

LA INSTITUCIÓN DE LA TUTELA DE ROMA
AL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Mirta Beatriz Álvarez

Universidad de Buenos Aires-Universidad de Flores

RESUMEN

La tutela es una institución de protección a los menores, que tiene su origen en Roma y se ha mantenido en la actual legislación argentina. Conforme expresa el jurista Paulo en D. 26,1,1 pr. y se reitera en IJ. 1,13,1, la tutela es «la fuerza y potestad sobre una persona libre, dada y permitida por el *ius civile* para proteger a aquel que por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo». Nos proponemos indagar si las reglas relativas a la tutela presentes en el Digesto justiniano subsisten en la actualidad, así como analizar los principios vigentes de la tutela en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Si bien con el Código vigente desde el 2015 ha cambiado el enfoque en la institución de la tutela, aún pervive la impronta romanista en muchos aspectos de la misma, como intentaremos demostrar.

PALABRAS CLAVE: Tutela, Derecho romano, Código civil y comercial, Argentina.

ABSTRACT

*Guardianship is an institution for the protection of minors that originated in Rome and has been maintained in current Argentine legislation. As expressed by the jurist Paulus in D. 26,1,1 pr. and reiterated in IJ. 1,13,1, guardianship is «the force and authority over a free person, given and allowed by the *ius civile* to protect the one who cannot defend himself because of his age». We intend to investigate whether the rules relating to guardianship present in the Justinian Digest still exist today and analyse the current principles of guardianship in the Civil and Commercial Code of the Argentine Nation. Although with the Code in force since 2015, the focus on the institution of guardianship has changed, the Romanist imprint still survives in many aspects, as we will try to demonstrate.*

KEYWORDS: *Guardianship, Roman Law, Civil and Commercial Code, Argentina.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PRINCIPIOS Y REGLAS EN ROMA. 3. LA REGLA DE D. 26,2,14. 4. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA. 5. TIPOS DE TUTELA. 6. ACTUACIÓN DEL TUTOR. 7. CONCLUSIÓN.

Mirta Beatriz Álvarez

1. INTRODUCCIÓN

La tutela es una institución de protección a los menores, que tiene su origen en Roma y se ha mantenido en la actual legislación argentina. Conforme expresa el jurista Paulo en D. 26,1,1 pr. (*Paul. 38 ad ed.*) y se reitera en IJ. 1,13,1, la tutela es «la fuerza y potestad sobre una persona libre, dada y permitida por el *ius civile* para proteger a aquel que por razón de su edad no puede defenderse por sí mismo»¹.

Nos proponemos indagar si las reglas relativas a la tutela presentes en el Digesto justiniano subsisten en la actualidad, así como analizar los principios vigentes de la tutela en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (en adelante CCC). Si bien con el Código vigente desde el 2015 ha cambiado el enfoque en la institución de la tutela, aún pervive la impronta romanista en muchos aspectos de la misma, como intentaremos demostrar.

2. PRINCIPIOS Y REGLAS EN ROMA

En primer lugar analizaremos los tres principios de la tutela clásica mencionados por Schulz². Estos son:

- «La tutela clásica es la guarda o cuidado de una persona necesitada de protección». La tutela clásica tiene un carácter desinteresado y altruista. Como señala Kaser, «El *tutor* (derivado de *tueri*, “proteger”) tiene sobre ellos (los pupilos) y su patrimonio un poder protector, es decir, un poder que es, como la potestad doméstica del *paterfamilias* (*patria potestas, manus*), un derecho de señorío, pero está suavizado por la *finalidad protectora* a favor del pupilo (*pupillus*)»³. En la actualidad, este principio seguiría vigente, aunque se supera la noción de la tutela como la institución destinada a «gobernar la persona y los bienes del menor de edad no sujeto a patria potestad» (art. 377 Cód. sustituido), poniendo énfasis en una función de protección integral de la persona y bienes del niño, niña o adolescente que carezca de persona que ejerza la responsabilidad parental (art. 104 CCC).

¹ M.^a L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *Tutela y Curatela en Derecho Romano*, en RGDR. 35 (2020) p. 15 afirma: «conocido pasaje del Digesto, seguramente interpolado (pues solo se refiere a la de los impúberes y omite la *tutela mulierum* existente todavía en época clásica, pero no en época justiniana)».

