

Derecho de familia

Breves notas sobre los *infantes* en el derecho romano*

SEBASTIANO TAFARO

SUMARIO: I. Los menores.- II. *Infans*.- III. Posesión del *infans*.- IV. Más allá de la madurez del intelecto.- V. Responsabilidad del *infans*.- VI. Soluciones a favor del *infans*.

I. LOS MENORES

Es usual juzgar la condición jurídica de los menores romanos desde un punto de vista moderno, a fin de afirmar que en el derecho romano se negó siempre la *capacidad* de actuar de los niños aún *infantes*¹ o para identificar elementos de continuidad con el presente².

Esta óptica, movida por la exigencia de razonar con fundamento en las nociones y los conceptos que poseemos, puede ser equivocada y no apta para comprender la realidad romana. Opino que es más pertinente acercarse lo más posible a las nociones antiguas en relación con el tema de la infancia, las que

* Artículo originariamente incluido en los *Scritti Labruna*, Napoli, 2008. Traducción del italiano, Fabio Espitia.

- 1 La incapacidad absoluta de los *infantes* se encuentra mencionada en muchos manuales modernos de derecho romano: sobre el tema se podrían citar casi todos los manuales sobre instituciones, como por ejemplo, v. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano* (Palermo, 1994) 264; E. CANTARELLA, *Familia e parentela*, en *Diritto privato romano. Un profilo storico*, dir. A. SCHIAVONE (Torino, 2003), 190 s.
- 2 Por todos, cito A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli impubeses in diritto classico*, en *AG (Archivio giuridico)* 150 (1956), 112, quien afirma "No existe duda acerca de que los antecedentes presentes en las fuentes romanas de instituciones y disposiciones, respecto de los menores, establecidas por códigos y leyes vigentes hoy día se refieren primordialmente a la capacidad de estas personas. Es cierto que los romanos no elaboraron una noción general de capacidad, ni diferenciaron conceptualmente la capacidad jurídica de la capacidad de obrar, y sin embargo, la manera en la cual, por lo menos en el período clásico y en el posclásico y justiniano, estos trataron los actos jurídicos llevados a cabo por personas que no habían alcanzado todavía una determinada edad, implica, sin margen de duda, la misma falta de reconocimiento a los mismos de la capacidad de obrar, que se encuentra contenida en los ordenamientos contemporáneos. Dichos actos, en realidad, a menos que determinaran una pura y simple adquisición de derechos, eran radicalmente nulos, sea que fuesen llevados a cabo por los llamados "infantes", sea que, habiendo sido realizados por los impubeses que habían superado la infancia, no habían sido ratificados por su tutor con la interposición de la correspondiente *auctoritas*".

me parecen (como espero aclarar enseguida) muy distantes de las concepciones con las que hoy consideramos el tema de la infancia y los menores. Para ello es indispensable despojarse de las ideas actuales y del esquema insatisfactorio y limitante de la teoría de la *personalidad*, así como de los consiguientes conceptos de *capacidad* (jurídica y de actuar)³.

Es necesario tener presente que mientras nosotros partimos de la consideración de la madurez psicointelectiva del menor, los romanos no. Estos (al menos por un largo período de la edad republicana) no diferenciaban la infancia con fundamento en la capacidad de entender por parte del menor, sino con base en la natural (y profundamente diferente) capacidad de engendrar y, por tanto, de contribuir, a través de la procreación, al “crecimiento”, de la familia, de la ciudad, a la que pertenecía cada ser vivo. En el derecho romano, a mi parecer, la relevancia jurídica de la persona se hacía depender de la “naturaleza”. Se puede decir (así sea en forma aproximativa y como primer acercamiento) que para nosotros, la fuente de la subjetividad reside en el reconocimiento por parte del ordenamiento (en definitiva, por parte de las legislaciones nacionales o supranacionales).

En el derecho romano semejante situación no existía: para los romanos el derecho era un atributo de los hombres y de su historia, que debía ser respetuoso de la naturaleza y en consecuencia, de las leyes universales del cosmos. Por esto, en el centro del derecho romano se encontraba “el hombre histórico”, con sus vicisitudes y su sosiego, siempre colocado dentro de organismos más amplios y solidarios, entre los cuales estaban, sobre todo, la familia y la ciudad⁴. Pretendo poner en evidencia que los romanos creían que los hombres estaban inmersos en un “ciclo” que no dependía de ellos y de su derecho, sino que era expresión de leyes de valor cósmico. El “ciclo de la vida”⁵ comportaba la conciencia de pertenecer a un orden general del universo, que abrazaba en un único soplo las estaciones del hombre, junto, por ejemplo, a las estaciones de los campos, la alternancia del día con la noche, los movimientos del Sol y de las estrellas y la existencia de los momentos comunes y necesarios —el nacimiento, la niñez, la madurez, la vejez—, consideradas etapas generales y

3 V. A. FALZEA, sv. *Capacità* (Teoria generale), en ED VI (1960), 8 s.

4 Cfr. cuanto he sostenido en *Pubes y viripotens nell'esperienza giuridica romana* (Bari, 1988), partic. 20 ss.; *La pubertà in Roma. Profili giuridici* (Bari, 1993), 7 ss.; *Persona: origini e prospettive*, en *Atti del Congresso internazionale 'Incontro fra canonici d'oriente e d'occidente'*. 2 (Bari, 1993), 583 ss. V., por último, también las observaciones sobre el consecuente concepto de *derecho subjetivo*: P. CATALANO, *Derecho, soggetti, oggetti: un contributo alla pulizia concettuale sulla base di D. 1, 1, 12*, en *Iuris vincula – Studi in onore di M. Talamanca*, II (Napoli, 2001), 97 ss.

5 Para algunos aspectos, en particular, las fases ligadas al nacimiento y a la infancia v. G. PUGLIESE, *Il ciclo della vita intellettuale nell'esperienza giuridica romana*, en *Atti dei Convegni Lincei* 61 (1984) - Colloquio: *Il diritto e la vita materiale* (Roma, 22-23 noviembre, 1982), 55 ss.; S. TAFARO, *Pubes e viripotens*, cit., 19 ss.

válidas tanto para los hombres como para las ciudades⁶. Los romanos creían en la existencia de una ley cósmica que reunía lo creado con los seres vivos y que para estos últimos se expresaba a través de una proyección general, que acercaba hombres y animales y consistía en la proyección al “crecimiento”. CICERÓN recordaba esta ley universal y en el *de officiis* la daba por descontada e incontrovertible: *Nam cum sit hoc natura commune animantium, ut habeant libidinem procreandi*⁷.

Producto de estas visiones se estableció en el derecho el final de la infancia, en el momento en que, con la pubertad, se adquiría la capacidad de procrear⁸. Con ella se verificaba un “renacimiento” de la persona⁹; que, mientras antes había nacido en la familia, ahora nacía (nuevamente) en la ciudad y en la comunidad.

La pubertad¹⁰ era, por tanto, el límite entre la infancia y la adolescencia, puesto que la diferencia entre las dos edades estaba representada no por la

6 Sobre los puntos aquí mencionados remito a lo que he señalado en *Pubes e viripotens*, cit., cap. III y partic. 107 s., y allí, nt. 15, donde pongo en evidencia la atención al hombre y a las leyes fisiológicas y universales que regulaban el ciclo. Tan significativa que hasta la vida de la *Civitas*, estructura de confluencia de los particulares, era considerada en términos de desarrollo fisiológico, según una difundida tendencia que interpretaba la historia de Roma como la de “un organismo vivo”.

7 *Cic. de off.* 1. 17. 54.

8 Cfr. A. BURDESE, v. *Età*, en *ED XVI* (1967), 79.

9 G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamiche - Contributo alla storia della famiglia romana*³, Napoli, 1983, 49, observa, a propósito: “...las mismas ceremonias iniciadoras se basan en la creencias –y en la secuencia– de muerte y renacimiento ritual. A la luz de tales concepciones se explican también los cambios onomásticos y la introducción de señales exteriores que denotaban la llegada de la pu parecen bertad (como era en Roma lo relativo al *praenomen* masculino y la toga *praetexta*). El concepto es el de la muerte y el renacimiento ritual: si muere con el nombre viejo, se renace como adulto. En toda ceremonia de pubertad –que es siempre entonces una ceremonia de iniciación– los diversos ritos comprenden, unido uno al otro, estos dos momentos”.

10 La razón de la elección de la pubertad residió en la exigencia de la Ciudad (*Civitas*) de establecer una relación directa con sus propios miembros, sustrayéndolos al poder de la familia y de los padres. La determinación del 14º año para los hombres y del 12º para las mujeres estuvo sujeta a la concepción reinante sobre el valor de los números. Los antiguos (y los romanos entre ellos) consideraban que los números eran expresión de leyes cósmicas y constituían una realidad. Todo el universo estaba dividido por números, entre los cuales había algunos particularmente importantes. El más significativo era el siete (por lo demás, presente en gran parte de la Antigüedad: baste pensar en su influencia en los textos sacros de la Biblia, a partir de la referencia a los días de la Creación, a los siete sabios, a las siete maravillas del mundo) que CICERÓN definía “nudo de todo el universo” (*Cic., De Re* 6. 13 e 18: *rerum omnium fere nodus*; *MACROBIUS, Com.* 1. 6. 34: *qui numerus rerum omnium nodus est*). Por tanto, el hombre, máxima expresión y centro del planeta en la indiscutida visión antropocéntrica de la época (por influencia de la filosofía griega), debía por ley cósmica ser expresión del número siete, tanto que las partes de su cuerpo eran siete. De esto estaban convencidos tanto el pueblo como los científicos; en los tratados de ginecología se explicaba cómo en realidad el ciclo humano (formación del feto, nacimiento –que podía acaecer después de los 7 meses–, dentición, madurez y muerte) estaba en función del

madurez de pensamiento, sino por la capacidad de contribuir al “crecimiento” de la sociedad, como agudamente, subrayaba ISIDORO DE SEVILLA en las *Etimologías*: ISID. *Etymolog.* XI. 2. 15: *Adolescens dictus, eo quod sit ad gignendum adultus, sive a crescere et augeri*¹¹.

La pubertad constituía, por tanto, la referencia central para la ejecución de los actos jurídicos, y tenía relevancia en la esfera del *ius* aunque existiese la conciencia de que la madurez se alcanzaba mucho después de la pubertad: en efecto, existen afirmaciones en los textos literarios y en los escritos de los juristas en las que se sostiene que la *pueritia* se extendía hasta el 17º año¹². En realidad, nos encontramos frente a dos conceptos de infancia: el jurídico, que iba desde el nacimiento hasta la pubertad, y el social y corriente, que iba más allá.

