

REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO ROMANO

LA “OBLIGATIO” Y SUS FUENTES
THE “OBLIGATIO” AND HER SOURCES

Luis Rodríguez Ennes
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Vigo
ennes@uvigo.es

I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA *OBLIGATIO*.

La palabra *obligare* es relativamente antigua –aparece ya en las comedias de Plauto y significa “atar”¹. En el lenguaje jurídico tiene dos acepciones: *obligare rem*, “atar una cosa”, “darla en garantía”, y *obligare personam*, “imponer un deber a una persona”. En contraste con *obligare*, el sustantivo *obligatio* surge tardíamente, se le encuentra por primera vez en Cicerón². Así las cosas, no era todavía corriente al final

¹Así *obligare tabellam* (*Bacch.* 748).

²*Cic. Ad Brut.* 1, 183.

de la República y es que, como es sabido, la lengua latina era poco propicia a la admisión de nuevos nombres. Con todo, en la época clásica, *obligatio* fue un término jurídico bien conocido y lo mismo que *obligare* usado en relación con cosas y personas (*obligatio rei, obligatio personae*).

Se admitió que el verbo *ob-ligo* tiene como vínculo derivado la *obligatio*, pero se discutió sobre la naturaleza material o ideal de esta vinculación. Así Gioffredi³ hace medio siglo defendió el carácter de vínculo ideal de la *obligatio* frente a la opinión, más extendida entonces, que consideraba existente un vínculo material de sujeción de la persona obligada. Se entendió, apoyándose en Plauto⁴ que *obligari* se refería prioritariamente a las cosas dadas en garantía más que a las personas de los deudores.

Es célebre la definición de *obligatio* recogida en las Instituciones de Justiniano: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostris civitatis iura* (I. 3, 13, pr.). Tal definición recoge la idea de que la obligación es un vínculo jurídico en cuya virtud nos vemos forzados a realizar una determinada prestación, según el ordenamiento jurídico a que pertenecemos (y, por tanto, respecto a los romanos, según el *ius civile*).

Pese a las dudas mantenidas por algún sector doctrinal tanto respecto a su clasicidad como a la interpretación de su significado⁵, lo cierto es que la definición

³GIOFFREDI, *Diritto e Processo nelle antiche forme giuridiche romane* (Roma, 1955) p. 223 ss.

⁴PLAUT. *Truc.* 214: *nam fundi et aedis obligatae sunt ob amoris praedium.*

⁵KASER, *Das römische Privatrecht*² (Munich, 1971) p. 479, nt. 4, cree que la tal definición puede ser un producto escolástico, quizá postclásico.

responde plenamente a la idea de *obligatio* que tenían los juristas romanos⁶. De la misma se deduce una concepción unitaria de la *obligatio* como forma indiferenciada de garantía –sin que importe que la sujeción material tenga por objeto una *persona* o una *res* –para el cumplimiento de una cierta prestación.

La *obligatio* clásica –al igual que la obligación del derecho moderno- encierra dos elementos: el débito, o sea, el deber de realizar una determinada prestación, y la responsabilidad o perjuicio jurídico que sufre el deudor en caso de incumplimiento. De ahí la utilidad instrumental de la fraseología alemana “Schuld” y “Haftung” por cuanto se refiere a la génesis de la *obligatio personae*⁷. Es innegable que si bien la tal dicotomía constituye uno de los elementos germinativos de los antiguos derechos germánicos⁸, del mismo modo ha sido igualmente aplicada con óptimos resultados en la historiografía jurídica relativa a la más remota civilización del Oriente

⁶Me limito a recordar, a este respecto, sobre todo el clásico DE RUGGIERO, *Instituzioni di diritto civile* ⁵ III (Mesina, 1930) par. 69, p. 1-25, y la voz *Obligación (Storia): diritto romano* (redactor M. TALAMANCA), en ED XXIX (1979), con profusa y actualizada bibliografía).

⁷Es amplísima la literatura en punto a la distinción entre “Schuld” y “Haftung” en la temática relativa a la génesis de las relaciones obligatorias. De la diagnosis de esta dicotomía fue iniciador BRINZ con su trabajo “Der Begriff der *obligatio*”, en *Grünhuts Zeitschr*, I (1874) p. 11 ss. I, posteriormente, “Obligation und Haftung”, en ACP LXX (Tubinga, 1886) p. 371 ss. Para una cuidadosa selección de la literatura italiana, vid: BETTI, *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*² (Milán, 1955) p. 3 ss.; 79 ss., 129 ss.; también PASTORI, *Concetto e struttura della obbligazione in diritto romano* (Milán, 1982) p. 27 ss.

⁸En este sentido, cabe citar las dos más famosas contribuciones de AMIRA, *Nordgermanisches Obligationenrecht* (Leipzig, 1882-1895) y de SCHUPFER, *Il debito e la responsabilità. Studio sulla guadia longobarda [wadiatio]*, en RISG LVI (1915) p. 229 ss.

mediterráneo⁹ y a la griega en particular¹⁰. Biscardi utiliza la concepción germana de la *obligatio*, aplicando la distinción entre el *debitum* (“Schuld”) y la responsabilidad (“Haftung”), como instrumento conceptual para interpretar la protohistoria de la noción de *obligatio* romana, que él concibe como una forma de garantía indiferenciada, que puede implicar, como hemos dicho, una sujeción material de una persona o de una cosa¹¹. El presupuesto de la *obligatio* en sentido unitario sería el *debitum* (“Schuld”), pero a efectos del nacimiento de un vínculo a cargo del deudor era necesario el establecimiento de una garantía del cumplimiento (“Haftung”) que podría recaer sobre una persona o una cosa¹². En definitiva, para Biscardi la *obligatio rei* sería una especie del *genus* “*obligatio*”¹³.

Sin detenernos más en la teoría de la *obligatio rei* de Biscardi concluiremos haciendo referencia aun punto muy importante y original y, por ello, discutible de su

⁹ Basta con seguir los trabajos de SZLECHTER sobre los derechos cuneiformes en SDHI, XLIV-L (1978-1984) y las ocasionales reseñas de los estudios sobre el derecho faraónico de THEODORIDES contenidos en la RIDA hasta su fallecimiento hace unos años.

¹⁰ Vid., sobre todos, BISCARDI, *Diritto greco e antico* (Milán, 1982), *passim*; más concretamente en punto a este tema: KUSSMAUL, *Synthekai. Beiträge zur Geschichte des attischen Obligationenrechts* (Basilea, 1969).

¹¹ BISCARDI, *Dottrina romana dell'obligatio rei* (Milán, 1991) p. 14 ss. Más recientemente, del mismo a.: “La genesi del concetto classico di *obligatio*”, en *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, 1994) p. 21 ss. En lo sucesivo *Estudios Murga*.

¹² BISCARDI, *Dottrina romana*, cit., p. 16.

¹³ *Ibid.*, p. 3.

investigación. La transfiguración de la noción de *obligatio* por la cual se convertiría ésta en *vinculum iuris*, es decir en deber jurídico (“*obligo giuridico*”) tendría lugar con la *Lex Poetelia Papiria* que derogó el *nexum*¹⁴, “attenuando” d’un colpo la *condizione personali dei nexi*”. Son Tito Livio¹⁵ y Cicerón¹⁶ los que nos informan sobre las vicisitudes y el contenido de la ley¹⁷. El relato de las circunstancias que provocaron la emanación de la *Lex Poetelia Papiria* que nos transmite Livio en el cap. 28 del libro VIII *Ab urbe condita*, es realmente dramático.

Un joven de óptima familia, debido a la situación económica desastrosa de su padre, fue constreñido a caer en manos de un usurero; éste, vicioso y privado de

¹⁴*Ibid.*, p. 166.

¹⁵Liv. *Ab urbe condita*, 8, 28, 8: *victum eo die... ingens vinculum fidei: iussique consules ferre ad populum ne quis, nisi noxam meruisse, donec poenam lueret, in compedibus aut in nervo teneretur; pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset. Ita nexi soluti, cautumque in posterum ne necterentur.*

¹⁶Cic., *De re publi* 2, 34, 59: *Fuerat fortasse aliqua ratio maioribus nostris in illo aere alieno medendi, quae neque Solonem Atheniensem non longis temporis ante fugerat, neque post aliquanto nostrum senatum, cum sunt propter unius libidinem omnia nexa civium liberata nectierque postea desitum: semperque huic generi, cum plebes publica calamitate impendiis debilitata deficeret, salutis omnium causa aliqua sublevatio et medicina quaesita est.*

¹⁷Más referencias, de menor enjundia, en Dionys. 16, 5; Sal. *Catil.* 33; Quintil. *Inst. Or.* 7, 3, 26; Decl. 311, Plaut. *Asin.* 5, 2, 87; *Bacch.* 5, 2, 88; Gayo, 4, 25. Según ROTONDI, *Leges Publicae Populi romani* (Milán, 1912) p. 230, dicha lex fue *rogata* por los cónsules C. Poetelio Libo y L. Papirio Cursor, no se sabe en qué comicios. Algunos autores, como Mommsen y Rudorff la atribuyen exclusivamente a C. Poetelio, dictador en el 331 a. C., sobre la base de un corrompido texto de Varrón, *de L. L.* 7, 105: *Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui Bonam Copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti.*

escrúpulos, intentó estuprar al deudor *nexus* (es decir, al hijo), *ut florem aetatis fructum adventicium crediti ratus*; y frente a su desdén y a su resistencia optó por desnudarlo y golpearlo ferozmente. La víctima, con el torso ensangrentado se precipitó entre los viandantes, mostrando sus heridas y denunciando a su cruel y libidinoso acreedor. Por todo ello, suscitó la indignación de los presentes ante la injuria sufrida por un ciudadano de tierna edad, y la multitud lo acompañó tumultuosamente a la curia, llamando a los cónsules, a los que tras mostrarles las laceraciones, impetraron su intervención a fin de reparar adecuadamente el innombrable abuso¹⁸.