² F. SCHULZ, *Derecho Romano Clásico* (Barcelona 1960) pp. 154 ss.

³ M. KASER-R. KNÜTEL-S. LOHSSE, *Derecho Privado Romano* (Madrid 2022) p. 622.

La institución de la tutela de Roma al Código Civil y comercial de la Nación Argentina

- «El tutor clásico es una persona privada y no un funcionario. La idea de un tutor profesional fue extraña a los juristas». «La tutela romana *arcaica* presenta al mismo tiempo un interés *ajeno* y un interés *propio*. El tutor tiene un interés propio porque como tutor es llamado quien sería el *heredero*»⁴. «En la República, con el creciente individualismo, retrocede el carácter egoísta de la tutela; ésta se convierte cada vez más en un deber y, a finales del periodo imperial, se concibe como un servicio obligatorio (*munus*) impuesto por el interés público. Sin embargo, el tutor sigue siendo un sujeto privado; la función del Estado se limita, en todos los períodos, a una supervisión —cada vez más intensa— sobre los tutores»⁵. Este principio también sigue vigente. La tutela puede ser unipersonal (ejercida por una sola persona), conjunta o compartida. Es decir: puede ser ejercida por una o más personas, siempre que responda al interés superior del niño (art. 105 CCC). Recordemos que en Roma la tutela legítima se ejercía en forma conjunta por todos los parientes agnados en igual grado⁶. Como señala Kaser: «Una pluralidad de tutores puede darse si varios agnados del mismo grado son llamados legalmente, o bien el causante ha nombrado a varios tutores en el testamento, o bien el magistrado ha designado a varios. La gestión de los negocios les corresponde en general a todos los tutores, pero el causante o el magistrado pueden distribuir los negocios según sus objetos; y también puede atribuirse la gestión a uno solo, bajo el control y responsabilidad de los demás. Cfr. Ulp. D. 26,7,3,1 ss».⁷
- «Existe un tribunal encargado de la protección de los pupilos, sobre el que pesa el primordial deber de proveer de tutor siempre que sea legalmente necesario». En la actualidad, es el juez que corresponda al centro de vida del niño, niña o adolescente el que tendrá el deber de designar el tutor dativo, si los padres no han designado uno, o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquel designado.

En Roma, el nombramiento requiere —según la *lex Atilia*— una decisión del *praetor urbanus* y de la mayoría de los tribunos de la plebe; en las provincias son competentes *ex lege Iulia et Titia* —seguramente dos leyes del s. I

⁴ *Ibid.* p. 622.

⁵ *Ibid.* p. 623.

⁶ *Ibid.* p. 623, afirma: «Varios agnados del mismo grado ejercen la tutela de forma común».

⁷ *Ibid.* p. 629.

Mirta Beatriz Álvarez

a.C.— los gobernadores provinciales (Gai. 1,185 = IJ. 1,20 pr.). Desde Claudio, corresponde el nombramiento del tutor, junto a los antes citados, a los cónsules y desde Marco Aurelio a un *praetor tutelarius* (más tarde *tutelar*) especial; en época postclásica, en general, al *praefectus urbi*, previa consulta a 10 senadores y el *praetor tutelaris*⁸.

3. LA REGLA DE D. 26,2,14

Hay una regla conocida en D. 26,2,14 (*Marc. 2 inst.*) atribuida a Marciano que se expresa de la siguiente forma: «se da tutor a la persona, curador a los bienes»⁹. Esta regla vendría a significar que, mientras que en la tutela se tiende a completar la persona del impúber, en la curatela predomina el aspecto de la administración de los bienes¹⁰.

La regla no está así expresada, sino que se deduce de tres fragmentos sucesivos de Ulpiano, Pomponio y el de Marciano: «No se puede dar en testamento tutor para ciertos bienes o causas, ni exceptuando bienes» D. 26,2,12 (*Ulp. 38 ad Sab.*); «y si hubiere sido dado, no tendrá validez alguna el nombramiento» D. 26,2,13 (*Pomp., 17 ad Sab.*); «porque se da para la persona, no para una cosa o causa» D. 26, 2,14 (*Marc. 2 inst.*).

