UFLO
UNIVERSIDAD

ESTUDIO SOBRE

Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 5

Gabriela Alonsoperez
Mirta Beatriz Álvarez
Cristian Andrade
René Angulo
Mía Agostina Barrionuevo
Laura Bierzychudek
Daniel Gerardo Bonjour
Thiago Yoel Bussolati Covello
Mariela Cáceres
Victoria Cali
Patricio Carvajal Ramírez
Candelaria Corbella
Anabella Facciuto Kaed
María Cristina Filippi
Yamila Francis Fuentes
Juan Carlos Ghirardi
Germán D. Giarrocco
Rodrigo Guelar
Lourdes Llorvandi
Andrea Marlene Luis Asto
Elvira Méndez Chang
Harnold Leo Mendoza Vilcanqui
Laura Micieli
Marilina Miceli
José María Monzón
Patricia Mora
Gabriela Victoria Morel
Leticia Inés Núñez
Pilar Pérez Álvarez
Juan Pérez Carrandi
Diego Quiroz Quiroz
Julieta Salomé Rodríguez
Aldo Santome Sánchez
Mariana Sconda
Claudia Somovilla
Luis Rodríguez Ennes
Ana Vázquez Lemos
Gustavo Adrián Vedia

Anotaciones preliminares sobre las definiciones romanas de obligación

Patricio Carvajal Ramírez[1]

I.

Hoy se considera un error de los romanistas de hasta mediados del siglo veinte haber atribuido a los juristas romanos, tardorrepublicanos y alto-clásicos no solo una supuesta ajenidad de los razonamientos basados en definiciones, sino hasta una cierta incapacidad metodológica para definir.

Ese prejuicio, que evidentemente no tiene base en las fuentes,[2] y

[1] Profesor doctor en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

[2] Es un prejuicio, porque ese sector de la doctrina olvidaba que el propio Cicerón da testimonio de su admiración por varias de las definiciones de los juristas antiguos (*veteres*). Así, por ejemplo, al laudar a Servio Sulpicio Rufo, en Cicerón, *Brutus* 41. 152: "*…numquam effecisset ipsius iuris scientia, nisi eam praeterea didicisset artem, quae doceret rem universam tribuere in partes, latentem explicare definiendo, obscuram explanare interpretando, ambigua primum videre, deinde distinguere,*

que resulta tan patente en autores como Fritz Schulz,[3] se puede remontar hasta el insigne Savigny, quien, probablemente condicionado por su tenaz oposición a la elaboración de códigos civiles[4] —que no son sino una colección de concisas máximas jurídicas axiomáticas—, negó cualquier relevancia a la elaboración de definiciones y

---

postremo habere regulam, qua vera et falsa iudicarentur et quae quibus propositis essent quaeque non essent consequentia" ("…no hubiera sido nunca suficiente la ciencia jurídica del mismo [Servio], si antes no hubiera aprendido la técnica que enseña a distribuir la cosa universal en partes, a explicar lo latente definiendo, a aclarar lo oscuro interpretando, ver primero lo ambiguo, después distinguir y finalmente elaborar la regla con que se juzgarán las cosas verdaderas y falsas, y de cuyas proposiciones cuáles serán y cuáles no serán sus consecuencias"). Ver CARCATERRA, A. (1966). *Le definizioni del giuristi romani. Metodo mezzi e fini* (pp. 99-103). Jovene

[3] SCHULZ, F. (1953). *History of Roman legal science* (pp. 49-86). Oxford University Press; MARTINI, R. (1966). *Le difinizioni dei giuristi romani* (6-14). Giuffrè; CARCATERRA, *Le definizioni*, *op. cit.*, pp. 23-26; GUZMÁN, A. (2000). *Historia de la interpretación de las normas en el derecho romano* (pp. 115-116). Ediciones del Instituto Juan de Solórzano y Pereyra; STURM, F. (2019) Scientia rerum e scientia iuris. Fatti, linguaggio, discipline nel pensiero giurisprudenziale romano. En MILAZZO, F. (Ed.). *Scientia rerum e scientia iuris. Fatti, linguaggio, discipline nel pensiero giurisprudenziale romano* (pp. 21-22). Giuffrè.

[4] "*alles Recht… durch Sitte und Volksglauben, dann durch Jurisprudenz erzeugt, überall also durch innere, stillwirkende Kräfte, nicht durch den Willen des Gesetzgebers*" ("todo derecho… se forma a través de costumbres y de la fe del pueblo, después por medio de la jurisprudencia, por tanto, siempre a través de fuerzas interiores con efectos silenciosos, no por medio de la voluntad del legislador"). Ver SAVIGNI. C. F. von (1814). *Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* (pp. 13-14). Heidelberg; DU PLESSIS P. (2020). *Modes of Roman legal reasoning in context: a brief survey*. En B. SPAGNOLO & J. SAMPSON (Eds.). *Principle and Pragmatism in Roman Law* (p. 31). Oxford University Press.

reglas durante la experiencia jurídica romana, advirtiendo acerbamente sobre el "peligro de la adhesión incondicional a las mismas".[5]

Todavía un autor erudito, como Riccardo Orestano, describe la importancia de la penetración de la dialéctica griega en los argumentos de la jurisprudencia romana a partir del siglo I a. C. y hasta el siglo I d. C., atribuyéndole una relevancia muy menor a "la investigación de las definiciones, de las cuales los romanos, por otro lado, hicieron un uso muy parco y desconfiado".[6] Otro insigne profesor, Peter Stein,[7] intentaba disminuir la capacidad dialéctica de Servio Sulpicio Rufo, para demostrar que, tras las loas de su amigo Cicerón, se dejaría entrever un ejercicio puramente forense y científicamente menor, pues supuestamente no habría tenido capacidad alguna para generalizar ampliamente grandes categorías, dividirlas en especies y distinguir sus partes, ni para definir o producir *regulae*: "En breve, Servio carecía de autodisciplina. Él mostró cómo podría ser utilizada la dialéctica en el derecho, pero quedó para otros, como Labeón, usarla de una manera coherente y consistente".[8] A su vez, Helmut Coing[9] reconocía el ejercicio de la retórica y la dialéctica entre los

---

5 "*Gefahr der unbedingten Hingebung an dieselben* [*Rechtsverhältnisse allgemeine Formeln*]". Ver SAVIGNI. C. F. von (1840). *System des heutigen römsichen Rechts* (p. 47). Berlin Veit.

6 "*…la ricerca delle definizioni, di cui per altro i Romani fecero un uso assai parco e difidente*". ORESTANO, R. (1987). *Introduzione allo studio del diritto romano* (p. 137). Il Mulino.

7 STEIN, P. (1978). The place of Servius Sulpicius Rufus in the development of Roman legal science. En H. LANGE, et al. (Eds). *Festschrift für Franz Wieacker zum 70. Geburtstag* (pp. 176-178 y 184).

8 "In short, Servius lacked self-discipline. He showed how dialectic could be used in the law, but it was left to others, like Labeo, to use it in a coherent and consistent manner". STEIN, *The place*, *op. cit.*, p. 184.

9 COING, H. (1953). Zur Methodik der republicanischen jurisprudenz: Zur

juristas republicanos, pero calificaba los resultados de éstos como más bien rudimentarios e incomparables con los de la jurisprudencia deductivo-conceptual (*bregrifflichdeductiven Jurisprudenz*) de la pandectística.[10] Esto último no se pretende aquí rebatir, pues nadie dudaría de ello, considerando el método casuista y práctico de los juristas romanos, determinado por la tipicidad de las acciones, lo que no obstante —y este es el punto central— tampoco permite excluir o minimizar el profundo conocimiento y aplicación de *definitiones* de estos juristas de inicios de la época clásica.[11]

Entstehung der grammatisch-logishen Auslegung. En *Studi in Onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo Insegnamento* (pp. 365-388). Jovene; COING, Zur Methodik, *op. cit.*, p. 388.

[10] Ibidem, *op. cit.*, p. 388.

[11] En esto se puede compartir en buena medida las conclusiones de Du Plessis sobre el estudio de la argumentación de los juristas romanos: "*…there is little to be gained from a Pandectist discourse concerning the modes of legal argumentation of the Roman jurists. Both the Pandectists and their intellectual successors, the Legal Positivists, were not interested in juristic controversies. Rather, they were focused on creating unambiguous rules of law, freed from any context and with a sufficient level of abstraction to be utilised across time and space. The downside of this approach, as pointed out by early legal realists such as Jhering, was that the rules themselves became 'otherworldly' and without any thought being given to their 'utility' in the real world. In order to understand the modes of reasoning of the Roman jurists, therefore, a jurist-focused approach is required. This necessarily involves an acceptance that the Roman legal order was different from a modern legal system. It was a more 'open' system, as Winkel has shown, which did not have a hierarchy of sources or, indeed, a theory of legal argumentation. It is this 'openness' that should form the basis of any further discussions concerning modes of argumentation of the Roman jurists. And when it comes to 'openness' context matters*" ("…hay poco que obtener del discurso Pandectista concerniente a las formas de argumentación de los juristas romanos. Ambos, pandectistas y

Hoy, tal perspectiva de la doctrina romanista es considerada una exageración, y se estima que testimonios de finales del siglo I d. C., como el de Javoleno, *11 epistularum*, D. 50. 17. 202: *"Omnis definitio in iure civili periculosa est: [parum] rarum est enim, ut non subverti posset"* ("Toda definición es peligrosa en el derecho civil: pues [hay poco] es raro que no pueda ser subvertido"), no indican que los juristas no utilizaran las definiciones,[12] sino todo lo contrario: que las utilizaban intensamente,[13] y de allí que no resultara superfluo ni para Javoleno acuñar esta máxima ni tampoco para los comisarios justinianeos compilarla.

Es en ese contexto intelectual que Javoleno advierte la "variabilidad" de las definiciones, por su valor eminentemente referencial

---

sus sucesores intelectuales, los positivistas legales, no estuvieron interesados en las controversias de los juristas. Más bien, estuvieron preocupados en crear reglas de derecho sin ambigüedades [inequívocas], liberadas de cualquier contexto y con suficiente nivel de abstracción para ser usadas a través del tiempo y del espacio. La desventaja de esta aproximación, como fue puesta de relieve por realistas del derecho tempranos, como Ihering, fue que las mismas reglas se hicieron 'extraterrestres' y carentes de cualquier reflexión sobre su 'utilidad' en el mundo real. En orden a comprender las formas del razonamiento de los juristas romanos, por consiguiente, se necesita una aproximación centrada en el jurista. Esta necesariamente comprende la aceptación de que el ordenamiento jurídico romano fue diferente de un sistema jurídico moderno. Fue un sistema más 'abierto', como ha mostrado Winkel, el cual no tuvo una jerarquía de fuentes o, de hecho, una teoría de la argumentación jurídica. Es esta 'apertura' la que debería estar en la base de cualquier consiguiente indagación sobre las formas de argumentación en los juristas romanos. Y es importante cuándo se llegó a esta apertura"). DU PLESSIS, *Modes*, *op. cit*., p. 36.

[12] Cicerón, *de orat.* 2.108-109.

[13] MARTINI, *Le difinizioni*, *op. cit*., pp. 6-14.; A. Carcaterra, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 23-26; GUZMÁN, *Historia*, *op. cit*., pp. 115-116.

(o inferencial), lo que no significa haber afirmado su "labilidad" ni menos llamar a su abandono o exclusión metodológica, como si dijera "las definiciones se deben evitar porque son peligrosas para el derecho civil mismo".[14] Su máxima sobre las definiciones (que es en sí también una definición) constituye en realidad una refinada orientación técnica para la utilización adecuada y funcional (prudencial y pragmática) de las definiciones que eran necesarias en los muchos razonamientos jurídicos que se servían de ellas.[15]

Así, no se puede retrasar en demasía la penetración de reglas y de definiciones ni de las generalizaciones dialécticas en el trabajo de los juristas romanos[16] ni tampoco es correcto subvalorar su papel en

---

[14] CARCATERRA, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 23-38.

[15] De forma similar a lo que aconseja Paulo sobre la "regla de derecho", en Paulo, *16 ad Plautium*, D. 50.17.1: "*Regula est, quae rem quae est breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum*" ("Regla es la que narra brevemente un asunto. El derecho no se extrae desde la regla, sino que desde el derecho lo que se haga regla. Por tanto, se entrega por la regla una breve narración de los hechos y, como afirma Sabino, es como una relación de la causa, la cual apenas está viciada en algo pierde la virtud de su utilidad"). Este pasaje contiene, por cierto, una "definición" de regla y, por lo demás, las reglas son en sí mismas una especie dentro del género retórico de las definiciones (*definitiones* y *regulae* son los respectivos equivalentes latinos de las herramientas dialécticas de los *hóroi* y los *kanónes*). Los juristas romanos, dados sus fines prácticos, escapaban del "pirronismo" de los escépticos que *nihil constituunt* (nada determinan), porque *alioquin multa ex his quae certa sunt subvertuntur* (de otro modo, muchas de aquellas cosas que son ciertas las subvertirían). Cfr. Neracio*, 6 memb.*, D. 1. 3. 21, Juliano, *86 dig.*, D. 9. 2. 51. 2, Celso, *23 dig.*, D. 1. 3. 39, Juliano, *27 dig.*, D. 1. 3. 15. Ver CASAVOLA, F. (2011). *Giuristi adrianei* (pp. 42-43). L´Erma.