De ahí surgieron dos medidas inmediatas, arbitradas por los cónsules y el senado al unísono: una, primera, de policía, consistente en el arresto y la encarcelación del culpable¹⁹, y una propuesta de ley que daría lugar a la *Lex Poetelia Papiria*. A esta norma se le atribuyó canónicamente la abolición de la ejecución personal por deudas cuando, no cabe duda, que dicho procedimiento ejecutivo in *personam* permaneció en vigor durante bastante más tiempo y que la ejecución sobre el patrimonio del deudor fue producto, bastante más tarde, de la intervención pretoria²⁰. Ello no obsta para que la norma principal de la *Lex Poetelia Papiria* – como se infiere del modo en el que la misma ley nos es presentada – es

¹⁸Livio habla de la espontánea reacción a un singular e intolerable ultraje (8, 28, 8: *ob impotentem iniuriam unius*) y Cicerón se hace eco de ello diciendo (*de re publ.* 2, 34, 59): *propter unius libidinem*.

¹⁹Sobre ello insiste Valerio Máximo que, entre otros datos dignos de destacar, desea únicamente preservar el recuerdo de un memorable atentado a la *pudicitia*: *Fact. Et dict. Mem. libri*, 6, 1, 9.

²⁰Literatura antigua sobre esta cuestión en ROTONDI, *Leges Publicae*, cit., p. 231. Más modernamente, BISCARDI, *Dottrina romana*, cit., p. 59 ss. I nt. 93.

indudablemente la abrogación del *nexum* y las realidades crueles del *nexum* a principios del siglo IV a C. Pueden llegar a dotar de verosimilitud a situaciones como las denunciadas por Livio y los demás autores citados²¹. A través de Gelio conocemos la extraordinaria dureza de la legislación decenviral para con los deudores insolventes²². El deudor reconocido *addictus* por virtud del *nexum* era encadenado y parcamente alimentado en casa del acreedor. Si no aparecía algún *vindex* que lo redimiese, tras tres exposiciones en el foro podía ser muerto o vendido como esclavo *trans Tiberim*²³. Incluso, para los tiempos más antiguos, se afirma que, en situaciones concursales, podía ser despedazado de tal modo que cada acreedor obtuviese su parte²⁴.

Que el problema de las deudas era uno de los que requerían soluciones más urgentes, aparece demostrado de un modo patente por los repetidos intentos que

²¹Sin necesidad de terciar en una polémica –la de los orígenes y la naturaleza del *nexum* –cuyo alcance excede notoriamente los límites de este trabajo, creemos que merece la pena transcribir las palabras con las que IMBERT se refiere a este intrincado problema romanístico: “La *crux máxima* du droit romain, la croix la plus lourde et la plus humiliante qui pèse depuis un siècle sur les épaules des romanistes est assurément... celle qui assombrit le rébus du *nexum*” (Cfr. “Fides et Nexum”, en *Studi Arancio* I, p. 339).

²²Gelio, *Noct. Att.* 20, 1, 46-52.

²³*Ibid.* 49: *Tertiis autem nudinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venunt ibant.*

²⁴*Ibid.*, 48: *Nam si plures forent, quibus reus esset iudicatus, secare, si vellent, atque partiri corpus addicti sibi hominis permisserunt; Ibid.*, 52: *dissectum esse antiquitus neminem equidem legi neque audivi; Quint.* 3, 6, 84: *in XII tab. Debitoris Corpus inter creditores dividi licuit, quam legem mos publicus repudiavit; Tertull., Apol.* 4: *iudicatos in partes secari a creditoribus leges erant: consensu tamene publico crudelitas postea crasa est.*

emprendieron durante un decenio con vistas a resolverlo los tribunos de la plebe C. Licinio y L. Sextio²⁵. Por otra parte, la tradición relativa al persistente estado de agitación que muestran los deudores de este período, es demasiado fuerte para poderla rechazar como si fuera una simple retroacción del descontento social de fines de la República. A mayor abundamiento, la sociedad romana de esta época vive en guerra y esta situación con su secuela de destrucciones, de abandono de las granjas y propiedades como consecuencia de las continuas levas, de colapso de la actividad comercial, constituye un extraordinario caldo de cultivo para fomentar las prácticas usurarias²⁶. Todo ello dota de verosimilitud al testimonio de Livio en punto a la *Lex Poetelia Papiria* cuando se refiere a la abrogación del *nexum* con estas palabras (8, 28, 8): *pecuniae creditae bonae debitoris, non corpus obnoxium esset*, al que sigue el inciso *ita nexi soluti* (cfr. Cic., de re publ. 2, 34, 59: *omnia nexa civium liberata*, y Varrón, de L. L. 7, 105: *hoc [nexum] sublatum ne fieret*). No en vano el mismo Livio –que aún no siendo un jurista, era un hombre culto, dotado de rara sensibilidad política –habla de *aliud initium libertatis* y de *mutatum ius*. Además, Cicerón alude *ex professo* a una reforma, asaz famosa, de la legislación solónica en pro de una atenuación del *aes alienum*²⁷.

²⁵PARETTI, *Storia di Roma e del mondo romano I: L'Italia e Roma avanti il conflitto con Taranto* (Turín, 1952) p. 621. Sobre el compromiso licinio-sextio vid., GUARINO, *La rivoluzione della plebe* (Nápoles, 1975) p. 324-329 donde se reseña abundante bibliografía. Acerca de la situación socio-económica de esta época vid., HARMAND, *Société et économie de la République romaine* (París, 1976) p. 5 ss.

²⁶Cfr., al respecto, RODRÍGUEZ-ENNES, “Realidad histórica y elementos legendarios en la seđitio manliana”, en *Studi Guarino*, I, p. 66 ss.

²⁷Varrón escribe que la *dissolutio* de los *nexi* era aplicable a todos aquellos (*omnes*) *qui bonam copiam iurarunt*. Aunque el lingüista es el único que hace referencia a esta situación, tal referencia no pudo ser fruto de la fantasía. Como ha señalado BISCARDI, “La genesi”, cit., p. 24: la fórmula varroniana aparece también en el texto de la *Tabulla Heracleensis* del año 48 a. C (1, 113) y a la

Analizando el contenido legislativo de la reforma introducida en el 326 (o menos probablemente del 313) a.C.²⁸ nos hayamos en situación de valorar sobre el plano histórico toda la importancia de la *Lex Poetelia Papiria*. Para Biscardi, esta *lex* significó una revolución conceptual en la historia de la *obligatio*, cuyo resultado fue una coincidencia de hecho entre las figuras del *debitor* y del *obligatus*, de modo que *debitum* y *obligatio personae* quedarían desde entonces compenetrados y el deudor respondería del *debitum* con sus bienes, mientras la *obligatio rei* permanecería aplicándose respecto a las garantías reales²⁹. El atribuir a la *Lex Poetelia Papiria* la función histórica de provocar la configuración de la noción de *obligatio* como *vinculum iuris*, en cuanto el deudor mismo podría asumir la garantía por su propia deuda –mediante una “autofianza” por la que el deudor constituye en rehén su propia persona– condujo a la superposición de las nociones de *debitor* y *obligatus*, según Biscardi, lo que viene a suponer una relegación del verdadero *vinculum iuris civilis* nacido en virtud de una *sponsio*, antiguo *iusiurandum* convertido en promesa civil *inter cives*, sancionada desde las XII Tablas como

misma se alude en una carta de Cicerón del 10 de julio del 46 a. C. (*ad fam.* 9, 16, 7), en la que también se hacen referencias implícitas a la *lex Iulia de pecuniis mutuis* del año 49 y la *existimatio*, de la que habla César (de B. C. 3, 1, 3) que la *dissolutio* de los *nexi* habría tenido lugar en favor de todos los deudores que habían jurado –frente al magistrado jurisdiccional– en la hipótesis de su insolvencia parcial, de dejar a disposición de los acreedores, sobre la base de un inventario, todo cuanto el *nexus* hubiese tenido ahora disponible (Cfr. , a este respecto, MAGDELAIN, “*La loi Poetelia Papiria et la loi Julia de pecuniis mutuis*”, en *Estudios d’Ors*, II, p. 815-817). KASER, ha visto en todo ello un precedente más o menos remoto de la *cessio bonorum* cfr. *Römisches Zivilprozessrecht* (Munich, 1966) par. 61.

²⁸Para la datación de la ley, *vid.* ROTONDI, *Leges publicae*, cit., p. 230-231.

²⁹BISCARDI, *Dottrina romana*, cit., p. 166.

vínculo jurídico: *dare oportere ex sponsione*. La historia de la noción de *obligatio* se halla, por tanto, en relación con la *sponsio* que constituyó una fuente de obligaciones civiles, precisamente *obligationes verbis contractae*.

