

Informe de Investigación

Título: Concepto e historia de la Obligación

Rama del Derecho: Derecho Civil.	Descriptor: Obligaciones y contratos.
Palabras clave: Concepto de obligación, la obligatio romana, su evolución histórica.	
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 06 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	2
a) CONCEPTO DE OBLIGACIÓN.....	2
b) LA OBLIGACION ROMANA.....	3
Introduccion.....	3
Concepto genérico de la obligación.....	3
Historia y características de la obligatio romana.....	5
c) IDEAS GENERALES	9
1. Derecho de obligaciones.....	9
2. Su evolución.....	9
d) EVOLUCIÓN HISTÓRICA.....	12
e) DE LA OBLIGACION.....	15
§ 1. — Antiguo derecho romano.....	15
§ 2. — Derecho clásico.....	15
§ 3. — Definición de Pablo y explicación.....	16
§ 4. — Otras definiciones.....	16
§ 5. — Concepción individualista de la Obligación.....	17
§ 6. — El principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad civil.....	18
§ 7. — Inconvenientes de esta teoría y la teoría de la declaración.....	19

1 Resumen

Como tema la obligación, se recopila mediante doctrina los diferentes conceptos sobre la misma, analizando su historia y evolución, explicando subtemas como: concepto de obligación, la obligatio romana, su evolución histórica, el antiguo derecho romano, el derecho clásico, la definición de Pablo y explicación, entre otras.

2 Doctrina

a) **CONCEPTO DE OBLIGACIÓN**

[Montero]¹

Con el término obligación se hace referencia a una categoría especial de derechos subjetivos llamados derechos de crédito, que como todos los de esta naturaleza suponen una relación entre dos personas, de las cuales una de ellas puede exigir de otra el cumplimiento de una determinada prestación consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa.

Popularmente obligación equivale a deber; pero en el sentido que aquí interesa, obligación es, según Albaladejo, "Vínculo jurídico que liga a dos o más personas, en virtud del cual una de ellas, el deudor, queda sujeta a realizar una prestación, un cierto comportamiento, a favor de la otra, el acreedor, para la satisfacción de un interés de éste, digno de protección". Derecho Civil. Tomo II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Página 13.

El deudor queda sujeto de tal forma que si no cumple como debe, o sea, si no realiza la prestación o la realiza de manera inexacta, responde con su patrimonio, quedando sometido a los resultados de las consecuencias jurídicas del incumplimiento y esto constituye una garantía para el acreedor.

Mario Baena Upegui afirma que: "El término obligación se deriva del latín, obligare que significa atar, amarrar, limitar, ligar. El deudor limita o ata su libertad en un punto concreto y determinado a favor del acreedor". Curso de las Obligaciones. Pág. 13.

En Roma, en su origen, equivalía a la servidumbre de hecho de una persona a otra en garantía del cumplimiento de una deuda propia o ajena. Posteriormente esta relación de deber se pasó a la esfera del derecho y se purificó como una obligación civil, para enfocarla como el total vínculo entre acreedor y deudor, asimismo, como la parte pasiva de ese vínculo, que es la deuda que pesa sobre el sujeto deudor u obligado.

Messineo opina: "Por obligación o relación obligatoria, debe entenderse, en efecto, una relación entre dos sujetos al menos, en virtud de la cual uno de ellos (deudor, llamado a veces promitente) queda obligado, esto es, sometido a un deber, frente al otro (acreedor, llamado a veces estipulante) a cumplir una prestación, o sea, a desarrollar una actividad determinada (comportamiento) patrimonialmente valorable; y se atribuye al acreedor un correspondiente poder, que consiste en pretender la prestación". Tratado de las Obligaciones. Pág. 72.



Opera entonces la conjugación de dos factores, uno activo y uno pasivo, para determinar los comportamientos de los sujetos. For una parte está el elemento deuda que se enfoca como el deber jurídico del sujeto obligado y el elemento crédito como el beneficio que se deriva a favor del acreedor, que satisface su interés y está facultado para exigirlo.

