

SEGUNDA PARTE. <i>Las obligaciones</i> . . . . .	113
I. Concepto y evolución histórica . . . . .	115
1. Concepto y definición . . . . .	115
2. Orígenes y evolución histórica . . . . .	118
A. Los criterios antiguos . . . . .	118
B. Los criterios clásicos; evaluación de la obligatio . . . . .	122
C. Delito y “obligatio” . . . . .	125

## SEGUNDA PARTE

### LAS OBLIGACIONES

## I. CONCEPTO Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

### I. CONCEPTO Y DEFINICIÓN

Cuando estudiamos los derechos en las cosas (los bienes), observamos que el tipo de relación jurídica que en ese ámbito domina es de naturaleza *real*, es decir, que se tiene con respecto a una determinada cosa corporal (*res*), y que los poderes o facultades que el sujeto ejerce sobre la cosa, son protegidos en el derecho romano por una *acción real* ejercitable en contra de cualquier sujeto que impida o menoscabe el libre ejercicio de esos poderes o facultades sobre las cosas. Así sucede con la *rei vindicatio* y la *actio negatoria* para la defensa del dominio y la *actio confessoria* para proteger un derecho en la cosa de otro, como en el caso de las servidumbres y el usufructo.

Nos corresponde estudiar ahora *las obligaciones* o derechos de crédito, los cuales se ubican en el ámbito de los *derechos personales* pues no se ejercen sobre una cosa corporal. Se trata de una relación jurídica existente sólo entre personas, y en la que una de ellas denominada *creditor* tiene el derecho de exigir de otra llamada *debitor*, el cumplimiento, de un determinado deber de orden patrimonial que ha sido amparado por el ordenamiento jurídico en atención a su trascendencia éticomoral o socioeconómica, y susceptible —atendido el amparo jurídico— de reclamarse judicialmente, si no es cumplido, en virtud de una acción personal (*actio in personam*).

En el periodo clásico, la jurisprudencia utiliza el término “*oportere*” para expresar un deber protegido —más allá de las normas morales o éticas— por las normas del derecho civil y sancionado en consecuencia por una acción personal. Gayo, en *Institutas*, IV, 2, nos dice que “entendemos que obligado está el que debe dar, hacer, prestar” conforme al *ius civile* (*Obligatus... id est, cum intendimus dare, facere praestare oportere*). Explica además, que la institución de la obligación está sancionada por una *acción personal*, en cuya virtud “accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros” (*In personam actio est, qua agimus cum aliquo... qui nobis obligatus est...*).

No obstante, en el ámbito de la jurisprudencia práctica clásica, las relaciones de crédito amparadas por el pretor en virtud de acciones honorarias o pretorianas, aunque en sustancia protejan una relación esencialmente similar en su estructura a una “*obligatio*” del *ius civile*, no se dicen tuteladas con la terminología “*actio in personam*” sino con la de “*actioe teneri*” que significa “estar sujeto por una acción”; una distinción más bien formal que de fondo, efecto de la coexistencia —durante el periodo clásico— de la antigua corriente jurídica del *ius civile* con la nueva del *ius honorarium*, con sus propias creaciones y términos.

Tal distingo termina, en la época de Justiniano, por tener un mero interés didáctico, pues los juristas posclásicos, gradualmente, insertan ambas categorías de “*actiones*” en el vocablo conceptualmente amplio de “*obligationes*”.

Ahora bien, en cuanto a definiciones de obligación, no obstante que los juristas romanoclásicos no fueron especialmente proclives a conceptualizar, las *Instituciones* de Justiniano recogen una —muy citada por la literatura romanista pero también bastante criticada— atribuida al jurisconsulto Florentino. El referido texto en §, 13 expresa: “La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad de pagar alguna cosa conforme al derecho de nuestra ciudad” (“*Obligatio est iuris vinculum, quod necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”). El término “pagar alguna cosa” debe entenderse en sentido amplio, en el explicado por Gayo, que lo hace extensivo a todo deber jurídico patrimonial (dar, hacer o no hacer y prestar). Y los términos “conforme al derecho de nuestra ciudad” son restrictivos, pues evocan la época en que todavía es sólo el *ius civile* (derecho de la *civitas*) y no el *ius gentium* —sancionado por vía honoraria— el que determina la existencia de la obligación romana.