Hay por tanto una profunda diferencia entre nuestros conceptos y los de los romanos, reflejados en el derecho romano.

A partir de esta convicción buscaré poner en evidencia algunos aspectos de la disciplina romana, los cuales no me parecen que puedan adscribirse a los conceptos de *capacità*.

II. INFANS

La importancia reconocida a la pubertad llevó a los romanos a distinguir los menores en dos grandes categorías: la de quien hubiese llegado a la pubertad y la de los impúberes. A estos últimos pertenecían los *infantes*, categoría de la que pretendo hacer algunas revisiones y precisiones¹³.

número siete. Sucedió que el niño, listo para nacer a los 7 meses, capaz de comer (porque había adquirido todos los dientes) a los 7 años, al doble de este número se convertía en idóneo para procrear. Para las mujeres, la edad fue diversa, sea por la influencia de las exigencias de darla como mujer en edad muy precoz, sea porque su ciclo debía ser dividido por un número par (que era considerado de género femenino), tanto que algunos pensadores alejandrinos sostuvieron que las niñas estaban listas para nacer a los 6 meses: v. S. TAFARO, *Pubes*, cit., 112 ss., y allí, nt. 20-25, 117 ss., 131 ss.

- 11 Poco antes Isidoro había precisado que el inicio de la adolescencia se producía al alcanzar la pubertad: XI. 2. 4.
- 12 Ulpiano ponía la *pueritia* en el arco de tiempo que iba desde el nacimiento hasta los diecisiete años: D. 3. 1. 1. 3, Ulp. l. 6 ad ed. [L. 275]: *Pueritiam: dum minorem annis decem septem*. El mismo jurista distinguía el *puer* del joven (D. 2. 15. 8. 10, Ulp. l. 5 de omnib. tribun. [L. 2282]).
- 13 Solo debo recordar que el término *impubes* comprendía todos los *infantes*, pero en el lenguaje y en las definiciones de los romanos no todos los impúberes eran *infantes*. En cambio, todos los impúberes entrarían en nuestro concepto de “infancia”, el cual, además, va más allá de la pubertad.

En sentido técnico *infantes* eran solo los menores que no podían hablar¹⁴ y crear, a través de las palabras, realidades jurídicamente relevantes¹⁵. Estos no podían expresar un pensamiento razonable y, no teniendo capacidad alguna de juicio, no podían manifestar ninguna voluntad consciente.

Las fuentes jurisprudenciales, por motivos cuyo sustento es importante resaltar, asimilaban frecuentemente el *infans* al loco (*furiosus*) cuando querían afirmar la ausencia total de consecuencias jurídicas y de responsabilidades por sus actos. En otros casos, el infante era asimilado a quien no estaba en posibilidad de relacionarse, como el sordo y (sobre todo) el mudo¹⁶.

Al respecto, en el manual de GAYO se encuentra enunciada la identidad sustancial de condición entre el *infans* y el *furiosus*:

G. 3. 109: *Sed quod diximus de pupillo, utique de eo verum est, qui iam aliquem intellectum habet. Nam infans et qui infanti proximus est non multum a furioso differt, quia huius aetatis pupilli nullum intellectum habent; sed in his pupillis propter utilitatem benignior iuris interpretatio facta est.*

El jurista antoniniano, acorde con su precedente afirmación (la del § 107), de conformidad con la cual el pupilo podía gestionar correctamente todo negocio (salvo la necesaria intervención del tutor allí donde fuese exigido)¹⁷, precisaba que la afirmación no habría podido referirse a los *infantes*, porque su posición no era diversa a la de los “locos”. Este obvio paralelo y su consecuente identidad de disciplina, habrían sido sin embargo derogados, según el jurista, por una *interpretatio*, definida por él como más favorable.

No me detengo más sobre el pasaje y la aparente estratificación de soluciones, inclusive posiblemente contrastantes¹⁸. Me limito a señalar que el jurista, a través de la asimilación del *infans* (y de quien esté aún cerca a la infancia) al loco, ponía en evidencia las razones por las cuales no habría debido dársele relevancia a los actos cumplidos por el menor. De hecho, poco más adelante GAYO había afirmado que el loco no podía gestionar ningún negocio, puesto que no comprendía lo que hacía: G. 3. 106: *Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*. Por tanto, en rigor, tampoco al pupilo, al que se hacía

14 El étimo *infans* está constituido por el sufijo *in* (equivalente a nuestro ‘no’) y la voz *fans*, del verbo *fari* (que quiere decir ‘hablar’), de modo que *infans* literalmente significaba “aquel que no sabe hablar”. En el latín vulgar el término *infans* es usado corrientemente en el lugar de *puer*.

15 V. S. SOLAZZI, *Saggi di critica romanistica*, en *BIDR* 49-50, 1947, 354 ss.; A. BURDESE, *Età*, cit., 79.

16 De la asimilación entre loco, mudo, sordo e infante hace eco una rúbrica edictal del *Digesto* en materia de *bonorum possessio*: D. 37. 3.

17 Sobre el punto está en proceso de impresión (en *Studia et documenta*) un artículo, del que cortésmente se me ha concedido una lectura previa: G. MOSCHETTA, *Le verborum obligationes contracte dagli infantes*.

18 Remito, para estas, a las observaciones de MOSCHETTA.

extensiva la disciplina del loco, debió haberle sido reconocida ninguna capacidad negocial.

Las afirmaciones de GAYO encuentran correspondencia en decisiones análogas de juristas del principado, particularmente en la edad de los Severos (del siglo III) y parecen reflejar la disciplina de la edad republicana¹⁹. En apariencia, por tanto, parecería estar frente a una posición bien definida y sin márgenes de discusión.

En realidad, la experiencia romana no resulta tan clara y nítida, sino que presenta múltiples soluciones, las cuales daban relevancia directa y autónoma a los actos llevados a cabo por los *infantes* o dirigidos a ellos.

III. POSESIÓN DEL *INFANS*

Encontramos firme una disciplina específica relacionada con la aprehensión de las cosas y, por tanto, con la posesión.

Aun dando por descontado que el menor no podía adquirir la posesión, porque el acto de adquisición se habría debido fundamentar en la conciencia de querer poseer (*intellectus/animus possidendi*), se buscó encontrar soluciones más o menos favorables para los menores. Al respecto, debe tenerse presente que la cuestión se relacionaba con la posibilidad (reconocida a los padres) de poder adquirir a través de los sometidos, sin distinción entre púberes e impúberes²⁰.

Algunos fragmentos del *Digesto* ofrecen importantes precisiones sobre el punto.

Específicamente, PAULO, en el Libro 54 del comentario al edicto, parece haber limitado la posibilidad de adquisición de la posesión a través de los impúberes, refiriéndola solo a aquellos que hubieran alcanzado una edad que les pudiese permitir comprender el acto de posesión:

D. 41. 2. 1. 5 e 9, *Paul. 1. 54 ad ed.* [L. 657. 5 e 9]: *Item adquirimus possessionem per servum aut per filium, qui in potestate est... 9. Ceterum et ille, per quem volumus possidere, talis esse debet, ut habeat intellectum possidendi.*

Para PAULO era posible poseer a través de los sometidos solo si tenían capacidad de entender qué significaba poseer, porque de otra forma no se adquiriría posesión alguna.

19 V. A. BURDESE, *Sulla capacità intellettuale degli impubes in diritto classico*, en AG 150 (1956) partic. 51 ss., y allí, nt. 151, donde se recuerdan las fuentes y las materias en las que se enunciaban criterios iguales a los expuestos en G. 3. 109; ZAMORANI, *Possessio e animus 1* (Milano, 1977), partic. 223 ss.

20 Recuerdo que GAYO era tajante al respecto: G. 2. 86: *Adquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed etiam per eos quos in potestate... habemus.*

La solución debía ser igual a la adoptada cuando se hubiese dado el encargo de adquirir la posesión a un siervo loco, el que, por falta absoluta de la capacidad de comprender el acto de posesión, no hacía adquirir nada al dueño. Esta conclusión ha parecido evidente a la doctrina contemporánea, la cual se basa en un pasaje del mismo PAULO, que negaba claramente la posibilidad de poseer a través de un siervo loco²¹; por lo que se ha concluido que no existe:

ninguna duda acerca de que el intermediario *furiosus* –Paulo trata solo del *servus*: pero la referencia vale también para el hijo– no adquiere nada para el que tiene la potestad: en efecto, él se encuentra totalmente desprovisto de *intellectus possidendi*, requerido por D. 41. 2. 1. 9²².

No obstante, la situación tal vez era más compleja, puesto que la opinión de PAULO no debía ser la que tenían otros en la edad precedente.

El mismo PAULO recuerda²³ que el jurista de edad republicana OFILIO (a fines del siglo I a. C.) y NERVA hijo (de la mitad del siglo I d. C.) consideraban que la posesión era una simple situación de hecho y que, como tal, no requería de capacidad de entender. El jurista severiano debía intervenir para corregir la decisión de sus predecesores, precisando que (de conformidad con la doctrina seguida por él) las opiniones referidas solo se podían aceptar en relación con el menor en capacidad de entender:

D. 41. 2. 1. 3, *Paul. l. 54 ad ed.* [L. 657. 3]: ... *Ofilius quidem et Nerva filius etiam sine tutoris auctoritatem possidere incipere posse pupillum aiunt: eam enim rem facti, non iuris esse: quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant.*

Como puede corroborarse, la intervención final –que debía pertenecer a PAULO pero que algunos intérpretes contemporáneos atribuyen a los redactores del *Digesto*²⁴–, intenta restablecer la coherencia entre las opiniones de los juristas

21 D. 41. 2. 1. 10, *Paul. l. 54 ad ed.* [L. 657. 10]: *Et ideo si furiosum servum miseris, ut possideas, nequaquam videris adprehendisse possessionem.*

22 Así ZAMORANI, *Possessio e animus*, cit., 229.

23 Vale la pena recordar que la obra de PAULO, como la de ULPIANO y la de POMPONIO, tuvo carácter enciclopédico y tendía a recoger todo aquello que consideraba necesario de la literatura jurídica precedente, por lo que recordaba frecuentemente opiniones de juristas que no compartía totalmente. Él se reservaba ocasionalmente el precisar cuál podía ser la interpretación, dado que su obra pretendía otorgar soluciones para ser aplicadas a los casos tratados por los operadores del derecho de su tiempo. Sobre este punto remito a cuanto he señalado en otro lugar, pero con referencia a la obra de ULPIANO: S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D. 50. 17. 23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale I, Appendice. Traduzione delle fonti* (Bari, 1986), 3 ss., y allí, nt. 3.