Algunos códigos civiles como el de Nicaragua tienen definido el concepto y expresan: "Obligación es la relación jurídica que resulta de la ley o de dos o más voluntades concertadas por virtud de la cual puede una persona ser compelida por otra a dar alguna cosa, a prestar un servicio o a no hacer algo". Artículo 1830. El Código Civil en su artículo 629 regula: "Toda obligación tiene por objeto dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa".

b) LA OBLIGACION ROMANA

[Cristóbal]²

Introduccion

Como señala F. Schulz la palabra *obligare* es relativamente antigua (ya que aparece en las comedias de Plauto), siendo su primitivo sentido equivalente a "atar". Por el contrario, el sustantivo *obligatio* aparece mucho más tardíamente y no puede decirse que su empleo sea usual antes del siglo I. En la época romana primitiva el Derecho privado romano gira en torno al *pater familias*, ello responde a la más antigua organización del grupo político: los derechos de familia, la propiedad y demás derechos reales constituyen la representación del poder autónomo y pleno que corresponde al *pater* sobre personas y bienes; la herencia, aparece configurada con una finalidad primordial: coadyuvar a que la familia no se extinga, transmitiendo el patrimonio y considerando que el heredero ocupa el lugar del difunto.

Pero dentro de la esfera del Derecho privado hay todo un campo de relaciones jurídicas no involucrado en la estricta esfera familiar; este conjunto de relaciones, marginado de la vida interna de la familia, está constituido por los derechos de obligación.

La estructura política de la sociedad romana primitiva puede considerarse en esencia como una federación de *patres*, los cuales constituyen unidades socio-políticas autónomas y soberanas, que entran en relación entre sí en un plano de igualdad (mientras que dentro de la familia no hay sujetos jurídicos equiparados). Las relaciones entre los *patres* vinieron a constituir el ámbito propio y especial del Derecho de obligaciones.

Concepto genérico de la obligación

Podemos definir la obligación (o derecho de crédito, tal como la designaron algunos romanistas alemanes y hoy es común en la doctrina civilística), como relación jurídica —o vínculo jurídico— en virtud de la cual una persona (acreedor-*creditor-reus credendireus stipulandi*) tiene la facultad de exigir de otra (deudor-*debitor reus debendi-reos promittendi*) determinada prestación consistente en



dar, hacer o no hacer una cosa. La doctrina romana clásica empleó los términos *obligatio* y *obligare* circunscritos exclusivamente al campo de aplicación del *ius civile*. En consecuencia, cuando nos referimos a la facultad que corresponde a uno de los sujetos de la obligación frente al otro, debemos tener presente que nos hallamos ante una titularidad jurídica, que el Derecho reconoce y, para cuya efectividad y cumplimiento, concede una *actio in personam*. Como subraya Francisci, el concepto técnico de *obligatio* pertenece a la a la esfera del *ius civile*, y quedan excluidas de él las obligaciones sancionadas con acciones introducidas por el pretor, aunque, esto último, se difumine un tanto al final de la época clásica (colaborando a ello activamente Gayo que no tiene ningún reparo en llamar *obligationes* a la *actio jurti manifesti, vi bonorum raptorum...*, a pesar de que fueron *actiones honorarie*), y verificándose una auténtica fusión entre la obligación civil y la honoraria, bajo una denominación única de *obligatio*, en el período postclásico.

En la época clásica no hay obligación en donde no se encuentre la sanción del *ius civile* para exigir su cumplimiento y, por tanto, no eran obligaciones aquellas relaciones jurídicas que el pretor protegía a través de acciones *in jactum o utilis* semejantes a las acciones civiles *in personam*. Mientras el deudor civil es un *obligatus*, en la esfera pretoria se habla únicamente de *actione teneri*. En los textos justinianos, pese a la fusión del *ius civile* y *ius honorarium*, que, como hemos reseñado, se verifica en la época postclásica, todavía se distingue entre *obligationes civiles* y *obligationes honorariae* o *praetoriae*, pero esta distinción cumple una finalidad meramente didáctica.