Si una persona, según la definición de Florentino, “está constreñida a pagar alguna cosa conforme al derecho civil”, se está mirando la *obligatio* desde el punto de vista del deudor (*debitor*). En caso de incumplimiento de dicho pago, y mirando ahora el interés del otro sujeto vinculado por la *obligatio*, el acreedor (*creditor*), será procedente la acción personal (*actio in personam*) para interponerla judicialmente en contra del deudor. Dice Gayo al respecto, en *Institutas* IV, 2: “La *actio in personam* es aquella por la cual accionamos contra alguien que está obligado hacia nosotros ya en virtud de un contrato, ya en virtud de un delito, es decir, cuando reclamamos que se nos deba dar, hacer o prestar algo”. Observemos que en este claro concepto están insertas las

dos causas, motivos o “fuentes” generadores fundamentales de las obligaciones: el contrato y el delito, cuestión de fondo que analizaremos en su oportunidad.

El concepto de la obligación y de la acción personal expuestos, es el predicado de una larga evolución. Expresa categóricamente la existencia de un vínculo jurídico que si bien enlaza a dos personas que estructuran la relación personal (*debitor y creditor*), no sujeta física o corporalmente al deudor respecto del acreedor como lo fue en los orígenes de la institución en estudio; y conforme explicaremos en el párrafo siguiente; en la era clásica la obligación se presenta ya como un ligamen jurídico o nexo que comprende la deuda o deber de pagar algo (*débito*) por parte del deudor, y la *responsabilidad* del mismo, pero entendida ésta como necesidad de responder *con sus bienes* y no con su persona en caso de incumplimiento del deber jurídico y frente a la *actio in personam* que le entabla el acreedor.

La circunstancia de que la *actio* se dirija hacia el patrimonio del deudor, hace que el objeto de la obligación (dar, hacer, prestar) deba, necesariamente, expresar un valor en dinero o, a lo menos, ser susceptible de reducirse a términos pecuniarios. Es oportuno precisar en este punto que, más que el cumplimiento mismo de la prestación debida, con la *responsabilidad patrimonial del deudor*, el ordenamiento jurídico romano se orienta a asegurar el interés pecuniario que para el acreedor representa el dar, hacer o prestar *incumplido*.

En síntesis la obligación es, en la era clásica, una relación de crédito, donde uno de los sujetos (*debitor*) debe dar, hacer o prestar algo en favor del otro (*creditor*) para la satisfacción de un interés de éste, interés protegido por una acción personal que la interpondrá en contra del deudor en el evento de incumplimiento, y destinada a obtener el pago de lo debido si ello es posible, y si no lo es, obtener el interés pecuniario que la “*obligatio*” representa para el acreedor.

Desglosando los elementos ínsitos en el concepto de obligación, distinguiamos:

- a. *El vínculo o nexo*, cuyo carácter *jurídico* y no puramente moral lo determina su protección por una *actio*. Este vínculo jurídico al enlazar o relacionar a los sujetos bajo el amparo del derecho, le imprime el carácter de *débito* o deber jurídico de prestación al compromiso contraído por el deudor y configura su *responsabilidad patrimonial*.
- b. *Los sujetos*: son las personas enlazadas por el vínculo. No es concebible una obligación sin, a lo menos, un *sujeto activo* o acreedor (ac-

tivo en el sentido que el crédito se cuenta en el activo de su patrimonio) y otro *sujeto pasivo* o deudor (pasivo en el sentido que su deuda se cuenta en el pasivo de su patrimonio).

c. *La prestación*: está constituida por la conducta que debe observar el obligado y que, conforme lo describe Gayo puede consistir en *dare, facere o praestare*. En todo caso, debe ser valorable en dinero, esto es, susceptible de reducirse a términos pecuniarios.

d. *La causa* (causae obligationum). Responde a la interrogante del porqué de la existencia de las obligaciones en el ámbito del derecho. Observaremos este punto con mayor detenimiento al analizar luego las “fuentes” de las obligaciones, pero anticipemos al respecto la opinión de Gayo en sus *Institutas* describe en verdad, las esencias del derecho romano clásico. En 3, 88 explica: “Toda obligación nace, o de contrato o de delito” (“*Omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”).