24 Cfr. A. BURDESE, *Sulla capacità*, cit., 23, y allí, nt. 40; P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, cit., 223 ss., y allí, nt. 8.

citados y la orientación de PAULO, quien encontrándolas en la fuente utilizada para la redacción de su comentario²⁵, las refería pero corregidas. El motivo de la corrección residía en el cambio de aproximación al supuesto de hecho. En efecto, mientras para OFILIO, NERVA, y verosíblemente para sus contemporáneos, el *infans*²⁶ podía adquirir la posesión, PAULO limitaba esta regla solo a la hipótesis de que pudiese considerarse al menor ya en grado de entender lo que estaba haciendo.

Los intérpretes han discutido sobre la aparente contradicción entre la primera parte, donde estaba la admisión de la adquisición directa de la posesión por parte del *infans*, y la sucesiva, en la que se requería que, en todo caso, el menor hubiese alcanzado una edad que le consintiese entender sus propias acciones²⁷. Quienes no han afirmado como hipótesis la alteración del texto originario, han llegado esencialmente a dos conclusiones. Por una parte²⁸, se ha sostenido la existencia de una corriente de opinión (encabezada por OFILIO y NERVA hijo y, por tanto, imperante en la escuela proculeyana) que reconocía que el *infans* podía adquirir incluso por sí solo la posesión; por otra, se ha negado que pudiese haber sido reconocida al *infans* la posibilidad de la adquisición directa de la posesión sin la intervención del tutor. Recientemente, se ha considerado que, *a rigori*, el pupilo infante no debió haber podido adquirir la posesión de ninguna manera, ni siquiera con la intervención del tutor, pero que excepcionalmente le habría sido reconocida –y en esto consistiría el sentido del fragmento de PAULO– la posibilidad de adquirir la posesión con la

- 25 Induce a considerar que PAULO estaba leyendo directamente las opiniones de los juristas citados, por el uso del verbo (*aiunt*) al presente, que era usado por los juristas severianos cuando se trataba de una opinión leída directamente: cfr. T. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford, 1982), 92 ss.
- 26 Si bien el texto hablaba solo del pupilo, se considera que en realidad la opinión de OFILIO y NERVA hijo debía hacer referencia al *infans*: v. S. TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, en *St. Betti IV* (Milano, 1962), 368; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico* (Padova, 1998) 53, y allí, nt. 63, donde el a. recuerda también que, según algunas reconstrucciones del fragmento, el original paulino debía contener *infans* en el lugar de *pupillus*: A. HÄGSTRÖM, *Der allgemeinen römischen Rechtsanschauung I* (Uppsala-Leipzig, 1927), 116.
- 27 V. Los autores citados en las precedentes notas 26-28, a los cuales *adde* L. VACCA, *rec. di P. ZAMORANI*, *Possessio e animus cit.*, en *BIDR* 82 (1979), 298 s. V. también, para una opinión diferente que concierne al uso del método deductivo y para la hipótesis de una posición de los *veteres* diversa de la de PAULO, F. HORÁK, *Rationes decidendi. Entscheidungsgründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo I Band –Studien zur Rechts- Wirtschafts- und Kulturgeschichte V* (Stuttgart, 1969), 118 s., 149, sobre el cual v. la recensión de G. GROSSO, “*Rationes decidendi*”, en *Index 2* (1971), 116.
- 28 Sobre todo S. TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, *cit.*, 380 ss., pero también A. WATSON, *The Law of Property in the later roman Republic* (Oxford, 1968), 82 s.

asistencia del tutor²⁹. Serían obstáculos para aceptar la hipótesis de la auto-suficiencia del *infans* para la adquisición de la posesión, según esta tesis, la coherencia que debía existir, entre la solución adoptada por PAULO en este pasaje (L. 657. 3) del comentario al edicto, y cuanto dice él en el comentario *ad Sabinum*³⁰, sobre todo, la circunstancia de que al *furiosus*, a cuya disciplina era asimilado el *infans*, jamás fue reconocida la posibilidad de adquirir por sí solo la posesión; en consecuencia, se ha considerado que la observación de OFILIO y NERVA hijo “estuvo determinada por la necesidad de confutar una eventual opinión contraria que requería siempre la intervención del tutor, incluso para los pupilos dotados de *intellectus*”³¹. En otras palabras, la opinión recordada por PAULO (de OFILIO y NERVA hijo) debía referirse no a los *infantes* sino a los pupilos *infantia maiores*.

Me parece en cambio, que la argumentación de OFILIO y NERVA hijo no tendría sentido si estaba referida a quien hubiese alcanzado la capacidad de entender el acto posesorio por él cumplido, y que en cambio se adapta bien a la *infantia minor*. De hecho, solo en relación con este era apropiado poner de relieve que se trataba únicamente de una *quaestio facti*.

Que jamás le haya sido reconocida la posibilidad de adquirir la posesión al *furiosus* no es obstáculo para hablar de una solución diferente en relación con el *infans*: es verdad que había una asimilación entre *infans* y *furiosus*, pero eso no era impedimento para la adopción de disciplinas diversas, que reconocerían la validez de los actos cumplidos por el *infans*, incluso allá donde no se otorgaba igual reconocimiento al demente. Existen sobre el punto testimonios explícitos en las fuentes, comenzando por el citado pasaje gayano de G. 3. 109³².

29 En tiempos recientes, esta última conclusión es sostenida por LAMBRINI (*L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del derecho romano classico*, cit., 52 ss.), quien se fundamenta, principalmente, en que de otra forma no habría exacta coherencia entre lo que afirmaba PAULO en el comentario a SABINO y cuanto diría en esta parte del comentario al edicto y, sobre todo, nos encontraríamos frente a una solución que no tendría parangón en la disciplina aplicada al *furiosus*, al cual seguramente le fue negado el poder adquirir la posesión actuando por sí solo.

30 Así, P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, cit., 52, quien afirma: “Es difícil que Paulo sostuviese en el comentario al edicto una opinión profundamente diversa respecto de la manifestada en la obra *ad Sabinum*”.

31 V. P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, cit., 54.

32 De GAYO véase también D. 44. 7. 1. 12-13, *Gai 2 aureorum* [L. 498. 12-13]: *Furiosus, sive stipulator sive promittat, nihil agere natura manifestum est. Huic proximus est, qui eius aetatis est, ut nondum intellegat, quid agatur: sed quod ad hunc benignius acceptum est: nam qui loqui potest, creditor et stipulari et promittere recte posse*. El mismo PAULO diferenciaba por regla general el *furiosus* de los *infantes qui dari possunt*, negando cualquier relevancia al primero y reconociendo la idoneidad de los actos de los segundos (*tutore auctore*) si bien aún sin capacidad de entender: D. 50. 17. 5, *Paul. 2 ad Sab.* [L. 1614]: *In negotiis contrahendis alia causa habita est furiosorum, alia eorum qui dari possunt, quamvis actum rei non intellegerent: nam furiosus nullum negotium contrahere potest, pupillus omnia tutore auctore agere potest*. El punto es resaltado por

Por tanto, considero probable que los juristas del primer Principado hubieran señalado la existencia de una corriente de pensamiento tendiente a dar relevancia también a algunos actos de los *infantes*, porque se basaba sobre requisitos, como el poder hablar o el hecho mismo de haberse concretado una determinada situación, que no se fundamentaban en el haber alcanzado la capacidad de entender, sino en otras consideraciones.

Respecto a estas soluciones, los juristas, creo en particular los de fines del siglo I a. C. en adelante, se encontraron en dificultad y, no negándolas, las admitieron, calificándolas *contra rationem iuris* y justificándolas en la *utilitas* o, más tarde (no antes del siglo II d. C.), en la *benignitas*³³. Esto porque ante ellos se afirmaba un principio diferente: el de la comprensión por parte del agente del acto cumplido (manifestado expresamente por PAULO)³⁴. PAULO había sostenido que en la posesión el adquirente debía en todo caso tener la *affectio possidendi*, que ciertamente faltaba en el *infans*, ya que estos se encontraban en la misma situación de uno que estaba durmiendo³⁵, por lo que glosó la solución de OFILIO y NERVA hijo con la nota "*quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint, ut intellectum capiant*".

En consecuencia, la posición expresada por PAULO, presente ya claramente en GAYO, no fue la única, y ya se había conocido una solución diferente en el siglo I del Principado, cuando, como queda en evidencia con las opiniones de OFILIO y NERVA hijo, se consideraba que el menor podía en todo caso adquirir la posesión, puesto que la adquisición era considerada una "situación de hecho" para la que no era necesaria la *affectio possessionis*.

Que fuese fuerte la tendencia de dar relevancia a la adquisición de la posesión por parte de los menores *infantia minores* resulta del mismo PAULO, quien reconoció dos casos de este tipo de adquisición por parte del *infans*: Cuando hubiese habido aprobación del tutor y cuando, teniendo el *infans* un peculio, la adquisición de la posesión se refiriese a una cosa que debía entrar nuevamente en el peculio y sucediese por medio de un siervo:

TONDO, quien, también con base en estos datos, considera que hubo dos opiniones en la edad clásica, una de las cuales (como se ha dicho) favorable a darle relevancia a algunos actos de los *infantes*: S. TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo*, cit., 373 ss.; cfr. también J. A. ANKUM, *Les infanti proximi dans la jurisprudence classique*, en *Estudios en homenaje al professor Francisco Hernández-Tejero* (Madrid, 1993), 53 ss., 57, 59 ss.

33 Cfr. J. A. ANKUM, *Les infanti proximi dans la jurisprudence classique*, cit., 53 ss., 57, 59 ss.; M. NAVARRA, *Ricerche sulla utilitas nel pensiero dei giuristi romanos* (Torino, 2002), 53 ss. El punto es objeto del citado trabajo de MOSCHETTA, donde se encuentran las referencias a la literatura más significativa y la exposición de las fuentes, que se expresan en el sentido por mí indicado.

34 V. supra Paul. L. 657. 5 y 9.

35 D. 41. 2. 2, Paul. L. 54 ad ed. [L. 657. 2]. Sobre el sentido y las implicaciones de la asimilación al durmiente, v. C. LANZA, *Ricerche sul "furiosus" in diritto romano I* (Roma, 1990), 98 s.; la a. se ocupa del *furiosus*.