En el Derecho vigente en la Argentina, esta regla ya no regiría, pues tanto la tutela como la curatela, son protecciones para el cuidado de la persona y de sus bienes. Siendo el sujeto protegido en la curatela un mayor de edad incapaz, la función del curador, con un enfoque acorde con los Derechos humanos, debe optimizar las condiciones de vida de la persona protegida, orientando su actividad hacia la recuperación. En ese sentido, las rentas de los bienes de la persona protegida deben ser destinadas a ese fin (art. 138 CCC)¹¹. Es más, el curador debe procurar que el curado reciba la atención médica adecuada para

⁸ *Ibid.* p. 625.

⁹ En D. 27,7,12,3, un fragmento atribuido a Paulo, refiere que el tutor se ocupa no solamente de los bienes sino también del cuidado de la persona del pupilo, de esta forma: «Como quiera que el tutor se nombra no solamente para los bienes, sino también para las costumbres del pupilo...».

¹⁰ A. DI PIETRO, *Derecho Privado Romano* (Buenos Aires 1996) p. 340. M.ª L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *Tutela y Curatela en Derecho Romano* cit. p. 15 afirma: «La tutela y curatela que aparecen nombradas en las XII Tablas se refieren al ámbito familiar, y están relacionadas con el cuidado de las personas necesitadas de protección y de sus patrimonios».

¹¹ G. YUBA, *Cambios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en materia de tutela y curatela*, en DFyP. 2014 (noviembre) p. 49.

La institución de la tutela de Roma al Código Civil y comercial de la Nación Argentina

su recuperación, si ella fuera posible. Sólo se mantendría la regla para el caso de los pródigos, pues en ese caso, la protección es a efectos de que no dilapiden sus bienes, por lo que el curador no se ocupa del cuidado y atención de la persona del pródigo.

Colmenar afirma que el principio tradicional «*tutor datur personae, curator rei*» debe matizarse pues nadie cuida de ninguna persona sino de los bienes, aunque la tutela presupone siempre la persona del pupilo y la curatela puede tener lugar en casos de un patrimonio con un sujeto inicialmente indeterminado (ej.: *curator* de la herencia yacente —*hereditatis iacentis*—, o de la que espera el nacimiento del concebido —*ventris nomine*—)¹².

4. PRINCIPIOS DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

Con el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, vigente desde el 1 de agosto de 2015, cobra realidad el paradigma de la infancia y adolescencia instalado a partir del dictado de la Convención de los Derechos del Niño (incorporado por la Constitución Nacional en el art. 75 inc. 22 y 23), donde se concibe al niño, niña o adolescente como un sujeto de derechos, no como objeto de protección, con una función orientada hacia la promoción de su persona y autonomía progresiva, teniendo presente el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta (según su edad y grado de madurez) y el interés superior del niño como criterio rector en toda decisión que lo atañe, todo ello con el respeto al derecho a la igualdad y no discriminación (conf. art. 639 CCC).

Los fines de la tutela en la actualidad, son:

- a) Protección de la persona del niño, niña o adolescente en cuanto sujeto de derechos.
- b) Protección de los bienes del niño, niña o adolescente.
- c) Representación legal del niño, niña o adolescente.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina es el Código de la igualdad en términos reales y concretos, instalándose una verdadera ética de los vulnerables, promoviendo su autonomía¹³. Aunque con matices, la tutela que

¹² M.C. COLMENAR MALLÉN, *Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho Romano, Derecho actual en España y regulación en algunos países de nuestro entorno*, en J. García Sánchez (Dir.), *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo II* (Madrid 2021) pp. 455 ss.

¹³ G. YUBA, *Cambios en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación cit.*

Mirta Beatriz Álvarez

encontrábamos en el código velezano, mantenía la impronta del Derecho romano, a saber, se trataba de una institución en la cual predominaba la autoridad sobre la persona del pupilo.

