) no habrían podido recabar derechos, aunque la cuestión se inscribe en el problema más general de la esclavitud en

92 Cfr. nt. 4.

Roma. Me limito a destacar que la eventual tutela del esclavo niño debía someterse al control de los censores, antes que al judicial, y que sobre las consecuencias específicas de dicho control no se cuenta con fuentes.

La proyección de un *derecho de lo natural* debía requerir la enunciación de reglas, la primera entre ellas, la de la tutela de la vida, en modo de hacerlo trasmigrar como *valor* en el sistema del derecho, creando una tensión propulsora entre situación de hecho y reglamentación jurídica.

Por otra parte, son muchas hoy las situaciones de maltrato y explotación en que se encuentran los niños, esos que viven al lado de aquellos otros de infancia feliz, pero ¿podríamos decir que, a causa de la disparidad, no puede hablarse de *derechos de los niños*, o que su concepción no puede edificarse?

Lo mismo vale para la comparación histórica. Debe dejarse en evidencia la existencia de conceptos dirigidos al reconocimiento de derechos en cabeza del niño y, a su tiempo, debe subrayarse la diferencia de tratamiento que podía existir, en la práctica, entre niño y niño.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, B. "Note sull'evoluzione storica del *ius vitae ac necis*", en *Scritti in onore di Contardo Ferrini* 3, Milán, 1948 (= *Scritti giuridici* 1, Palermo, 1991).
- ALBANESE, B. " '*Vitae necisque potestas*' paterna e '*lex Iulia de adulteriis*' ", en *Studi in onore di G. Musotto* II (= *Il Circolo Giuridico «L. Sampolo»*, 43), Palermo, 1980.
- ALBERTARIO, E. "Sul diritto agli alimenti", en *St. dir. Rom.* 1. *persone e famiglia*, Milán, 1933.
- ALFOLDY, G. *Storia sociale dell'antica Roma*, Boloña, 1987.
- BACCARI, M. P. *Concepito: l'antico diritto per il nuovo millennio*, Turín, 2004.
- BISCARDI, A. *La dottrina romana dell'«obligatio rei»*, Milán, 1991.
- BRETONE, M. *Storia del diritto romano*, Bari, 1987.
- BRUNS, C. G. *Fontes iuris romani antiqui* 1, Tubinga, 1909, pp. 348-349, n. 145b; *Dessau*, n. 6509; FIRA III, Florencia, 1943.
- CANTARELLA, E. "La vita delle donne", en *VV. AA. Storia di Roma*, 4. *Caratteri e morfologie*, Roma, 1989.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L. *v. patria potestà*, a diritto romano, en *ED* XXXII (Milán, 1982).
- CARCIPOINO, J. *La vita quotidiana a Roma all'apogeo dell'impero*, 12.^a ed., Bari, 2005.
- CASSOLA, F. "Note sul «*praefectus alimentorum*», en *St. Volterra* 3 (1971).
- CATALANO, P. *Diritto e persone. Studi su origine e attualità del sistema romano*, 1, Turín, 1990.
- CATALANO, P. "Giustiniano", en *Enc. Virgiliana* II, Roma, 1985.
- CRACCO RUGGINI, L. *Esperienze economiche e sociali del mondo romano*, en *VV. AA. Nuove questioni di storia antica*, Milán, 1968.
- CRINITI, N. *La «tabula alimentaria» di Veleia*, 1991.
- DELL'ORO, A. *I libri de officio nella giurisprudenza romana* 1, Milán, 1960.