Aunque la *Lex Poetelia Papiria* no suprime la ejecución personal, todo parece indicar que, por influencia de la misma, aquélla se hubiese reconvertido en una autorización del magistrado mediante la cual, en caso de insolvencia, el deudor era asignado al acreedor (*ductio iussu praetoris*) para la prestación sustitutoria de servicios en su provecho. Como ha señalado acertadamente Fernández Barreiro³⁰, el cambio de procedimiento ejecutivo fue operado por la jurisdicción pretoria, que utiliza como medio coactivo el instrumento de la *missio in bona* y no la *manus iniectio*; en esa reforma procesal se encuentra el elemento que permite contemplar la *obligatio personae* como una relación jurídica de naturaleza y régimen patrimonial, en armonía con la innovación introducida por la *Lex Poetelia Papiria*. En este nuevo sistema de ejecución patrimonial se desarrollan los *arbitria bonae fidei*, y a él se trasladan las reclamaciones de *debitum* basadas en un *oportere* civil desde que la *lex Aebutia* deroga la *legis actio per conditionem* y otorga efectos civiles a la acción formularia que la sustituye. La derogación de las demás *legis actiones*, y en especial de la *legis actio per manus iniectioem*, por la *lex Julia iudiciorum privatorum*, así como la introducción de la *cessio bonorum* en el régimen de ejecución patrimonial, suponen la adecuación definitiva del sistema jurídico procesal a la concepción patrimonial de las obligaciones³¹.

³⁰FERNÁNDEZ BARREIRO, “Fuentes de las obligaciones”, en *Estudios Murga*, cit., p. 30.

³¹El mismo a. En la p. 31 añade: “En el procedimiento de las *legis actiones* el ámbito de las *actiones in personam* no es coincidente con el de la *obligatio personae* que da lugar al concepto patrimonial de obligación; la coincidencia entre *obligatio* y *actio in personam* se da en un primer momento tan sólo en la que tiene por causa una *sponsio* y se tramita por la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, extendida después a la *stipulatio*; la expansión de las obligaciones en relación con la

A la vista de lo expuesto, se infiere claramente que, poco a poco, el contenido personalísimo de la responsabilidad a que queda afecto el cuerpo mismo del deudor - su integridad física y su libertad- va atenuándose hasta adquirir fisonomía exclusivamente *patrimonial* consustanciándose por imperio de la ley con toda obligación, por el mero hecho de existir y sin necesidad de acto jurídico especial que la constituya: el débito engendra por sí mismo, autónomamente, la responsabilidad. Las antiguas formas de que ésta nacía se proyectan ahora sobre los contratos de débito; más al cambiar las circunstancias y las ideas políticas, cambia también la naturaleza de estos contratos, que en adelante engendran derechos perfectos de crédito, haciendo “personalmente” responsable al deudor con todos sus bienes³². Así, de los primitivos actos de responsabilidad o “vinculación” -*nectere, obligare*- y los correlativos de “liberación” -*solvere, liberare*- se originan las verdaderas obligaciones, y de los antiguos poderes despóticos del acreedor sobre el cuerpo y la libertad del deudor “vinculado” brota la materia en que el arte plástico de la romana jurisprudencia había de modelar este Derecho de obligaciones que, trasplantado a los códigos modernos, domina toda la vida social del presente³³.

actio in personam se produce con la introducción de la *legis actio per conditionem* y los *iudicia bonae fidei*; en un momento posterior se transforman en *obligationes* las causas en que podía basarse la *legis actio per manus iniectioem*; todavía más tardíamente, y por obra de la Jurisprudencia del Principado, tiene lugar el reconocimiento de una relación obligatoria de naturaleza patrimonial cuando la causa es un acto o hecho ilícito, asimilándose la *poena* a un *debitum*”.

³²DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones de Derecho Privado Romano*² (Madrid, 1997) p. 253 ss.

³³SOHM, *Instituciones de Derecho Privado Romano*¹⁷, trad. Esp. W. Roces (Madrid, 1936) p. 324.

La noción de *obligatio civilis* supone, como hemos dicho, la unión del *debitum* y la responsabilidad en la misma persona del *obligatus*. Y además la *obligatio civilis* significó la aparición de una nueva concepción del *ius*, concebido como un *vinculum iuris*, que impone un deber jurídico de cumplir nacido de una promesa verbal solemne que engendraba una *obligatio verbis contracta* desde las XII Tablas. El *sponsor*, figura antigua de garante personal, utilizado ya en las relaciones internacionales como rehén responsable en los pactos, cuya promesa era la *pax* (*pacem futuram spondes?*), como fue el caso de las Horcas Caudinas, se presenta ya desde las XII Tablas como *obligatus ex sponsione*, sujeto al cumplimiento de la función de garante frente al *stipulator*, parte activa, que podría utilizar una *actio in personam* contra el *obligatus* incumplidor o imputable³⁴. La *actio* ocupa el derecho subjetivo, que los romanos no elaboraron, y de ahí que la contraposición entre derechos reales y *obligationes* aparezca en el proceso romano como diferenciación entre *actiones in rem* y *actiones in personam*. Los llamados derechos reales (*iura in re*) responden a la noción de *ius* como poder dominical, mientras que el *agere in personam* supone la vinculación de la persona del *obligatus*, gravado con el deber jurídico de cumplir una promesa y obligado a comparecer *in iure* para explicar su actitud y asumir su responsabilidad como demandado³⁵.

Desde el punto de vista histórico hay que advertir que la relación de obligación no era vista bajo el lado del deber jurídico en los derechos primitivos, sino como una relación de responsabilidad. En ese sentido, la romanística alemana ha venido calificando como negocios de responsabilidad (*Haftungsgeschäfte*) aquellos en los

³⁴Sobre las primitivas aplicaciones de la *sponsio*, *vid.*, por todos, PASTORI, *Sponsio et stipulatio. Storia e struttura giuridica degli istituti. Corso di diritto romano* (Milán, 1956-57) p. 57 ss.

³⁵FUENTESECA, “Visión procesal de la historia del contrato en Derecho clásico romano”, en *Estudios d’Ors*, cit., I, p. 469 ss.

cuales respondía el sujeto en su propia persona³⁶. Kunkel³⁷ considera que el concepto de débito se formó relativamente pronto como lo prueba el *dare oportere ex sponsione* de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* transmitida por el nuevo Gayo de los papiros³⁸ (P. S. I, XI, 1182, 185 ss= Gayo IV, 17 a). Efectivamente, la noción de *obligatio* como *vinculum iuris* y, por tanto, como deber jurídico de conducta, aparece con la laicización de la *sponsio* en las XII Tablas. Sin embargo, la primitiva responsabilidad corporal desaparece lentamente sustituida por la simple responsabilidad patrimonial, evolución que concluye a fines de la República.

Asimismo, es necesario mencionar la interpretación de la teoría germana sobre la dualidad débito-responsabilidad, en la que Kunkel corrige a Jörs³⁹, con una matización decisiva. En efecto, según afirma Kunkel, débito y responsabilidad son dos raíces distintas y coexistentes del concepto germánico de obligación, pero en realidad se presentan en sucesión histórica. La concepción primitiva del Derecho como un complejo de relaciones dominicales, vio como predominante el modelo de la responsabilidad, en cambio, la concepción posterior más avanzada, que considera el ordenamiento como un sistema de derechos y deberes se fija con preferencia en el débito y en el deber de cumplir del *obligatus*.

³⁶Vid., KASER, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 146 ss.

³⁷JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado Romano*, trad. Esp. Pietro Castro (Barcelona, 1936) p. 86.

³⁸FUENTESECA, “Origen del concepto romano de *obligatio*”, en *Estudios Roca Sastre*, I, p. 111-152.

³⁹JÖRS-KUNKEL, *Derecho Privado*, cit., p. 86, nt. 2.

La noción de *obligatio civilis* surgió, como hemos expuesto, en la esfera del proceso en época de las XII Tablas, cuando se admitió una *legis actio sacramento in personam* para exigir el cumplimiento de una promesa ex *sponsione*⁴⁰. Frente a la pregunta del *stipulator* (*spondes mihi?*) el *sponsor* debería responder *spondeo* (=prometo) para que surgiese una *obligatio verbis*, que no implicaría un vínculo físico del promitente sino un vínculo *iuris civilis*. Además, esta *obligatio verbis contracta* sería también la primera figura romana de un contrato obligacional. Se ha admitido que la figura contractual denominada *sponsio-stipulatio* constituiría la figura matriz del contrato obligacional y el primer contrato de crédito desde las XII Tablas⁴¹.

Para Kaser, los *Herrschaftsrechte* sobre personas y cosas supone en el derecho de apoderarse del responsable (*Zugriffsrecht*). La *obligatio* podría surgir también de la responsabilidad delictual como resultado de un pacto de reparación del delito, porque éste, por sí mismo, generaría una *obligatio* según recientes hipótesis⁴². En definitiva, según Kaser, *obligare* significa *nectere* y, en primer lugar, sujeción corporal y posteriormente un vínculo ideal. La responsabilidad (*Haftung*) equivale para Kaser a un tipo de vínculo pignoraticio de prenda personal en sus orígenes.

Podría decirse que se ha producido un cierto acercamiento entre las teorías romana y germánica. Sin embargo, a modo de conclusión sobre este punto, no resulta fácil admitir una protohistoria de la *obligatio*, como pretende Biscardi, en que

⁴⁰Sobre la enigmática *legis actio sacramento in personam*, vid., FUENTESECA, “¿Existió la denominada *legis actio sacramento in personam*?”, en AHDE (1955) p. 543 ss.

⁴¹BEHRENDTS, *Der Zwölftafelprozeß* (Gotinga, 1974), p. 34.