D. 41. 2. 32. 2, *Paul. l. 15 ad Sab.* [L. 1872]: *Infans possidere recte potest, si tutore auctore coepit, nam iudicium infantis suppletur auctoritate tutoris: utilitatis enim causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem. Pupillus tamen etiam sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. Item infans peculiari nomine per servum possidere potest.*

D. 41. 2. 1. 5, *Paul. L. 54 ad ed.* [L. 657. 5]: *... Igitur ex causa peculiari, et infans et furiosus adquirunt possessionem et usucapiunt, et heres, si hereditarius servus emat.*

Me parece que las fuentes examinadas demuestran el carácter excepcional de las soluciones³⁶ y revelan la preocupación por favorecer la adquisición y el mantenimiento de la posesión por parte del *infans*.

La justificación dada por los juristas romanos para estas derogatorias no han parecido del todo lógicas. De hecho, luego de un enconado debate, se había supuesto que la adquisición podía suceder por voluntad implícita de los tenedores de la potestad sobre los *infantes*, deducible del acto de concesión del peculio³⁷. Pero esta *interpretatio* era forzada y, en definitiva, poco creíble³⁸, por esto en las edades sucesivas y en tiempos de JUSTINIANO se dio una explicación diferente³⁹.

La realidad es que, al derogar la *ratio iuris*, se buscaron vías para reconocer la adquisición de la posesión por parte del *infans*, dando relevancia autónoma al comportamiento del menor; lo que dependía, en edad republicana, de la existencia de criterios diversos respecto del sostenido en el curso del Principado, los cuales requerían la comprensión de los mismos por parte del agente.

IV. MÁS ALLÁ DE LA MADUREZ DEL INTELECTO

Hay rastros sobre la existencia de criterios de referencia diversos al de la madurez del intelecto. Me detengo sobre algunas soluciones en materia de *operis novi nuntiatio* y denegación en la servidumbre negativa.

En la denuncia de obra nueva se admitía la validez de la denuncia hecha por el *infans*, aunque no fuese asistido por el tutor:

36 La excepcionalidad de la *interpretatio* adoptada para los pupilos, incluyendo los *infantes*, ha sido puesta en evidencia por los intérpretes recientes: S. TONDO, *Acquisto del possesso da parte del pupillo* cit. 380; P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, cit., 50 ss.

37 D. 41. 2. 1. 5, *Paul. l. 54 ad ed.* [L. 657. 5]: *Item adquirimus possessionem per servum aut filium, qui in potestate est, et quidem earum rerum, quas peculiariter tenent, etiam ignorantes, sicut Sabino et Cassio et Iuliano placuit, quia nostra voluntate intellegantur possidere, qui eis peculium habere permiserimus.*

38 Observa Zamorani: "Pero el intento de Paulo, como lo mencioné antes, era desesperado" (*Possessio e animus*, cit., 248).

39 V. P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, cit., 248 s.

D. 39. 1. 10, Ulp. l. 45 ad Sab. [L. 2921]: *Operis novi nuntiatio in rem fit, non in personam: et ideo furioso et infanti fieri potest nec tutoris auctoritas in ea nuntiatione exigitur*⁴⁰.

La explicación residía en que se consideraba que la denuncia estaba referida al *fundus* y no al propietario y, en consecuencia, también los menores eran responsables del inicio de las construcciones o de las demoliciones que tenían lugar sobre su propio fundo.

Con relación a las servidumbres negativas, para poder construir era necesario que el vecino no estuviese en desacuerdo, esto es, que no fuese *invitus*. Los juristas romanos se empeñaron en definir adecuadamente cuándo el vecino debía ser considerado no consenciente (*invitus*). Verosímilmente, para ser considerado *invitus* habría debido cumplir un acto formal de renuncia de su derecho. En consecuencia, habría sido siempre *invitus* quien no hubiese renunciado a su derecho cumpliendo el relativo negocio extintivo, esto es, la *in iure cessio servitutis* en favor del propietario del fundo sirviente⁴¹.

Surge el problema de si el *infans* podía ser considerado *invitus*: esto porque la expresión parecía hacer, en todo caso, referencia a una expresión de voluntad.

La respuesta fue afirmativa: sí, el *infans*, como el loco, podía ser considerado *invitus*, porque "el sentido de la expresión está relacionado más bien con la voluntad del sujeto, pero dicha la misma era, por decirlo así, objetivada en la misma situación jurídica en la cual aquél se encontraba, y se sostenía más en el derecho del cual era titular el sujeto que en su querer interior"⁴².

D. 8. 2. 5, Ulp. 17 ad ed. [L. 595]: *Invitum autem in servitutibus accipere debemus non eum qui contra dicit, sed eum qui non consentit. Ideo Pomponius libro quadragesimo et infantem et furiosum invitos recte dici ait: non enim ad factum, sed ad ius servitutis haec verba referuntur.*

El hecho es que la jurisprudencia del Principado conservaba rasgos de la posición proveniente de la edad republicana, conforme a la cual el criterio diferencial para el reconocimiento de los actos cumplidos por el *infans* o en relación con él, era que supiese o no hablar. Esto es evidente en relación con las estipulaciones (para las que se reconoció capacidad de contratar incluso a los *infantes*), las obligaciones alimentarias, en caso de exigencia de un curador para las controversias entre pupilo y tutor, y la adquisición de la herencia. En todos estos casos la relevancia jurídica de los actos cumplidos por el *infans*

40 Para la paternidad ulpiana del fragmento, v. G. MELILLO, "Interdicta" e "operis novi nuntiatio iuris publici tuendi causa", en *Labeo* 12 (1966), 183¹⁴.

41 Es esta una opinión que se remonta a Cuyacio y ha sido revivida por A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una "regula iuris"*, Milano, 1992, 23 s., 26, 31.

42 Así A. BIGNARDI, *De suo iure agere oportet*, cit., 24.

estaba ligada a la idoneidad adquirida para hablar⁴³. Por tanto, se reconoció la legitimación del *infans* en algunas situaciones en las cuales no se requería ninguna declaración verbal.

La condición particular del infante creó numerosos problemas en el caso de disposiciones fideicomisarias, porque era necesario tener en cuenta la imposibilidad de dar ejecución a un legado a causa de la incapacidad de hablar, y por tanto de cumplir con el fideicomiso por parte del gravado. Nace así una rica problemática, resuelta con la intervención del Senado y los emperadores. Sobre ella se detenía ampliamente ULPIANO.

El jurista exponía una amplia casuística dirigida a impedir que la ausencia o la imposibilidad debida a la edad de aquellos que eran llamados a dar la libertad a los siervos beneficiarios de fideicomiso (de libertad) se resolviese en detrimento de estos últimos.

Veamos algunas decisiones.

El Senado estableció que si con fundamento en un fideicomiso se debía la libertad a un siervo o a una sierva, estos se convertían en libres aunque entre los que debían proveer a la manumisión hubiese estado un infante⁴⁴.

El jurista aplicaba igual solución al caso en el cual hubiese un único heredero, pero infante, concediendo inmediatamente la libertad a los siervos manumitidos por voluntad del fideicomiso⁴⁵.

La *ratio* seguida por el jurista en estas soluciones, y basada en una decisión del Senado, lo llevaba a aplicar la misma disciplina cuando el gravado por el fideicomiso hubiera sido un infante o este se hubiere convertido en heredero del gravado⁴⁶.

Prosiguiendo con la política de desestimular a quienes se "escondían", con la finalidad evidente de sustraerse a las obligaciones derivadas de un fideicomiso con el cual habían sido gravados (de los que el jurista había hablado con precedencia, en el mismo Libro 5 *Sobre los fideicomisos*), ULPIANO disponía que debía acudirse ante el pretor cuando varios hubiesen sido gravados por un fideicomiso de libertad y de ellos solo el infante se hubiese presentado para

43 Sobre la interesante problemática, que demuestra cuán lejana fuese la óptica republicana, remito al mencionado artículo de MOSCHETTA, quien ha analizado las hipótesis en las que saber hablar era fuente de responsabilidad del menor, en relación con los actos por él cumplidos.

44 D. 40. 5. 30. 1, Ulp. 5 fideic. [L. 1892. 1]: *Si infans sit inter eos, qui manumittere debent, senatus censuit, cum unius aetas impedit, ut liberi liberaeque sint hi, quibus libertates ex causa fideicommissi praestari oportet.*

45 D. 40. 5. 30. 2, Ulp. 5 fideic. [L. 1892. 2]: *Hoc idem erit dicendum et si solus sit heres institutus qui fari non potest.*

46 D. 40. 5. 30. 4, Ulp. 5 fideic. [L. 1892. 4]: *Quicumque igitur casus inciderit, quo is qui fari non potest fideicommissae libertati subiectus est, accommodabimus mentem senatus consulti, quae etiam ad heredem infantem rogati trabenda est.*

respetar el encargo. El recurso al pretor habría tenido la finalidad de lograr que los siervos liberados se convirtiesen en libertos solamente del infante y de aquellos que estuvieron ausentes por motivos justificados (por ejemplo, por servir a la República en el exterior)⁴⁷.

Se presentaba una evidente complicación en el caso de un siervo dejado en herencia a varias personas, entre las cuales se encontraba un infante, con la solicitud dirigida a los coherederos, pero no al infante, de manumitirlo. La manumisión común se producía regularmente a través de sucesivas renunciaciones de los coherederos, de modo que cada renuncia excluía al renunciante de la propiedad del siervo pero solo a favor de los otros, en relación con los cuales crecía la respectiva cuota de copropiedad. Esto hasta cuando quedase un único heredero-propietario, que, habiéndose en el entretanto convertido en propietario por entero, podía finalmente manumitir el esclavo.

La presencia del infante comprometía este *iter*, porque no podía y no estaba obligado a renunciar a su cuota, ya que no había sido gravado con la obligación de manumitir. Él habría debido vender su cuota a los coherederos gravados por el fideicomiso para consentir a ellos adquirir la propiedad del esclavo y manumitirlo, pero puesto que era infante, no podía vender. La cuestión parecía insoluble e impedía a los siervos manumitidos conseguir la libertad concedida. ULPIANO nos refiere que en relación con esto interviene el Emperador, quien con un rescripto, estableció que debía procederse a estimar el valor de los esclavos para determinar el precio que de ellos correspondía a la cuota del infante, luego de lo cual se podía proceder a la manumisión por los herederos llamados a cumplir el fideicomiso de libertad (entre los cuales, obviamente, no estaba el infante), reconociendo al infante un derecho de crédito en relación con los herederos manumisores, igual al precio de la cuota que le corresponde sobre los siervos manumitidos. De esta forma fue resuelto felizmente un asunto que de otra forma habría sido irresoluble⁴⁸.