En la actualidad, el art. 104 CCC nos ilustra que «la tutela está destinada a brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental». Sin perjuicio de las normas específicas previstas al legislarse sobre la tutela, se consigna que le serán aplicables a falta de disposiciones específicas y siempre que sean compatibles con la institución, las normas generales previstas en el Título correspondiente a la Responsabilidad Parental¹⁴.

Son ellos:

- d) El interés superior del niño.
- e) La autonomía progresiva del niño, conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo.
- f) El derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez (art. 639 CCC).

De este modo, su contenido se renueva en sintonía con la responsabilidad parental, puesto que tanto en una como en la otra, lo que prima en su ejercicio siempre es el beneficio del niño¹⁵.

5. TIPOS DE TUTELA

Se prevén dos tipos de tutela: la general y la especial, contempladas respectivamente en los arts. 106 y 107 y en el art. 109. A su vez, dentro del género de tutela general, coexisten la tutela dada por los padres y la tutela otorgada por el juez —dativa—.

Una de las innovaciones sobre el instituto en el Código Civil y Comercial, es la derogación de la tutela legal o legítima¹⁶.

Roma conoció tres formas de designar tutor. 1) La legítima «como tutor legítimo (*tutor legitimus*) las Doce Tablas (V,6) llaman a los parientes agnaticios más próximos (*adgnatus proximus*), por tanto, en primer lugar, los hermanos del pupilo, después los hermanos del padre y los hijos de los hermanos, etc.; si no

¹⁴ N. SOLARI, *Derecho de las familias*, 2.ª ed. (Buenos Aires 2017) p. 784.

¹⁵ L. PAGANO, *Régimen jurídico de la tutela*, en RCCyC. 2015 (septiembre) p. 53.

¹⁶ L. PAGANO, *Régimen jurídico cit.*

La institución de la tutela de Roma al Código Civil y comercial de la Nación Argentina

existen agnados, entonces los gentiles (miembros de la *gens* a la que pertenece el pupilo). Cfr. Gai. 1,155 s.; 164 = IJ. 1,15 pr. y 1; 1,16,7»¹⁷. 2) La testamentaria: «El *paterfamilias* puede nombrar en su *testamento*, para tales personas que con su muerte se convierten en *sui iuris*, un *tutor testamentarius* (o *dativus*). También esta tutela testamentaria se remonta a las Doce Tablas (V,3)». 3) La otorgada por el magistrado o atiliana: «La designación del tutor por el magistrado se remonta a la *lex Atilia*¹⁸, que (con base en un inseguro testimonio de Livio 39,8-9) se data preferentemente en el año 210 a.C. Se nombra este tutor (que solo ocasionalmente se lo denomina *dativus*) cuando alguien necesita uno, pero no lo tiene»¹⁹.

Conforme el art. 106 CCC, cualquiera de los padres (que no esté privado o suspendido del ejercicio de la responsabilidad parental) puede nombrar tutor o tutores para sus hijos menores de edad. Este nombramiento se puede realizar mediante escritura pública o testamento, entendiendo la doctrina que existe un tercer supuesto que surge por presunción legal: cuando los padres hubieran delegado el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, debiendo la tutela ser discernida por el juez que homologó la delegación o el del centro de vida del niño, niña o adolescente, a elección del pariente (art. 106, 2.º párrafo)²⁰.

Es de destacar que el art. 110 CCC trata de las personas excluidas, que no pueden ser tutores, y en el inciso k) menciona a los «que hubieran sido expresamente excluidas por el padre o madre de quien requiere la tutela, excepto que, según el criterio del juez, resulte beneficioso para el niño, niña o adolescente». Esta disposición es congruente con la libertad reconocida a los padres para designar tutores.

Si bien la voluntad de los padres es admitida por el ordenamiento jurídico para elegir tutor a sus hijos menores de edad, no se permite que se exima al tutor de hacer inventario, de autorizarlo a recibir los bienes sin cumplir con ese requi-

¹⁷ M. KASER-R. KNÜTEL-S. LOHSSE, *Derecho Privado Romano* cit. p. 623.