## 2. ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

### A. Los criterios antiguos

El desarrollo y evolución de una sociedad conlleva un gradual alejamiento de sus formas primarias de vida y crece la necesidad del intercambio, tanto entre los miembros de la misma comunidad, como entre ésta y otras con las cuales se establecen nuevos vínculos o nexos, por lo común culturales y comerciales.

En la época quiritaria, las relaciones de este carácter son aún escasas. Entre las diversas *familiae*, que viven autárquicamente, cada *pater familias*, por principio, debe ser libre respecto a los demás; no debe llevar sobre sí obligación alguna fuera de aquellas propias del ámbito familiar, a menos que sea por causa realmente necesaria; y en el supuesto caso de obligarse, es decir, de imponerse un deber jurídico en beneficio de otro *pater familias*, se entenderá realmente reconocido por el *ius civile* y exigible por tanto —en caso de incumplimiento— por una *actio in personam*, cuando ha sido contraído observando las ritualidades y formalismos previstos por las antiguas costumbres y luego por la Ley de las XII Tablas.

En aquella época, en que el crédito no se había desarrollado aún, era en verdad excepcional y a la vez muy duro ser un “*obligatus*”. En una estructura socioeconómica autárquica, endeudarse era considerado

extraordinario y poco aceptable, más aún en la *forma mentis* de aquellos primeros romanos, agricultores y guerreros, extraños al comercio y a la industria.

Por lo común, el cambio o trueque bajo sus diferentes formas era el único negocio que bastaba para la satisfacción de sus necesidades. Pero en ocasiones se hacía imprescindible para algún *pater familias* un préstamo en dinero o de cosas fungibles como aceite o trigo. Gran parte de la doctrina romanista acepta que ésta es la más antigua relación de crédito y de deuda, es decir, el mutuo (*mutuum*) o préstamo de consumo en cuya virtud, la entrega de dinero o de cosas fungibles se hace bajo el compromiso de restituir en un tiempo determinado.

Esta actividad era mirada por la conciencia social de la época antigua como lícita, aunque con reticencia, razón por la cual las costumbres antiguas concibieron y admitieron un riguroso tratamiento de la persona del endeudado por parte del acreedor desde el momento mismo en que se realizara el préstamo.

Para que se entendiera realizado el préstamo bajo el amparo del *ius civile*, debía cumplirse con la formalidad o rito denominado *nexum*, que implicaba una verdadera *mancipatio* (venta ritual) que hace el deudor de su propia persona, *en garantía del crédito que le ha sido otorgado*. De allí entonces que el deudor entre, desde el momento mismo de realizarse el *nexum* (y no desde el incumplimiento), en un estado de pérdida de libertad personal que durará hasta que pague lo que debe, normalmente con su propio trabajo, realizado en estado de semiesclavitud.

En el derecho antiguo, la obligación o deber jurídico de hacer algo en favor de otro, así configurada, no consiste exactamente en el simple deber, libremente asumido, de cumplir con una determinada prestación o pago; más bien consiste en la sujeción al poder doméstico (*manus*) del acreedor, sujeción que tiene especial relevancia en la conciencia social de la época como constitutiva de la obligación, a tal punto que en el *nexum*, aparece como desplazada a un segundo plano el *débito* mismo. Es entonces, la *responsabilidad*, que se hace efectiva en el *corpus* del deudor y desde el momento mismo del *nexum*; el elemento que perfila con mayor nitidez la estructura de la antigua *obligatio*.<sup>1</sup>

El romanista Michel Villey explica: "Es el caso, por ejemplo, de un padre de familia que se ha comprometido personalmente contra entrega de un préstamo en dinero, mediante la operación formal del *nexum* —similar a la *mancipatio*. En presencia de cinco testigos y de un 'libri-

<sup>1</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 286.