Sin embargo, no encontramos en las Instituciones de Gayo una definición de la obligación, él comienza su estudio con un proemio o introducción, que no puede ser más elemental y vago: "*nunc transeamus ad obligationes...*". En las Instituciones justinianas es ¿onde encontramos una definición de la obligación, de autor desconocido, que dice: *obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. (3, 13, pr.). Arangio-Ruiz ha criticado el carácter limitado y defectuoso de la expresión: *alicuius solvendae rei*. Es indudable que el verbo *solvere*, considerado extensivamente, no sólo hace referencia a un modo peculiar de extinguir o cumplir las obligaciones: sino a toda actuación en virtud de la cual el deudor se libera, legalmente, del vínculo que lo "ataba" al acreedor; mas, si decimos *solvendae rei*, ya no cabe interpretación extensiva alguna, pues nos estamos refiriendo a la entrega de una cosa como única forma de dar satisfacción a los intereses del acreedor y, por tanto, admitiendo que toda obligación tiene por objeto la entrega de una cosa, ignorando las innumerables obligaciones que tienen por prestación otra actuación diferente del *debitor*.

El mismo Arangio-Ruiz nos enseña que quien quiera traducir bien, debe ajustarse al inexacto "pagar alguna cosa", que el texto ofrece; mas quien quiera integrar la definición en el propio espíritu que la preside, debe entender que ella configura la obligación "como un vínculo jurídico en virtud del cual estamos constreñidos frente a otro a determinada conducta". Esta será la consecuencia a que una hermenéutica sistemática y global nos conduciría.

Señalemos, por último, que Biondi ha reseñado que la genuina definición diría "*vinculum personae*", en lugar de "*iuris vinculum*", pues es en la obligación en donde la vinculación entre distintos sujetos personales aparece más claramente, respondiendo a la misma naturaleza jurídica de este tipo de relaciones.

Por otra parte, se ha conservado una segunda definición de la obligación perteneciente a Paulo (D. 44, 7, 3) que dice: *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 prehendendum*. El concepto, como apunta Arias Ramos, más que una definición, es una formulación



de las características diferenciales de la obligación frente al derecho real.

Historia y características de la *obligatio* romana

En la época primitiva la obligación romana no consiste simplemente en el deber que una persona libremente asume frente a otra de observar una determinada conducta o actuación; por el contrario, la *obligatio* primitiva es ante todo el sometimiento de una persona frente a otra, a una situación similar a la del *servus* de la cual podía liberarse o redimirse verificando el cumplimiento de la prestación del caso, o si hubo incumplimiento de esta prestación, y como sustitutivo, pagando el precio del rescate. Más aún, si el *debitor* no verificaba ni una ni otra de las actuaciones señaladas, el acreedor podía disponer de la vida o de la libertad del deudor, tal como si se tratara de un objeto de su patrimonio, vendiéndolo como esclavo en el extranjero (*trans Tiberim*). En la mentalidad primitiva romana lo característico, propio y configurador de la *obligatio*, es la sumisión del deudor al poder doméstico del acreedor, hasta el punto de que siendo, en el orden lógico y cronológico, la sumisión, posterior al deber de conducta por parte del deudor, a que está vinculada, priva sobre éste y lo relega en la conciencia social a una esfera meramente accesoria.

Que esto es así aparece palmariamente demostrado en la configuración y efectos de las más primitivas figuras jurídicas romanas. La más antigua vinculación en razón de crédito y deuda aparece en Roma en virtud del *mutuum*. La persona que recibe una suma de dinero o una cantidad determinada de otras cosas fungibles contrae el vínculo obligacional (o deber) de restituir otro tanto, vencido que sea el plazo fijado en el contrato. Esta relación existente entre acreedor y deudor, que para nuestra mentalidad moderna es el más claro prototipo de una obligación jurídica, no fue calificada por los romanos como *obligatio*. Este término lo reservan para el *nexum*, es decir para la automancipación que verifica el deudor ofreciendo su propia persona como garantía de que, en su día, satisfará aquello que adeuda, y, posiblemente, poniéndose, desde el mismo momento de celebrado el *nexum*, bajo el poder y cuidado del acreedor (en situación semejante a la del siervo) hasta tanto que, con su trabajo y servicio, compense lo que adeudare y pueda, entonces, reobtener la libertad.