⁴²KASER, *Das altrömische “Ius”*, cit., p. 150.

obligatio rei y *obligatio personae* constituyesen un *genus* único. Admitir que la *obligatio* romana haya comprendido los dos aspectos de débito y responsabilidad y que el *sponsor* responderá de la conducta de otro, nos reconduce -como afirma Talamanca⁴³- a la problemática de la *stipulatio-sponsio*. Kunkel analizó agudamente este tema afirmando que dogmáticamente *debitum* y responsabilidad forman una unidad orgánica⁴⁴, pero en la realidad aparecen como momentos históricos distintos.

II. LA OBLIGATIO CLÁSICA: EVOLUCIÓN POSTERIOR.

La doctrina clásica dominante usaba los términos *obligatio* y *obligare* dentro de la esfera propia del derecho privado, limitando su aplicación al *ius civile*. Según estos autores, *obligatio* era un vínculo jurídico entre dos personas, que implicaba un deber de una de éstas respecto a la otra, reconocido por el *ius civile* y susceptible de hacerse efectivo mediante una *actio in personam*⁴⁵. El problema, a partir de Windscheid, se orientó hacia un planteamiento más profundo, concretamente a la naturaleza misma del sistema jurídico romano: ¿los romanos reconocían directamente derechos subjetivos o simplemente *actiones*? No es posible describir aquí más ampliamente la polémica en torno a este tema, en especial en Alemania, hacia fines

⁴³TALAMANCA, *Instituzioni di diritto romano* (Milán, 1990) p. 501 ss.

⁴⁴JÖRS-KUNKEL, loc. cit. en nt. 39.

⁴⁵En esta corriente doctrinal se hallan PEROZZI, *Le obbligazioni romane* (Bologna, 1903)=*Scritti* II (1948); ARANGIO-RUIZ, *Le genti e le città Scritti* I, p. 519 ss.; ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. Le obbligazioni. Parte Generale* (Milán, 1947). Una solución intermedia de SEGRÉ, “*Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza clásica e del tempo di Diocleziano*”, en *Studi Bonfante*, III, no supuso una solución convincente.

del siglo pasado, pero sí creemos oportuno señalar que la función del pretor en el *edictum* parece limitada a otorgar *actiones*, y no a crear derechos *-iura-*. En este sentido, p. ej. Reconoce Gayo, III, 32 que *praetor heredes facere non potest, per legem enim tantum... heredes fiunt, velut per senatus consultum et consitutionem principalem...* El argumento procesalmente más importante de Windscheid consiste en valorar como una prioridad la facultad pretoria de *dare vel denegare actionem* y, por ello, supone que la *actio* tendría la supremacía⁴⁶.

Así las cosas, *obligatio* fue un concepto limitado al *ius civile*, lo mismo que los conceptos de *dominium*, *heres*, *hereditas*. No existió *obligatio* honoraria alguna, como no existieron el *dominium honorarium* (o *praetorium*) ni el *heres honorarius* (o *praetorius*). Si una persona estaba vinculada *iure praetorio* para hacer algo en favor de otra, esta relación no venía expresada con los términos *obligatio* y *obligare*. Los juristas clásicos decían que en tales casos *actione tenetur*, o usaban las palabras *debere* o *adstringere*, vocablos cuyo campo semántico abarcaba deberes de todo género. El edicto evita el uso de *obligatio* y *obligare* y los juristas limitaron el empleo de estos términos al *ius civile*⁴⁷.

⁴⁶Para M. FUENTESECA, cabe objetar que el *praetor* en el proceso formulario no otorga *actiones*, sino *iudicia*, es decir, *formulae procesales*. El *Edictum* supone un *agere per formulas* frente a las *legis actiones*. A cada *obligatio civilis* corresponde una *actio civilis in personam*. El sistema clásico de los contratos estaba basado en la tipicidad, con *obligationes* concretas y *actiones* también concretas, de tal modo que no existía un concepto general de *contractus* hasta que fue superada la tipicidad contractual. La noción de *contractus* del *ius civile*, que Gayo refleja en su conocida cuatripartición, está encuadrada en el binomio *actio-obligatio civilis*. [Cfr. *El problema de la relación entre "novatio" y "delegatio" desde Roma hasta las codificaciones europeas* (Madrid, 2000) p. 18, nt. 1].

⁴⁷SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, trad. esp. Santa Cruz Teigeiro (Barcelona, 1960) p. 436.

Cuando un deber jurídico era susceptible de hacerse efectivo mediante una extraordinaria *cognitio*, no se emplean tampoco los términos *obligatio* y *obligare*, pues únicamente el deber que podía hacerse efectivo por una *actio in personam* era constitutivo de *obligatio*⁴⁸. Deberes derivados de un *ius in rem* y que pueden hacerse efectivos mediante una *actio in rem*, no eran tampoco *obligationes*. Así, por ejemplo, el propietario de una cosa puede exigir su restitución mediante una *reivindicatio*, incluyendo en ella la reclamación de los frutos y los daños. Los juristas cuando hacen referencia a estos casos dicen *rem, fructus restituere debet* o *restituere eum oportet*, evitando el ejemplo de las expresiones *obligatio* y *obligare*⁴⁹.

La obligación del derecho clásico recae sobre actos ajenos, de interés patrimonial, y sólo puede hacerse efectiva contra determinada persona, que es el deudor (*debitor*). Mientras que la propiedad, por ejemplo, puede ostentarse contra cualquiera –*erga omnes*– los derechos nacidos, verbigracia, de un contrato de venta sólo pueden esgrimirse contra uno: contra el vendedor; los provenientes de un arrendamiento, contra el arrendatario, y así todos. Es decir, que los derechos de crédito tienen únicamente validez relativa y cífranse en la facultad de exigir que una persona concreta y determinada –el deudor– obre de un cierto modo. En esta obligación del deudor se resumen todas las energías del derecho de crédito. Los deberes que entrañan para terceras personas los derechos reales –por ejemplo, el de restituir al propietario una cosa ajena– no son verdaderas obligaciones sino simple secuela del derecho real y parte de su contenido. En cambio, las obligaciones en

⁴⁸*Ibid.*, donde añade: “Así, por ejemplo, cuando se imponía a un heredero un *fideicommissum*, el heredero debía realizar algo en beneficio del *fideicommissarius*, pero este deber, no constituía tampoco una *obligatio* porque la *persecutio fideicommissi* no era una *actio* propiamente dicha.

⁴⁹*Ibid.*, p. 437.

sentido estricto plasman por sí solas el contenido de un derecho y le dan forma independiente, vida propia y autonomía de disposición en el comercio jurídico.

Estas obligaciones del derecho progresivo no entrañan ya un estado de sujeción personal del deudor, al modo antiguo, ni confieren al acreedor facultades despóticas de muerte, esclavización y venta de su persona en caso de incumplimiento. Diferéncianse en esto, además, de los modernos derechos de familia y de los deberes públicos, que encierran siempre una relación recíproca de supremacía y subordinación entre dos voluntades. Las obligaciones no coartan la plena libertad del deudor. Este no queda personalmente a merced del acreedor, el cual no es dueño de constreñirle por sus medios privados de fuerza a cumplir la prestación. La libertad personal es inalienable y no puede dejarse al arbitrio de otra persona por acto o contrato. Para ejecutar coactivamente la obligación es preciso invocar al auxilio del Estado y sus tribunales mediante la demanda⁵⁰.

Precisamente por esto, porque no deben degenerar en un estado de sujeción contrario a la libertad humana, las obligaciones del derecho clásico sólo pueden versar sobre actos patrimoniales que no vayan en menoscabo de la independencia personal del deudor. Éste, en último término, puede desentenderse de la obligación sacrificando, para indemnizar al acreedor, la parte necesaria de su patrimonio. Como se ve, las obligaciones no pesan nunca sobre la persona del deudor ni asumen eficacia directamente real sobre un objeto determinado, como tampoco entrañan fuerza constrictiva capaz de coartar los poderes de libre disposición; su acción se ciñe a la personalidad patrimonial del deudor, y se traduce, en caso necesario, en el derecho de reclamar la consiguiente indemnización de daños y perjuicios.

⁵⁰SOHM, *Instituciones*, cit., p. 325.

La época postclásica intentó en esta materia como en otras distintas, realizar la fusión del *ius civile* y del *ius honorarium*. La *obligatio* honoraria no fue ya considerada como una contradicción en los términos y cuando se daba una *actio in personam*, los juristas no dudaron en admitir la existencia de una *obligatio*. Además, como por otra parte la distinción clásica entre procedimiento ordinario y extraordinario, había desaparecido, los deberes jurídicos que en la época clásica sólo podían hacerse efectivos mediante una extraordinaria *cognitio*, fueron ahora denominados también *obligationes*. Este nuevo concepto de *obligatio* se abre paso en los textos clásicos, mediante glosas e interpolaciones que oscurecieron la primigenia terminología.

III. LA CLASIFICACIÓN ROMANA DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES.

Como es sabido, son fuentes de las obligaciones aquellos hechos jurídicos que determinaban que naciera una obligación entre dos o más personas. En la tradición jurídica occidental de raíz romanística, la clasificación de las fuentes de las obligaciones ha estado ligada a un enfoque sistemático que tiene su origen en las *Institutiones* de Gayo –primera obra jurídica romana donde se plasma el modelo griego de sistema- y que, tras los retoques introducidos por el incierto autor de las *Res cottidianae*, alcanza su configuración definitiva romana en las *Institutiones* de Justiniano. Las clasificaciones que pueden encontrarse en muchos códigos civiles modernos son evidentemente deudoras del célebre modelo gayano-justiniano. Así sucede, por ejemplo, en el Código Civil español, donde el art. 1089 dice. “Las

obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”⁵¹.