[16] Así ocurre, por ejemplo, con la distinción entre *ius civile* y *ius gentium*, que no

aparece sino hasta los escritos de juristas del siglo II d. C. Pero ello no pareciera permitir afirmar que no se conociera su distinción hasta ese momento, sino solo que más bien las fuentes dan la impresión de que era menos necesario para esos juristas hacer la distinción de forma tan tajante como nos resulta a nosotros necesario hoy. No hay que esperar, por tanto, hasta el siglo II d. C., con la famosa distinción de Gayo *Institutiones* 1. 1.: "*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. Quae singula qualia sint, suis locis proponemus*" ("Todos los pueblos que se rigen por las leyes y costumbres, usan como derecho en parte el suyo propio, en parte el común a todos los hombres: Pues, lo que cada pueblo constituye como derecho para sí, es el propio de este mismo y se llama derecho civil, como derecho propio de la ciudad; en cambio, lo que la razón natural constituyó entre todos los hombres, es lo que se custodia ante la mayoría de todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como el que se usa entre todas las gentes. Y así, el Pueblo Romano, en parte usa de su derecho propio y en parte del derecho común a todos los hombres. De los que propondremos en sus lugares cuáles sean singularmente"). La contraposición es nítida ya en Cicerón, *de officiis* 3. 17. 69, quien la atribuye además a los primeros juristas laicos: "*Maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt; quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*" ("Los antiguos quisieron que una cosa fuera el derecho de gentes y otra el derecho civil; lo civil no debe ser lo mismo que el de gentes, pero el de gentes sí debe ser lo mismo que el civil"). Lo que pareciera ocurrir en los juristas de esta primera parte de la época clásica es que, desde una perspectiva general, nominalmente se ocupaban del *ius civile*, pero esto sin querer aplicar una exclusión sino solo porque entendían que el término envolvía todo el espectro del ordenamiento jurídico romano. En tal sentido, comentaban materias propias del *ius honorarium*, sin referirse a él como un ordenamiento autónomo. Por ejemplo, Quinto

época clásica, como si el reconocimiento de las raíces griegas de estas herramientas debilitara en algo el carácter puramente romano de la ciencia jurídica creada por sus juristas.[17]

Mucio trataba los interdictos posesorios, una de las más conocidas creaciones pretorias (Ulpiano, *71 ad edictum*, D. 43. 24. 1. 5; Ulpiano, *70 ad edictum*, D. 43. 24. 5. 8). En realidad, pareciera que los juristas no veían esos dos ordenamientos como dos cosas esencialmente distintas, simplemente consideraban la actividad del pretor, por la que el derecho se ponía en efecto, como la *viva vox* del derecho civil. Y otro tanto de lo mismo debe decirse del *ius gentium*, que en esta época florece con fuerza en sus aspectos centrales, pero que es comentado, por ejemplo, nuevamente por Quinto Mucio en sus 18 libros sobre el "*ius civile*", sin que tampoco se haga la distinción; como ocurre con el contrato de sociedad (Ulpiano, *30 ad Sab.*, D. 17. 2. 9. 11, Paulo, *6 ad Sab*., D. 17. 2. 30 y Gayo, *Institutiones* 3.149); ello, además de otros fragmentos de Quinto Mucio utilizados por los compiladores sobre la compraventa (Celso, *8 digestorum*, D. 18.1.59; Venuleyo, *16 stip.*, D. 21. 2. 75; Ulpiano, *28 ad Sab*., D. 18. 2.11. 1, 18. 2. 13 pr; Pompomnio, *31 ad Quintum Mucium*, D. 18. 1. 66. 2 y D. 19. 1. 40; Paulo, *50 ad Ed.*, D. 40. 12. 23 pr). Esta falta de diferenciación por los juristas romanos (*ius civile*, *ius gentium*, *ius honorarium*) no puede ser atribuido a su desconocimiento, sino simplemente a razones prácticas: no requerían contraponer unos ordenamientos a otros conforme a su método de elaboración del derecho, al discutir la acción aplicable. Esto fue un gran acierto explicativo de Lauria y Betti. Ver LAURIA, M. (1956) *Ius: visioni romane e moderne* (pp. 243-244). Jovene y BETTI, E. (1927). La nascita del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano. En *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento* (pp. 102-103). CEDAM; D'ORTA, M. (1990). *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa* (pp. 24-25). Jovene; STURM, F. (1997). Exclusivisme et personnalisme dans l'Antiquité classique et à l'époque barbare. Réception ou évolution parallèle? En *Nozione Formazione e Interpretazione del Diritto. Ricerche dedicate a F. Gallo* (337-340). Jovene.

[17] También en esto tuvo un importante influjo, Fritz Schulz, quien atribuyó la recolección de reglas al período postclásico en el mundo oriental del Imperio. Ver.

Como es muy sabido, por el relato de Pomponio, *Enchiridion* D. 1. 2. 2. 41, el primero de estos juristas tardorrepublicanos en hacer una reunión de conjunto y sistemática del derecho existente hasta su época fue Quinto Mucio: "*Post hos Quintus Mucius Publii filius pontifex maximus ius civile primus constiuit generatim in libros decem et octo redigendo*" ("Después de estos, Quinto Mucio Escévola, hijo de Publio, pontífice máximo, fue el primero que constituye por géneros el derecho civil, reordenándolo en dieciocho libros").[18] Aquí *redigere*, como *digere*, significa "hacer una síntesis", pero síntesis ante todo producida por la ordenación racional de las materias, como sinónimo de *dispositio*, porque etimológicamente *re-digere* viene de *res disponere generatim* (disponer las cosas generalizando), que es el sentido en que se habla de "sistemática" en la experiencia jurídica romana.[19]

Claro que Quinto Mucio Escévola[20] no solo realizaba operaciones de *divisiones* en géneros y especies ni aplicaba a estos las pertinentes *partitiones*, para distinguir las partes de un todo, sino que por supuesto utilizaba el signo de frontera para tales diferenciaciones: la *definitio*. Es más, compuso un libro monográfico, con título en griego (*hóron*), sobre las *definitiones*, un *liber singularis definitionum*, que fue compilado por los comisarios justinianeos.[21]

SCHULZ, F. (1941). A collection of roman legal maxims on papyrus. *Journal of Roman Studies*, (31), 63-69.

[18] "*Constituere*" como determinación del derecho es un término también tomado de la filosofía griega. Ver CASAVOLA, *Giuristi*, *op. cit*., p. 42.

[19] ORESTANO, *Introduzione*, op. cit., pp. 133-135; VACCA, L. (2012). *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni* (pp. 52, 62 y 63). Giappichelli.

[20] KUNKEL, W. (1967). *Die römischen juristen. Herkunft und soziale Stellung* (p. 18). ⌈Böhlau.

[21] LENEL, O. (1889). *Palingenesia iuris civilis*. Volumen prius. Col. 762 y 763 (nº 45 a 50). Officina B. Tauchnitz.

Así, en esa obra y en otras suyas encontramos un buen número de sus definiciones. Por ejemplo, en Quinto Mucio Escévola, *liber singularis hóron*, D. 50. 16. 241: *"In 'rutis caesis' ea sunt, quae terra non tenentur quaeque opere structili tectoriove non continentur"* ("En [la cláusula] 'excavadas y cortadas' están aquellas cosas que no están afirmadas en la tierra, entre las cuales no se comprenden las obras de construcción o de estuco"). A la que puede añadirse otra cita, de evidente correspondencia con la anterior, utilizada para interpretar la misma cláusula contractual, Pomponio, 31 *ad Quintum Mucium*; D. 18. 1. 66. 2: *"Quintus Mucius scribit, qui scripsit 'ruta caesa' quaeque aedium fundive non sunt, bis idem scriptum: nam ruta caesa ea sunt quae neque aedium neque fundi sunt"* ("Quinto Mucio escribe, que si se ha escrito 'excavadas y cortadas, las cuales no están en el edificio o el fundo', ha escrito dos veces lo mismo: pues, son excavadas y cortadas aquellas cosas que no son ni del edificio ni del fundo"). En otras ocasiones, con clara base dialéctica pero con el propósito práctico de encontrar la adecuada solución jurídica, señala casos en que aplica a la vez una *definitio* y una *partitio*, como, por ejemplo, en Paulo, *21 ad Ed.*, D. 50. 16. 25. 1: *"Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari"* ("Quinto Mucio afirma que el nombre 'parte' significa la cosa pro indiviso [en común]: pues, lo que se hace nuestro pro diviso [adjudicado por división], aquello no es la parte sino el todo. Servio no inelegantemente dice que el nombre 'parte' significa ambas").[22]

[22] Otros ejemplos son: Pomponio, *2 ad Quintum Mucium*, D. 50. 16. 118: "'*Hostes' hi sunt, qui nobis aut quibus nos publice bellum decrevimus: ceteri 'latrones' aut 'praedones' sunt*" ("'Enemigos' son aquellos que a nosotros o que nosotros a aquellos decretamos públicamente la guerra: los demás son 'ladrones' o 'predadores'"); Ulpiano, *71 ad edictum*, D. 43. 24. 1. 5, en que este se pregunta qué se ha de

entender por "hecho con violencia" (*vi factum*) en materia interdictal, y dice "*…vi factum videre Quintus Mucius scripsit, si quis contra quam prohiberetur fecerit: et mihi videtur plena esse Quinti Mucii definitio*" ("… pareciera hecho con violencia, ha escrito Quinto Mucio, si lo hiciera aquel contra quien se hubiera prohibido: y a mí me parece ser plena la definición de Quinto Mucio"); y así también en el mismo Ulpiano, *70 ad edictum*, D. 43. 24. 5. 8: "*Haec verba 'quod vi aut clam factum est' ait Mucius ita esse 'quod tu aut tuorum quis aut tuo iussu factum est'*" ("Estas palabras 'lo que está hecho con violencia o clandestinidad', dice Mucio ser así 'lo que es hecho por ti o, por alguno de los tuyos o, por tu orden'"). Por otra parte, sobre la interpretación del testamento en materia de legados, Ulpiano, *44 ad Sab*. D. 34. 2. 27 pr: "*Quintus Mucius libro secundo iuris civilis ita definit argentum factum vas argenteum videri esse*" ("Quinto Mucio en el libro segundo del derecho civil define así, plata manufacturada se considera el vaso de plata"), y a su vez su definición vuelve a ser utilizada por Ulpiano, *20 ad Sab.*, D. 34. 2. 19. 9-10: "*Argento facto legato Quintus Mucius ait vasa argentea contineri, veluti parapsidas acetabula trullas pelves et his similia, non tamen quae supellectilis sunt.* 10. *Sed cui vasa sint legata, non solum ea continentur, quae aliquid in se recipiant edendi bibendique causa paratum, sed et quae aliquid sustineant: et ideo scutellas vel promulsidaria contineri. Repositoria quoque continebuntur: nam vasorum appellatio generalis est, dicimus vasa vinaria et navalia*" ("Por legado de plata manufacturada, Quinto Mucio afirma que se incluye los vasos de plata, por ejemplo, las bandejas, los acetabulares, espumaderas, fuentes y similares a éstas, no, sin embargo, las que son ajuar de la casa. 10. Pero a quien son legados los vasos, no solo comprende aquellos que están preparados para recibir en sí para comer y para beber, sino también los que sostienen algo; y por ello se comprende las escudillas o bandejas de entrantes. Los repositorios también se comprenden: pues, 'de los vasos' es una denominación general, decimos vasos de vino y navales"). Todavía en la interpretación de los legados, Ulpiano, *22 ad Sab.*, D. 33. 9. 3 pr: "*Qui penum legat quid legato complectatur, videamus. Et Quintus Mucius scribit libro secundo iuris civilis penu legata contineri, quae esui potuique sunt. Idem Sabinus libris ad Vitellium scribit: quae harum, inquit, patris familiae uxoris liberorumve eius vel familiae, quae circa eos esse solet, item*

Descartada hasta aquí la presunta prescindencia de las definiciones por parte de los juristas romanos republicanos, con una mínima muestra, meramente ilustrativa, se puede avanzar hacia la definición de *obligatio* a la que los juristas republicanos y altoimperiales también contribuyeron en alguna medida.[23] Básicamente es por este cambio de perspectiva que se ha abandonado los apriorismos por los que la doctrina romanista de la primera mitad del siglo XX[24] señalaba, sin

---

iumentorum, quae dominici usus causa parata sunt" ("Veamos que se entiende legado cuando se lega la provisión. Y Quinto Mucio escribe en el libro segundo del derecho civil, que se comprende como la provisión legada, las que son para comer y para beber. Lo mismo escribe Sabino en el libro sobre Vitelio: las que de éstas, dice, son para el padre de familia, la mujer o los hijos de éste o de la familia, las que suelen tener para ellos, además, los animales que están preparados para el uso doméstico"); Pomponio, *9 ad Quintum Mucium*, D. 34. 2. 34. 1: "*Item scribit Quintus Mucius, si maritus uxori, cum haberet quinque pondo auri, legasset ita: "Aurum quodcumque uxoris causa paratum esset, uti heres uxori daret", etiamsi libra auri inde venisset et mortis tempore amplius quam quattuor librae non deprehendentur, in totis quinque libris heredem esse obligatum, quoniam articulus est praesentis temporis demonstrationem in se continens. Quod ipsum quantum ad ipsam iuris obligationem pertineat, recte dicetur, id est ut ipso iure heres sit obligatus*" ("También escribe Quinto Mucio, si el marido a la mujer, como si hubiera tenido las 5 libras de oro, legara así: 'Todo el oro que hubiera estado destinado para la mujer, dé el heredero a la mujer', incluso si hubiese venido a faltar una libra de oro y al tiempo de la muerte no tuviera más que cuatro libras, el heredero está obligado en el total de las cinco libras, porque el artículo contiene en sí una demostración en el tiempo presente. Lo mismo corresponde en cuanto a la obligación de derecho misma, se dice rectamente, esto es, que por el mismo derecho esté obligado el heredero"). Ver COING, *Zur Methodik*, *op. cit*., pp. 368, 370, 375, 376.

[23] SCHULZ, *History*, *op. cit*., p. 67.

[24] SCHERILLO, G. (1971). Le definizioni romane delle obbligazioni. En *Studi in Onore di Giuseppe Grosso* (p. 98). Volumen 4. Giappichelli.

más, que los romanos no conocieron una definición abstracta de la obligación, sino que en su sistema operaban de forma casuista con una multiplicidad de obligaciones en particular que no reconducían a una definición general,[25] y que habrían sido los justinianeos quienes habrían generalizado por medio de interpolaciones los textos que trataban casos particulares. Al contrario, se debe indagar en los textos disponibles sobre la presencia de algunas indicaciones que permitan vislumbrar el grado de abstracción que se atribuyó a la *obligatio*. Vamos a tocar este punto también con relación a Quinto Mucio Escévola. Pero, para ello, antes haremos un salto enorme en el tiempo hasta llegar a la obra del emperador Justiniano, sobre cuyos precedentes dogmáticos versa esta exposición.

II.

Justiniano nos entrega la famosa definición de "obligación" que se encuentra en *Institutiones* 3. 13 pr: "*obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*" ("la obligación es el vínculo jurídico, por cuya necesidad constreñimos a alguno al pago de una cosa, según los derechos de nuestra ciudad").

No es en absoluto exagerado sostener que este fragmento constituye *"el texto jurídico latino más universalmente conocido"*[26], pues se trata del más conspicuo y paradigmático caso de definición

[25] PEROZZI, S. (1903). *Le obbligazioni romane: prolusione letta nel 1902* (pp. 8-12) Ditta Nicola Zanichelli; ARANGIO-RUIZ, V. (2006). *Istituzioni di diritto romano* (pp. 288-290). Jovene.