47 D. 40. 5. 30. 5, Ulp. 5 *fideic.* [L. 1892 5]: *Adeundus est autem etiam ex hac causa praetor, praesertim cum rescripto dalli Pii effectum est, ut, si quidam ex rogatis praesentes sunt, alii latitent, alii ex causa absint, intercedente infantis persona non omnium libertus efficiatur, sed tantum infantis et eorum qui ex iusta causa absunt vel etiam praesentiu.*

48 D. 40. 5. 30. 6, Ulp. 5 *fideic.* [L. 1892. 6]: *Si plures heredes sunt instituti et inter eos qui dari non potest, sed non ipse rogatus sit servum manumittere, non oportere intercidere libertatem ob hoc, quod coheredibus suis vendere eum infans non possit: et exstat quidem senatus consultum Vitrasianum, sed et divus Pius Cassio Dextro rescripsit ita rem explicari, ut partes servorum, quibus per fideicommissum libertas data est, iusto pretio aestimentur atque ita servus ab his qui rogati sunt manumittatur. Hi autem, qui eos manumiserunt, pretii nomine perinde fratribus et coheredibus suis obligati erunt, atque si ob eam rem ex iudicati causa cum his agi possit.*

Aunque en estos casos se reconoció una equivalencia entre la condición del infante y la del loco: a uno se aplicaron las soluciones elaboradas para el otro y, como se ha visto, viceversa⁴⁹.

Para concluir este breve estudio, creo que puede ponerse en evidencia que aun declarando la incapacidad (casi absoluta en el antiguo *ius civile*) del infante, a través de las intervenciones del Senado y de los príncipes se llegaron a concebir remedios que superaban tal incapacidad, haciendo que el acto impedido por su incapacidad, produjese igualmente el efecto deseado, por parte de los siervos beneficiados con un legado de libertad.

Singular es luego la solución de reconocer que el siervo se convirtiese en liberto también del infante, porque la condición de *patrono* que habría derivado para el infante le imponía obligaciones también relevantes y lo hacía responsable en relación con el liberto, a quien debía asistencia material y jurídica.

Todo esto demuestra una tendencia al reconocimiento de la responsabilidad del infante en algunas hipótesis específicas, donde las exigencias de tutela de las expectativas de otros (como las sugeridas por el *favor libertatis*) aconsejaban superar la casi absoluta irrelevancia del infante y de sus comportamientos.

V. RESPONSABILIDAD DEL *INFANS*

Son sorprendentes algunos casos en los cuales el *infans* era, en determinadas situaciones, considerado responsable no obstante su edad y su inmadurez intelectual.

Me detengo en los que me parecen más idóneos para evidenciar la responsabilidad, en ciertas situaciones, del *infans*, por su comportamiento, o prescindiendo de él.

Comienzo por esta segunda hipótesis.

Con relación a la pérdida o al daño de cosas ajenas poseídas por el menor, POMPONIO precisaba que, según una doctrina que debía remontarse a ARISTÓN⁵⁰, el *infans*, al igual que el loco, debía quedar impune, esto es,

49 D. 40. 5. 30. 7, Ulp. 5 *fideic.* [L. 1892. 7]: *In furiosi persona divus Pius rescripsit fideicommissam libertatem non impediri sub condicione scripti heredis, quem competem mentis non esse adfirmatur. Igitur si constitit ei recte datam per fideicommissum libertatem, decretum interponetur, quod id ipsum complectatur, ad exemplum infantis.*

50 TICIÓN ARISTÓN, que vivió entre finales del 1.º y el inicio del siglo 2.º d. C. (murió en el 105), junto a JAVOLENO PRISCO y NERACIO PRISCO, puede ser considerado uno de los juristas más significativos de su tiempo y era un sagaz y prudente innovador, utilizado con significativa frecuencia por POMPONIO y por los juristas severianos: v. W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen* (Weimar, 1952), 141; H. J. WOLFF, *Zur frühnachklassischen Kommentierung der klassischen Schriften*, in *IVRA* 3 (1952), 132 ss.; S. TAFARO, *Considerazioni minime sul metodo di Titius Aristo*, en *Seminario romanostico gardesano (19-21 maggio 1976)* (Milano, 1976), 49 ss.; R. MARTINI, *Pomponii Digesta*

exento de toda responsabilidad, mientras que el impúber era responsable de la cosa perdida o dañada aunque lo fuese por causa a él no imputable, porque dependía de dolo o culpa del tutor⁵¹:

D. 6. 1. 60, *Pomp. l. 29 ad Sab.* [L. 739]: *Quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est*⁵².

Una solución diametralmente opuesta se encontraba con relación a la acción ejecutiva, en la que hubiese sido condenado el tutor que había actuado por cuenta del pupilo infante. En el caso de pérdida del litigio, por parte del tutor, los juristas se preguntaron quién debía considerarse legitimado pasivo. A rigori, se debía decir que el litigio lo perdía el tutor y que, en consecuencia, debía actuarse en su contra para obtener la *summa condemnationis*. Esto no resultaba equitativo, porque la causa se había referido al patrimonio del pupilo y había sido en su lugar y en su interés. En consideración a esto se acude en auxilio del tutor, disponiendo que la acción ejecutiva debía ser dirigida directamente contra el pupilo, aunque no había sido "parte" en el juicio que hubiese llevado a la condena.

Del caso se ocupó ESCÉVOLA en sus *Cuestiones*:

D. 26. 9. 7, *Scaev. l. 13 quaest.* [L. 170]: *Tutori, qui infantem defendit, succurritur, ut in pupillum iudicati actio detur.*

Por tanto, responsable en las causas concernientes a su patrimonio era directamente el infante, aunque no había sido él quien intervino en el juicio que lo había llevado a sufrir la condena.

ab Aristone?, en *Accad. Romanistica Costantiniana. Atti del IV Convegno* (Perugia, 1981), 793 ss.; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, en *SDHI* 55 (1989), 123 ss.; A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone* (Ancona, 1990); M. SARGENTI, *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, en *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso Internazionale ARISTEC Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995* [dir. L. VACCA] (Torino, 1997), 145 ss.

51 D. 26. 9. 1, *Pomp l. 29 a Sab.* [L. 741]: *Ob dolum malum vel culpam tutoris Aristo ait pupillum possessorem condemnandum, sed non puto, quanti actori in litem iuraret: et tamen illud ita est, si rem a tutore pupillus servare potest.*

52 A cuál materia se refería esta irresponsabilidad del niño es muy incierto: v. A. BURDESE, *sulla capacità*, cit., 29. Una indicación puede ser dada por el fragmento de D. 26. 9. 1, citado en la nota precedente, el cual pertenecía al mismo libro del comentario a SABINO y hace pensar que el jurista desarrollaba un discurso unitario. En tal dirección, me parece que podría deducirse que POMPONIO, exponiendo algunas consideraciones concernientes al experimento de la reivindicación, se ocupaba de la responsabilidad del poseedor impúber en relación con el titular del derecho, en caso de que fuese compelido a la restitución de la cosa.

En algunos casos significativos sobre todo en materia penal, se encuentra sancionada una inesperada responsabilidad del *infans*.

Parto de la afirmación de que el infante podía ser capaz de dolo:

D. 40. 12. 12. 1, *Ulp. l. 55 ad ed.* [L. 1296. 1]: *Infans subreptus bona fide in servitute fuit, cum liber esset, deinde, cum de statu ignarus esset, recessit et clam in libertate morari coepit: hic non sine dolo malo in libertate moratur.*

Frente al caso de un infante libre, robado y tenido en esclavitud, que ignorante de su origen había huido y comenzado a comportarse como libre, ULPIANO afirmaba que no podía decirse exento de dolo. Esto porque la permanencia en libertad se había dado como consecuencia de la fuga, y, por ende, era clandestina.

Ciertamente, es al menos de particular interés el reconocimiento del dolo en el infante; esto parece ir contra todas las afirmaciones sobre la irrelevancia de sus actos y su incapacidad de juicio. El mismo jurista severiano parece tener mucha cautela al sostener la existencia de dolo en el infante, y de ello es prueba la forma, aparentemente incierta, con la que la proponía: *non sine dolo in libertate moratur*.

El hecho es que el jurista debía tener bien presente que la "calidad de *fugitivus* debía atribuirse al siervo en consideración del *animus*, de la intención, esto es, del alejarse definitivamente del *dominus*, y no por el hecho en sí de la fuga"⁵³. El punto había sido definido por los juristas del primer Principado⁵⁴, de modo que el solo hecho de considerar al infante como "fugitivo" implicaba el reconocimiento de su capacidad de tener la intención de sustraerse al propio dueño y, por tanto, la relevancia de su voluntad. Haber reconocido que el infante cometía dolo aunque fuera libre, constituye una ulterior agravación de la responsabilidad del infante y una consiguiente relevancia dada a su intención.

Por esto el fragmento de ULPIANO sorprende y aparece difícilmente explicable sobre el plano de la coherencia y la lógica de la solución.

Probablemente la explicación debe buscarse, más que en la lógica y en el rigor, en razones de política normativa, y se vincula con la aversión decidida y (osaría decir) sin tregua frente a las fugas de los siervos. Fue de hecho una constante el sofocar severamente las fugas de estos, que los romanos propie-

53 C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?* (Milano, 1997), 156.

54 V. C. FERRINI, *Viviano—Prisco Fulcinio*, en *RIL*, II (1886), 78 s.; se discute si la definitiva atribución de la calificación de *fugitivus* solo frente a la actitud consciente con intención de quererse sustraer en manera definitiva al dominio del dueño, se remontaba ya a PROCULO, como había sostenido FERRINI, o debía atribuirse a VIVIANO, como lo sostiene RUSSO RUGGERI.

tarios temían y reprimían sin dudas de ningún tipo⁵⁵. Si se tienen en cuenta semejantes motivaciones, se puede tal vez explicar por qué para ULPIANO se debía sancionar, en cualquier caso, el comportamiento del infante que se sustraía a la condición de esclavo, puesto que siempre era sancionado quien escapaba de su propio dueño y vivía una libertad clandestina. Esto constituía un interés primario, tutelado en forma prioritaria y absoluta. El que el infante fuese libre, no podía tener influencia, porque era a través de otra vía que podía hacerse valer el estado de libertad, jamás a través de la fuga⁵⁶.

Por tanto, para reprimir y desestimular las fugas, ULPIANO buscaba la tutela de los intereses del grupo de los propietarios, quienes en la economía romana se fundaban en la utilización de la servidumbre y no consideraban admisible que ni siquiera un menor pudiese sustraerse a su poder, sin que fuese sancionado severamente. Esto representaría una orientación de salvaguarda extrema de la posición de los propietarios, que había sido expresada claramente a fines de la república por ALFENO VARO, quien había afirmado que el "fugitivo" no podía gozar sin dolo de la libertad, aun cuando supiese que era libre⁵⁷.