Según Gayo (3, 88) -que abre así su exposición del derecho de obligaciones- *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*. Para el jurista ésta constituye – a tenor de sus propias palabras- la *summa divisio* de las fuentes de las obligaciones. El sentido que, a nuestro entender, Gayo quiere dar a *summa divisio* es el más general, que incluye a todas las obligaciones posibles sin exceptuar ninguna⁵², del mismo modo que cuando habla de *summa divisio personarum*⁵³ el jurista se refiere a

⁵¹Esta última formulación se emplea para no utilizar los conceptos del delito y cuasidelito, según PARICIO, “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana, en *Estudios Murga*, cit., p. 49, nt. 1.

⁵²PEROZZI, “Le obbligazioni romane”, cit., p. 350; ALBERTARIO, *Corso di Diritto romano. Le obbligazioni* (Milán, 1947) P. 139; SCHULZ, *Classical Roman Law* (Oxford, 1951) p. 466; SCHERILLO, *Lezione sulle obbligazioni* (Milán, 1961) p. 241; BISCARDI, “Postille gaianae”, en *Atti del Simposio romanistico. Gaio nel suo tempo* (Nápoles, 1966) p. 22 ss.; LONGO, “I quasi delicta. Actio de effusis et deiectis. Actio de positis ac suspensi”, en *Studi Sanfilippo IV*, p. 403, QUADRATO, *Le Institutiones nell’insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii* (Nápoles, 1979); PARICIO, *Los cuasidelitos. Observaciones sobre su fundamento histórico* (Madrid, 1987) p. 23. Contra, *vid.* Por todos, WOŁODKIEWICZ, “*Obligaciones ex variis causarum figuris*. Ricerche sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni nel diritto romano clásico”, en *RISG XCVII* (1970) p. 130 ss., con bibliografía: “La *summa divisio* delle obbligazioni é la distinzione piú importante (sotto un aspetto classificativo), ma non esclude, entro quella distinzione altre categori che il giurista teniendo conto della semplicitá della lezione, non voleva trattare in modo piú particolareggiato”, y ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Cape Town-Wetton-Johannesburgo, 1990) p. 14.

⁵³Gayo 1, 9 (=D. 1, 5, 3).

que “todos los hombres o son libres o son esclavos”, o cuando trata la *summa divisio rerum*⁵⁴ incluye a todas las res que son *divini aut humani iuris*.

Por lo que respecta a la controvertida cuestión sobre el origen de la bipartición gayana de las fuentes de las obligaciones, las posiciones doctrinales son de gran disparidad debido a la falta de fuentes que aseguren directamente la existencia de una clasificación similar perteneciente a algún jurista anterior a Gayo⁵⁵. Ciertamente, Gayo pudo recibir la influencia de algún otro jurista, sobre todo si pensamos que no era un jurista original y profundo; con todo, parece mucho más prudente dejar en suspenso esto último al no existir prueba segura de cuál fue la supuesta obra que pudo tener influencia en la *Institutiones*.

La bipartición gayana se fundamenta, pues, en la contraposición entre *contractus* y *delictum*: una persona es deudora de otra, o porque así lo han convenido de común acuerdo, o porque la primera ha realizado contra la segunda un acto ilícito que debe reparar. A tenor de la terminología de la era gayana *contractus* es sinónimo

⁵⁴*Ibid.* 2,2 (=D. 1, 8, 1, pr.).

⁵⁵En fuentes posteriores a Gayo, la división contrato-delito aparece en Ulpiano, D. 5, 1, 18; 5, 1, 57; 14, 5, 4; 46, 1, 8; 50, 16, 12 pr. y Paulo, D. 5, 3, 14. Con todo, no falta quien haya sostenido que la distinción contrato-delito debe retrotraerse a la época de Servio Tulio (En tal sentido de pronuncia ALBERTARIO, *Corso di Diritto romano*, cit., p. 141, con base en Dionisio de Halicarnaso), pasando porque fue ideada en época republicana [Así, PEROZZI, “Le obbligazioni romane”, cit., p. 350, nt. 1; RICCOBONO, “Dal diritto romano clásico al diritto moderno: la dottrina delle *obligationes quasi ex contractu*”, en *Annali Palermo* III-IV (1917) p. 275; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., p. 293], hasta llegar a considerar que fue una creación propia de Gayo influido por la filosofía griega [SCHULZ, *Classical*, cit., p. 467, le siguen ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 10 y TALAMANCA, *La filosofía greca e il diritto romano* II (Roma, 1977) p. 204, nt. 579].

de “acuerdo de voluntades” y el propio Gayo (3, 89) distingue cuatro tipos de los mismos: I) contratos reales (*re contrahitur obligatio*), en los que la obligación surge por la entrega de la cosa; II) contratos verbales (*verbis contrahitur obligatio*), que para la producción de la obligación requieren la pronunciación de ciertas palabras; III) contratos literales (*litteris contrahitur obligatio*, perfeccionados por la forma documental; IV) contratos consensuales (*consensu contrahitur obligatio*), en los que la obligación nace por el simple consentimiento sin forma⁵⁶. Esta cuatripartición debe ser originaria del propio Gayo, pues parece improbable que el jurista la tomara en esos precisos términos de autores anteriores, aunque estaría lejos de la realidad creer que carezca de entronque con el pensamiento de la jurisprudencia precedente⁵⁷. Por otra parte, en su clasificación de las fuentes de las obligaciones en sentido estricto, protegidas por acciones personales civiles cuya fórmula llevaba el verbo *oportere* en la *intentio*, bien solo o bien acompañado, en determinadas ocasiones, de la cláusula de buena fe: *oportere ex fide bona* o equivalente⁵⁸. La noción de *contractus* del *ius*

⁵⁶DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, cit., p. 261.

⁵⁷Acerca de las posibles influencias de la filosofía griega en la clasificación cuatripartita gayana, cfr., por todos, GROSSO, “Influenze aristoteliche nella sistematizzazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana”, en *La filosofía greca e il diritto romano*, cit., I, p. 140 y KASER, “*Divisio obligationum*”, en *Studies Thomas* (Londres, 1983)=*Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Viena-Colonia, 1986) p. 162.

⁵⁸Lo que sucede en la *actio fiduciae*: “*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudationes*, vid., LENEL, *Das Edictum Perpetuum* ³ (Leipzig, 1927) p. 292; NOORDRAVEN, “Die fiducia im römischen Recht”, en *Index* 18 (1990) p. 249 ss. La discusión sobre estos textos ha sido replanteada en tiempos más recientes por C. FUENTESECA, *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Barcelona, 1997) p. 25 ss. Lo mismo acaece en la *actio rei uxoriae*: “*quidquid ob eam rem melius aequius erit Nm. Nm. Aae. Aae. Reddi oportet*”, vid. PARICIO, *Estudio sobre las “acciones in aequum conceptae”* (Milán, 1986) p. 105 ss. Sobre el *oportere* simple y el *oportere ex fide bona*, vid. KASER, “*Oportere und ius civile*, en *ZSS* 83 (1966) p. 1 ss. 25 ss.

civile, que Gayo refleja en su cuatripartición, está, pues, encuadrada en el binomio *actio-obligatio* civiles. Gayo deja en la referida cuatripartición dos concepciones distintas de la idea contractual. La primera y más antigua se refleja en los tres primeros miembros de la cuatripartición gayana (*obligationes re, verbis, litteris contractae*) que parecen tener como eje la idea de *contrahere obligationem*. En cambio, en el cuarto miembro de la cuatripartición las *obligationes consensu contractae*, responden a la idea de *contrahere negotium*, que procede de otra línea evolutiva, los *iudicia bonae fidei*, que reflejan una condición bilateral y sinalagmática de la *obligatio* y que tienen su sede en el título XIX del *Edictum (De bonae fidei iudiciis)*, cuya rúbrica original quizá tuvo su sede en el *Edictum peregrino*. La inserción de las *actiones bonae fidei* en la cuatripartición gayana quizá se deba a la fusión de los edictos urbano y peregrino, puesto que en éste se hallarían las *obligationes* que exigían una *bona fides* recíproca: *quidquid alterum alteri dare facere oportet ex fide bona*. Esta mención de reciprocidad de la *obligatio ex fide bona* rompió el binomio *actio-obligatio* civiles y con esta ruptura se superó la tipicidad imperante en el sistema contractual romano. El *contractus* deja de ser una figura tipificada para convertirse en un concepto genérico que se aproxima a la *conventio*⁵⁹.