[26] ALBANESE, B. (1984). Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J. 3, 13 pr. *SDHI*, (50), 168.

romana,[27] que desde el *ius commune* y hasta la segunda codificación italiana (1942) fungió de forma incontrastada como la definición "oficial y verdadera" de la obligación para autores y legisladores,[28] la cual sigue irradiando su *vis expressiva* hasta hoy.

Hasta donde sabemos por la noticia directa de las fuentes, la definición no fue tomada en su literalidad desde las *Institutiones* de Gayo,[29] como en principio se podría haber imaginado, dado que ése era su modelo de texto didáctico. Sin embargo, esto no implica que los precedentes de la definición de *obligatio* como *vinculum iuris* necesariamente queden circunscritos a la época posclásica o justinianea,[30] aunque tampoco pueda extremarse el asunto hasta pretender, a pesar del silencio de las fuentes, que su formulación (no solo su dogmática) necesariamente podría haber sido construida a partir de algún exacto modelo previo en época clásica.[31] Más bien, lo que sí se puede afirmar, atendiendo al panorama de las (escasas) fuentes disponibles, es que puede observarse desde temprano en la época clásica un alto nivel de abstracción que habría contribuido a la progresiva acumulación aluvional del conocimiento jurídico que permitió la formulación final de la definición de la obligación como un *vinculum iuris*.

Se debe señalar desde ya que no hay fundamentos para admitir la tesis de Contardo Ferrini,[32] depurada a principios del siglo XX, quien

---

[27] FALCONE, G. (2003). *Obligatio est iuris vinculum* (p. 5). Giappichelli.

[28] CANNATA, C. A. (2011). Le definizioni romane dell''obligatio'. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione. En L. VACCA (Ed.). *Scritti Scelti di diritto romano* (pp. 321-323). Vol. I. Giappichelli.

[29] KUNKEL, *Die römischen juristen*, *op. cit*., pp. 186-213.

[30] SCHULZ, *History*, *op. cit*., pp. 66-67.

[31] Ver BALDUS, C. (2012). I concetti di res in Gaio, tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del praetor urbanus. *AUPA*, (55), 47.

[32] FERRINI, C. (1929). *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*. En E. ALBERTARIO

señalaba que, aunque la fuente principal de las *Iustiniani institutiones* 3. 13 son las *res cottidianarum* del mismo Gayo, en el preciso punto tratado en *pr*, sobre la definición del "*vinculum iuris*", podría haber sido tomado de las *Institutiones* de Florentino. Es verdad, de cualquier manera, que el propio Ferrini ponía inmediatamente un signo de interrogación, "*F. ?*", para dejar muy claro que se trataba solo de una conjetura. Explicaba que, más allá de la matriz gayana de aquel fragmento, en su opinión la *definitio obligationis* no podía provenir de Gayo porque él no introducía los temas definiendo (Ferrini tiene una idea más restringida de *definitio*), sino que entraba de inmediato en la clasificación de las materias a tratar (por ejemplo, en *Institutiones* 1. 142; 2. 192; 2. 246; y, específicamente en materia de obligaciones, 3. 88). En cambio, Florentino sí tenía inclinación a definir y, además, a recurrir a la etimología, todo lo cual, para Ferrini, estaba presente en la *definitio obligationis*, como elemento histórico, en el uso de los términos "*Obligatio est… vinculum, quo… adstringimur*".[33] La base de su aserción es, como se ve, muy frágil e inconcluyente. No hay ningún antecedente positivo que pueda sugerir, siquiera como indicio, que Florentino haya concebido específicamente la *obligatio* como *vinculum iuris*. La razón de Ferrini para descartar que la *definitio* sea original de los justinianeos (Triboniano, Teófilo y Doroteo) y, a cambio, buscar algún modelo desconocido, se debe a circunstancias tan poco determinantes como que, por una parte, la comisión justinianea tuvo muy poco tiempo para componer la obra y, por el otro, su naturaleza no era de una obra original sino que declaradamente consistió en una recopilación de doctrinas institucionales y de otros textos (como se indica en la constitución Tanta, Dédoken y en el Proemio 6. de las *Institutiones*

(Ed.). *Opere di Contardo Ferrini* (pp. 101-207), Vol. 2, Studi sulle fonti di diritto romano. Giuffré.

[33] *Ibidem*.

que declara como sus modelos principales las *Institutiones* y las *res cottidianarum* de Gayo).

Por su parte, Arangio-Ruiz[34] supuso que la definición provendría de algún glosema postclásico a Gayo, y bajo tal hipótesis criticaba su excesiva generalidad, por la cual más bien se definiría el concepto más amplio de deber jurídico, además de su supuesto carácter tautológico. En efecto, Arangio-Ruiz sostenía que "*alicuius solvendae rei*" era una total incorrección porque reducía el contenido de la obligación solo a las de dar alguna cosa y omitía las demás prestaciones. Nada de esto puede seguirse, por cuanto el propio Arangio-Ruiz sabía que tal lectura no es la única posible,[35] sino que se puede entender (y éste es el verdadero sentido) que este *aliquid solvere* significa "hacer el pago de algo", aunque en este sentido él mismo arremetía contra la definición declarándola tautológica: "(…) decir que la obligación nos constriñe a hacer un pago es lo mismo que decir que la obligación debe ser cumplida; pero ésta no es una verdadera definición".[36] Sin embargo, el error de Arangio-Ruiz fue, como ha sido aclarado por Cannata,[37] que en la definición no se dice que la obligación sea un vínculo entre los sujetos por el cual se deba pagar al acreedor, como si se dijera que la *obligatio* "ata" y la *solutio* "desata" (lo que sí sería tautológico), sino que la *definitio obligationis* de Justiniano establece que es un vínculo entre los sujetos pero que recae en una cosa (en su amplia acepción por la que cabe cualquier objeto de la obligación)

---

[34] De hecho, Arangio-Ruiz especula que pudo haber sido elaborada por un glosador postclásico de Gayo, para lo que, por supuesto, falta cualquier antecedente y más bien operan muchos prejuicios. Ver ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, *op. cit*., p. 283.

[35] FALCONE, G. (2003). *Obligatio est iuris vinculum* (pp. 134-144). Giappichelli.

[36] "*…dire che l'obbligazione ci costringe a fare un pagamento è quanto dire che l'obbligazione dev'essere adempiuta; ma questa non è davvero una definizione*". Ver ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, *op. cit*., p. 284.

[37] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 329-330.

que debe ser pagada. Esto, lejos de ser superfluo, es una importante indicación sobre la naturaleza ideal de ésta y su ejecución patrimonial.

Por otro lado, tampoco parece atendible que se atribuya la formulación "obligatio est iuris vinculum" a Gayo, ya sea en sus Institutiones o en sus res cottidianarum.[38] Hay autores que, para anticipar los elementos de la definición de las Instituciones de Justiniano 3. 13 pr., se esfuerzan por pesquisar las palabras de esta definición en Gayo, recurriendo a las Institutiones 3. 87, sobre cesión de herencia (necessitate adstringi), o a su tratamiento del pago, en Institutiones 3. 168 (solutio eius quod debeatur), junto con Institutiones 4. 2 (dare facere praestare oportere),[39] que será analizado más abajo. Pero la cuestión no se trata de encajar un puzzle de palabras cruzadas y ya. Estas coincidencias lingüísticas no quieren decir nada por sí solas (aparte del hecho consabido de formar todos estos juristas parte de una cultura jurídica común, no obstante sus diferencias individuales), sin que ello lo aproxime en absoluto a la definición de Justiniano.

III.

Si retrocedemos en el tiempo hasta la etapa final de la época clásica, a inicios del siglo III d. C., encontramos una segunda definición de obligación perteneciente al jurista Paulo,[40] también destinada a fines isagógicos, pues está extraída del segundo libro de su propio manual de instituciones, Paulo, *2 Institutionum*, D. 44. 7. 3. pr.:

---

[38] FALCONE, *Obligatio*, *op. cit.*, pp. 117-133.

[39] QUADRATO, R. (1979). *Le institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi* (pp. 165). Jovene.

[40] KUNKEL, *Die römischen juristen*, *op. cit.*, pp. 244-245.

"Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum" ("La substancia de las obligaciones no consiste en que haga nuestro algún cuerpo o servidumbre, sino en que constriña a alguien para con nosotros a dar algo, o a hacer o a prestar").

En Paulo se contrapone la adquisición por la que alguna cosa corporal o una servidumbre se hace nuestra (*aliquod corpus aut servitutem nostram faciat*), y la obligación, que consiste en que se constriña a alguien (*alium abstringat*) para con nosotros (*nobis*) a algo (*aliquid*), ya sea para darlo, hacerlo o prestarlo (*ad dandum… vel faciendum vel praestandum*).

No parece decisiva ni persuasiva la crítica de interpolaciones que afirma para el texto de Paulo, que *faciat* y *obstringat*, en singular, ponen como sujeto correspondiente la *substantia*, y que supuestamente estaría mejor elaborada la oración dejando como sujeto las *obligationes*, de manera que se requeriría del verbo en plural *faciant* y *obstringant*.[41] Porque en D. 44. 7. 3 el sujeto de la oración es precisa e indudablemente la *substantia* de las obligaciones, puesto que tal noción abstracta constituye el punto de referencia para la comparación de la que se extrae la *de-finitio* de la obligación. De un lado, se pone como proposición la adquisición del dominio o de una servidumbre y, del otro, se contrapone la proposición del contenido prestacional de la obligación. Así, negándose la primera y afirmándose la segunda, mediante un razonamiento por exclusión típico de la dialéctica, se obtiene como resultado que la *susbtantia obligationis*

[41] PEROZZI, *Le obbligazioni*, *op. cit.*, p. 12; MARCHI, A. (1916). Le definizioni romane dell'obbligazione. *Bullettino dell'istituto di Diritto Romano*, (29), 8-9; FALCONE, G. (2011). Sistematiche gaiane e definizioni di obligatio, En L CAPOGROSSI COLOGNESI & M. F. CURSI (Eds). *Obligatio-Obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (p. 21). Jovene.

es que alguien sea constreñido a dar, hacer o prestar (*ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*).

En el pasaje paulino, la *substantia* significa aquello más característico de las obligaciones, la *natura obligationis*. A esta *substantia obligationis* se refiere el mismo Paulo, *56 ad Ed.*, D. 46. 3. 54: "*Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem*" ("La palabra 'solución' corresponde a toda liberación hecha de cualquier modo y más se refiere a la substancia de la obligación que al pago de dinero").[42] De acuerdo con esto, la *substantia* de las obligaciones se refiere ante todo al cumplimiento de la prestación debida, que produce la "liberación" del deudor, cualquiera que sea el modo que se produzca,[43] más que a la consecuencia de su incumplimiento, que consiste en pagar (*solvere*) dinero impuesto por una *condemnatio pecuniaria*.[44] Así, retornando a la definición de la obligación, es muy seguro que para Paulo la

[42] FALCONE, G. (2017). *La definizione di obligatio. Tra diritto e morale. Appunti didattici* (p. 63). Giappichelli.

[43] Falcone describe lo mismo como la "cooperación del deudor", pero éste es un anacronismo en que se imposta el actual sentido italiano de obligación. Ver FALCONE, *La definizione*, *op. cit.*, p. 63.

[44] Como se sabe gracias a las dos célebres obras de Lenel, este libro del comentario al edicto del pretor se dedicaba el edicto *36º. De re iudicata* (sobre la cosa juzgada), cuyo lagunoso texto sobre la fórmula de la *actio iudicati* (198) igualmente permite ver la cuestión central de la comparación que hace Paulo entre el pago de la condena y el pago de la obligación previa que dio lugar al litigio: "*Condemnatus, ut pecuniam solvat intra XXX diez, ni solverit… pronuntiatum… statutum*" ("El condenado a que pague dinero dentro de los 30 días, si no paga… pronunciado… establecido"). Ver LENEL, O. (1968) Palingenesia, volumen prius, cit., col. 1073 (nº. 690). En S. RICCOBONO (Ed.). *Edictum Perpetuum Praetoris Urbani*. *FIRA, Par Prima. Leges* (Pars Quarta, Caput XXXVI, § 198) (p. 371). Barbera.

substantia obligationum es el contenido prestacional (dar, hacer o prestar),[45] cuyo cumplimiento coactivo (*obstringere ad*) se refiere a la ejecución de la conducta debida, que por ello se presenta en el gerundio (*dandum*, *faciendum*, *praestandum*).

La idea expresada en términos de "compeler" o "constreñir" (*obstringere*) al deudor, en virtud de su 'vínculo' (*vinculum*) con el acreedor, era perfectamente conocida para el mismo jurista, pues se encuentra, por ejemplo, en Paulo, *15 responsorum*, D. 45. 1. 134 pr.: "*…Respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta*" ("Responde que, por la estipulación que se propone, como no ha sido interpuesta según las buenas costumbres, al que accione obstará la excepción de dolo malo, porque es visto como deshonesto ser constreñidos los matrimonios con el vínculo de una pena, ya sean futuros ya estén contraídos"). Se trata del caso de una estipulación de una pena (cláusula penal) que se añadió al instrumento por el que se había acordado, entre la madre del novio y el padre de la novia, celebrar su matrimonio en un tiempo determinado, de modo que, no habiéndose celebrado dentro del plazo, se exigió el cumplimiento de la pena estipulada. Es allí que Paulo señala que la acción (*condictio pecuniaria*) es procedente, pero que al acreedor le será opuesta la excepción de dolo porque no es honesto que los matrimonios sean forzados (*matrimonia obstringi*) con el "vínculo de una pena" (*vinculo poenae*).

Destáquese, provisionalmente, que aparecen aquí, en la pluma de Paulo, dos términos fundamentales para la definición de obligación de las *Iustiniani institutiones* 3.13. pr. (*obstringere/adstringere* y *vinculum*). Además, se debe añadir que en D. 46. 3. 54 también se encuentra en Paulo la abstracción de *solvere* como *omnia liberatione*

[45] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit.*, p. 329.

para referirse generalmente a la disolución del vínculo obligatorio respecto de toda clase de prestación, que de alguna forma también se halla en la definición justinianea como "pagando la cosa" (*solvendae rei*). Como conducta debida no por casualidad Justiniano expresa en gerundio, tal como lo hace Paulo en su definición de D. 44. 7. 3 (*dandum*, *faciendum*, *praestandum*). Y nótese, en directa relación con la definición de D. 44. 7. 3, que en D. 46. 3. 54, *obstringere* se refiere nuevamente al cumplimiento de un hecho eventual previo (la unión matrimonial), ni siquiera a la obligación estipulatoria misma, cuyo objeto es la pena. Por esto, no resulta dudoso que la coacción de las obligaciones no alude en primer lugar a las consecuencias de la condena en juicio por el incumplimiento, sino siempre a la situación sustancial previa.