Esta neta separación entre deuda y responsabilidad o garantía. atribuyendo el término *obligatio* a la segunda, la encontramos, igualmente, en otros institutos típicos de la primera época genética del Derecho Romano. Así, la doctrina, unánimemente, resalta como, por ejemplo, en el procedimiento de la acción declarativa *legis actio sacramenti* (o *per sacramentum*), el deber de pagar la apuesta (*sacramentum*), por parte del vencido lo asumen los litigantes, más el cobro de la misma por parte del Tesoro Público (al que va destinada la apuesta) no se dirige contra el litigante que sucumbió en el procedimiento, sino contra aquellas personas que garantizaron su pago (*praedes sacramenti*) y, precisamente, estos garantes son los *obligatii* y la relación que surge del evento prefijado es la que se intitula *obligatio*. Igualmente en la primitiva *sponsio* la promesa ritual y solemne no se verifica entre el acreedor y la persona que se compromete frente a él a realizar una determinada prestación (que sería el deudor), sino entre el acreedor y un fiador o garante.

En consecuencia, no podemos considerar al *obligatus* como un deudor, en el sentido moderno de esta expresión, sino, únicamente, como una persona a la que el acreedor puede exigir el pago en caso de incumplimiento de la prestación, sin importar nada que el incumplimiento sea suyo o de otro.



Se ha discutido si la situación en que se encontraba el *obligatus* era la de prenda de una persona libre, como defendió Marchi, o bien una prisión o cautividad redimible, en tesis de Betti, pero lo verdaderamente esencial y efectivo es que el vínculo jurídico fue en la época primitiva una ligazón o atadura material, que convertía al *obligatus* en rehén, que garantizaba con su propia persona la realización de la prestación adeudada; hasta el punto de que, el término *obligatus* (como garantía personal), se emplea en el mismo sentido que *res obligata* (o garantía real), resultando palpable que, en los primeros tiempos, el romano unifica en un solo instituto y con idénticos efectos todo lo relativo a la responsabilidad por incumplimiento de deudas, sin distinguir entre ejecución sobre personas y ejecución sobre cosas.

Aparecían, pues, con independencia, en la primitiva obligación romana dos entes: el *debitum* (o deber de cumplir la prestación) y la *obligatio* (o responsabilidad por incumplimiento de dicha prestación). En un primer tiempo, el *debitum* no constituye propiamente una noción jurídica, tan sólo es jurídico el vínculo o atadura en virtud del cual la misma persona que adeuda u otra sujeta su *corpus* al señorío del acreedor, responsabilizándose en caso de incumplimiento del débito.

En Roma fue frecuente que la persona del que garantizaba, *obligatus*, fuere distinta del deudor; así lo encontramos, como ya se vio, en la más primitiva *sponsio*; en la afectación que recaía sobre los *praedes* en el procedimiento de la *legis actio per sacramentum*; en el vínculo que contraían los garantes de un arrendatario o adjudicatario de impuestos, etc. La doctrina de la distinción entre débito y responsabilidad —*debitum* y *obligatio*— fue formulada por vez primera por el pandectista alemán Brinz (que habla de *Schuld* y *Haftung*). Fue acogida, principalmente, por Betti, Carusi, Cornil, Siber, Pacchioni, Marchi, Steiner, Perozzi y otros. Algún autor, como Koschaker, extendió la hipótesis incluso a los Derechos babilónico y griego. Posteriormente, esta doctrina fue atacada por Albertario, el cual sostiene que la misma únicamente sería aplicable a una segunda fase de la evolución de la *obligatio* romana, ya que en la obligación más primitiva, a su entender, que es la delictual, no puede tener cabida la distinción entre *debitum* y *obligatio*, pues el que delinquía quedaba en cautividad a título de pena, y sólo cuando se generalizó el uso de las composiciones, primero convencionales y luego legales, es cuando, para garantizar éstas, el ofensor u otra persona, quedaba en situación de rehén en poder del agraviado, y a tal estado es al que se denominó *obligatio*, extendiéndose posteriormente su aplicación a los débitos no surgidos ex delicto.