Lo dicho es seguro para la exposición gayana relativa a los contratos, pero también lo es para su exposición de los delitos. Mediante la palabra *delictum* Gayo, 3, 182 indicaba cuatro actos ilícitos: el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*. Como consecuencia de la comisión de cualesquiera de estos *delicta*, el *ius civile* hacía nacer una *obligatio* entre el autor del acto ilícito y la víctima, consistente

⁵⁹Ante la imposibilidad de reproducir la bibliografía extranjera, *vid.*, en España: FUENTESECA, “Los sistemas expositivos de las obligaciones contractuales en la Jurisprudencia romana y la idea de *contractus*”, en AHDE XXIII (1953) p. 539-577; ID., “Visión procesal del contrato”, *cit.*, p. 469-516; ID.; “Origen del concepto romano de la obligación”, *cit.*, p. III-152.

en el pago por el primero al segundo de una pena pecuniaria. Los cuatro delitos mencionados tienen carácter civil, lo que no impide que en época clásica su regulación fuera en gran medida pretoria, pues el pretor o bien complementó las antiguas acciones civiles con otras nuevas, o bien reemplazó las acciones arcaicas que habían quedado inadecuadas por otras pretorias⁶⁰. En efecto, en el delito de hurto - respecto al cual la *rapina* es sólo una variante agravada- junto a las acciones civiles existieron en la época clásica distintas *actiones in factum*; en el delito de daños, junto a la acción civil de la *lex Aquilia* se introdujeron también en el *Edictum* distintas *actiones utiles* o *in factum*; y en el delito de injurias, la antigua sanción civil quedó reemplazada por la nueva *actio iniuriarum*- que presenta en el Edicto distintas fórmulas según el tipo de injuria producido- de naturaleza pretoria. En todo caso, y pese a estas matizaciones, se trata siempre de antiguos delitos civiles. Las *obligationes ex delicto*, aparecen como un *genus* único (... *uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus*: Gayo, 3, 182). Esta información gayana refleja una confusión entre *genus* y *species*, quizá debida a la tardía elaboración de la *obligatio ex delicto*, hasta su incorporación al mecanismo procesal de la *obligatio civilis* mediante una *intentio* dirigida a una exigencia única: *damnum decidere oportere*⁶¹. Del delito nace una sola forma de *obligatio* que exige la reparación del daño cometido. La noción de *obligatio civilis* supone, como hemos dicho, la unión del *debitum* y la responsabilidad en la misma persona del *obligatus*.

⁶⁰Vid., a este respecto, RODRÍGUEZ-ENNES, “Los actos ilícitos de derecho honorario”, en *Estudios Murga*, p. 921-945.

⁶¹En este sentido, vid. FUENTESECA, M., *El delito civil en Roma y en el derecho español* (Valencia, 1997).

Teniendo a la vista lo anteriormente expuesto, de la definición gayana se infiere con claridad que la limitación del elenco de las fuentes a los acuerdos de voluntades y a los actos ilícitos era notoriamente insuficiente ya para los juristas de su tiempo. En efecto, la identificación de *contractus* con acuerdo dejaba al margen de las fuentes de las obligaciones a una gran cantidad de actos ilícitos que engendran una *obligatio* y que no encajan en la *summa divisio* gayana; por ejemplo, un legado o el pago hecho indebidamente (*solutio indebiti*), que engendra en quien lo recibió la obligación de devolverlo⁶². Por ello, la dicotomía contratos/delitos de las *Institutiones* se convierte en una tripartición en las *Res cottidianae*, donde se afirma que toda obligación o nace de contrato, o de delito, o de cierto derecho por distinto tipo de causas: *obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (D. 44, 7, 1, pr.)⁶³. A las dos fuentes de las *Institutiones*, *contractus* y *delicta*, se le añadieron las “varias figuras de causas” – *variae causarum figurae*–, donde se incluyen los otros actos ilícitos productores de obligaciones, semejantes a los contratos, pero que no pueden calificarse propiamente de tales al faltar el acuerdo de voluntades –como los ya mencionados pago de lo indebido y legado obligacional- y algunos actos que no cabía tipificar como *delicta* aunque de ellos surgiera una obligación similar a la que nace *ex delicto* –como el arrojar líquidos y sólidos desde un edificio a la vía pública causando daños a los viandantes (*effusum vel deiectum*)⁶⁴.

⁶²DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Institutiones*, cit., p. 261.

⁶³Como curiosidad, cabe recordar que, tras la reforma del 1942, el artículo 1173 del “Codice Civile” italiano vuelve a reproducir al cabo de los siglos la tripartición de las *Res cottidianae*: “las obligaciones nacen de contrato, de hecho ilícito, o de cualquier otro acto o hecho idóneo para producirlos conforme con el ordenamiento jurídico”.

⁶⁴Sobre el *edictum de effusis vel deiectis*, vid., nuestros trabajos: “El edicto *de effusis vel deiectis* y la problemática urbanística romana”, en *Estudios Otero* (Santiago, 1981) p. 301 ss.; “Notas sobre el

Un aspecto muy debatido por la doctrina durante los últimos tiempos ha sido el de la autoría de las *Rex cottidinae (sive aurea)*⁶⁵, que son atribuidas a Gayo en el Digesto tanto en los veintiséis fragmentos que los compiladores tomaron de dicha obra⁶⁶ como en el *Index Florentinus*⁶⁷. La hipótesis mayoritaria y tradicional es la de

elemento subjetivo del *edictum de effusis vel deiectis*”, en IURA 35 (1984) p. 90 ss.; “Notas sobre el elemento objetivo del “*effusum vel deiectum*”, en Estudios *Vallet de Goytisolo* 2 (Madrid, 1989) p. 117 ss.

⁶⁵Acerca de la paternidad de las *Res cottidianae (sive aurea)*, cfr. COMA FORT, *El derecho de obligaciones en las “Res cottidianae”* (Madrid, 1996), p. 14 ss., al que seguimos particularmente en este punto. Por lo que hace a la denominación concurrente *aurea*: MOMMSEN, *Epimetrum*, en *Coll. Libr. Iur. Anteiust.* I, p. LXVI: “*Aureos certe Gaius ipse rerum quotidianarum libros non appellavit. Sed tamen id posteriores operi multum lectitatio imposuerunt*”. En el mismo sentido, LENEL, *Paling.* I, col. 251, nt. 3: “*Aureorum nomen non a Gaio adiectum esse, sed scholarum usui deberi veri simile est*”. Por lo demás, SCHULZ, *History of Roman Legal Science* (Oxford, 1953) p. 167, traduce la expresión *Res cottidianae* como “*cottidianus means here rather usual, familiar, common, and Res cottidianae are thus the elementary topics of the traditional academic curriculum*”. GIUFFRÉ, *Il diritto dei privati nell’esperienza romana* (Nápoles, 1993) p. 385, se refiere a los *libri aureorum* como “*il manuale da tenere tutti i giorni sullo scrittoio, il repertorio degli istituti piú importanti*”.

⁶⁶Por contra, el Digesto sólo cita quince veces las *Institutiones* gayanas. Vid., LENEL, *Paling.* I, 404-417, col. 242. FERRINI, “Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano”, en *Opere* II [=BIDR XIII (1900) p. 315] considera “preferible” las *Res cottidianae* por utilizar una sistemática más perfeccionada, de ahí que los compiladores les den un mayor relieve tanto en la composición del Digesto como en la de las *Institutiones*.

⁶⁷Según los compiladores la obra constaba de siete libros, pero los fragmentos que tomaron de ella proceden todos de los tres primeros. Una explicación posible de este hecho la proporciona SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, cit., p. 168: “*the remaining four books were just Gaius Institutes*”. Para COMA FORT, *El derecho de obligaciones*, cit., p. 15, nt. 5: “*los siete libros del*

que las *Res cottidianae* se deberían a un reelaborador de la primera época postclásica que trabajaba sobre la obra de Gayo⁶⁸. Empero, recientemente se ha abierto camino de nuevo la hipótesis más antigua proclive a admitir la autoría gayana⁶⁹.

Algunos autores, tanto antiguos como modernos han supuesto que el elemento unificador de las *variae causarum figuris* tal vez fuera el de la responsabilidad por culpa⁷⁰, pero una interpretación de este tipo no resulta sostenible. En efecto, aparte de que no se respondería por culpa sólo en esos casos, pues basta recordar que la responsabilidad en el *damnum iniuria datum* era por culpa (y el delito de daños fue

Index Florentinus no tuvieron por qué existir, sino que podría deberse a un error del copista, que confundió la numeración romana de un tres por la de un siete”.

⁶⁸Dentro del sector de autores que consideran postclásicas las *Res cottidianae*, hay que destacar por su originalidad la hipótesis de ARANGIO-RUIZ, “Ancora sulle *res cottidianae*”. *Studio di giurisprudenza postclassica*, en *Studi Bonfante* I, p. 491 ss., a favor de la existencia de dos manuscritos de las *Res cottidianae*, uno empleado en la redacción de los fragmentos del Digesto y otro en la elaboración de las Instituciones de Justiniano. En una línea parecida WOLFF, “Zur Geschichte des Gaiustextes”, en *Studi Arangio-Ruiz* IV, p. 171 ss. Considera no sólo postclásicas las *Res cottidianae*, sino también el manuscrito veronés de las Instituciones de Gayo que se ha conservado. SCHULZ, *History*, cit., p. 167, nt. 9, piensa en una obra postclásica occidental. Más modernamente, WOŁODKIEWICZ, “*Obligaciones ex variis causarum figuris*”, cit. p. 84, nt. 2, con bibliografía. Últimamente de esta opinión PARICIO, “Las fuentes de las obligaciones”, cit., p. 54-55.

⁶⁹Así, por ejemplo, HONORÉ, *Gaius* (Oxford, 1962) p. 68 ss.; GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos* (Madrid, 1990) p. 51 ss.; DE MARTINO, “*Litem Suam Facere*”, en *BIDR* 91 (1988, pero publ. 1992) p. 10 y 17 ss.