55 Recuerdo que, en la venta de los esclavos, la sola tendencia a la fuga era considerada "vicio" oculto, contra el cual era previsto la obligación de garantizar la ausencia mediante estipulación a propósito, propuesta en el edicto de los ediles curules: M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 591. Además, con una relevante excepción al concepto de posesión, se había decidido que sobre el esclavo en fuga no se perdiese la posesión y, por el contrario, que se podía adquirir la posesión a través suyo: M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 495; F. PRINGSHEIM, *Acquisition of ownership through "servus fugitivus"*, en *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anno del suo insegnamento universitario* (Napoli, 1949), 603 ss.; F. PRINGSHEIM, *Servus fugitivus sui furtum facit*, en *Festschrift Schulz 1*. (Weimar, 1951), 279 ss.; C. A. MASCHI, *Tre momenti del diritto romano classico in tema di possesso del servo fuggitivo*, en *Studi in memoria di F. Vassalli 2* (Torino, 1969), 1089 ss.; G. NICOSIA, *L'acquisto del possesso mediante i "potestati subiecti"*, *Pubbl. della Fac. di Giurispr. dell'Univ. di Catania* 38 (1960), 399 s.; G. LONGO, *Il possesso sul "servus fugitivus"*, en *Annali Macerata* 25 (1961), 1 ss.; G. LONGO, *Ricerche romanistiche. Il possesso sul servus fugitivus* (Milano, 1966), 455; H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht im Römischen Kaiserreich* (Wiesbaden, 1971), 1 ss.; U. MANTHE, *Zur Wandlung des "servus fugitivus"*, en *TR. = Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis. Revue d'histoire* 44 (1976), 133 ss. Debe tenerse presente la minuciosa y severa represión de la fuga de los esclavos, perseguida por senadoconsultos, por el edicto del pretor y por constituciones imperiales hasta del estoico MARCO AURELIO; a ella fue dedicada específicamente el título *De fugitivis* del *Digesto* (D. 11. 4), inspirada en el homólogo título puesto en las partes iniciales del *edictum perpetuum* (v. O. LENEL, *EP*, 54; D. 11. 4. 1 – 5). Se consideraba ladrón a quien daba refugio al esclavo en fuga y se impone la obligación de la traducción en lugar público del esclavo capturado y de la custodia diligente a cargo de los magistrados, que tenían también la posibilidad de atar al esclavo y debían *distinguirlo* en modo tal de hacerlo fácilmente reconocible, conminando también las penas correspondientes.

56 Véase cuanto digo luego, a propósito de la solicitud del estado de libertad, a ejercer por los parientes o también por cualquiera.

57 D. 40. 12. 10, *Ulp. l. 55 ad ed.* [L. 1296]: ...*Varus autem scribit eum, qui se liberum sciat, dum in fuga sit, non videri sine dolo malo in libertate esse*: ...Es de señalar lo recurrente, en la referencia a la decisión de ALFENO VARO y de la propia conclusión sobre el infante (D. 40. 12. 1), del mismo estilo (*non ...sine dolo malo*), el cual podría remontarse precisamente al jurista republicano. En este sentido, verdaderamente afirma el hecho, que la decisión de VARO era introducida por *scribit*, puesto

ULPIANO refería el caso del dolo del infante en fuga como ejemplo de la afirmación de conformidad con la cual un "libre" podía encontrarse en la situación de ejercer una libertad dolosa, así como precisamente había sido objeto de hipótesis por ALFENO VARO⁵⁸; por tanto, el supuesto de hecho del infante en fuga era visto por él como un caso de sustracción indebida al poder dominical, que era sancionada, afirmando la plena responsabilidad del menor.

Lo singular de la relevancia del comportamiento del menor encuentra significativa verificación con relación al hurto, y probablemente, también al daño aquiliano.

En esta materia existía un muy antiguo punto de partida relacionado con el hurto: una disposición de las XII Tablas había, de hecho, sancionado la responsabilidad del impúber⁵⁹.

AULO GELIO nos dice que los impúberes que hubieren cometido un hurto manifiesto, a juicio del pretor, podían ser fustigados y obligados al resarcimiento por el delito:

GELLIUS, *Noctes Atticae* 11, 18, 8: *Ex ceteris ... manifestis furibus liberos verberari addicique iusserunt (Xviri) ei, cui furtum factum esset. ...; servos ... verberibus affici et e saxo praecipitari; sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque ... sarciri.*

En las XII Tablas se preveía que los ladrones impúberes fueren responsables del hurto cometido, en cuanto se hubiese tratado de hurto manifiesto. La antigua disposición no parece haber sido acogida favorablemente por parte de los juristas del Principado, a los que debía parecer demasiado severa, por lo menos con relación a los *infantes*, lo que puede deducirse de los dos fragmentos de ULPIANO.

En el comentario al edicto sobre la acción de daño (*ex lege Aquilia*) el jurista severiano recordaba que PEGASO, haciendo referencia al loco, había hecho una pregunta fundamental: "¿Qué culpa podía existir en quien no tenía capacidad

que el uso del verbo en presente se ha considerado indicio de una lectura directa por parte de ULPIANO de la sentencia referida (cfr. T. HONORÉ, *Ulpian*, loc. cit.) y la indicación del dolo con el sintagma *dolo malo* pertenece a la jurisprudencia más antigua y no era corriente en la edad de ULPIANO.

58 El fragmento 12 del *Digesto*, pertenecía al mismo contexto del fr. 10, citado en la nota precedente, y contenía la conclusión que el jurista severiano traía de la afirmación del jurista republicano (ALFENO VARO): D. 40. 12. 12. pr., *Ulp. l. 55 ad ed.* [L. 1296]: *Igitur sciendum est et liberum posse dolo malo in libertate esse...* A esta afirmación de apertura seguía el ejemplo del infante sustraído al dueño, quien por tanto era puesto como caso de consciente sustracción y por tanto como causa de dolo.

59 V. R. LA ROSA, *La repressione del furtum in età arcaica. Manus iniectio e duplione damnum decidere* (Napoli, 1990), 58 ss. Es claro que las fuentes aquí examinadas se refieren al hurto privado y no a los casos de hurtos públicos, que también eran contemplados en edad arcaica.

de entender?” Ulpiano compartía esa perplejidad y negaba la concesión de la acción por daño aquiliano, agregando una ulterior similitud: el caso era, en su concepto, semejante al del daño causado por un cuadrúpedo o por una teja caída casualmente. Él también asimilaba estas hipótesis a la del infante, si bien (recordaba) Labeón había afirmado que también este era responsable por el daño, análogamente a la responsabilidad que le era reconocida en lo que hace al hurto. Ulpiano no se encontraba de acuerdo con la decisión de Labeón, sino en el caso de que el infante hubiese sido *capaz de causar daño*.

La solución propuesta encontraba correspondencia también, en que para el mismo Labeón debía excluirse la responsabilidad por el hurto en el caso de que el impúber solo hubiese participado y no fuese su autor principal.

Además, en el Libro 41 *ad Sabinum*, Ulpiano recordaba la enseñanza de Salvio Juliano, quien había admitido la responsabilidad del impúber por el hurto cometido solo si se había demostrado que era capaz de dolo. Lo mismo valía para el daño. Ulpiano recordaba que el mismo Juliano había querido precisar su posición con relación a los infantes, derivando la consecuencia (evidente) de que contra ellos no se podía demandar por el hurto ni por el daño, aunque hipotéticamente fueren capaces de culpa⁶⁰.

Se obtiene de estas fuentes el estrecho paralelo existente entre el reconocimiento de la responsabilidad por hurto y la admisión de responsabilidades similares en materia de daño aquiliano: todo partiendo de la disposición de las XII Tablas con relación al hurto.

Leamos los fragmentos de ULPIANO:

D. 9. 2. 5. 2, Ulp. l 18 ad ed. [L. 613]: *Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit, an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit: quae enim in eo culpa sit, cum suae mentis non sit? Et hoc est verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio, quemadmodum, si quadrupes damnum dederit, Aquilia cessat, aut si tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quodsi impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum: et hoc puto verum, si sit iam iniuriæ capax.*

60 He querido aquí reconstruir lo que, en mi concepto, debió haber sido el pensamiento de Ulpiano, el cual, en los fragmentos que nos han llegado, aparece de difícil percepción y, en algunos aspectos, hasta contradictorio para quien no reconstruya las etapas de la interpretación de los juristas del Principado y su evolución en favor de la limitación de la responsabilidad de los infantes, por el hurto o por el daño aquiliano. Sobre los puntos, v. A. BURDESE, *Sulla capacità*, cit., 30 s.; ANKUM, *Les infanti proximi* cit., 69 s., remito a estos autores también para las referencias detalladas sobre la literatura más significativa, tanto en relación con la responsabilidad por el hurto y por daño aquiliano, como con referencia a la específica responsabilidad de los impúberes, y entre ellos, de los infantes.

D. 47. 2. 23, Ulp. L. 41 ad Sab. [L. 2861]: *Impuberem furtum facere posse, si iam doli capax sit, Iulianus libro vicensimo secundo digestorum scripsit: item posse cum impubere damni iniuria agi, quia id furtum ab impubere fit. Sed modum esse adhibendum ait: nam in infantes id non cadere. Nos putamus cum impubere culpa capace Aquilia agi posse. Item verum est, quod Labeo ait, nec ope impuberis hurto facto teneri eum.*

Los dos pasajes provienen de obras de diferente tradición y con diverso valor, y no aparece que el uno haya sustituido al otro⁶¹, porque son disímiles las citas y los puntos sobre los cuales se recordaba la opinión de LABEÓN. Me parece que lo anterior prueba la efectiva proveniencia de los juristas del Principado de un debate que, comenzando desde la interpretación de las XII Tablas, se relacionaba con la responsabilidad por delito de los impúberes y, entre ellos, de los infantes.

La tendencia parece haber sido caracterizada por el esfuerzo de considerar a los infantes irresponsables por los *delicta*.

Lo confirma un testimonio de JAVOLENO:

D. 47. 2. 91. 1, *Iavol. l. 9 ex post. Lab.* [L. 230. 1]: *Nemo opem aut consilium alii praestare potest, qui ipse furti faciendi consilium capere non potest.*

BURDESE⁶² lee el fragmento en el sentido de que "el requisito intelectual requerido respecto del cómplice es, con más razón, requerido en relación con el agente principal", llegando (si he entendido bien) a la convicción de que JAVOLENO habría extendido la interpretación de LABEÓN referida al cómplice (esto es, la exigencia de capacidad de tener el *animus furandi*) también al autor del hurto.