IV.

Volvemos ahora a Quinto Mucio Escévola. Hace un siglo, Pampaloni[46] puso de manifiesto el paralelismo entre la definición de Paulo, D. 44. 7. 3, y acaso la más antigua *definitio* de obligación con la que contamos: aquella que formuló Quinto Mucio, según sabemos por Varrón, *de lingua latina* 7. 105:

> *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius, quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaeritur: nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit, inde nexum dictum. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat nectebat, dum*

[46] PACCHIONI, G. (1924). Il concetto dell'obbligazione. *Rivista del Diritto Commerciale*, (5), 210-213.

solveret, nexus vocatur, ut ab aere obaeratus. Hoc C. Poetelio Libone Visolo dictatore sublatum ne fieret, et omnes qui Bonam Copiam iurarunt, ne essent nexi dissoluti.

Manilio escribe que *nexum* es todo lo que se haga por la balanza y el cobre, en que haya "mancipaciones"; Mucio, (dice que *nexa* son) los que se hacen por el cobre y la balanza para que se obliguen, excepto cuando se den en "mancipio". La palabra misma de que se investiga muestra que esto es más verdadero; pues, aquel cobre que se obliga por la balanza no se hace suyo, por ello es llamado *nexum* (contrato de anexión). El libre que "anexionaba" (*nectebat*) sus servicios por los dineros que debía, mientras no pagara, se llama *nexus* (anexado, atado), como obligado (*obaeratus*) con el cobre. Esto fue eliminado, para que no se hiciere, por el dictador C. Poetelio Libón Visolo, y todos los que juraron Suficiencia de Bienes [insolvencia], fueron solucionados (*dissoluti*), para que no fueran *nexi* (deudores de *nexum*).

En el texto, Quinto Mucio distingue entre el uso de la solemnidad del cobre y la balanza para la constitución de un *mancipium* (por ejemplo, la adquisición de una *res mancipi*), y la obligación *per aes et libram*, el mutuo solemne llamado *nexum*, por el que no hay adquisición.[47] Hasta aquí Quinto Mucio, pues la explicación restante es de Varrón. Señala, este último, que en el caso del préstamo solemne el deudor "ataba" (*nectebat*) sus servicios personales mientras no pagara la deuda, por lo que, a pesar de intervenir el cobre y la balanza, en este caso "nada hace suyo" (*neque suum fit*), sino que quedaba obligado (*obaeratus*) en virtud del contrato, información que en este punto es coincidente con lo indicado por Festo: "…*Nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per*

[47] Ciertamente es una noción más sofisticada que la de Manilio. Ver LABRUNA, L. (2012). Scientia rerum – scientia iuris: tradere, traditio. En E. CHEVREAU et al. (Ed.). *Carmina Iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert* (p. 446). De Boccard.

nexum obligatur" ("…Cobre por *nexum* se decía entre los antiguos a la pecunia que se obliga por *nexum*").[48]

Es claro que *nexum*, literalmente nexo, atadura, amarre,[49] es una palabra muy expresiva para evocar la misma idea de ligazón que evoca el propio término *obligare*. Si bien en el caso de este último, más allá de su conocida etimología, *ob-ligare*, debe tenerse presente que *obligo* está lejos de representar un punto firme de referencia semántica, porque sus significados se expanden en una diversidad amplísima de acepciones.[50] Sin embargo, esa investigación no es indispensable ahora. En esta breve definición de Mucio en realidad es claro que el objeto de su preocupación es el acto mismo *per aes et libram*, el cual distingue según sus efectos, de forma que la producción de obligación da al acto propiamente el nombre de *nexum*, salvo que produzca también la adquisición del poder del *mancipium*. Nótese que Mucio no dice que el acto libral puede obligar algunas veces y otras producir la adquisición de un derecho, como muchas veces la doctrina romanista moderna se apresura a concluir, sino que dice que en ambos casos el acto obliga, pero que no se llama *nexum* si acaso obliga pero además da el *mancipium* ("*quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio dentur*"). El matiz, que no se puede descartar que sea una pura imprecisión jurídica de Varrón, en cualquier caso importa para no perder de vista la antigüedad de

[48] Ver., por todos, CURSI, M. F. (2018). La mancipatio e la mancipatio familiae. En M. F. CURSI (Ed.). *XII Tabulae. Testo e commento* (pp. 340-341). Jovene.

[49] Ver para su relación con "sometido", "obligado", "afecto", ERNOUT, A., & MEILLET (2001). Voce *obnoxius*. En *Dictionnnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots* (p. 455). Klincksieck. Ver MAC CORMACK, G. (1967). "Nexi", "iudicati", "addicti" in Livy. *ZSS*, 350-358; CARDILLI, R. (2018). Il nexum e l'oportere nelle XII Tavole. En M. F. CURSI (Ed.). *XII Tabulae. Testo e commento* (pp. 410-411). Jovene.

[50] GLARE, P. (Ed.). (2006). Voce *obligo*. En *Oxford Latin Dictionary* (pp. 1214-1215). Oxford University Press.

este testimonio y su muy probable falta de una congruencia completa con la dogmática clásica posterior.

En fin, ambas "ataduras", *nexum* y *obligatio*, no son sinónimas sino que tal vez en esta época ya tengan una relación de género a especie, porque *obligatio* es un término abstracto, más moderno, aplicado a toda vinculación provista de acción civil personal,[51] mientras que el *nexum*, muy probablemente anterior a su comparecencia en la Tabla 6. 1,[52] corresponde solo a la obligación civil arcaica que nace del negocio homónimo *per aes et libram*,[53] que ya en la época de Quinto Mucio Escévola había sido derogado hacía muchos siglos.[54] De

[51] SANTORO, R. (2020). *Per la storia dell'obligatio* (pp. 51-108). Palermo University Press.

[52] CARDILLI, *Il nexum*, *op. cit*., p. 403.

[53] PELLOSO, C. (2011). Il concetto di "actio" allá luce della struttura primitiva del vincolo obligatorio. En L. GAROFALO (Ed.). *"Actio in rem" e "actio in personam". In ricordo di Mario Talamanca* (pp. 181-185). Giappichelli.

[54] De hecho, Varrón mismo recuerda esta disputa y le da la razón a Mucio sin ninguna base jurídica (porque desde ese punto de vista el problema ya no tenía interés), sino que exclusivamente desde el punto de vista lingüístico. Ya en la propia época decenviral, la condición de los deudores *nexi* (el deudor *iudicatus* y *addictus*), más que como una sujeción personal material, aparece como una fase preparatoria de la ejecución; el *nexus* podía contraer el *nexum* después de nacida la deuda, referir la sujeción a uno de sus sometidos y, en todo caso, aunque estuvieran encadenados eran "libres" y "rescatables". Y lo cierto es que en el texto de Varrón pareciera que el nexo entre los servicios del deudor y el pago del mutuo se refiere a un efecto que no proviene del acto solemne, sino que sobreviene en caso de incumplimiento. Ver CORBINO, A. (2008). *Inosservanza di doveri privati in età decenvirale*. En L. CAPOGROSSO COLOGNESI & M. F. CURSI (Eds). *Forme di responsabilità in età decemvirale* (pp. 32-37). Jovene; CENDERELLI, A. (2011). *Varrone giureconsulto? (riflessione sulla figura del giureconsulto romano)*. En *Scritti Romanistici* (p. 163). Giuffré; PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., p. 180.

hecho, tiene razón Cardilli[55] en sus dificultades para comparar el *nectere* que es efecto del *nexum*, con el *oportere* que es el verbo que denota la exigibilidad procesal de las obligaciones ya desde época decenviral, porque sea que la servidumbre personal del *nexus* tenga efecto *in actum*, inmediatamente al celebrarse el negocio, o sea que este efecto se mantuviera *in habitu* hasta el incumplimiento (cosa que en realidad no sabemos), es cierto que esta "anexión" nada tiene que ver con la realidad del *oportere ex sponsione* de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (Gayo, *Institutiones* 4. 17), y menos con el posterior *oportere* de la *formula actionis* que otorgará el pretor (Gayo, *Institutiones* 4. 41).

Como sea, el texto varroniano indica que Quinto Mucio estaba preocupado de definir más bien la *causa obligationis*, en el lenguaje actual, el contrato de *nexum*.[56] Por ello, si se piensa que no es Quinto Mucio sino Varrón quien se refiere al *nexus-obaeratus* (al deudor del *nexum* u obligado) y se ocupa del problema de la coacción sobre éste producida por la obligación, "*in servitutem pro pecunia… ab aere obaeratus*" ("en servidumbre por dinero… obligado por el cobre"), no parece estar en lo correcto Talamanca[57] al señalar que en este texto Mucio confunde la obligación y la *causa obligationis*. En realidad, el jurista se refiere únicamente a la causa de la obligación, sin más: como claramente se aprecia en su análisis que recae expresamente en la solemnidad *per aes et libram*. Plantear las cosas en término de una confusión entre el contrato, como *causa obligationis*, y la obligación misma, que es su efecto, pareciera una anticipación histórica de lo que efectivamente ocurrirá más de diecinueve siglos más tarde en la codificación con *conventio* y *obligatio*, tanto en la francesa, a través de *convention* y *engagement*, como en la alemana,

[55] CARDILLI, *Il nexum*, *op. cit.*, pp. 411, 418 y 410.

[56] SANTORO, *Per la storia*, *op. cit.*, p. 7.

[57] TALAMANCA, M. (1979). Voce *Obbligazioni* (diritto romano). En *Enc. dir.*, (29), 6.

en virtud de la introducción del término *Schuldverhältnis* desde el proyecto de Dresden, que también tiene ambos significados y que quedó cristalizado en el BGB. La advertencia no es superflua, porque esos eventos histórico-jurídicos próximos a nosotros no solo influyen sobre la lectura que hace la doctrina actual sobre la definición Quinto Mucio, sino sobre la definición de Paulo, como se explica más abajo.

Sin embargo, no parece que pueda indicarse la misma confusión en el texto de Paulo, como se ha intentado por la doctrina actual[58] que atribuye a la *substantia obligationis* el significado de *causa obligationis*. Aquí se señala que la adquisición de la cosa o la servidumbre debe entenderse como un hecho jurídico y no como una relación jurídica, por lo que la "substancia de las obligaciones", para mantener el paralelo, no podría referirse a la relación obligatoria (es decir, a la relación jurídica), sino que también tendría que referirse al hecho jurídico de que proviene, es decir, a la *causa obligationis*. Esto se confirmaría, además, porque los textos de Gayo que anteceden y que suceden este fragmento (D. 44. 7. 1-2 y 4), efectivamente, se refieren a las fuentes de las obligaciones (contrato y delito).

Esa especulación pasa, primero, por aceptar que el pasaje de Paulo se refiere como sujeto gramatical a las "obligaciones" y no a la "substancia", de forma que el texto se referiría a las obligaciones mismas y de allí se pueda extraer que la alusión se debe dirigir a su *substantia* como su causa, lo cual sencillamente no es así. Segundo, además pasa porque se admita que el razonamiento del jurista pueda explicarse válidamente a través de las nociones pandectistas de "hecho jurídico" y "relación jurídica", para contraponer "modo de adquirir" a "*causa obligationis*" como algo diferente de la "relación

[58] Esa es la interpretación de PEROZZI, *Le obbligazioni*, *op. cit.*, p. 12; MARCHI, *Le definizioni*, *op. cit.*, pp. 8-9; FALCONE, *Sistematiche*, *op. cit.*, p. 21.

jurídica" que implica un vínculo obligatorio,[59] lo que es un evidente anacronismo y una lectura arbitraria de la fuente. En verdad, pareciera mucho más simple la comparación propuesta por el jurista severiano, pues la naturaleza o *substantia* de la obligación, que es en sí una abstracción que parece extenderse a todas las obligaciones de cualquier naturaleza, corresponde al aspecto funcional relativo a su eficacia, y no a su fuente, que debe entenderse como la exigibilidad (*obstringat ad*) respecto de la conducta debida (*dandum*, *faciendum*, *praestandum*). Así las cosas, lo que el pasaje de Paulo contrapone en realidad es el *facere nostrum aliquid* con *alium nobis obstringere ad*, es decir, la titularidad actual (del derecho real) y la expectativa.[60]

Fijado de este modo el significado del pasaje, esta comparación no parece el fruto de una interpolación aplicada para darle un tono general a algo que Paulo originalmente habría dicho solo respecto del *nexum*, en el mismo sentido que Quinto Mucio.[61] Primero, porque Quinto Mucio distinguía entre el "modo de adquirir" (acto *per aes et libram*) y la *causa obligationis* (*nexum*), mientras que Paulo, en cambio, entre el efecto de la adquisición y el efecto de la exigibilidad compulsiva del contenido de la obligación, marcando un contexto similar pero desde perspectivas diferentes.[62] Segundo, porque Quinto Mucio no distinguía el acto *per aes et libram* respecto del *nexum* como términos absolutamente antitéticos o excluyentes, sino que el jurista republicano entendía que siempre el acto libral producía obligación, pero que en ciertos casos, ajenos al *nexum*, el mismo acto además producía la adquisición de la propiedad ("*quae per aes*

[59] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 338-340.

[60] *bidem*, p. 340.

[61] Esta es la tesis de MARCHI, *Le definizioni*, *op. cit*., 12-32.

[62] Pacchioni en cambio piensa que el fondo del texto de Varrón y el de Paulo es idéntico en cuanto a que separarían de un mismo modo la adquisición de los derechos (reales) y las obligaciones. Ver PACCHIONI, *Il concetto*, *op. cit*., pp. 232-233.

et libram fiant ut obligentur, praeter quom mancipio dentur"); en cambio, Paulo distingue netamente adquisición y *obligationis substantia*. Por tanto, no existe simetría o paralelismo completos entre el testimonio de Quinto Mucio y de Paulo en ninguno de estos puntos, por lo que no se puede suponer una interpolación que sería una mera generalización extensiva del fragmento de este último, con lo que el fundamento de esta hipótesis interpolacionista queda privado de un grado suficiente de plausibilidad.