¹⁸ M.L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *Tutela y Curatela en Derecho Romano* cit. p. 18: «A partir de esa ley los poderes públicos estaban obligados a designar tutores a los menores que no lo tuviesen, quizá confirmando una práctica anterior que permitía que cualquier ciudadano solicitase al pretor el nombramiento de un tutor para el menor que careciese de tutor testamentario o legítimo. Se trataba de un acto de jurisdicción voluntaria».

¹⁹ M. KASER-R. KNÜTEL-S. LOHSSE, *Derecho Privado Romano* cit. p. 625 y afirma: «En el caso de la tutela nombrada por la autoridad, que se considera como una carga pública (*munus*), la idea de *deber* cobra una importancia mayor que en las otras formas de tutela».

²⁰ L. PAGANO, *Régimen jurídico* cit.

Mirta Beatriz Álvarez

sito, o bien liberarlo del deber de rendir cuentas (art. 106 CCC). En caso de que ello ocurriera, la designación de tutor será válida, pero las referidas disposiciones se tendrán por no escritas. Estas prohibiciones buscan proteger al menor de edad para que la persona que asuma el cargo de tutor no desvirtúe su función, en virtud de aquellas eximiciones²¹.

En Roma, algunos tutores debían prestar garantía (*cautio rem pupilli salvam fore*) para asegurar que el patrimonio que iban a administrar no sufriría perjuicios por sus actos (Gai. 1,199; IJ. 1,24 pr.). Los que debían prestar esta caución eran principalmente los tutores legítimos. Los tutores testamentarios no estaban obligados a dar esta caución «porque la *fides* y la *diligentia* están reconocidas por el propio testador» (Gai. 1,200; IJ. 1,24 pr.). En cuanto a los designados por el magistrado, generalmente tampoco se les exige cuando ha mediado *inquisitio*, porque el magistrado ha entendido que se trata de personas idóneas²².

La designación de tutela puede realizarse por cualquiera de las formas que prevé el Código siempre que se respeten las formalidades legales de cada instrumento. Por otra parte, el art. 107 regula la tutela dativa, que es aquella que proviene de la prerrogativa que la ley confiere al juez para efectuar la designación de tutor según su prudente arbitrio. La misma procede: ante la ausencia de designación paterna de tutor o tutores o ante la excusación, rechazo o imposibilidad de ejercicio de aquellos designados. La elección recaerá en la persona que aquél considere más idónea para cumplir con ese cometido, debiendo dar fundadamente las razones que justifican dicha idoneidad. Del Pino afirma que, en Roma, el magistrado con derecho a nombrar tutor tendría que realizar las pesquisas necesarias para elegir al tutor —o tutores— idóneo conforme a su *officium*. De hecho, el término *idoneus* se relaciona únicamente con el tutor dado por el magistrado, no siendo ésta una exigencia en la tutela testamentaria, al menos, no se denomina de esa forma²³.

²¹ N. SOLARI, *Derechos de las familias* cit. p. 789.

²² A. DI PIETRO, *Derecho privado romano* cit. p. 335.

²³ FJ. DEL PINO TOSCANO, *La inquisitio del magistrado en la datio tutoris*, en A. López Rosa-FJ. Del Pino Toscano (Coords.), *El Derecho de Familia de Roma al Derecho actual* (Huelva 2004) p. 557 y amplía en p. 559: «*Idoneus*, en latín, sería equivalente a “*aptus*” o “*habilis*” y en ese sentido no debería referirse necesariamente a un patrimonio, ni a la capacidad para satisfacer las deudas. Veamos como en la tutela dada por el magistrado esta exigencia de buscar un tutor idóneo exculpa al magistrado cuando ha actuado conforme a su buen oficio, y así se pone de relieve en D. 27,8,1,11 (*Ulp. 36 ad ed.*)».

La institución de la tutela de Roma al Código Civil y comercial de la Nación Argentina

La tutela especial entra en escena para temas puntuales, en los que pudiera presentarse algún conflicto de intereses entre el hijo y sus progenitores, o el niño y su tutor general, quedando exentos aquellos casos en que el adolescente pueda actuar por sí, con asistencia letrada y el juez considere innecesaria la actuación del tutor especial.