pens' o portador de la balanza, usando gestos y palabras solemnes, el padre de familia 'endeudado' se vende, en cierto modo, al prestamista. Observemos que la *actio* nacida del *nexum* no es una verdadera acción personal, puesto que el prestatario, en lugar de ser una persona obligada pero libre se ha convertido casi en un esclavo o cosa del prestamista."<sup>2</sup>

En caso de incumplimiento de la obligación contraída por el deudor "*nexi*", su situación, desde luego se agravaba aún más. Quedaba sometido a la "*manus iniectio*" (literalmente, "puesta la mano encima") por parte del acreedor, que permitía a éste disponer definitivamente de la persona del deudor, como por ejemplo, venderlo como esclavo. En todo caso, para ello se requería al autorización del magistrado, previo juicio ante el *iudex* y previa sentencia condenatoria, en la que se reconocía la obligación incumplida y se autorizaba proceder a la ejecución de la sentencia en el *corpus* del deudor.<sup>3</sup>

Otra forma solemne que obliga jurídicamente desde la época antigua es la "*sponsio*" o promesa solemne de cumplir una prestación, considerada algo posterior en la evolución del derecho de Roma.<sup>4</sup>

Aparte de la formalidad —que se funda sólo en una *promesa solemne* de cumplir con una prestación, promesa estructurada por una pregunta seguida de una respuesta: *¿spondes?*, *Spondeo*, esto es, ¿prometes? (cumplir determinada prestación) Prometo— se distingue del *nexum* en relación a la *responsabilidad*, pues sólo se hace efectiva en caso de incumplimiento del deudor y no desde el momento en que solemnemente se obliga. "La *sponsio* da vida a una responsabilidad que sólo se hará efectiva en el caso de incumplir la prestación. (No somete al deudor a la *manus* del acreedor desde la promesa misma.) Institución de carácter religioso-jurídico, la *sponsio* tiene el alto valor que una vieja civilización atribuye a la palabra dada."<sup>5</sup> En este punto es de interés apreciar lo indicado por el romanista De Francisci: "Preciso es poner atención en dos rasgos característicos del más antiguo derecho romano: el formalismo y el verbalismo. Como en el campo religioso para obtener el favor de los dioses, así en el jurídico, también el acto, para que produzca el efecto querido, es necesario que se haga en *rito*, esto es, que se observen determinadas formas solemnes. Y así, uno y otro ámbito, está dominado por convicciones que entrelazan concepciones religiosas y mágicas primitivas y que conducen a la creencia de que no

<sup>2</sup> Villey, Michel, *El derecho romano*, Buenos Aires, Eudeba, 1963, p. 51.

<sup>3</sup> Valiño, Emilio, *op. cit.*, p. 166.

<sup>4</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 286.

<sup>5</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 372.



sólo los efectos religiosos sino también los jurídicos se alcanzan solamente pronunciando determinadas frases o palabras sacramentales o rituales (nuncupationes, concepta, verba), las cuales, mecánicamente y por su propia virtud intrínseca producen un determinado resultado. . . La conexión entre religión y derecho se manifiesta *en todas las normas primitivas*, sea que ellas se designen con el término *fas* (lo religioso) sea que se indiquen con el término *ius* (lo jurídico).<sup>6</sup>

De modo que frente al nexo corporal, la *sponsio* representa la atadura de la palabra, el sentirse ligados a la propia declaración. Y además de este significado espiritual que mejora la primitiva relación de crédito, “se da el hecho efectivo de que evita la sumisión actual (antes del incumplimiento del cuerpo del deudor”).<sup>7</sup>

Con la evolución, la *sponsio* se denominará “*stipulatio*” cuando hubo de hacerse extensiva —con menor rigor formal en las palabras— a los peregrinos.<sup>8</sup>

No obstante la presencia de la *sponsio* y, después, de la “*stipulatio*” en el ámbito de los derechos de crédito sancionados por el *ius civile*, el *nexum* sigue utilizándose. Además, la ejecución final en el cuerpo del deudor (*manus iniectio*) en caso de incumplimiento, representa un procedimiento ejecutivo común aplicable tanto al *nexum* como a la *sponsio*. Esta situación comenzará —lentamente— a disolverse a partir de la segunda mitad del siglo iv a. C.