Verdaderamente me parece probable que el jurista haya podido tener presente la *sententia* de LABEÓN, que comentaba y en parte enmendaba, extendiendo la exigencia de la capacidad a entender la naturaleza de la acción furtiva, exigida por LABEÓN para el cómplice, también al autor del delito. En esta dirección traería un argumento de la estructura de los *Libri ex Posterioribus Labeonis*, que parecen no ser una simple reproducción del pensamiento de LABEÓN, sino que, en ocasiones, contienen la actualización hecha por JAVOLENO⁶³.

61 Si bien es difícil conjeturar sobre los momentos de la compilación de los libros de proveniencia de los dos fragmentos, me parece que el Libro 18 del comentario al edicto (del cual ha sido extraído D. 9. 2. 5. 2) debería haber sido redactado bastante antes que el Libro 41 a Sabino: lo que se puede deducir del presumible plan de trabajo de Ulpiano, sobre el cual v. HONORÉ, *Ulpian* (Oxford, 1982), 132 ss., 150 s.

62 A. BURDESE, *Sulla capacità*, cit., 31.

63 Sobre este punto y sobre las diferencias entre las dos obras (los *Posteriores a Iavoleno epitomatorum* y los *Libri ex posterioribus Labeonis*) con los cuales se encuentra citado en el *Digesto* el comentario

Si, como parece verosímil, ha sido así, resulta importante poner en evidencia la ruta seguida por la *interpretatio* de los juristas del Principado, en modo tal que puedan precisarse mejor los momentos más significativos.

Estos habrían partido de LABEÓN, registrando importantes desarrollos con PEGASO y JAVOLENO y encontrando anclaje en el discípulo de estos: SALVIO JULIANO. A tal posición, con su propia interpretación, habría puesto el sello ULPIANO.

El cuadro que emerge es muy interesante. Aparece delineada una tendencia que comenzaba con dar relieve al hecho material de la sustracción de la cosa y del daño de un particular, para afirmar la necesidad de satisfacer al dañado, a través del castigo físico (flagelación) del reo y la obligación de responder al ofendido por el daño. Esto se referiría a todos los reos, sin distinción o consideración a la edad del autor de la conducta ofensiva (hurto y/o daño).

El solo hecho de que se hubiese verificado un hurto habría sido visto como posible por parte de quien lo había cometido, y habría bastado. Por tanto, del hecho material nacía la responsabilidad a cargo del autor del hurto.

No tenía gran relevancia que este fuese un menor, porque se tomaba en consideración solo el hecho de que una conducta había llevado a la pérdida o daño de la cosa. Por tanto, cualquiera, aunque fuese impúber e infante, era responsable siempre por el delito en relación con quien había sufrido el daño (pérdida o daño de la cosa). Solo para efectos de la fustigación se dejaba al pretor la valoración de si, y cómo, ejecutarla⁶⁴.

o la reedición de JAVOLENO a la obra de LABEÓN, v. cuanto he observado en S. TAFARO, *Pubes e viripotens*, cit., 73 ss., y allí, nt. 15.

64 Interpreto de esta manera el punto de las XII Tablas *sed pueros impuberes praetoris arbitratu verberari voluerunt noxiamque... sarciri*, en el que la remisión a la valoración del pretor me parece limitada solo a la fustigación y no en cambio a la obligación de restaurar el daño a la víctima, cuyas modalidades (efectuadas a través del abandono –*addictio*– del ladrón en poder de la víctima, para el hurto no manifiesto, del pago de la pena, *dupli* y, solo a partir del siglo II, *quadrupli* también para el hurto manifiesto) se referían más directamente al particular y conservaron siempre la referencia a la satisfacción del ofendido. Me parece, realmente, que mientras la fustigación iba incluso más allá de las relaciones entre los particulares, porque servía para humillar y desestimar al autor del delito (tanto que con diversas leyes fue limitado o abolido el recurso en relación con los ciudadanos: ya en el siglo VI la *Lex Valeria* del 509 a. C. prohibió golpear a un ciudadano romano sin un previo y explícito proceso regulado; mientras en el siglo III la *Lex Porcia* del 248 a. C. prohibió en forma absoluta amarrar y aplicar la *verberatio* a un ciudadano romano), el procedimiento noxal se refería, en su estructura originaria, directa y casi exclusivamente a los particulares, puesto que se dirigía a la simple satisfacción del ofendido, abandonando (a través de la *dedictio*) al culpable en manos del ofendido: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 621 s.

La tendencia de los juristas del Principado fue la de acompañar a la constatación de la sustracción de la cosa (y de su *contrectatio*⁶⁵) un juicio sobre el comportamiento de quien había cumplido la conducta delictuosa. Se distinguió, por tanto, la simple sustracción material del *animus furandi*, de la conciencia de la ilicitud del hecho cometido y de la conciencia de la ventaja que se derivaba para sí de ello, en detrimento de otros⁶⁶.

Sobre la consecuencia de esta nueva posición es necesario reflexionar más profundamente de cuanto se acostumbra hacer.

Es necesario poner en evidencia que ella ha revolucionado la concepción del delito, en el sentido de que obró el paso de la esfera del afectado y de la comisión del hecho delictuoso a la del reproche de la acción del ladrón. El hurto terminaba en tal forma por encontrar un nuevo fundamento: no más el daño a la víctima, sino el *dolo* del ladrón.

Era una revolución que constituyó el preludio para la sucesiva disciplina desarrollada en los procesos de la edad imperial, en el ámbito de la *cognitio extra ordinem*, en los cuales la pena privada (ya considerada insuficiente) era superada por la pena pública, y el interés en la punición del ladrón pasaba del particular al público y se fundamentaba sobre la *culpabilidad* del reo⁶⁷.

Se entiende en este conjunto de elementos el sentido de las discusiones referentes al impúber y al infante. Para la concepción arcaica era relevante la sustracción de la cosa; para la concepción que hizo carrera durante el Principado, acogida de manera definitiva en la *cognitio extra ordinem*, era inconcebible la relevancia del hurto cometido por el infante, porque habiendo asociado la

65 Era este un concepto más amplio, que iba mucho más allá que el de la simple sustracción de la cosa: v. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 623.

66 Observa B. ALBANESE, *La nozione del «furtum» nell'elaborazione dei giuristi romani*, en *Jus* 9 (1958), 315-326 = *Scritti giuridici* 1 (1991), 107: "...en el pensamiento de GAYO y de POMPONIO (cfr. GAI II, 50; III, 195; IV, 208; V, 78; y POMPONIO en D. 47; 2, 76), en sustancia, la jurisprudencia ha elaborado de manera estable los elementos esenciales que deben concurrir para que un comportamiento ilícito constituya hurto. Por un lado, es necesaria una *contrectatio*, contacto material entre el agente y el objeto; y por el otro, es necesario el dolo específico, la intención de recabar ganancias indebidas, que ahora se indica de diversas formas: *lucri faciendi causa*, *furandi consilium*, *furti faciendi causa*, *animus furandi*, *adfectus furandi*". vi. También la completa referencia a las fuentes, según el orden indicado por el a. : D. 47. 2. 44. 1; D. 9. 2. 41. 1; D. 19. 5. 14. 2; D. 47. 2. 78; D. 13. 7. 36. pr.; D. 19. 1. 32.

67 Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, 625; B. ALBANESE, *La nozione del «furtum»*, cit., 110; A. WATSON, *The definition of furtum and the trichotomy*, en *TR* 28 (1960), 197 ss.; J. A. C. THOMAS, *Animus furandi*, en *Iura* 19, 1968, 1 ss.; M. BALZARINI, *Il furto manifesto tra pena pubblica e privata*, en *Illecito e pena privata in età repubblicana*. En *Atti del convegno internazionale di diritto romano - Copanello 4-7 giugno 1990* (Napoli 1990), 49 ss.; B. SANTALUCIA, "Crimen furti". *La repressione straordinaria del furto nell'età del principato*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener* (Madrid, 1994), 785 ss.; R. ZIMMERMANN, *Furtum*, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener* (Madrid, 1994), 753 ss.

punición a un juicio de reproche, de la conducta del reo, era claro que no resultaba más admisible responsabilizar al infante, al cual no se podía hacer ningún reproche, a causa de su incapacidad, de tener el necesario *animus furandi*.

Requiere remontarse al derecho arcaico para recoger el fundamento del reconocimiento de esta excepcional responsabilidad de los *infantes*. En él la *familia* era una organización "política" y de "trabajo" que expresaba su propia unidad en el papel del *pater familias* de conducción del grupo y en la titularidad de un poder, que había surgido en una especie de "*imperium* doméstico" en el cual el elemento personal estaba constituido por las personas libres, siervos y animales, y el ámbito territorial de ejercicio por los fundos y las servidumbres prediales.

Precisamente desde este punto de vista, en las XII Tablas los *quadrupedes* eran los animales de trabajo miembros de la *familia*, que tenían una connotación funcional dentro de la misma. Este significado fue paulatinamente extendido en manera de conceder tutela a quien hubiese sufrido un daño ocasionado por animales *quadrupedes*, y por tanto, animales de trabajo funcionales a la *familia*, y animales no originariamente clasificados como tales⁶⁸. De hecho, se advierte ya en la legislación decenviral una acción concedida a quien hubiese sufrido un daño por parte de un *quadrupedes* por un acto *contra natura* con la consiguiente responsabilidad del propietario, el cual podía cumplir una *noxae deditio* del animal o pagar una suma de dinero a título de resarcimiento⁶⁹. Desde el siglo III a. C. con la *lex Aquilia* "se pone en marcha un proceso que compromete la afinidad funcional entre hombre y animal", en el cual el animal viene a ser considerado "un elemento meramente patrimonial"⁷⁰, que va a ponerse en relación con una valoración que no se detiene más en los elementos

68 En tal sentido, particularmente importantes s. v. P. BONFANTE, *Teorie vecchie e nuove sulle formazioni sociali primitive*, en *Scritti giuridici vari* II (Torino, 1925), 57 ss.; F. DE VISSCHER, *Mancipium e res Mancipi*, en *Nouvelles études de droit romain public et privé* (Milano, 1949), 227 ss., y por último la preciosa contribución de P. P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano* (Torino, 2002), 219 ss.