Además de lo anterior, hay una cuestión de coherencia interna de la obra de Paulo que dificulta aún más aceptar que el texto sea espurio. El paralelo de Paulo, en lo referido al "modo de adquirir", es mucho más sofisticado en cuanto aparta la adquisición de la propiedad de la adquisición de la servidumbre (*ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat*), mientras que Quinto Mucio solo se refería a la adquisición genérica del *mancipium* (*quom mancipio dentur*), como era propio de su época. Una alusión supuesta al viejo *nexum* por parte de Paulo, que necesariamente tendría que haber sido histórica, como creen quienes afirman la existencia aquí de una interpolación, además de ser una pura especulación, no habría presentado una distinción entre *proprietas* y *servitus,* a efectos adquisitivos, dado que el dominio y las servidumbres, al menos las rústicas en suelo itálico, eran todas cosas *mancipi* indiferenciadas (Gayo, *Institutiones* 2. 17 y 27). Esa separación tiene pleno sentido en las *Institutiones* de Paulo,[63] de cuyo contenido conocemos muy poco, pero al menos se puede decir que su primer libro se refería

[63] Cfr. *Paulus, institutionum libri II*, en LENEL, *Palingenesia*, volumen prius, *op. cit*., col. 1114 (*liber primus*: nº 888 *de possessione*?, *liber secundus*: nº889 *de servitutibus*, nº 890 *de obligationibus*, y nº 891 *de dotibus*). Además, se deben incorporar otros dos fragmentos dispersos no considerados por LENEL (1968) que no cambian lo dicho: Iulii Pauli ex libris institutionum fragmenta. En J. BAVIERA (Ed.). *Fontes Iuris Romani Antejustiniani* (FIRA) (pp. 421-422). Altera.

a las cosas (esto es, al dominio sobre ellas y a su posesión, aunque solo se conserva el fragmento referido a esta última),[64] mientras que el segundo se refería a las servidumbres[65] y obligaciones.[66] De manera que contraponer la *substantia obligationis*, que consiste en constreñir a otro (*ut alium nobis obstringat ad*), respecto de la adquisición matizando de un lado el dominio sobre cosas y del otro las servidumbres sobre los predios (*aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat*), tiene completa coherencia interna con el plan general dado por Paulo a sus explicaciones, y no hay razones para suponer que trataba aquí de un punto histórico de alcance dogmático mucho más limitado.

Lo que sí parece indudable, si se reconoce la genuinidad del texto de Quinto Mucio y de Paulo, es que se observa una evolución para la que, en nuestra opinión, tienen relevancia las instituciones de Gayo, no porque haya sido Gayo un modelo para Paulo, sino como un testimonio que ratificaría el estado del conocimiento jurídico, es decir, como un puente intelectual entre el *nexum* del primero y la *substantia obligationis* del segundo que demuestra que se encontraba completamente incorporada ya la diferencia teórica de la distinción entre la adquisición de los derechos reales y la obligación. Porque en Gayo también tiene lugar una explicación a partir del mismo paradigma: la exclusión recíproca entre la adquisición del dominio y la existencia de una obligación. Claro que, en este caso, ello se vierte procesalmente, al explicar la diferencia entre las acciones *in rem* y aquellas *in personam*, para las que dice Gayo, *Institutiones* 4.4.:

> *Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EVM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum*

[64] D. 41. 2. 41.

[65] D. 8. 2. 4.

[66] D. 44. 7. 3.

est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest.

Y así, diferenciadas las acciones, cierto es que no se puede pedir una cosa nuestra a otro así: 'Si resulta que él debe dar'; pues lo que es nuestro no nos puede ser dado, en cuanto esto es que se entiende sernos dado aquello lo que así es dado para que se haga nuestro; porque la cosa que ya es nuestra no se puede hacer más ampliamente nuestra.

Teniendo los tres textos a la vista, Quinto Mucio, Gayo y Paulo, puede afirmarse que la contraposición se trata ya de una idea arraigada (*tópos*) para distinguir el *dare* de aquello que es *nostrum*, la obligación de la adquisición. Es muy probable (aunque no se puede decir más) que Pomponio se haya referido justamente a la *definitio* de Mucio en relación con este *locus communis* en su texto de Pomponio, *28 ad Quintum Mucium*, D. 50. 17. 204: *"Minus est actionem habere quam rem"* ("Es menos tener una acción que una cosa").[67]

V.

Ahora se debe dar paso al segundo texto de Gayo, fundamental para esta cuestión. Aunque no se recurra habitualmente a ello para explicar las definiciones de la obligación en la experiencia jurídica romana, la noción gayana de *obligatio* en este punto no puede ser completada sin observarse el valor que tiene el *ius obligationis* para él dentro de la categoría de las *res incorporales*, Gayo, *Institutiones* 2. 14:

[67] No se conoce la materia a la que se refería este fragmento. Ver LENEL (1889). *Palingenesia iuris civilis*, Volumen alterum. Officina B. Tauchnitz, col. 74 (nº. 298).

> [*Res*] *Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in iure consistunt, sicut… obligationes quoquo modo contractae. nec ad rem pertinet… corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, ueluti fundus, homo, pecunia: nam… ipsum «ius obligationis» incorporale est…*
>
> [Cosas] incorporales son las que no pueden ser tangidas, las cuales son aquellas que consisten en el derecho, tal como… las obligaciones contraídas de cualquier modo. Pero no pertenece a esta clase de cosa… las que son corporales, tampoco aquello que se nos debe por alguna obligación, que en su mayoría es corporal, como por ejemplo, el fundo, el esclavo, el dinero: porque… lo incorporal es el "derecho de obligación" mismo…

No se suele dar el relieve que parece tener al hecho de que aquí Gayo utilice un raro término, *ius obligationis*, que viene a anticipar en casi dieciocho siglos la denominación "derecho de obligaciones" de la respectiva materia del derecho privado.[68] Esta formulación, cuya abstracción es palmaria, pues se habla del "derecho de obligación mismo" (*ipsum ius obligationis*) como una categoría jurídica indiscutida y que no hace falta explicar.[69] A la luz de la sistemática de Gayo parece tener un valor sustantivo central que debe ser tenido en cuenta, como una conceptualización que designa el marco general del tratamiento de las obligaciones que realizará en su manual (*Institutiones* 3. 88 a 3. 225)[70] y al que se conecta también su definición de acción personal (*Institutiones* 4. 2).

---

[68] En este punto Scherillo se sirve del texto de Gayo solo para llamar la atención de que él tenía el *ipsum ius obligationis* como una categoría general que da por bien conocida, pero después no le da más alcance dentro de las *definitiones* de obligación. Ver SCHERILLO, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 99-101.

[69] SCHERILLO, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 99-100.

[70] Dado que Albertario presenta como prueba de que existiría una noción de

Guzmán[71] señala con razón que toda la exposición de Gayo sobre las cosas incorporales no tenía la pretensión de ofrecer una teoría general sobre las cosas incorporales en el derecho, sino únicamente el afán pedagógico de ordenar la materia dispersa, pero presente en el pensamiento de los juristas, por la cual puso sistemáticamente la *res* en el vértice para abarcar todo lo que era objeto del tráfico patrimonial y que sería explicado en su manual dentro de la tripartición del *ius* en *personae*, *res*, *actiones*.

Claro que la explicación quedaría incompleta si no se insiste en que las *res incorporales* corresponden en sí a una mixtura de criterios para su determinación, filosóficos y jurídicos. De un lado, la contraposición filosófica (vale decir, "especulativa"), de cosas "corporales" e "incorporales" según si son tangibles o no, además de ofrecer un criterio diferenciador para cada caso, permite establecer que el conjunto de ambas categorías unidas constituye la totalidad representada por el concepto abstracto de *res* dentro del esquema explicativo ya indicado. Pero, del otro, la calificación de estas cosas no se puede alcanzar sin el complemento sustancial otorgado por las calificaciones propiamente jurídicas (que en este caso equivale a "prácticas") que

---

obligación el hecho de que los juristas romanos aludan a ellas siempre en plural, Scherillo cree que una prueba importante para confutarlo es indicar que en Gayo, *Institutiones* 3. 88, se habla de la *obligatio* en singular, sin embargo, esto por sí solo carece de relevancia. Lo verdaderamente importante, que Scherillo destaca después, es que el hecho de que efectivamente los juristas hablen de casos particulares de obligaciones y que utilicen el plural no es un argumento válido, pues se trata de una obviedad que nada prueba el hecho de que toda idea envuelva una abstracción a la que se corresponden los casos particulares, y que son éstos los que están a la vista y no la abstracción, por su carácter ideal. Ver SCHERILLO, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 99-100.

[71] GUZMÁN, A. (2019). Gaio e la distinzione delle cose in corporali ed incorporali. En F. MILAZZO (Ed.). *Gaius Noster. Nei Segni del Veronese* (pp. 281-288). Giuffré.

Gayo incorpora para la conformación de la categoría de las cosas corporales e incorporales. En primer lugar, se sirve de las categorías jurídicas de los *corpora* y de los *iura*, que no son en sí mismas una elaboración dialéctica sino el producto resultante de la reflexión y del lenguaje operativo de los juristas que se halla a lo largo de las fuentes, y que Gayo acomoda a su esquema explicativo. Y, en segundo, la adscripción de las cosas corporales e incorporales, *corpora* y *iura*, como conjunto, a la totalidad más inmediata en la exposición de Gayo en lo referido directamente a la clasificación de las cosas, que está constituida por la *res patrimonialis*. No se puede perder de vista la naturaleza jurídica de aquellas categorías utilizadas por Gayo, especialmente teniendo en cuenta que el criterio pragmático desencadenante de toda la exposición sobre la clasificación de las cosas, que está anunciado desde el inicio, en *Institutiones* 2. 1: *"Superiore commentario de iure personarum exposuimus; modo uideamus de rebus: quae vel in nostro patrimonio sunt uel extra nostrum patrimonium habentur"* ("En el comentario de arriba expusimos sobre el derecho de las personas; ahora veamos de las cosas: las cuales o están en nuestro patrimonio o se encuentran fuera de nuestro patrimonio"). Por consiguiente, las cosas corporales e incorporales son tal en cuanto resultan patrimoniales, un carácter de tipo jurídico, sustancial y no meramente explicativo.

Solo como ejemplo aleatorio de los criterios jurídicos implicados en la clasificación de las cosas corporales e incorporales de Gayo, puede proponerse con fines ilustrativos el fragmento de Juliano, *64 digestorum*, D. 4. 2. 18:

> *Si ipsa res, quae ad alium pervenit, interiit, non esse locupletiorem dicemus: sin vero in pecuniam aliamve rem conversa sit, nihil amplius quaerendum est, quis exitus sit, sed omnimodo locuples factus videtur, licet postea deperdat. Nam et imperator Titus Antoninus Claudio Frontino de pretiis rerum hereditarium rescripsit ob id ipsum peti ab eo hereditatem posse, quia licet res quae in hereditate fuerant apud eum non sint, tamen pretium earum quo, locupletem*

eum vel saepius mutata specie faciendo, perinde obligat, ac si corpora ipsa in eadem specie mansissent.

Si perece la cosa misma que llega a poder de otro, decimos no ser más rico: pero, en cambio, si ha sido cambiada por dinero o por otra cosa, no se sigue indagando más ampliamente sobre cuál sea el resultado, sino que en cualquier caso se entiende haberse hecho más rico, aunque después la pierda. Pues, incluso el emperador Tito Antonino dio un rescripto para Claudio Frontino sobre los precios de las cosas hereditarias, que conforme a esto mismo pueda ser pedida la herencia a él, porque aunque las cosas que hubieran estado en la herencia ya no estén con él, sin embargo, el precio de ellas o, más frecuentemente, la especie cambiada, con que se esté haciendo él más rico, lo obliga igualmente que si los cuerpos mismos hubieran permanecido en la misma especie.

El texto, que no ha sido acusado de interpolaciones radicales o sustanciales,[72] y que en el Digesto 4. 2. fue instalado en el título "De lo que se hiciere por causa de miedo" (*"Quod metus causa gestum erit"*), pareciera corresponder al tratamiento dado por Juliano a un caso de enriquecimiento por miedo respecto de bienes hereditarios, en el contexto de la *lex Aelia Sentia*.[73] En este pasaje, la *res* (obtenida

[72] MITTEIS, L., LEVY, E., & RABEL, E. (1929). *Index Interpolatiunum quae in Iustiniani digestis dicuntur*, Tomus I. Ad libros digestorum I-XX pertinens, Weimar, col. 47.

[73] A pesar de que son muy importantes y persuasivos los datos entregados por Appleton sobre la datación de los *digesta* de Juliano (entre los años 148 y 161 d. C.), no logra convencer respecto de su afirmación sobre un presunto error en la *inscriptio* de D. 4. 2. 18. En su opinión, la *inscriptio* que atribuye el fragmento a Juliano, *libro 64 digestorum*, estaría errada en el número del libro, pues no sería el 64 sino el 4. Con esto hace calzar mejor la materia tratada por Juliano en ese libro en general, y en el contenido del propio pasaje en análisis, sobre la *actio quod metus causa*,

metus causa) tiene carácter eminentemente patrimonial ya que produce la *locupletatio* de quien la reciba y, además, circula en el tráfico a cambio de *pecunia* o de otras *res* que toman su lugar en el patrimonio de su titular, según consideraciones que también se aplican a la petición de la *hereditas*, un *ius universitatis* respecto de cuyos *corpora* operan aquellas mismas reglas que las que se han planteado

---

con la ubicación en que fue incorporado en la compilación de Justiniano, en el título 4.2 *Quod metus causa gestum erit*. Supone que el error provendría de la confusión de un copista de la Florentina al reproducir la cita de la *inscriptio*, en la cual que habría cambiado "LIBIIII" ("LIB" = libro; "IIII" = 4º) por "LXIIII" (= 64º). Esto último es totalmente arbitrario. Sin embargo, su argumento efectivamente hace ver como innecesarias las supuestas interpolaciones que acomodarían el texto para darle más proximidad a la materia de la acción por causa de *metus* (según las cuales, por ejemplo, se habría sustituido el "*heredem*" original del fragmento por "*alium*", o la expresión genuina "*itera eius bona venire posse*", por la parte supuestamente espuria "*peti ab eo hereditatem posse"*, suponiendo que antes de las supuestas interpolaciones se trataba de un caso de bienes hereditarios pertenecientes a un latino juniano y a una segunda *bonorum venditio*, tomando como referencia Gayo, *Institutiones* 2. 155). Pero la impresión que deja su erudito planteamiento en este punto, en realidad tampoco lleva a concluir que necesariamente ese texto no sería del libro 64, sobre la ley *Aelia Sentia*, porque en cualquier caso ni siquiera Appleton duda de que dentro de su contenido, la referencia a un rescripto de Antonino Pío sobre la herencia, que sí encaja con las materias de la ley *Aelia Sentia* del libro de la *inscriptio*, es genuina (referencia a la *actio petitio hereditatis* confirmada por *Basilicorum libri* 10. 2. 18) y, por tanto, se diluye la necesidad de llevar el fragmento al tratamiento que Juliano daba en el libro 4 al *metus*, porque dicha alusión da sentido a la posibilidad de que el texto corresponda al tratamiento de esa ley, tal como nos es transmitida su citación por el Digesto de Justiniano. Ver APPLETON, C. (1910). La date des Digesta du Julien. En *Nouvelle Revue Historique de Droit Français et Étranger*, (34), 749-752 y 779-790; LENEL, *Palingenesia*, *op. cit*., col. 472 (nº 769).

para los negocios entre vivos. Así puede mostrarse que todas estas determinaciones consideradas por Gayo en su manual (*res*, *corpora*, *ius*, *patrimonium*) dependen de calificaciones jurídicas, y no directamente filosóficas, que han sido recogidas del lenguaje técnico con que operan los juristas.