En efecto, la condición de nexi en que se encontraban sojuzgados numerosos individuos (particularmente plebeyos) llevó a un estado de agitación social, y tal se cuenta como uno de los capítulos de la lucha patricio-plebeya.<sup>9</sup> Una *Lex Poetelia Papiria* —326 a. C.—<sup>10</sup> abolió el *nexum* y sustituyó así la inmediata sumisión o sujeción de la persona del deudor a la *manus* o potestad del acreedor, y estableció el principio de que la responsabilidad del deudor debe hacerse efectiva en sus bienes y no en su cuerpo. Pero esta *lex* no produjo un efecto inmediato en la práctica judicial.

El procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio* —para el caso de incumplimiento definitivo del deudor— persistirá en el proceso civil

<sup>6</sup> De Francisci, *op. cit.*, p. 139. Según este autor, en los orígenes no existió una neta distinción entre *ius* y *fas*. La diferencia surgió cuando el Estado comenzó la labor de creación normativa: desde entonces se inició también la laicización del derecho.

<sup>7</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 372.

<sup>8</sup> Schulz, *op. cit.*, p. 453.

<sup>9</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 373.

<sup>10</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, p. 321.

romano hasta fines de la era republicana, donde finalmente es sustituido por un procedimiento de ejecución *patrimonial*: la *bonorum venditio* (“venta de bienes”) consistente en la subasta pública de la totalidad de los bienes (“bona”) del deudor con el fin de satisfacer el interés pecuniario que el acreedor tiene en la *obligatio*.

“Las primeras manifestaciones de ejecución en el patrimonio del deudor se tienen en el derecho pretorio, a fines del periodo republicano a través de la *missio in bona*, o entrada en los bienes por y a solicitud del acreedor favorecido en sentencia”.<sup>11</sup> La *missio in bona* es el primer trámite del procedimiento de ejecución patrimonial, que conduce a la venta en pública subasta *del entero patrimonio* del deudor en la referida *bonorum venditio*.

La desproporción entre el valor de la prestación debida y el de los bienes subastados por entero del deudor, causados por la *bonorum venditio*, condujo a un nuevo progreso: al establecimiento de un régimen más *equitativo*, de ejecución patrimonial específico, es decir, en objetos concretos, no en la entera masa de los bienes. Tal es la *distractio bonorum* por la que se autorizaba separar, “distracer”, la venta de cosas determinadas, hasta alcanzar un precio estimado como suficiente para pagar la justa exigencia del acreedor.<sup>12</sup>

## B. Los criterios clásicos; evolución de la *obligatio*

El cambio de mentalidad de la comunidad romana en los aspectos jurídicos reseñados, observados al final de la era republicana, son consecuencia de la evolución general que ha tenido dicha sociedad, particularmente desde la expansión extratálica (siglo III a. C.), y son preludio de un definitivo alejamiento de sus formas arcaicas de vida, de aquellas propias de la primitiva ciudad-estado, orientándose ahora a una clara liberación de los rígidos conceptos quirritarios en el tráfameo del *debitor* u *obligatus*.

Por otra parte, hacia el siglo I a. C., el siglo de César, el progreso del derecho romano ya es notable, particularmente en el ámbito de los derechos de crédito y obligaciones, el que se ensancha incorporando nuevos negocios que brotan al amparo de las nuevas circunstancias, desconocidos por tanto en la sociedad quirritaria, tutelados por acciones

<sup>11</sup> Iglesias, *op. cit.*, p. 214.

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 215.

personales, consecuencia de la actividad jurisprudencial del pretor que va protegiendo, en atención a su trascendencia éticomoral o bien socio-económica, nuevos negocios y compromisos que no estaban todavía en el “catálogo” de los negocios y convenios amparados por el antiguo derecho de Roma. Antes de la sanción pretoriana, los nuevos negocios se habían mantenido bajo el amparo de un mundo normativo que no tiene medios compulsivos de ejecución para el caso de incumplimiento: nos referimos al mundo normativo éticomoral. Ahora, esas relaciones de crédito se consideran dignas de tutela jurídica y, en consecuencia, pasan *también* a formar parte del mundo normativo del *derecho*.