69 D. 9. 1. 1 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si quadrupedes pauperies fecisse dicetur, actio ex lege duodecim tabularum descendit: quae lex voluit aut dari id quod nocuit, id est id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxae offerre*. Sobre el pasaje s. v. M. V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie dalle XII Tavole ad Ulpiano* (Napoli, 1995), 117 ss.; IDEM, *L'interpretatio prudentium nell'evoluzione dell'actio de pauperie: res Mancipi e res nec Mancipi*, en AA. VV., *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo* (Napoli, 1997), I, 291; el más reciente, P. P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani*, cit., 221 ss., y la bibliografía allí citada; el a. afirma que en la legislación decenviral existía "un sistema general de tutela para las hipótesis de daño derivado de animales", que se hacía efectivo con varias acciones.

70 Sobre la nueva consideración de los *quadrupedes* s. v. P. P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani*, cit., 240 ss.

objetivos del hecho sino que considera también la situación psicológica del sujeto autor del daño⁷¹.

Precisamente la equiparación entre los *infantes* y los *quadrupedes*, hecha por ULPIANO en el comentario al edicto⁷² (usada para negar la concesión en su contra de la acción *ex lege Aquilia* por un daño causado por ellos, asimilándolos a los dementes, puesto que ni los locos, ni los *quadrupedes* ni los *infantes* tenían capacidad de entender) sirve para explicar las motivaciones de la responsabilidad de los infantes por los actos llevados a cabo por ellos. Su fundamento en el derecho romano arcaico era la valoración de las consecuencias de un acto: el "hablar"⁷³ en las *obligationes verbis contractae*, el acto material de la sustracción de la cosa en el hurto, y el daño de un particular en los *delicta*.

Esta responsabilidad, por lo tanto, recaía solidariamente sobre la *familia* (grupo) de pertenencia. Me parece evidente que la justificación del reconocimiento de una excepcional responsabilidad del infante por sus actos encuentre sus motivaciones en el principio de solidaridad gentilicio⁷⁴, como residuo hereditario de los *iura gentilitia*. Y del principio del abandono de la acción noxal, que busca sustraer el grupo a la responsabilidad, se evidencia que la *gens* era responsable del delito cometido por uno de sus miembros⁷⁵.

En conclusión, me parece que emerge una responsabilidad fundada solo en el hecho de que un ser vivo perteneciente a un "grupo" hubiese causado perjuicio a otro, por lo que nacía la responsabilidad (solidaria) del grupo y no tenían relevancia las circunstancias subjetivas de quien hubiese llevado a cabo el acto.

71 Al respecto cfr. S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"* (Torino, 1969), 219 ss., quien subraya que en D. 9. 2. 5. 2 (Ulp. 18 *ad ed.*) LABEÓN, considerando no poder resolver el problema de la responsabilidad del impúber en el caso de daño sobre la base de la interpretación de las palabras de la ley, identifica una laguna y pone remedio a la misma recurriendo a la analogía con el hurto.

72 D. 9. 2. 5. 2 (Ulp. 18 *ad ed.*).

73 Esto justificaría la introducción del límite del cumplimiento del tercer año de edad en el derecho romano arcaico. V. A. WILINSKI, *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* (1955), 43 ss., sobre el que llama la atención MOSCHETTA.

74 Al respecto s. v. F. DE MARTINO, *La gens, lo Stato e le classi in Roma antica*, en *Studi in onore di V. Arangio Ruiz IV* (1953), 35 ss.; G. FRANCIOSI, *Familia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato* (Torino, 1989), 118 s., 123; L. H. MORGAN, *Ancient Society, or Researques in the Lines of Human Progress from Savagery, trough Barbarism, to Callilization* (New York, 1877), trad. it. *La Società antica. Le linee del progresso umano dallo stato selvaggio alla civiltà*, dir. A. CASICCIA - L. TREVISAN (Milano, 1970), 56 ss., 174 s., 227 s. Sobre los grupos familiares en Roma antigua, s. v. G. FRANCIOSI, *Clan gentilizio e strutture monogamique. Contributo alla storia della familia romana* (Napoli, 1978), I, 19 ss., (Napoli, 1980), II, 99 ss.; IDEM, *Storia di gentes e storia di famiglia. Una messa a punto storico-cronologica*, in *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, dir. G. FRANCIOSI II (Napoli, 1988), 6 ss., y la bibliografía citada por los autores mencionados.

75 Cfr. F. DE MARTINO, *La gens, lo Stato e le classi in Roma antica*, cit., 37

Había, por tanto, una verdadera y precisa obligación de ayuda recíproca, defensa y asistencia entre los sujetos pertenecientes a la misma *gens*. El grupo respondía solidariamente de las infracciones, de los delitos y de los actos cometidos por uno de sus miembros e intervenía en su defensa. Precisamente en tal perspectiva habría tenido sentido el reconocimiento de una excepcional responsabilidad de los *infantes* por sus actos, la que no ha dejado de hacer valer su propio peso en los sucesivos períodos históricos.

Cuando se pasó a considerar esta responsabilidad desde el punto de vista "personal", se buscó un nuevo fundamento a través de la introducción de referencias, por un lado, a la capacidad de comprender, y por otro, al juicio sobre la conducta reprochable del autor del delito. En este estadio, no tuvo más sentido reconocer la responsabilidad de los *infantes*, de los locos y de los animales, por los comportamientos dañinos realizados.

VI. SOLUCIONES A FAVOR DEL *INFANS*

Quisiera, junto a los casos de responsabilidad del *infans*, traer a colación algunos ejemplos de los cuales emerge la preocupación por su situación (de indefenso).

El primero se refiere a la *causa liberalis*.

El estado de libertad del infante podía hacerse valer por cualquiera, lo que demuestra que cuando no era puesto en peligro el orden social, como en el caso de la fuga de los siervos, prevalecía una orientación de defensa y mayor protección del infante; mejor, la defensa del infante se erigía ella misma como un motivo de orden social y de interés general de la *respublica*. GAYO nos dice que, por ejemplo, para afirmar la libertad del infante era necesario proceder con mayor benignidad:

D. 40. 12. 6, *Gaius ad ed. praet. urb.* [L. 37]: *Benignius autem hoc persequendum est, ut, si furiosus et infans est qui in servitute trahitur, non solum necessariis personis, sed etiam extraneis hoc permittatur.*

El infante (al igual que el loco) podía ser defendido por cualquier ciudadano y no solo por los parientes; se daba en su favor una acción popular, esto es, la particular acción concedida a cualquier ciudadano (prescindiendo incluso de la existencia de un interés por parte del agente), porque en el caso de que fuese "discutido el *status libertatis* de un *furiosus* o de un *infans*, la legitimación como *defensores* de la libertad ajena es amplia, supera el cerco familiar, prescinde de las relaciones de patronato, para involucrar a la totalidad de los ciudadanos, siendo de relevante interés público tutelar la libertad de sujetos desvalidos que

podieran ser víctimas de engaños e imposiciones⁷⁶. Esto porque había “una exigencia de orden moral y social, formulada no en términos de humanitarismo abstracto, sino como concreto criterio interpretativo dirigido a la *utilitas* y a la conservación de los actos⁷⁷”.

El segundo se refiere a la negación del pago del precio por el transporte marítimo del *infans* parido durante la navegación.

A continuación del nacimiento del niño, se había preguntado si se debía pagar un suplemento de precio por el transporte del recién nacido.

ULPIANO afirmaba que el nacimiento del infante no debía comportar ningún aumento del precio convenido, motivada su decisión en dos consideraciones:

1. El recién nacido no constituía un aumento apreciable de peso para la nave;
2. El recién nacido no comportaba un aumento de costo para el transportador, porque ciertamente él no habría utilizado las cosas normalmente dadas en uso a los navegantes:

D. 19. 2. 19. 7, *Ulp. l. 32 ad ed.* [L. 951]: *Si quis mulierem vebendam navi conduxisset, deinde in nave infans natus fuisset, probandum est pro infante nihil deberi, cum neque vectura eius magna sit neque bis omnibus utatur, quae ad navigantium usum parantur.*

En conclusión, las *sententiae* concernientes al *infans* y en particular al *infantia minor* denotan una aproximación al tema de los juristas romanos diverso al nuestro.

Ellos basaron sus decisiones sobre criterios que tenían en cuenta la concreta articulación de las situaciones y la posición dentro de la *familia* de los menores. Además, la relevancia jurídica de sus actos en un primer tiempo se hizo derivar del cumplimiento o no de acciones que habían producido determinadas situaciones a las cuales parecía oportuno darles relevancia jurídica.

Durante el Principado, la jurisprudencia quiso precisar una referencia unívoca para las acciones de los particulares y elaboró el principio de la capacidad de comprensión del acto cumplido. Pero también este principio fue aplicado con mucha atención a la efectividad de los intereses en juego y a la tradición. Esto permitió continuar dando relevancia jurídica a los actos de los menores, aunque no estuviesen en grado de entender aquello que hacían. Para tal efecto fueron elaborados nuevos conceptos de referencia, como la *utilitas* y la *benignitas*.

76 Así A. PALMA, *Benignior interpretatio. Benignitas nella giurisprudenza e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino, 1997, 89.

77 V. nt. prec. Realmente no alcanzo a ver la finalidad de conservación de los actos, sino solo la de la salvaguardia de intereses generales y difusos.

El resultado fue una disciplina articulada caso por caso y no asimilable a las construcciones contemporáneas que se apoyan en los conceptos de *capacidad jurídica* y de incapacidad de actuar.

Sin embargo, las soluciones de los juristas romanos pueden resultar reveladoras también en la experiencia moderna, donde, no obstante la reconocida *incapacidad de actuar*, también un niño puede retirar dinero del cajero automático o cumplir actos relevantes vía internet, donde no hay posibilidad de conocer los interlocutores y no se pregunta si han o no alcanzado la *capacidad*.

Las soluciones vistas en materia penal respecto de los *infantes*, estaban motivadas por la necesidad de tener en cuenta las pérdidas sufridas por el ofendido, prescindiendo del ofensor o de su culpabilidad.

Hoy, frente a reatos societarios o de criminalidad organizada, se está preguntando cómo tutelar mejor a los ofendidos, cuando, a causa de la imposibilidad de identificar al responsable del hecho dañino, podrían quedar sin protección efectiva. Se perfila la hipótesis de una tutela basada sobre la consideración del daño sufrido y eventualmente sobre el grupo de pertenencia del ofensor.

Tal vez en estos casos, el derecho romano, con sus soluciones articuladas y atentas a la realidad más que a criterios abstractos y generales, puede ser un interesante terreno de confrontación, de reflexiones y puntos de partida, también para la experiencia moderna.