Para Gayo, las *res corporales* e *incorporales* son, desde un punto de vista práctico (no abstracto), ante todo *res patrimoniales* porque ése es el vértice desde el que despliega su exposición y en el que no cabe hablar más que de *corpora* y *iura*. En esto, a veces nuestra doctrina hace un salto demasiado inmediato (y abstracto) a las cosas corporales e incorporales por su importancia en el derecho moderno, o bien pone en el vértice la *summa divisio* de las cosas de derecho divino o de derecho humano (Gayo, *Institutiones* 2. 2), olvidando que el criterio organizador no es ninguno de éstos sino el de *Institutiones* 2. 1. Además, en el derecho moderno existe una aproximación más ontológica a las clasificaciones de las cosas y particularmente a la distinción sobre su patrimonialidad, como si esta calificación dependiera o fluyera de las cosas en sí mismas, de su aptitud para ser objeto de derecho (las cosas *son* o *no son* patrimoniales). Mientras que en la experiencia jurídica romana, y específicamente en Gayo, la patrimonialidad se trata de una cuestión exterior a ellas, descriptiva, que consiste en señalar cuáles tipos de cosas se podría identificar o contar, concretamente, en el patrimonio de una persona y cuáles no (cosas que *se tienen* o *no se tienen* en el patrimonio). Esta es la razón por la que entre las cosas incorporales hay tantas creaciones ideales del derecho que no han sido incorporadas a la enumeración y que los juristas modernos echan en falta (los contratos, los modos de extinguir las obligaciones, las guardas, etc.): apreciado el patrimonio de un privado en él podemos contar *corpora* y *iura*, nada más. No se trata de si el derecho u otra ciencia ofrece más creaciones intelectuales en sí mismas que ésas.

En la doctrina romanista, esta "patrimonialidad" que gobierna la calificación de las cosas en corporales e incorporales suele sintetizarse diciendo que son todas las cosas objeto del derecho patrimonial

(aunque se debe perdonar el anacronismo de utilizar la noción de *Vermögensrecht*), o bien que son todas las cosas que circulan en el tráfico. Pero el asunto se debe mirar con algo de cuidado, porque a veces esto (el modo de transferir las relaciones jurídicas privadas) se pone en el primer lugar, como si el eje de la exposición estuviera dado por cómo fluye la circulación de los bienes en el tráfico. Es un error porque se confunde el criterio de clasificación con las características de las cosas clasificadas. Efectivamente, la exposición de Gayo a partir de las cosas corporales e incorporales (Gayo, *Institutiones* 2.12,13 y 14), se vuelca a partir de allí a los modos de adquirir, primero, propios de las cosas corporales (*Institutiones* 2. 14 a 2. 27); después, contrapone la situación de las cosas incorporales a las anteriores (*Institutiones* 2. 28), y pasa a exponer los modos pertinentes para constituir las servidumbres y el usufructo (*Institutiones* 2. 29 a 2. 33), después aquellos que corresponden para ceder la herencia (*Institutiones* 2. 34 a 2. 37); y, por último, las modalidades para transferir las obligaciones (*Institutiones* 2. 38 y 2. 39). Pero ésta es una descripción de ese asunto en cada clase de cosas, no es propiamente el criterio por el que separa una clase de cosa respecto de la otra.

Aquí, entonces, la doctrina romanista moderna, en el entendido inexacto de que las modalidades de transferencia son las que han permitido agrupar las cosas corporales y las incorporales, presenta como un error de Gayo particularmente la composición de las cosas incorporales. Porque la circulación de las obligaciones (que Gayo reduce solo a la novación) no tiene relación alguna con los modos de adquirir previamente explicados para las restantes cosas.[74] Se quiere corroborar lo anterior citando a Gayo, *Institutiones* 2. 38, que dice:

[74] Así, se recrimina que Gayo (*Institutiones* 2. 38) haga la diferencia para las modalidades de circulación de las obligaciones solo con las cosas "corporales", como si hubiese dado un salto lógico, pues lo que ha explicado inmediatamente antes eran los modos de constituir *iura* (*in re aliena*). Pero la respuesta está casi en

Obligationes quoquo modo contractae nihil eorum recipiunt: nam quod mihi ab aliquo debetur, id si uelim tibi deberi, nullo eorum modo, quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum; sed opus est, ut iubente me tu ab eo stipuleris; quae res efficit, ut a me liberetur et incipiat tibi teneri. quae dicitur nouatio obligationis.

Las obligaciones contraídas de cualquier modo, no admiten nada de aquellos [modos antes explicados]: pues, si quisiera que lo que se me debe por alguno te sea debido a ti, esto no lo puedo efectuar por ninguno de esos modos por los que las cosas corporales son transferidas a otro; sino que se requiere para que esto se realice, que, autorizándolo yo, tú estipules de aquel [deudor], para que se libere por mí y comience a ser responsable ante ti. Lo que se dice novación de la obligación.

Pero el verdadero criterio determinante desde el punto de vista jurídico sustancial, en este esquema isagógico de Gayo, no es la "circulación" de las cosas en el tráfico, sino su presencia en el patrimonio de una persona (*Institutiones* 2. 1).[75] Por eso la disparidad en

---

la misma observación, en cuanto el modelo de los modos de adquirir está dado en la exposición por los de las cosas corporales (*mancipatio*, *in iure cessio*, *traditio*), de modo que al tratar la cuestión respecto del usufructo, las servidumbres y la herencia hay una constante referencia a aquellos en relación a la posibilidad o imposibilidad de aplicarlos en la constitución de estos últimos. Ver BATTAGLIA, F. (2024). Cataloghi per un'esposizione. Gaio e l''arte' di insegnare il diritto a Roma. *Tesserae Iuris*, *5*(1), 127-132 y 185-187; TURELLI, G. (2024). Res incorporales. Da categoria sistematica a paradigma concettuale. En *Personae e res dal diritto romano al futuro. Atti del Convegno Associazione Italiana di Diritto Romano. Sapienza Università di Roma,* 30-31, 196.

[75] No es una cuestión estilística, lingüística o de autoría de Gayo, como piensa en cambio BATTAGLIA, *Cataloghi*, *op*. *cit*., 191-192. Tampoco una cuestión exclusivamente pedagógica y por tanto de coherencia interna de la exposición,

los modos por los cuales se transfieren las distintas clases de cosas corporales e incorporales, no se trata de un error de la consistencia de la exposición y Gayo no muestra perplejidad alguna en esta parte (como demuestra la última cita). En realidad, su exposición de las *res corporales sive incorporales* no depende de su modo de adquirir o constituirse, sino de si son cosas que se aprecien en el patrimonio de una persona o no, lo que claramente sí se cumple en ambos extremos porque presenta la tangibilidad de dichas cosas en el caso de los *corpora* y la intangibilidad, por tener existencia en el derecho, a aquellas cosas incorporales a las que corresponden los *iura*: si se mira el patrimonio de una persona, en cuanto cosas corporales y derechos, entre los que se encuentran los hoy llamados reales y también las obligaciones. Ahora, la diversidad de mecanismos para trasladar una obligación respecto de las demás cosas (corporales e incorporales) es en realidad una cuestión secundaria en el plan de la obra que, por lo demás, por importante que sea esta distinción hoy, no es tampoco la principal en Gayo. La exposición sobre las cosas corporales e incorporales constituye solo una sección pequeña de la explicación de las cosas (*Institutiones* 2. 14 a 2. 39) si se piensa que a ella corresponde todo lo restante del comentario segundo (que acaba en *Institutiones* 2. 289) y además a todo el comentario tercero (que retoma el *ius obligationis* apenas en *Institutiones* 3. 88).

Por otro lado, en el esquema gayano las *res corporales* son *innumerabiles* (Gayo, *Institutiones* 2. 13 …*et aliae res innumerabiles*), mientras que las *res incorporales* no lo son (Gayo, *Institutiones* 2. 14 …*eodem numero sunt*), sino que corresponden a los *iura* allí taxativamente enumerados: herencia, usufructo, obligaciones y servidumbres prediales urbanas y rústicas.[76]

---

como cree TURELLI, *Res incorporales*, *op. cit.*, 188-198.

[76] ROBBE, U. (1966). Osservazioni su Gaio. En *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico* (p. 117). Jovene.

En esta ordenación dentro de la clase de las cosas incorporales, correspondientes a los *iura* taxativamente indicados, como dice Guzmán, la categoría "más genérica o colectiva es aquella de *obligationes*, respecto de las cuales Gayo añade: 'contraídas de cualquier modo' (*quoquo modo contractae*)".[77] Pero después Guzmán olvida las obligaciones y se ocupa del problema de si los restantes "derechos reales" pueden considerarse también cosas incorporales, esto es, el *ius in agro vectigalis*, la *superficie*, el *pignus* y la *hypotheca*. Y, aunque dice que pretender dar respuesta a esto sería inútil, sí contribuye con un dato muy interesante. En su opinión, la falta de enumeración de estos últimos derechos reales entre los *iura*, justifica que no sean tratados más tarde por Gayo en sus *Institutiones*.[78]

Si bien Guzmán deja las cosas allí, esto último nos lleva a una cuestión de contexto referida a que la obra de Gayo no es incompleta por falta de capacidad o de tesón del autor[79] sino que ella responde estrictamente a sus fines isagógicos, ya que está destinada a enseñar los conocimientos básicos de quien comienza el estudio del derecho. Por ello es que ya desde hace más de cuarenta años se ha puesto de relieve que el mismo texto de las *Institutiones* muestra que existe un sistema superior de enseñanza de Gayo, que reúne un programa didáctico excedente al institucional, compuesto por obras escritas o por enseñanzas orales pensadas para cursos superiores, que en su propio manual se deja ver en diversos pasajes por ejemplo "*videbimus*" u otras expresiones, aparte de otras tantas en que se indica que no hay textos de enseñanza, sino solo la tradición oral del conocimiento.[80] Y

---

[77] GUZMÁN, *Gaio*, *op. cit*., pp. 282-283.

[78] *Ibidem*, p. 284.

[79] Se debe precisar que el *pignus* sí aparece mencionado en la obra incidentalmente, pero no es objeto de una explicación.

[80] QUADRATO, *Le institutiones*, *op. cit*., pp. 14 y 20; MANTOVANI, D. (2019). Gaio nella storiografia del Novecento. En F. MILAZZO (Ed.). *Gaius Noster. Nei Segni del*

de ello, lo que se debe rescatar es que una correcta interpretación de Gayo no puede descansar solo en la exégesis de sus *Institutiones*, sino también de sus otros libros.[81]

En este contexto el "*ius obligationis*" es un término poco usual en la compilación justinianea (que tiene claros tintes retóricos).[82] Según lo que ya ha quedado dicho, para él corresponde a todo tipo de obligaciones que circulaban en el tráfico (*quoquo modo contracta*), conceptualizándolo no por criterios funcionales o de aplicación práctica sino como pertenencia a una categoría ideal en

---

Veronese (pp. 153-196). Giuffré. Para el caso de la dote, Stagl hace una completa demostración de su ausencia en el texto institucional porque no porque una laguna sino porque no estaba previsto allí su tratamiento sino en otra obra, STAGL J. F. (2019). Il sistema didattico di Gaio e il sistema dei digesta. En F. MILAZZO (Ed.). *Gaius Noster. Nei Segni del Veronese* 153 a 196.

[81] Sus restantes libros son: *De casibus liber singularis*, *Dotalicion liber singularis, Ad edictum aedilium curulium libri II, Ad edictum praetoris urbani, Ad edictum provinciale et ad edictum aedilium curulium libri XXXII, De fideicommissis libri II, De formula hypothecaria liber singularis, Ad legem duodecim tabularum libri VI, Ad legem Glitiam* (?) *liber singularis, Ad legem Iuliam et Papiam libri XV, De manumissionibus libri III, Ex Quinto Mucio, Regularum libri III, Regularum liber singularis, Rerum cottidianarum (sive aureorum) libri VII, Ad senatus consultum Orfitianum liber singularis, Ad senatus consultum Tertullianum liber singularis, De tacitis fideicommissis liber singularis, De verborum obligationibus libri III*. Ver LENEL, *Palingenesia*, *op. cit*., cols. 181, 182, 189, 237, 240, 242, 246, 250, 251, 261; Ver. CASAVOLA, *Giuristi*, op. cit., pp. 113-117.

[82] Quintiliano, *Institutio oratoria* 5. 10. 116 y 116, se refiere al "*ius* (*publici*) *creditī*", precisamente como *res incorporalis*: "*ius, quod sit incorporale, adprendi manu non posse*" ("el derecho, que es incorporal, no puede ser aprendido con la mano"). Pero en una perspectiva que no coincide con la de Gayo porque no está inserta en un sistema ni constituida como categoría de *species* y *genus*.

cuanto "*ipsum ius obligationis*",[83] el cual tiene la virtud científica de separar conceptualmente, de forma neta e inconfundible, el vínculo obligatorio, que es a lo que se refiere, de la causa *obligationis*,[84] que para Gayo tenía gran importancia (Gayo, *Institutiones* 3. 88 y 4. 2, al igual que en *2 res cottidianarum sive aureae*, D. 44. 7. 1 pr.). El término ciertamente reaparece en la cita que se hace de este fragmento de las instituciones de Gayo en el D. 1. 8. 1. 1, que se hace en la *Iustiniani Institutiones* 2. 2. 2.