- FERRETTI, P. "Diritto romano e diritto europeo: alcune considerazioni in tema di *qui in utero sunt*", en *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. Nuova serie*, vol. XIII, 1999.
- FONTANA G. *Qui in utero sunt. Concetti antichi e condizione giuridica del nascituro nella codificazione di Giustiniano*, Turín, 1994.
- GARÓFALO, L. "L'humanitas nel pensiero della giurisprudenza classica", en *Diritto e Storia, Tradizione Romana*, n.º 4, 2005.
- GAYOSSO Y NAVARRETE, M. *Persona: naturaleza original del concepto en los derechos romano y náhuatl*, Veracruz, 1992.
- GIARDINA, A. *Il mondo degli antichi*, Roma-Bari, 1994.
- GIRARD, P. F. - F. SENN. *Les lois des Romains*, Nápoles, 1977.
- HONORÉ, T. "Les droits de l'homme chez Ulpian", en A. A. VARI. *Le monde antique et les droits de l'homme* (dir. HUGUETTE JONES), Bruselas, 1998.
- KASER, M. *Das römische Zivilprozessrecht*, Múnich, 1996.
- LEVI, M. A. *Per una nuova indagine sui problemi della «tabula» di Velleia*, en *St. Grosso 2* (1968).
- LUBRANO M. *Persona e homo nell'opera di Gaio. Elementi concettuali del sistema giuridico romano*, Turín, 2002.
- MASCHI, C. A. "La «tabula alimentaria» di Velleia e la sua terminologia giuridica", en *Atti I Conv. Vel.* (1955).
- MARRONE, M. *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 2006.
- MAYER-MALY, T. "Das Menschenbild des Rechts", en vv. AA. "Giovanni Paolo II Le vie della giustizia" (dir. A. LOIODICE - M. VARI), Roma, 2003.
- MAZZA, M. *Lotte sociali e restaurazione autoritaria nel III secolo d.C.*, Bari, 1973.
- MOREL, M. "Le «sepulchrum». Etude de Droit Romain", en *AUG 5* (1918).
- OESTREICH, G. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, dir. G. GOZZI, Roma-Bari, 2001.
- ONIDA, P. P. *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Turín, 2002.
- PAOLI, U. E. *Vita romana*, Florencia, 1963.
- PAPA, G. "Note sulla «tabula alimentaria» di Velleia", en *Labeo 1* (1994).
- PEPPE, L. *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milán, 1984.
- PÉTER, O. M. "Spes nascendi come diritto alla vita? Il nascituro nelle fonti giuridiche classiche", en A. A. VARI. *Le monde antique et les droits de l'homme* (dir. HUGUETTE JONES), Bruselas, 1998.
- PETROCELLI, C. *La stola e il silenzio*, Palermo, 1989.
- PETRUCCI, M. G. "Quale status per il nascituro?", en *Rassegna di diritto civile*, 1998.
- PUGLIESE, G. *Assistenza all'infanzia nel principato e «piae causae» del diritto romano cristiano*, en *Sodalitas 7* (1984).
- PUGLIESE, G. *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1986.
- ROBERTIS, F. DE. *Lavoro e lavoratori nel mondo romano*, Bari, 1963.
- SANTALUCIA, B. s. v. "Fondazione" (dir. rom.), en *ED 17* (1968).

- SEGRÈ, G. "Sulle istituzioni alimentari imperiali", en *BIDR* 2 (1889) = *Scritti giuridici* 2, Roma, 1938 (= Turín 1972).
- SHERWIN-WHITE, A. N. *The letters of Pliny*, Oxford, 1985.
- SCHULZ, F. *History of Roman legal science*, Oxford, 1946.
- TALAMANCA, M. "L'antichità e i 'diritti dell'uomo'", en *Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, en *Atti dei Convegni Lincei*, 174, Roma, 2001.
- TALAMANCA, M. *Istituzioni di diritto romano*, Milán, 1990.
- THOMAS, Y. "La divisione dei sessi nel diritto romano", en *VV. AA. Storia delle donne in Occidente. L'antichità*, Roma-Bari, 1990.
- SCHIPANI, S. *La codificazione del diritto romano comune. Studi su origine ed attualità del sistema romano* 2, Turín, 1996.
- SOLAZZI, S. "Sulla capacità del filius di stare in giudizio", en *Scritti di diritto romano* 1 1899-1913, Nápoles, 1955.
- VARI, A. A. *Le monde antique et les droits de l'homme* (dir. HUGUETTE JONES), Bruselas, 1998.
- WALDSTEIN, W. "Quelleninterpretation und status des nasciturus", en *Status familiae. Festschrift für Andreas Wacke zum 65. Geburtstag*, Múnich, 2001.
- WILINSKI, A. "Maior trimo. Granika wieku trzech lat w praie rzymskim (La limite d'age de trois ans dans le droit romain)", en *Czasopismo prawno historyczne* VII Zeszyt 1, Warszawa, 1955.
- ZANNINI, P. *Studi sulla tutela. Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto* II, Turín, 1979.