Alcanza también los casos en que aquéllos no tuvieran la administración de los bienes de los hijos menores de edad; cuando los bienes adquiridos lo fueron con la condición de ser administrados por persona determinada o con la condición de no ser administrados por su tutor; o cuando existiera necesidad de ejercer actos de administración sobre bienes de extraña jurisdicción y el tutor no pudiera administrarlos en forma adecuada, por requerirse conocimientos específicos o particulares para determinada tarea; y cuando existieran razones de urgencia, hasta tanto se tramite la designación del tutor que corresponda²⁴.

En Roma, junto a los casos regulares de nombramiento del tutor por el magistrado, se mencionaban ya desde época temprana tutores por motivos especiales: p. ej. un *tutor praetorius* para litigios entre el tutor y el pupilo; también en caso de deficiencias mentales o corporales del tutor y en caso de ciertos impedimentos en su persona (cfr. Gai. 1,184 y 186 ss.; D. 26,1,12, *Paul. 10 resp.*; IJ. 1, 21, 3). Estos nombramientos magistratuales necesitaban basarse en una ley, un senadoconsulto o una constitución imperial. En tiempos de Justiniano estos tutores fueron sustituidos por *curatores*²⁵.

6. ACTUACIÓN DEL TUTOR

Discernida la tutela y previo a recibir los bienes que habrá de administrar, se debe realizar el inventario y avalúo. Corresponde al tutor ejercer la representación legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial. Dentro de las obligaciones del tutor, se encuentra la de administrar las sumas que ha fijado el juez para solventar los gastos que demande la educación y alimentos de su representado. Si los recursos fueran insuficientes, el art. 119 CCC establece que el tutor puede, con autorización judicial, demandar alimentos a los obligados a prestarlos²⁶.

²⁴ L. PAGANO, *Régimen jurídico* cit.

²⁵ M. KASER-R. KNÜTEL-S. LOHSE, *Derecho Privado Romano* cit. p. 626.

²⁶ L. PAGANO, *Régimen jurídico* cit.

Mirta Beatriz Álvarez

En virtud del ejercicio de su función, el tutor tiene vedado realizar algunos actos, mientras que para otros, debe requerir la pertinente autorización judicial, existiendo un tercer grupo para los que no precisa autorización. No puede celebrar con su tutelado los actos prohibidos a los padres respecto de sus hijos menores de edad, aun cuando el juez lo autorizara indebidamente. La regla general consiste en la prohibición de suscribir con su tutelado cualquier clase de contrato.

En lo atinente a su función, el tutor tiene impedido celebrar contrato alguno con su pupilo, aun concluida su incapacidad, hasta que no se encuentre aprobada judicialmente la cuenta final de su gestión. En el Código Civil de Vélez, ya derogado, transcurrido el plazo de un mes desde la rendición de cuentas, caía la prohibición. Resulta acertado el cambio, que establece la subsistencia del impedimento, mientras el juez no apruebe la rendición de cuentas, con independencia del tiempo transcurrido desde su presentación, pues una vez aprobadas las cuentas ya no existe problema en contratar.

El art. 121 CCC establece que precisa el tutor obtener la venia judicial en aquellos actos para los cuales los padres necesitan autorización judicial y, en una enumeración muy extensa, podemos destacar como más relevantes: adquirir inmuebles o cualquier bien que no sea útil para satisfacer los requerimientos alimentarios del tutelado; prestar dinero de su tutelado; dar en locación los bienes del tutelado o celebrar contratos con finalidad análoga por plazo superior a dos años; tomar en locación inmuebles que no sean la casa habitación; contraer deudas, repudiar herencias o donaciones, hacer transacciones y remitir créditos; transmitir, constituir o modificar derechos reales sobre los bienes del niño. No requiere autorización para: 1) aceptar donaciones sin cargo efectuadas al niño, ya que se suponen beneficiosas (*contrario sensu* art. 1549); 2) los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el niño, que a su vez se presumen realizados con la conformidad del tutor; 3) los contratos celebrados entre el tutor y terceros dentro de los márgenes de su administración²⁷.

Consecuencia ineludible del deber del tutor de administrar y realizar otros actos conexos sobre los bienes de su pupilo, es el de llevar y rendir cuenta fiel y documentada de las entradas y de los gastos de su gestión²⁸. Además, la rendición

²⁷ L. PAGANO, *Régimen jurídico* cit.