⁷⁰Esta interpretación ya la defendieron autores antiguos como Cujacio, Pothier e Heinecio, y en el siglo XX distintos autores desde Albertario; *vid.*, con referencias, STEIN, “The Nature of quasi-delictal Obligations in Roman Law”, en *RIDA* 5 (1958) p. 564 ss.

siempre eso: un delito en sentido estricto, nunca un “cuasidelito”), debe tenerse en cuenta que el criterio de la responsabilidad por culpa aparece en las *Res cottidianae* sólo en lo que afecta a la acción que procedía contra el juez (D. 44, 7, 5, 4) y en la acción contra los *nautae*, *caupones* y *stabularii* (D. 44, 7, 5, 6) pero no así en los otros dos supuestos: *effussum vel deiectum* y *positis vel suspensis*⁷¹.

Tampoco puede aceptarse que el criterio que daría unidad a estos cuatro casos sería la responsabilidad por hechos ajenos. Una responsabilidad de este tipo puede sostenerse en la acción contra los navieros, posaderos y dueños de establos por los delitos cometidos por el personal de sus establecimientos y también (aunque con alguna matización) en la *actio* de *effusis vel deiectis* y en la *actio* de *positis vel suspensis*, pero no así en la acción contra el juez *qui litem suam fecit*, pues con independencia de la interpretación que se de a este ilícito judicial⁷², lo que al juez se le reprochó directamente fue una concreta actuación personal.

La solución que en los últimos años parece imponerse paulatinamente en el ámbito doctrinal es la que considera que el factor originario que pudo dar unidad a esos cuatro supuestos sería el de la llamada “responsabilidad objetiva”⁷³; pese a que

⁷¹En relación con este ilícito pretorio, cfr. RODRÍGUEZ-ENNES, “Algunas observaciones acerca de la *actio de positis vel suspensis*”, en *Estudios Arias Bonet*, RFDUM 16 (1989) p. 689 ss.

⁷²Vid., CREMADES-PARICIO, “La responsabilidad del juez en el Derecho romano clásico”, en *AHDE* 54 (1984) p. 186 ss. Más modernamente, LAMBERTI, “Riflessioni in tema di *litem suam facere*”, en *Labeo* 36 (1990) p. 218 ss. y DE MARTINO, “Litem suma facere”, cit., p. 1 ss.

⁷³Ya en este sentido, STEIN, “The Nature of quasi-delictal”, cit., p. 569; HÜBNER, “Zur Haftung des *iudex qui litem suma fecit*”, en *IURA* 5 (1954) p. 202; D’ORS, “Litem suam facere”, en *SDHI* 56 (1990) p. 443 ss.; PARICIO, *Los cuasidelitos*, cit., p. 47 ss.; BURDESE, rec. en *SDHI* 56 (1990) p. 443 ss., GIMÉNEZ-CANDELA, *Los llamados cuasidelitos*, cit., p. 159 ss.

no resuelva enteramente el problema, se debe reconocer que ninguna otra solución satisface tanto como ésta. En efecto, refiriéndonos de momento a la época clásica, en los casos sancionados entre la *actio de effusis vel deiectis* y *de positis vel suspensis*, el *haborator* era responsable de unos hechos que habitualmente serían ajenos a su dolo o a su culpa⁷⁴; en la acción contra los navieros, posaderos o dueños de establos por los delitos de sus dependientes, los mencionados eran responsables de unos hechos dolosos o culposos de otros, independientemente del dolo o la culpa del *nauta*, del *caupo* o del *stabularius*⁷⁵; por último, en el supuesto del juez que hizo suyo el litigio, éste era responsable en época clásica por el hecho de haber frustrado el litigio, independientemente de su dolo o de su culpa⁷⁶. Así, pues, la diferencia clásica entre los delitos y esos cuatro supuestos resultaría diáfana: mientras en los *delicta* la condena pecuniaria dependía del *dolus malus* o, en los delitos culposos, de la culpa del autor, en esos otros cuatro casos no se tomaba en consideración el elemento

⁷⁴Evidentemente, en *el effusum vel deiectum* no debe frustrarse la satisfacción del lesionado, simplemente porque no se pueda asegurar quién haya sido en verdad el causante del evento damnificador. Razones de equidad abonan la configuración de esta responsabilidad objetiva, cuando no pueda individualizarse al autor del hecho. Sin ella flaquearía gravemente la noción básica de resarcimiento que debe acompañar como sombra a toda víctima de un acto dañoso. Es obvio que en multitud de siniestros desgraciados resulta vano poner frente a frente a dos individuos para, en un subjetivismo exacerbado, perderse en un dédalo jurídico de matizaciones, como si antes y por encima de la actuación del agente no hubiese una latente situación de acusado riesgo emanante de una determinada actividad [Cfr. RODRÍGUEZ-ENNES, “Notas sobre el elemento subjetivo del *edictum de effusis vel deiectis*”, en IURA 35 (1984, publ. en 1987) p. 92].

⁷⁵*Vid.*, a este respecto, SERRAO, “La responsabilidad per fatto altrui in diritto romano”, en BIDR 66 (1963) p. 25 ss.

⁷⁶Sobre ese sentido de *litem suam facere*, cfr. la literatura cit. en nt. 73.

subjetivo, pues el *iudex*, el *habitor*, el *nauta*, el *caupo* y el *stabularius* eran responsables independientemente de su dolo o de su culpa. En tales supuestos no cabe aplicar la teoría de la responsabilidad subjetiva con pretensiones de unicidad. Como escribe Luzzatto⁷⁷: “parece antihistórico hablar de responsabilidad subjetiva y objetiva, respectivamente, como de criterios más progresivos o más primitivos de valoración de la responsabilidad; o, sobre otro plano, como atenuación o agravamiento de la misma responsabilidad. En realidad, se trata solamente de dos criterios diversos de valoración, y el problema radica únicamente en ver si tales criterios corresponden a la exigencia y a las concepciones doctrinales de aquel determinado período. La tendencia actualmente dominante –concluye– demuestra que el criterio objetivo puede ser tanto o, incluso, más adaptado a las exigencias del progreso que el subjetivo”.

En todo caso, y a pesar de que lo hasta aquí dicho puede resultar razonable, no queda más remedio que reconocer que la cuestión del criterio que sirvió de fundamento al autor de las *Res cottidianae* para agrupar esos cuatro supuestos presenta obstáculos difícilmente superables.

A continuación, los comisionados justinianos reproducen la antigua clasificación de las *Res cottidianae*, pero dividiendo el tercer grupo de obligaciones en dos: *quasi ex contract* y *quasi ex maleficio* (o *ex delicto*): I, 3, 13, 2: *aut enim ex contractu*⁷⁸ *sunt aut quasi ex contractu aut ex malefici*⁷⁹ *o aut quasi ex maleficio*. Esta

⁷⁷LUZZATTO, “Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale”, en BIDR 63 (1960) p. 71 ss.

⁷⁸Se mantiene en las Instituciones justinianas la cuatripartición gayana de los contratos: reales, verbales, literales y consensuales (I. 3, 13, 2).

⁷⁹Se repiten los ejemplos gayanos: hurto, *rapina*, daños e injurias (I, 4, 1, pr.).

clasificación justiniana puede responder a razones estéticas, de simetría, de superstición, etc⁸⁰. Pero lo cierto es que se trata de una clasificación que responde a la realidad del Derecho de su tiempo. Junto al contrato, una serie de supuestos en los que puede percibirse una analogía con los contratos. Junto al delito, unos pocos casos de responsabilidad objetiva, regidos por la idea de la vinculación de una persona que controla una potencial fuente de peligro para la vida, la salud o el patrimonio de otros. Esta debió ser la idea romana de cuasidelito⁸¹. Desgraciadamente, en el derecho justiniano no quedó claro el fundamento de la responsabilidad cuasidelictual, y ésto influyó en su recepción por la doctrina del derecho común como veremos después.

Se debe notar como cuestión de matiz que en las Instituciones justinianas se alude a las “obligaciones que nacen *quasi ex contractu*” y a las obligaciones que surgen “*quasi ex delicto*”, pero no se habla todavía del “cuasicontrato” y del “cuasidelito”; sin embargo, sería Teófilo, en su Paráfrasis (3, 27, 3; 4, 5 pr., 3) el primero en emplear dichos términos⁸², que harían fortuna y se transmitirían a la tradición romanística posterior. Por lo demás, dejando al margen las muchas críticas vertidas sobre la clasificación justiniana de las fuentes de las obligaciones, destinada a influir durante más de un de un milenio, se debe reconocer que el rigor intrínseco de la misma es muy relativo. Lo primero que llama la atención es la falta de una precisa definición de la categoría de los cuasicontratos y de los cuasidelitos. Su artificiosidad

⁸⁰Cfr. DE LOS MOZOS, “Clasificación de las fuentes de las obligaciones”, en *Seminarios Complutenses de Derecho Romano* VI (1994) p. 116.

⁸¹ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 16.

⁸²*Vid.*, por todos, GALLO, “Per la ricostruzione e l’utilizzazione della dottrina di Gaio sulle *obligationes ex variis causarum figuris*”, en *BIDR* 76 (1973) p. 209 ss.

es evidente, ya que al “cuasicontrato” le falta lo más característico del contrato: el acuerdo, y al “cuasidelito”, o le falta lo más característico del delito, la culpa, o no ofrece, en otros casos, diferencias esenciales con los delitos. Por todo ello, la clasificación cuatripartita resulta igualmente insuficiente y menos ajustada a la realidad que la que refleja el Derecho clásico. Sin embargo, no se ha propuesto para sustituirla una de aceptación unánime que corrija sus inconvenientes; muy al contrario –como a continuación expondremos- se mantuvo en el derecho intermedio y penetró en los códigos modernos, entre ellos el español que la recoge en el art. 1089, a través del Código Napoleónico⁸³, no obstante calificarla el propio Planiol de “sin ser completamente falsa, de superficial” añadiendo que “su nomenclatura es viciosa y responde mal a la realidad”⁸⁴.