Observemos al respecto lo que enseña el jurista Michel Villey: “En la época clásica, las relaciones económicas entre familias se han multiplicado. Los griegos y asiáticos que pululan en Roma han introducido el uso del comercio y sin duda también sus costumbres comerciales. El derecho de gentes, común a todas las naciones ¿no tiene acaso valor en Roma? ¿No debe acaso ser la guía del pretor en sus creaciones jurídicas? El pretor utiliza incluso las normas del derecho natural. ¿Acaso la naturaleza (la conciencia éticomoral del individuo) no impone que toda promesa sea respetada y que también sea guardada la buena fe entre los que negocian?”<sup>13</sup>

Así, se crean acciones para proteger, por ejemplo, el hecho nuevo de que una persona se comprometa a concederle a otra el uso de una casa y la otra persona a pagar por ello un canon o renta periódica. La terminología contemporánea de esta figura es “arrendamiento”; los romanos la denominaron “locación” (que viene de *locare*, *locus*: lugar). Veamos otros ejemplos. En el tráfico acelerado de fines de la era republicana, se hizo frecuente que un habitante del mundo romano necesitara dejar una cosa en custodia; cuando lo hace, “deposita” el objeto en casa de un amigo; en otras circunstancias, le *presta* una herramienta, un esclavo o una villa. Son situaciones de la vida cotidiana, particularmente frecuentes en Roma, donde la amistad obliga a la mutua prestación de servicios gratuitos.

Pues bien, la amistad y la buena fe —en este último tipo de compromisos— exigen que la cosa sea restituida a su propietario cuando éste la pida.<sup>14</sup>

<sup>13</sup> Villey, *op. cit.*, p. 52.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 53.

Pero, como dice Andrea Torrente, “si todos fuésemos gentilhom-bres”.<sup>15</sup> En caso que la cosa no fuere restituida, el derecho tendrá que acudir en ayuda del que prestó o depositó, actuando aquí la norma jurídica como un sustituto de la norma de “amicizia” que no resultó suficiente, o quizás, verdadera.

Para tales situaciones el pretor creará acciones basadas en los hechos (“acciones”) denominándolas acciones de “depósito”, acciones de “comodato” (*commodatum* es préstamo de uso), términos que todavía permanecen en uso en el derecho civil contemporáneo. También dará acción para quien ha puesto o “aportado” una o más cosas o dinero, asociándose con otros, para realizar una actividad o negocio y repartirse las eventuales utilidades. Nace así el contrato de sociedad y la acción personal que ampara los compromisos contraídos por los “socii” entre sí y respecto de terceros. El pretor creará además, acciones para amparar jurídicamente el encargo que una persona hace a otra de que realice determinada gestión, por ejemplo, que adquiera un determinado bien raíz (a nombre de quien le confía el encargo). Este compromiso, que nace en su origen en medio de relaciones familiares y de amistad, por su trascendencia en el plano moral y económico, es también sancionado por el derecho pretorio en virtud de acciones personales y se le reconoce con el nombre de *mandato* (“*mandatum*”); y las obligaciones que genera el pretor las protege por la *actio mandati* u otra forma.

Desde el punto de vista de su nacimiento a la vida del derecho —de su “perfeccionamiento”— tales relaciones y figuras contractuales típicamente clásicas (arrendamiento, sociedad, mandato, incluyamos también la compraventa clásica), se sancionarán por el pretor sin exigencia de formas o solemnidades; en otros términos, se considerará realizado un contrato de arrendamiento o de mandato, de compraventa o de sociedad por haber expresado los contratantes libremente su voluntad de comprometerse u obligarse. Ejemplo: como vendedor, a entregar la cosa, y como comprador, el precio convenido, realizar una determinada gestión en caso de mandato, etcétera. Se denominan por ello contratos “*solo consensu*” (consensuales), representan el triunfo de la *buena fe* (*bona fidei*) por sobre el *rito* de la era antigua. Es una época del derecho de Roma donde la confianza ilimitada en la buena fe del individuo, hace que ni la palabra sacramental ni la constancia escrita en los

<sup>15</sup> Torrente, Andrea, *Manuale di diritto privato*, 4a. ed., Milano, Giuffrè, 1960, p. 804.

principales contratos se requiera para su validez o para probarlos en juicio.