²⁸ En el mismo sentido lo establecía el Código velezano en el art. 460. Vélez en su nota, mencionaba como fuentes las Partidas y el art. 255 del Proyecto García Goyena, que fue reproducido por el codificador casi en forma idéntica en el artículo 460. García Goyena, a su vez cita como fuente a D. 27,3,1.

La institución de la tutela de Roma al Código Civil y comercial de la Nación Argentina

de cuentas de la tutela debe ser judicial, expresa, con intervención del pupilo atendiendo a su edad y grado de madurez, e individual, pues su aprobación sólo libera a quien da cumplimiento a la misma. Dispone el art. 130 CCC que deberá ser presentada al término de cada año, al cesar el tutor en la función y toda vez que el juez lo ordene de oficio.

En Roma arcaica, sobre el patrimonio del pupilo, tiene el tutor un poder *fiduciario* que lo capacita para disponer sobre él en el lugar del propietario (*domini loco*)²⁹. «El poder del tutor sobre el pupilo y su patrimonio era en el Derecho arcaico un poder fiduciario: su poder y su potestad (*vis ac potestas*) estaban atenuados por la *fides*, que aquí como en otras partes producía un vínculo sacral y cuya ruptura fue sancionada posteriormente también por el censor en su vigilancia de las costumbres. Paulatinamente, sin embargo, se endurecieron las limitaciones del poder del tutor con arreglo a reglas fijas de Derecho privado que imponían al tutor determinados deberes jurídicos»³⁰.

En el antiguo Derecho, la propiedad estaba quizá repartida funcionalmente entre el tutor y el pupilo. Sin embargo, ya en el período preclásico se considera solo al pupilo como propietario. El tutor es *possessor*; está legitimado para los negocios de *disposición* y puede *adquirir* la posesión y la propiedad para el pupilo (seguramente ya en la época clásica)³¹. Con relación a la compraventa, se enuncia como principio general el contenido en D. 18,1,34,7 (*Paul. 33 ad ed.*), según el cual el tutor no puede comprar para sí mismo cosas del pupilo. Dicha regla se confirma en sede de tutela. El pasaje D. 26,8,5,2 (*Ulp. 40 ad Sab.*), al referirse a la *auctoritas* y al consentimiento que puede prestar el tutor, afirma que no puede actuar él mismo como comprador y vendedor. No obstante, la nulidad del contrato que hubiese celebrado el tutor, en contra de la prohibición, no era definitiva, sino que el pupilo podía confirmar la compra llegado a la mayoría de edad. Así resulta de D. 26,8,5,2 *in fine* (*Ulp. 40 ad Sab.*)³².

Además de la prohibición del tutor de comprar bienes del representado, el otro contrato al que aluden las fuentes romanas son las posibles operaciones crediticias, en el doble sentido de préstamo del tutor al pupilo y del pupilo al tutor.

²⁹ M. KASER-R. KNÜTEL-S. LOHSSE, *Derecho Privado Romano* cit. p. 626.

³⁰ *Ibid.* p. 623.

³¹ *Ibid.* pp. 626 ss.

³² G. TOMÁS, *Tutela y prohibición de autocontratación*, en J. García Sánchez (Dir.), *Fundamentos Romanísticos del Derecho Contemporáneo* III (Madrid 2021) pp. 1337 ss.

Mirta Beatriz Álvarez

En este sentido se prohibió que el tutor concediese un préstamo a su pupilo, como refleja D. 26,8,5 pr. (*Ulp. 40 ad Sab.*), porque ello implicaba su endeudamiento; pero sí era admisible lo contrario, que el prestatario fuera el propio tutor, como refleja D. 26,7,9,7 (*Ulp. 36 ad ed.*), porque ésta era una forma de capitalizar su dinero³³.