IV. DESARROLLO ULTERIOR EN EL DERECHO INTERMEDIO Y EN LAS MODERNAS CODIFICACIONES.

En el Derecho Común se mantuvo la clasificación tradicional de los *Instituta* hasta la época del Racionalismo. A partir de entonces surgen nuevos esquemas⁸⁵. Grocio (*De iure belli ac pacis*, 2, 13, 1) y Puffendorf (*De iure nat. et gent., lib. V*) tratan de desarrollar un sistema funcional que clasifica las obligaciones de acuerdo con el contenido y efecto en vez de atender a los modos de originarse. Además

⁸³DAZA-RODRÍGUEZ ENNES, *Instituciones*, cit., p. 262.

⁸⁴PLANIOL, *Traité élémentaire* ⁸, II, p. 254.

⁸⁵COING, *Derecho privado europeo*, trad. Esp. Pérez Marín, I (Madrid, 1996) p. 497 ss.

aparece la ley junto a las fuentes tradicionales justinianas, lo cual se va a reflejar en el “Code” francés y, por su influencia, en el “Codice Civile” italiano de 1865 y en el nuestro de 1889.

El problema de la ley, como fuente de las más tarde denominadas obligaciones legales, lo plantea el pensamiento iusnaturalista para quien existe un dualismo característico en su concepción del Derecho: todas las obligaciones derivan de dos fuentes solamente, el contrato y la ley. En ausencia de contrato, el nacimiento de una obligación no puede tener otra causa que la ley⁸⁶. Tal dualismo va a inspirar a Pothier⁸⁷, por su influencia, el “Code” napoleónico y, por ende, el positivismo nacido de la codificación. La presencia de la ley en el esquema de las fuentes de las obligaciones, tiene el efecto de oscurecer el significado de las demás fuentes, de las fuentes en sentido propio. Pues implica la aceptación de cualquier tipo de desarrollo normativo desde el plano superior de la ley, separado por un abismo infranqueable del mundo de los hechos, y difumina además la importancia relativa que la tradición jurídica atribuye a cada causa de obligación⁸⁸.

⁸⁶Vid., KAUFMANN, “Problemgeschichte der Rechtsphilosophie”, en KAUFMANN y HASSEMER, *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart* ⁵ (Heidelberg, 1980) p. 90 ss.

⁸⁷POTHIER, en su “Traité des obligations”, señala que: “La loi naturelle est la cause au moins médiate de toutes les obligations: car si les contrats, délits e quasi-délits produisent des obligations, c’est primitivement parce que la loi naturelle ordonne que chacun tienne ce qu’il a promis, et qu’il répare le tort qu’il a commis par sa faute”. [Cfr. *Oeuvres de Pothier*, I (París, 1821) p. 160 ss.].

⁸⁸DE LOS MOZOS, “Clasificación de las fuentes de las obligaciones”, cit., p. 120.

La antigua clasificación del “Code Napoléon”, que sirvió de modelo a los posteriores, tiene su origen, como hemos ya apuntado, en la clasificación de Pothier, quien añadió la ley a las cuatro fuentes de las obligaciones que aparecen en las Instituciones de Justiniano, las cuales se remontan a su vez a Gayo. El artículo 1370 del Código civil francés es, por tanto, una reliquia del pasado. El problema que plantea la clasificación de las fuentes de las obligaciones no es directamente práctico, aunque tenga una enorme trascendencia práctica, sino teórico y sistemático. Afecta al modo en que se piensa y justifica la relación obligatoria. En este sentido, el Código español, como su antecesor francés, parte de un planteamiento superado ampliamente para muchos juristas modernos. Nuestro Código, en el art. 1089, señala que “las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasicontratos, y de los actos u omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”. Son complemento de esta disposición las siguientes reglas contenidas en los artículos 1090 y 1093, que ofrecen, por cierto, escaso interés, pues como dice Castán Tobeñas⁸⁹, ni son congruentes entre sí (el primero de ellos se dedica principalmente a precisar el concepto de las obligaciones *ex lege*, el segundo a indicar algunos de los efectos que producen los contratos, y el tercero y cuarto, sin definir ni marcar consecuencias, a señalar el lugar en que las obligaciones procedentes de los delitos y cuasidelitos, sin hablar de los cuasicontratos, se encuentran determinadas y sancionadas), ni tienen apenas indicación alguna verdaderamente útil. Los cuasidelitos, aludidos en el art. 1088 como ilícitos en que interviene negligencia, desaparecen, sin embargo, en el sistema del Código, pues, con esa caracterización, constituyen un género irrelevante dentro del acto ilícito que causa un daño patrimonial (art. 1902).

⁸⁹CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho civil español, común y foral* (Madrid, 1958) III, p. 62-63.

Las fuentes de las obligaciones vienen a ser, de este modo: la ley, el contrato, los cuasicontratos y el delito. Pero el género de los cuasicontratos queda constreñido a dos figuras singulares (gestión de negocios y pago de lo indebido), reguladas en el Código bajo una rúbrica especial. En todo caso, los cuasicontratos constituyen en el sistema del Código como una vía muerta o una categoría cerrada, pues el art. 1887, que los define, parece hacer una remisión a figuras típicas, pero no señala bajo qué condiciones puede surgir en general una responsabilidad de una actuación lícita a la que no acompaña convención. Esta última consideración puede llevar a simplificar aún más el sistema. Quedarían así la ley, el contrato y el delito. Y todavía se puede dar el paso ulterior de eliminar el contrato y el delito al identificar en la ley la verdadera y originaria fuente de la responsabilidad. Este paso ya se ha dado y, en sentido amplio, que viene a ser el sentido propio, la ley se ha erigido en la fuente general de todas las obligaciones⁹⁰. No es extraño, por tanto, que en el clima intelectual que se crea en la cultura civilista en el período postcodificador, el problema de la clasificación de las fuentes de las obligaciones quede relegado a un segundo plano. Es significativo al respecto el silencio del BGB sobre esta cuestión. Posiblemente la mayor parte de los juristas europeos consideran una simple reliquia histórica y de las menos interesantes la antigua clasificación de las fuentes de las obligaciones⁹¹.

⁹⁰*Vid.*, a este respecto, VATTIER, s.v. “Obligaciones legales”, en NEJ 18 (Barcelona, 1986) p. 118 ss.

⁹¹Precisamente un romanista, CANNATA lo expresa con especial contundencia cuando dice: “... purtroppo l’impostazione che la giurisprudenza dell’Europa continentale ha, nel corso della sua storia, adottato e variamente elaborato risale, come punto di partenza, alla *divisio obligationum* delle istituzioni di Gaio (II secolo), che tra la classificazioni concetti nell’ambiente della scienza giuridica romana é la sola pensata in pura funzione didattica, sganciata dei problemi pratiti e costruita con strumenti dommatici proporzionati alla mente di un mediocre *magíster*, no de un

V. EPÍLOGO.

Para concluir, no nos resistimos a transcribir las lúcidas palabras de Schulz acerca de la grandeza y servidumbre del Derecho romano de obligaciones. En su opinión, ninguna otra parte del ordenamiento jurídico romano ha despertado más admiración y ha influido tanto en el derecho europeo. Este elogio se halla plenamente justificado si se refiere al derecho romano modernizado tal como se practica desde el siglo XVI hasta el XIX, pero por lo que hace al derecho clásico y al justiniano, se impone una valoración más prudente. Podemos observar que instituciones tales como los contratos consensuales y las acciones para repetir el enriquecimiento injusto, son muy útiles y originales. El principio *pacta sunt servanda* fue observado inflexiblemente; la *bona fides* jugó un papel preponderante; la clásica *actio iniuriarum* fue un enérgico remedio para proteger intereses materiales y la *actio de dolo* sirvió de arma eficaz contra todo género de fraudes⁹².

No debemos olvidar, empero, los graves efectos de que adolece esta tan ponderada parte del Derecho romano. En este campo, como en otros, el estéril conservatismo de los juristas clásicos, impidió la debida modernización del Derecho. La figura central en el cuadro de los contratos, la *stipulatio*, ofrece indudables caracteres de arcaísmo y, a pesar de ello, los juristas la conservaron obstinadamente en lugar de sustituirla por el contrato escrito. El derecho concerniente a la compraventa, fue innecesariamente intrincado, especialmente en lo que se refiere a la

giurista” [Cfr. “Le obbligazioni in generale”, en RESCIGNO (dir.) *Trattato di diritto privato*, 9: *Obbligazioni e contratti*, tomo I (Turín, 1984) p. 22].

⁹²SCHULZ, *Derecho Romano Clásico*, cit., p. 442.

garantía que está obligado a prestar el vendedor por los vicios de la cosa. El contrato de hospedaje y el de arrendamiento de obras y servicios fue insuficientemente desarrollado. La repugnancia a admitir la cesión de créditos, condujo a la adopción de sustitutivos artificiosos e inútiles. El derecho referente al *furtum* resultaba complicado y arcaico. Esta lista de defectos podría ser ampliada con facilidad. Los juristas postclásicos, especialmente los compiladores justinianos, tuvieron la intención de modernizar el antiguo derecho clásico, pero esta tarea resultaba superior a sus posibilidades. Las interpelaciones, cuidadosamente practicadas, solamente sirvieron para allanar el camino de la controversia fácil y superflua⁹³.

⁹³ *Ibid.*, p. 443.