En general la doctrina romanista no repara en la enorme trascendencia de la noción gayana de *ius obligationis* como referencia a todo tipo de deberes prestacionales, porque no hay aquí exclusión de los deberes prestacionales propios del *ius honorarium*. Una de las críticas a la definición justinianea de la obligación radicaba en que no se conocía por los juristas clásicos una definición abstracta de la obligación, sino que en su sistema operaban de forma casuista con una multiplicidad de obligaciones que no reconducían a una definición general.[85] Al respecto, se debe reconocer que en época clásica no pareciera posible ofrecer una definición abarcadora por parte de los juristas de los deberes prestacionales del *ius civile* y del *ius honorarium.* Las obligaciones en época clásica son solo las del *ius civile*, mientras que los deberes de prestación del *ius praetorium* no constituían verdaderas obligaciones por la peculiaridad de que sus acciones *in factum conceptae* carecían de *intentio* en su fórmula (sustituida por una mera descripción de los hechos, *nominatio facti*) y, con ello, del respectivo *oportere* (que es el término técnico distintivo de las obligaciones del derecho civil). Para tales deberes prestacionales del derecho honorario solo se predicaba su exigibilidad respecto

[83] ROBBE, *Osservazioni*, *op. cit.*, pp. 125-126.

[84] SANTORO, *Per la storia*, *op. cit.*, pp. 194-198.

[85] PEROZZI, *Le obbligazioni*, *op. cit.*, pp. 8-12; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, *op. cit.*, 288- 290.

del deudor por la expresión genérica "estar sujeto a la acción" (*actione teneri*) pero no se decía de ellos "estar obligados" (*obligatus essere*).[86]

Pero, además, en Gayo mismo, ya se encuentra una noción refinada de la obligación a través de dos textos fundamentales que dan contenido a su noción de *ius obligationis*. El primero de ellos es Gayo, *Institutiones* 4. 2: "*In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus dare facere praestare oportere"* ("La acción en la persona es por la que accionamos cuando litigamos contra alguien que nos está obligado, o por un contrato o por un delito, esto es, cuando pretendemos 'deber dar, hacer o prestar'").

Que los juristas romanos comprendían las obligaciones a través de sus acciones, es decir, el vínculo en su funcionamiento activo, es algo que resulta patente no solo aquí sino incluso en el título del D. 44. 7. *De obligationibus et actionibus*.[87] De manera que la conexión entre el *ius obligationis* (*Institutiones* 2. 14) y la definición de *actio in personam* aquí citada es completamente plausible. Se encuentra aquí muy bien delineada la sustancia (*substantia*), como dirá más tarde Paulo, de la definición de la obligación. La acción personal pone en

[86] Fuera del texto de Gayo y su reiteración en Justiniano, solo es posible encontrar la expresión *ius obligationis* en Marciano D. 20. 6. 5. 2, en que se refiere a la obligación principal garantizada con hipoteca, de la que se dice que vendido el crédito garantizado (*ius obligationis*), todas las obligaciones permanecen íntegras (*manent omnes obligationes integrae*). Después, una constitución de Antonino Magno Caracalla, del 214, C. 4. 2. 2, se refiere al caso de un mandatario que prestó dinero del mandante como propio y estipuló del mutuario que le fuera restituido a él ese *ius obligationis*, el mandante tiene la *actio mandati directa* para solicitar su reembolso. Otra constitución, de Gordiano, del 259, C. 4. 2. 3, nuevamente se designa *ius obligationis* a la obligación garantizada con *pignus*, lo mismo en la constitución de 239, C. 8. 26. 1, y en la constitución de 238, C. 8. 42. 5.

[87] ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, *op. cit*., p. 287.

el primer orden conceptual la pretensión, pues nos permite "accionar" (*agimus*), cuando pretendemos (*cum intendimus*), de "quien nos está obligado" (*qui nobis obligatus est*). Aquella *obligatio* viene descrita en su contenido como *dare facere praestare* en un texto que en esta parte sería idéntico al de Paulo, sino fuera por el verbo final: *oportere*. En la definición de *actio in personam*, de Gayo, no se alude a *obstringere*, porque solo hace alusión a la posibilidad de constreñir al deudor de un modo casi implícito, o al menos indirecto, que subyace a la secuencia *agimus-litigamus-intendimus*, que le dan la dimensión procesal, y por tanto la *vis* vinculante, a la acción que se define. Pero es precisamente el *oportere* el verbo que emerge como término técnico tomado de la *formula actionis* (como sabemos por Gayo *Institutiones* 4. 45), lo más expresivo respecto de que el demandante está exigiendo la prestación al deudor de forma compulsiva través de la *actio in personam*. Ante todo, entonces, aquí *obligatio* es *dare facere praestare oportere*, donde *oportere* es la forma estilizada por el proceso de *obstringere*.[88]

[88] *Oportere* como el deber perseguido procesalmente aparece ya desde época arcaica, en virtud de la introducción en las XII Tablas del *oportere ex sponsionem,* de Gayo, *Institutiones* 4. 17, en la *legis actio per sponsionem*, según ha explicado Cardilli. Es totalmente superflua la crítica que hace Zuccotti poniendo de relieve que *oportere* en otras acepciones puede significar "hacer lo adecuado", "hacer lo conveniente", porque en el derecho está bien documentado tanto para la época del *agere ex lege* como del *agere per formulas*, que *oportere* es el "deber" compulsivo, propio de las obligaciones civiles exigidas en juicio. En el derecho romano decenviral prevalece, por un lado, la obligación derivada de la forma oral (y el *nexum* requería de una *nuncupatio* para su celebración), mientras en los derechos orientales es clara la primacía de la forma escrita. Por otro lado, en Roma es clara la primacía de la ejecución personal, mientras en los demás pueblos antiguos desde hacía siglos se aplicaba la ejecución en los bienes del deudor. Por su parte, Corbino sabe de la preeminencia del *nexum* y la *sponsio* como las únicas formas obligatorias

En lenguaje de Quinto Mucio, es el *nexum*, la atadura del *ob-ligare*, aquello que más se destaca, el cual tendrá como efecto en Paulo la *substantia* de la obligación, que es su contenido, mientras que en Gayo, si bien la definición es la de acción personal, aparece la *obligatio* claramente delineada como un *dare facere praestare oportere*.

La utilización técnica que Gayo hace del verbo de la fórmula, *oportere*, al definir la *actio in personam*, es realmente la pieza fundamental por la que se une la *obligatio*, la atadura y la función de constreñimiento procesal de la *actio*. Esto aparece en la parte final de la definición de la acción personal: *dare facere praestare oportere*, en una relación de fuerza vinculante expresada en miras del derecho sustantivo, como relación sustantiva y no solo procesal, como ha expresado Pelloso.[89] Se trata de un valor sustantivo, *ius-actio*, que encontramos más claramente delineado en Celso, en su famosa definición de la acción, Celso, *3 digestorum*, D. 44. 7. 51: *"Nihil aliud est actio quam*

---

nominadas en la época, además de las intervenciones de *vindex* y *praedes* como obligados no inmediatamente con su persona, pero se niega a reducirlos solo a esos según el desarrollo social y a partir de la sola carencia de mayores datos, en lo que hace al "mutuo informal", que seguramente ya existía en la Roma arcaica. Corbino insiste, con razón, en que para el derecho arcaico (y clásico) la *traditio* debe ser entendida también como un acto dotado de elementos exteriores, propios del formalismo negocial de la época, de modo que tal negocio que está en la base del "mutuo informal" no se trata de un acto que resulte ajeno al contexto en que se desarrolló. Ver VOLTERRA, E. (1999). *Diritto romano e diritti orientali* (pp. 148-149). Jovene; CORBINO, A. (1994). *Il formalismo negoziale nella esperienza romana* (pp. 42-51). Giappichelli; CARDILLI, R. (2008). Archettipi dell'oportere nel oportere ex sponsione. En L. CAPOGROSSI-COLOGNESI & M. F. CURSI (Eds.). *Forme di Responsabilità in Età Decenvirale* (p. 4-5, 15-16). Jovene; CORBINO, *Inosservaza*, *op. cit*., pp. 24-28; ZUCCOTTI, F. (2020). Per una storia dell'oportere'. Divagazioni estemporanee e prospettive di ricerca. *Rivista di Diritto Romano Online*, *20*, 243-261.

[89] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 234-243.

ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi" ("La acción no es otra cosa que el derecho para perseguir en juicio lo que se nos deba).[90] Como

[90] Por una parte, en cuanto al texto de Celso, Lenel establece que el título del libro 3 de los digestos, bajo el cual Celso trata la definición de acción, es "*De iudiciis omnibus*" ("De todos los juicios") y su posible correspondencia con el Edicto 14, *De iudiciis* (De los juicios). Por su parte, Stella Maranca informa sobre la tradición textual-editorial del fragmento y tempranamente, de manera correcta a mi parecer, sobre la superación de las sospechas de estar interpolado. Por otro, en lo que se refiere a la comparación entre las definiciones de Celso y de Gayo, aunque en castellano *debere* y *oportere* se traduzcan ambas por "deber", la diferencia entre los dos verbos ha de ser tenida en cuenta (al menos la diferencia en su significado procesal en estos casos concretos). La definición de Celso, D. 44. 7. 51, utiliza *debere* para definir toda acción, real o personal, mientras que la definición de Gayo, *Inst.* 4. 2, utiliza *oportere* para referirse únicamente a las acciones personales, por la razón que él mismo explica, respecto de que la fórmula de la *actio in personam civilis* contenía el verbo *oportere*. Celso define la acción en general, no solo la personal, desde la perspectiva de que ella ha sido conferida en el caso concreto, es decir, una vez que el pretor ya ha procedido a la *datio actionis* y la redacción de la *formula actionis* se ha perfeccionado por la *litis contestatio*. La *actio* definida es aquella que ya otorga derecho de llevar el asunto a juicio, a la etapa *apud iudicem*: "*in iudicio persequendi*". No es la acción en su estado preliminar, más abstracto (que también es parte del acervo romano), que corresponde a la enumeración que entrega el *Album Praetoris*. Así, Celso define la acción en el momento en que cualquier demandado, por una acción real o por una personal, ya es responsable (o como dicen los juristas, se hace efectivo sobre ellos el "*actione teneri*"), que corresponde a un *debere*, el cual consiste en un *condemnari debere* (*si paret*), es decir, es la vinculación que produce la fórmula entre las partes a partir de su parte ordinaria denominada *condemnatio*. Dicho en breve, en toda acción su fórmula establece un *debere* emanado de la *condemnatio* respecto de lo que *sibi debeatur*. En cambio, Gayo también define la acción situándose temporalmente en el momento en que ya se ha producido la *litis contestatio* y el demandante está autorizado a

en su día ya lo indicó Pugliese,[91] en las dos definiciones de obligación del *Corpus Iuris* (D. 44. 7. 3 y *Iust. Inst.* 3. 13. pr) se indica que el *vinculum iuris* permite compelerse al cumplimiento, pero en ambas es muy claro que ese aspecto procesal no es el elemento principal de la obligación, sino que lo que la caracteriza es que se trata de una relación previa: si el deudor es convenido en juicio es porque existía previamente un deber de cumplimiento. Lo mismo puede decirse de la definición de acción personal de Gayo, en que el *oportere* de la fórmula es un reconocimiento de una obligación previa de *dare, facere, praestare*, entre acreedor y deudor. Tal es así que no puede explicarse de otra forma el hecho de que, iniciado el *iudicium*, si el deudor demandado cumplía *medio tempore* con la obligación debía ser absuelto por el juez, según la máxima que el mismo Gayo, *Institutiones* 4. 114, nos transmite: "*omnia iudicia absolutoria ese*" ("todos los juicios son absolutorios"). Esto quiere decir dos cosas: por un lado, como principio, que lo que busca el ejercicio de la ac-

---

pasar a la fase *apud iudicem*, porque solo en esa etapa del *iudicium* se puede verdaderamente *litigare*. Gayo dice "*quotiens litigamus cum aliquo*". Quintiliano, *Institutio oratoria* 3. 6. 73: "'*Habeo ius actionis*': '*Non habes*'… *Accipiat enim actionem necne ad eventum pertinet, non ad causam, et ad id quod pronuntiat iudex, non id propter quod pronuntiat* ("'¡Tengo el derecho de la acción!': '¡No lo tienes!'… Porque [sc. que el demandante] reciba o no [el derecho de] la acción, pertenece al resultado eventual, no a la causa, y a aquello que el juez pronuncia, no aquello por cuyo mérito se pronuncia"). Ver PUGLIESE, G. (1978). Actio - Contestatio Litis. En *Atti del Colloquio Romanistico-Canonistico (febraio 1978)* (p. 347). Pontificia Universitá Lateranense; STELLA MARACNA, F. (1915). *Intorno ai frammenti di Celso*. L, LI y 17 (nº 23). Ermanno Loescher; LENEL, *Palingenesia*, op. cit., col. 131 (nº 24); *Edictum Perpetuum*, *op. cit*., p. 348; SANTORO, *Per la storia*, *op. cit*., pp. 289-377 y 379-450.

[91] PUGLIESE, G. (2006). *Actio e diritto subiettivo, con una nota di lettura di Letizia Vacca, una postfazione di Massimo Brutti* (p. 205). Jovene.

ción no es la condena sino el cumplimiento de la obligación por el deudor y, por el otro, como efecto procesal práctico, que si el deudor cumple antes del dictado de la sentencia, será absuelto por no existir en ese momento ya el incumplimiento.[92]

Betti dice al respecto:

> Es verdad que la obligación suele ser formulada por los romanos en su contenido como *dare facere* (*praestare*) *oportere* o sea como un deber de prestar. Pero si se profundiza el alcance de esa expresión, se encuentra que la coacción a la que se alude con ésa no es tanto una coacción al cumplimiento específico, sino una coacción indirecta al pago del equivalente pecuniario, en el que su contenido en definitiva se resuelve: coacción que no ha perdido del todo el carácter de carga, sino que todavía presenta trazos de muchos aspectos, destinados a una progresiva involución. Y precisamente por eso los juristas romanos hablan, más correctamente, de *necessitas solvendi* al definir la obligación.[93]

Sin embargo, Betti comete un importante error. Porque *oportere* si bien en este contexto tiene una carga coactiva por su función

---

[92] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., pp. 244 a 261; SANTORO, *Per la storia*, *op. cit*., 203-288.