En Roma, el tutor no podía, ni por *gestio* ni por *auctoritas*, realizar ni consentir en donaciones de ninguna clase (D. 27,3,1,1, *Ulp. 36 ad ed.*), ni aún como regalo de bodas a su madre (D. 27,3,1,5, *Ulp. 36 ad ed.*), ni para dotar a una hermana. Se permiten solamente los presentes de uso, proporcionados a la fortuna del pupilo (D. 26,7,12,3, *Paul. 38 ad ed.*). Por un senadoconsulto de Septimio Severo (*oratio Severi*), se prohibió la enajenación de inmuebles rústicos o suburbanos del pupilo —que eran los más valiosos—, así como hipotecarlos (D. 27,9,1 pr., 1 y 2, *Ulp. 35 ad ed.*). Las ventas e hipotecas eran nulas³⁴. Los negocios contrarios a la prohibición son nulos (D. 27,9,1,2, *Ulp. 35 ad ed.*). Constantino amplía la prohibición a otros fundos y a bienes muebles valiosos, así como la entrega de tales bienes como dote. Sin embargo, —ya desde Constantino, en ampliación de una excepción reconocida en la *oratio Severi*— por razones de fuerza mayor, puede concederse una liberación judicial de la prohibición (*Cfr. C. 5,37,22*). Justiniano exige un permiso oficial también para el cobro de créditos (*C. 5,37,25; IJ. 2,8,2*)³⁵.

Por otra parte, el tutor tenía la obligación —cuando el pupilo disponía de un patrimonio solvente— de invertir en inmuebles o en préstamos a interés³⁶. A falta de inversión, el tutor debía los intereses a la tasa anual del lugar, y aún a una tasa legal superior si descuidó el empleo, pese a la advertencia del magistrado, o si empleó el dinero para su uso personal (D. 26,7,7 y 10, *Ulp. 35 ad ed.*)³⁷.

³³ G. TOMÁS, *Tutela* cit. p. 1341.

³⁴ A. DI PIETRO, *Derecho privado romano* cit. p. 337.

³⁵ M. KASER-R. KNÜTEL-S. LOHSSE, *Derecho Privado Romano* cit. p. 627.

³⁶ A. DI PIETRO, *Derecho privado romano* cit. p. 337: «Tenía un plazo de seis meses en cuanto a las sumas que contó al inicio de la tutela (*Paul., D. 26,7,15*) y de dos meses respecto de aquellas que recibió en el curso de la tutela (*Ulp., D. 26,7,11*)».

³⁷ M. KASER-R. KNÜTEL-S. LOHSSE, *Derecho Privado Romano* cit. p. 627, sostiene: «En la época post-clásica se refuerzan estas normas (sobre todo también a causa de la pérdida de valor del dinero y la inseguridad general), hasta entonces solo recomendadas».

7. CONCLUSIÓN

Como señala Martínez de Morentín, «una revisión general de la discapacidad en el mundo romano sirve para poner en valor las instituciones romanas para el apoyo de la capacidad de las personas, en los momentos actuales en que asistimos a la recomendación de Naciones Unidas de proceder a la revisión de las figuras previstas en los ordenamientos en esta materia, y a su adaptación a los postulados de la Declaración de Nueva York de los derechos de las personas con discapacidad»³⁸.

En ese orden de ideas, la interpretación y aplicación de las normas de manera conectada, con aquellas instituciones que tienen por finalidad la protección de la persona y sus bienes, desde un enfoque de Derechos humanos con una mirada integradora, dará vida a la ética de los vulnerables, cuyo objetivo se propuso plasmar la Comisión redactora del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina³⁹. Si bien con el Código vigente en Argentina desde el 2015 ha cambiado el enfoque en la institución de la tutela, aún pervive la impronta romanista en muchos aspectos de la misma, como hemos querido demostrar⁴⁰.

³⁸ M.^a L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *Tutela y Curatela en Derecho Romano* cit. p. 32.

³⁹ G. YUBA, *Cambios en el nuevo Código* cit.

⁴⁰ En el mismo sentido, M.^a L. MARTÍNEZ DE MORENTÍN LLAMAS, *Tutela y Curatela en Derecho Romano* cit. p. 2, sostiene: «(La tutela y la curatela) han resistido el paso del tiempo y evolucionado al ritmo de los cambios sociales y las distintas influencias. Aunque con variaciones, han llegado a nuestros días y están presentes prácticamente en todos los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, sean del *civil law* o del *common law*».