En síntesis, todo ese quehacer humano, desenvuelto en el ámbito de los actos o conductas *lícitas*, esto es, no contrapuestas al común sentimiento de justicia y equidad (*equitas*) de la comunidad romana de la era clásica va, gradualmente, en esta importante fase del desarrollo del sistema jurídico de Roma, obteniendo reconocimiento y protección (“sanción”) por el derecho. Todo ese mundo de nuevos negocios y convenios surgidos en una comunidad expandida y abierta, muy distante ya de aquella primitiva ciudad-estado de economía esencialmente agrícola, cerrada en sí misma, de la época quiritaria, es amparado por el ordenamiento romano, lo cual significa en otras palabras que se disciplina por la *norma jurídica* la realización y los efectos de los nuevos negocios realizados por los particulares en la nueva sociedad clásica, concediéndoles a éstos la posibilidad de reclamar ante la justicia romana en virtud de “*actiones*” (personales) si los deberes y compromisos que fluyen de esa multiplicidad de convenios y transacciones provocan conflictos de intereses entre los que en ellos han participado: entre un mandante y un mandatario que no ha cumplido el encargo; entre un arrendador y un arrendatario que no paga la renta convenida; entre un socio y otro que han formado una “*societas*” y que no cumple con los estatutos sociales, etcétera. Todos, conflictos que se producen, en esencia, por el *compromiso no cumplido*, compromiso que ya no está solamente en el plano moral: por la tutela concedida por el pretor —más precisamente por la *actio* creada al efecto— se ha elevado el deber o compromiso contraído en el plano puramente moral, al plano jurídico, a la esfera del *derecho*. Es por tanto, tal deber, una “*obligatio*”.

### C. Delito y “obligatio”

También hacia fines de la era republicana, se produce otra importante evolución: la idea de *obligatio* se extiende de las obligaciones contractuales a aquellas provenientes de delito.<sup>16</sup>

Esta evolución tuvo en verdad sus propios caminos. El delito privado, esto es, aquel cuya sanción depende de la iniciativa del ofendido, era objeto, en sus orígenes, de una venganza ejecutada en la persona del ofensor. Sólo después se evitó la venganza con el pago de dinero a título de “*composición*” o *indemnización*. La indemnización fue a su vez, en un primer tiempo, convencional, esto es, dejada al libre acuerdo entre

<sup>16</sup> Arangio-Ruiz, *op. cit.*, pp. 287 y ss.

ofensor y ofendido. Pero la evolución sigue, y en una siguiente fase la indemnización fue legal, esto es, impuesta por el Estado, ya sea que fuera determinado *a priori* el monto a pagar, ya sea que la determinación correspondiese al juez (*arbiter*).<sup>17</sup>

Legalizado el sistema de indemnización pecuniaria o “composición”, la situación del delincuente vino a coincidir con aquella de quien había contraído una deuda: “a la *obligatio ex contractu* (obligación nacida de contrato) se yuxtapone la *obligatio ex delicto* (obligación nacida de delito).

En todo caso, la subsunción de las obligaciones nacidas de contrato y de delito bajo el nombre común de “*obligatio*” son el resultado de un esfuerzo del pensamiento de la jurisprudencia clásica de avanzada, y ello resulta evidente —entre otros factores— a propósito “de la posición que las obligaciones nacidas de delito ocupan en el sistema gayano: de ellas se habla solamente en el apéndice (de las *Institutas*) después que la obligación ha sido estudiada en sus fuentes, en sus efectos, en sus modos de extinción, con exclusiva referencia a las obligaciones contractuales”.<sup>18</sup>

El ilustre romanista Bonfante —para quien el origen histórico de la obligación romana se halla en la responsabilidad penal— entiende que, en todo caso, el momento culminante de la transformación de la obligación penal en patrimonial está representado por la *lex poeetelia papiaria*, cuyos alcances hemos ya observado en el ámbito contractual.