[93] "*È vero che l'obbligazione suole dai romani esse formulata nel suo contenuto come un dare facere (praestare) oportere ossia come un obbligo di praestare. Ma se si approfondisce la portata di quell'espressione, si trova che la coazione a cui con essa si allude, non è tanto coazione all'adempimento specifico, quanto coazione indiretta al pagamento dell'equivalente pecuniario in cui il suo contenuto in definitiva si risolve: coazione, che non ha del tutto perduto il carattere di onere, ma ne serba ancora traccia sotto molteplici aspetti, destinati a una progressiva involuzione. E per l'appunto di necessitas solvendi parlano, più correttamente i giuristi romani nel definire l'obbligazione*". Ver BETTI, E. (1955). *La struttura della obbligazione romana e il problema della sua genesi* (pp. 24-25). Giuffré.

procesal, es un "deber" que no está conectado con el pago del equivalente pecuniario, sino precisamente con el cumplimiento específico (con el vínculo previo, como decía Pugliese), es decir, con la relación obligatoria que se encuentra desde antes del ejercicio de la acción. Lo anterior, porque el pago de dinero, *dare pecuniam*, viene expresado en la *condemnatio* (Gayo, *Institutiones* 4. 49), mientras que el *oportere* aparece en la *intentio* (Gayo, *Institutiones* 4. 41), que es la que contiene la pretensión, la relación jurídica fundamental (previa) que puede consistir en un *dare facere praestare*. En consecuencia, es muy claro que, en la mentalidad romana, *dare facere praestare oportere* es una expresión sustantiva referida a la obligación, si se quiere, como "deber de prestar". Betti, en cambio, se encuentra enfrentado a la noción de garantía (*haftung)* como elemento distinto de la prestación (*debitum*), que se tomó de los derechos germánicos y que penetró en el derecho civil, aunque no tenga cabida en las fuentes romanas.[94] Lamentablemente este punto delicado e importante no puede tratarse aquí.

VI.

Tenemos hasta aquí que ya en Gayo encontramos un "*ius obligationis*", constitutivo de una categoría general (la especie, *obligationum quoquo modo contractae*), cuyo contenido se descubre a través del ejercicio de la acción personal, definida en *Institutiones* 4. 2,[95] por la cual el que está obligado frente a un acreedor (*qui nobis… obligatus est*), "debe" (*oportere*) dar, hacer o prestar (*dare facere*

[94] CARDILLI, *Archettipi*, *op. cit*., pp. 4-5.

[95] SANTORO, *Per la storia*, *op. cit*., pp. 6.

praestare).[96] Tales prestaciones son el contenido de la obligación, y el *oportere* que las introduce se refiere en primer lugar a ese "deber" sustantivo (de prestación, si se quiere), que se exige compulsivamente y que, si no se cumple, en la sede procesal da lugar al otro sentido que tiene ese *oportere*, que es la procedencia de la condena pecuniaria. Es decir, lo que hoy podríamos llamar la responsabilidad por el incumplimiento (*Institutiones* 4. 43 y 49), que para los romanos es más exacto designar *actione teneri*.

No habla Gayo de la obligación como *vinculum iuris*, ni hay realmente ningún indicio de que él aportara a la formulación de su *definitio* por Justiniano. No obstante, gracias a él se conoce el origen histórico de la palabra clave de la metáfora *vinculum* para designar la relación entre el acreedor y el deudor. Se trata de idealizar a través de la adjetivación "*iuris*", el histórico *vinculum corporale*, originalmente físico entre los sujetos a que daba lugar la *manus iniectio*, porque *vincula*, "cadena", corresponde al encadenamiento que se ejercía

[96] Esta conexión entre la patrimonialidad (Gayo, *Institutiones* 2. 1), la alusión a un estatuto sustancial que corresponde al *ius obligationis* (Gayo, *Institutiones* 2. 14) y el contenido de ese estatuto en la *actio civilis in personam* (Gayo, *Institutiones* 4. 2) no siempre se tiene en cuenta. La mayoría de las veces los autores se quedan en la *summa divisio*, entre cosas de derecho divino y de derecho humano (Gayo, *Institutiones* 2. 2), que en realidad tiene solo un valor negativo (porque niega el posible carácter patrimonial de las cosas de derecho divino), que pareciera ella sí tener fines más bien didácticos en cuanto a proponerla como división principal *summa*, además de tener en cuenta la perspectiva de la "patrimonialidad" de Gayo, *Institutiones* 2. 1, que encabeza la exposición, tiene un fondo sustancial pragmático (más allá de que en la forma, la contraposición patrimonial-extrapatrimonial sea típicamente dialéctica), no son generalmente tenidas en cuenta como puntos de partida del tratamiento gayano de las obligaciones, pero es importante para comprender en profundidad esta taxonomía gayana. Ver BALDUS, *I concetti*, *op. cit*., pp. 46-48.

sobre el deudor en época de las acciones de la ley, cuando no intervenía un *vindex* en defensa de aquel, según Gayo, *Institutiones* 4. 21: "…*qui vindicem non dabat, domum ducebat ab actore et vinciebatur*" ("…quien no daba un *vindex,* era conducido por el demandante a su casa y encadenado").[97] Este encadenamiento y su efecto de "constreñir" si bien se había superado en materia de obligaciones, quedaba en la mente como imagen propia de las penas por los crímenes. Así lo recuerda en el siglo V San Isidoro de Sevilla, *Etymologiarum* 5. 27. 6: "*Vincula a vinciendo dicta, id est, artando dicta, eo quod constringant atque riteneant; vel quia vi ligant*" ("'Cadenas' es dicho por 'encadenamiento', esto es, dicho por 'atando', ello dado que constriñen y retienen; o porque ligan con violencia").

Pero el carácter ideal de la vinculación, que Justiniano destaca como *vinculum iuris* (*vincire iure*) o encadenamiento de derecho, no era necesario que Gayo lo incluyera con recurso a ninguna metáfora al interior de su definición de *actio in personam*, porque ello, que no es más que una forma de expresar el mismo *ob-ligare*, ya estaba implícito. La acción personal pertenece a un nivel más amplio y abstracto de su sistema expositivo, correspondiente a la categoría del "*ius obligationis*", y por ello corresponde al género de las cosas incorporales, *quae iure consistunt* (*Institutiones* 2. 14). Por ello no era necesario que, al descender en su escala sistemática hasta la definición de *actio in personam*, tuviera que señalar pleonásticamente que el *obligatus* era un *obligatus iuris*, o que el *oportere* era un *oportere iuris*.[98]

Justiniano, en cambio, alejado del prístino sentido del *oportere*

---

[97] El uso de cadenas está confirmado por Aulo Gelio, *Noctes Atticae* 20. 1. 44 (*vinciebantur*), 45 (*vincito*, *vinctum habebit*), 46 (*in vinculis*), y Tito Livio, *Ab urbe condita* 6. 14. 4 (*in servitutem ac vincula duci videam*). Ver CORBINO, *Inosservanza*, *op. cit*., 29- 32.

[98] Ver, si bien con otros énfasis y sin detenerse en el "*ius obligationis*", en FALCONE, *La definizione*, *op. cit*., pp. 92-102.

formulario e inmerso en el vocabulario de la *cognitio extraordinem*, ya no contaba con ese verbo para denotar lo mismo que Gayo, porque el valor semántico del término se había perdido, como se desprende de la noción de *actio in personam* que ya venía desde Ulpiano, en el contexto del procedimiento extraordinario, Ulpiano, *6 ad edictum*, D. 50. 16. 10:

> *"Creditores" accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione vel persecutione, vel iure civili sine ulla exceptionis perpetuae remotione vel honorario vel extraordinario, sive pure sive in diem vel sub condicione. Quod si natura debeatur, non sunt loco creditorum. Sed si non sit mutua pecunia, sed contractus, creditores accipiuntur.*
>
> "Acreedores" consta que significa aquellos a los cuales se debe por cualquier acción o persecución, o por derecho civil sin alguna excepción de remoción perpetua, o por honorario, o por extraordinario, sea puramente sea a plazo o con condición. Puesto que si se les debe naturalmente, no están en lugar de los acreedores. Pero si no hay dinero mutuado, sino un contrato, se entienden acreedores.

El emperador, en cambio, requiere para expresar la fuerza coactiva de la obligación, a través de su acción personal, de una nueva categoría, un nuevo *genus*, que es el "*vinculum*", del cual extrae una *differentia* que le permite establecer la *species*, el "*vinculum iuris*".[99] Cumplida esta operación intelectual y lingüística, acude a una perífrasis: la relación *vinculum iuris-solvendae rei-necessitate-adstringimur*, para referirse al contenido de la prestación en su carácter de exigible. Por otro lado, ahora, para aludir a la coacción procesal en caso de incumplimiento, no tiene más posibilidad que hacer una alusión

[99] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 222 n. 168 y 223; SANTORO, *Per la storia*, *op. cit*., p. 7.

directa al sistema positivo de ejecución procesal: "*secundum nostrae civitatis iura*". De hecho, esta frase no es clásica, porque un jurista clásico habría entendido por *ius civitatis* el *ius civile* como opuesto al *ius gentium* (de hecho, así ocurre literalmente en Gayo, *Institutiones* 1. 1), o bien podría haber comprendido el *ius civile* como opuesto al *ius praetorium*. Pero ninguna de esas lecturas se aviene con la definición de las *Iustiniani institutiones* 3. 13. pr., pues ya en 3. 13. 1 se entiende que es una definición abarcadora de los vínculos obligatorios cualquiera sea el ordenamiento que los sancione, pues precisamente en ese párrafo puesto a continuación de la *definitio* se declara la validez de ésta para todo ordenamiento. La alusión a "los derechos de nuestra ciudad" solo puede referirse a la posibilidad de que la prestación sea exigida compulsivamente. Por tanto, las *obligationes secudum nostrae cititatis iura* se oponen a las obligaciones naturales, es decir, a las no dotadas de acción para exigir su cumplimiento.[100] La confirmación, de hecho, se encuentra en las mismas *Iustiniani institutiones* 2. 23. 1, al tratar el fideicomiso, cuyas disposiciones no son exigibles, señalando que "*et ideo fideicommissa appellata sunt, quia nullo vinculo iuris, sed tantum pudore eorum qui rogabantur continebantur*" ("y, por ello, son llamados 'encargos fiduciarios' [fideicomisos], porque no se fundaban en ningún vínculo jurídico, sino solo en el pudor de aquellos que los rogaban").[101]

La genialidad y fortuna de la definición de obligación de Justiniano a través de la rica y expresiva imagen de la "cadena de derecho" (*vinculum iuris*) radica en su generalización distinta de la que aparece a primera vista. Ésta no es una expresión inédita o desconocida en

[100] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit*., pp. 331-335.

[101] Así lo destaca Falcone, quien a través de esta fuente quiere trazar la paternidad gayana, a partir de las *Res Cottidianae*, no solo del pasaje sino de la expresión misma "*vinculum iuris*", lo que no puede tenerse por acreditado. Ver PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 222 n. 168; FALCONE, *La definizione*, *op. cit*., pp. 8-25.

el casuismo de los juristas clásicos. El *nexum*, como término para designar la *obligatio* en Quinto Mucio, en cuya época ya no era un lazo físico, de alguna manera apunta a lo mismo. En síntesis, tanto *nexum* como *vinculum* tienen lingüísticamente mucho de simple sinonimia o tautología con *ob-ligatio*.[102] En tal sentido, el *ius obligationis* de Gayo es una distinción tanto o más abstracta que el *vinculum iuris* de Justiniano. Pero la definición justinianea no es semántica sino exquisitamente jurídica, y en esta dimensión la categoría "*iuris vinculum*" es un sensacional acierto.

La abstracción de la definición del *vinculum iuris* de Justiniano supera a la del *ius obligationis* de Gayo, no en su capacidad sistemática (que permite reconocerle un estatuto común y además un puesto en la ordenación de todo el derecho en *personae, res, actiones* que, por lo demás, Justiniano también adopta), sino en relación directa con su capacidad para deslindar y definir estrictamente la noción de *obligatio*. Esto también se observa en la simplificación de la prestación, desde el *dare facere praestare*, hasta el sencillo y expresivo *aliquid solvere*, aunque como paradoja la doctrina posterior a la experiencia romana, desde criterios sincrónicos y puramente esquemáticos, tenderá a "completar" la expresión justinianea con el *dare facere praestare* paulino.[103] Ese *rem solvere* se incardina en la *necessitas* que deriva del carácter jurídico del vínculo y que reempla-

[102] Sin llegar al extremo denunciado exageradamente por Albertario de que definir "*obligatio*" con la necesidad de la "*solutio*" sería una tautología (ligar-desligar), porque, como señala Cannata, la definición de Justiniano, en tiempos en que la ligazón física era ya muy lejana y extraña a la noción de obligación, no es que la obligación me ate y la solución me desate, sino que la obligación nos constriñe a *solvere aliquam rem*. El sujeto *obligatus* es distinto del objeto *solutus* y, por tanto, *solutum* no quiere decir disuelto o liberado sino pagado. Dos planos completamente diferentes. Ver CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit.*, pp. 329-330.

[103] CANNATA, *Le definizioni*, *op. cit.*, p. 322.

za, por la razón histórica ya apuntada, el *oportere* de la definición de *actio in personam* gayana.[104] De hecho, el punto de mayor distinción entre una concepción y otra es que Gayo aún se restringe a la obligación civil (denotado por el *oportere* formulario), mientras que en la definición de *obligatio* ofrecida por Justiniano existe una fuerza explicativa poderosísima, cuyo fin último fue superar la distinción de la obligación que se exigía por la acción civil *in personam*, de las llamadas solo abusivamente obligaciones pretorias, que se exigían por acciones honorarias *in factum conceptae*, lo que es explícito en *Iust. Inst*. 3. 13. 1.[105] Con ella, Justiniano logra el incomparable triunfo de una única noción de obligación abarcadora de todas las vinculaciones exigibles entre acreedor y deudor: toda obligación es tal porque está dotada de alguna acción para exigir su cumplimiento.[106] Pero es posible pesquisar niveles de abstracción muy profundos ya desde la época clásica, entre otros, en las definiciones contenidas en textos pedagógicos como los de Gayo o de Paulo.

[104] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 234-243.

[105] STURM, *Scientia*, *op. cit*., pp. 5-7.

[106] PELLOSO, *Il concetto*, *op. cit*., 222 a 226.