Los mismos efectos producirá en el ámbito delictual desde el punto de vista civil: la obligación de indemnizar, generada por el delito, no deberá satisfacerse en el *corpus* del delincuente sino en sus bienes.<sup>19</sup> Desde entonces, si el delincuente ha de sufrir una pena corporal, además de su responsabilidad patrimonial, tal expiación será consecuencia de haberse subsumido algún antiguo tipo o figura de *delicto* (privado) en la zona de los “*crimina*” lesivos al interés de la colectividad toda y que dan lugar a una pena corporal aplicada por el Estado (pena pública).<sup>20</sup>

El acontecer jurídico suscitadamente expuesto, es históricamente la base que sustenta el nacimiento de un “derecho de obligaciones” disciplinador o regulador de la diversidad de deberes y compromisos que resultan de contratos, pactos y otras diversas relaciones de orden pa-

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 288.

<sup>19</sup> Bonfante, P., *Instituciones de derecho romano*, citado, pp. 376-377.

<sup>20</sup> Argüello, *op. cit.*

trimonial que surgen en la vida romano clásica, incluidos los actos ilícitos, como el delito.

Preciso es recordar aquí, que tal regulación no se hizo en la era clásica —esencialmente— por vía legislativa. Sabemos ya que el derecho romano clásico se desarrolla más por vía jurisprudencial —teórica y práctica— que por ley. Es por ello que el *negocio lícito* realizado por el ciudadano (o por ciudadanos y peregrinos) será un negocio “*jurídico*” en la sociedad romanoclásica cuando la jurisprudencia le dispense su atención y protección. Más derechamente: cuando el pretor conceda al reclamante una acción (*actio*) que le permita obtener ante el *iudex privatus* (juez) el reconocimiento de su derecho y el consecuencial apremio al incumplidor.

Lo mismo sucederá con relación a los hechos considerados ilícitos por el pretor, y que de modo similar a los antiguos “*delicta*”, sancione con una “*actio*” destinada a la obtención de una reparación patrimonial.

Recordemos también que esta labor, el Estado romano la cumple mediante sus órganos encargados de administrar justicia (pretore), pero ayudado con la inapreciable colaboración de los ciudadanos versados en la *iurisprudentia*, arte de emitir respuestas o criterios de solución ante los conflictos de intereses que le son propuestos (respuesta u opinión de los jurisconsultos o jurisprudentes).

La elaboración de los criterios jurisprudenciales encontrará, en definitiva, su concreción en una *actio*, manifestación jurídica que no expresa el derecho en estado de pacífico goce sino de dinámica controversia, surgida con ocasión de alguna forma de incumplimiento de la “*obligatio*”.

No es indiferente que el derecho romano se haya desarrollado en sus aspectos medulares, y particularmente en el ámbito obligacional, más por vía jurisprudencial que legislativa: el resultado fue un ordenamiento íntimamente vinculado con su realidad espacio-temporal, congruente con la vida de la época.

No obstante, no debemos perder de vista que la esencia de tales principios y criterios de solución que tuvieron —atendida la “*forma mentis*” romanoclásica— una primera presencia jurisprudencial, se desplazaron en el devenir jurídico romano desde el ámbito propiamente jurisprudencial al legislativo; los criterios de solución ínsitos en la respuesta del jurisprudente y en el edicto del magistrado pasan a ser, en la evolución milenaria del derecho romano, contenido de otras expresiones formales del derecho, siendo su última “envoltura” la ley. En particular sabemos, con ocasión del trabajo legislativo de Justiniano, que se recopilan y

“legalizan” tales principios y criterios propios del derecho privado patrimonial cuyo primer origen fue jurisprudencial, sin perjuicio, desde luego, de otros antecedentes ordenadores de los contenidos jurisprudenciales anteriores a Justiniano como es el caso de la Ley de Citas de Teodosio II y Valentiniano III (año 426 d. C.).