De cualquier modo, la doctrina de la separación e independencia entre el débito y la responsabilidad aclara y explica una serie de puntos de la obligación romana en los primeros tiempos; sin ella, los referidos puntos, resultan completamente ininteligibles.

De todas formas, el régimen comentado no subsistió más allá de las primitivas etapas de la historia de la obligación romana. Cuando aparece la ciencia jurídica en Roma (por obra de los *iurisprudentes*) el *debitum* y la *obligatio* aparecen fundidos y confundidos, son una misma cosa. Paralelamente al proceso, en virtud del cual se van fusionando las dos caras o matices de la *obligatio* romana, se va verificando otro por el que la sujeción o dependencia corporal, que es la esencia de la primitiva *obligatio*, se atenúa y entra en una fase de sustanciales modificaciones.

Vehículo de la transformación reseñada fue el instituto de la *sponsio*, institución antiquísima coetánea al *nexum*. En una primera fase, *sponsor* fue la persona que prometía solemnemente garantizar el cumplimiento de una determinada prestación debida por un tercero. Era, pues, un fiador y a él era al que se aplicaba el término *obligatus*; pero su situación era sensiblemente distinta al *obligatus* general, pues únicamente caía *in mancipium* del acreedor cuando el deudor no cumpliera la prestación adeudada. En consecuencia, en el lapso que mediaba entre el momento en



que verificó su promesa y aquel en que el débito era incumplido por el deudor disfrutaba de absoluta libertad personal, no abandonaba su hogar y familia y no incurría en *capitis deminutio*, mientras que el obligatus general sí la sufría y quedaba reducido *in causa mancipii*.

En una fase posterior de la *sponsio*, la promesa se intercambia entre el acreedor y el deudor, y, aunque se verifique también una promesa accesoria por parte de un fiador (que sería el antiguo *obligatus*), se estableció que la ejecución material debía recaer, en primer término, sobre la persona que incumplió su prestación; es decir, el deudor.

De esta forma se verifica la fusión entre el *debitum* y la *obligatio*, configurándose como una misma cosa, ya que ambos aparecen con un mismo objeto y sobre una misma persona. La responsabilidad del fiador sólo se hará exigible cuando el deudor incumpla su prestación, constituyendo, pues, una *obligatio* distinta, aunque accesoria. La obligación, como concepto unitario, habrá surgido a la luz del panorama jurídico romano, ofreciéndose a la incipiente jurisprudencia romana con perfiles sintéticos y homoginizados.

Como ratificación del proceso histórico seguido por la obligación romana puede ofrecerse el ritmo paralelo conllevado por el modo más antiguo y general de extinguir las obligaciones: la *solutio per aes et libram*. En sus orígenes fue el acto por el cual se hacía *solutus* (libre, se soltaba) al obligado caído bajo el poder del acreedor; posteriormente, constituye, sencillamente, un modo formal de extinguir las deudas.

A pesar de haberse conseguido un concepto unitario de la obligación la primitiva dureza de su ejecución, en caso de incumplimiento, continuó durante mucho tiempo. Cuando el acreedor, ejercitando su acción, obtenía una sentencia condenatoria contra el deudor, podía utilizar la ejecución sobre su persona y patrimonio, si dicho deudor no daba cumplimiento espontáneo a la condena.

Durante mucho tiempo el procedimiento ejecutivo en Roma fue el de la *legis actio per manus iniectioem*. En la época arcaica tan sólo para algunas pretensiones de carácter administrativo o sacro se permitió una ejecución patrimonial; la ejecución ordinaria se verificaba sobre el *corpus* mismo del *iudicatus*. Como ya sabemos, el mecanismo de la *manus iniectio* permitía al acreedor dar muerte al deudor que no cumplió, o reducirlo a esclavo mediante su venta en el extranjero. Tan deplorable consecuencia únicamente podía suspenderse mediante la intervención de una tercera persona (*vindex*), la cual se oponía a la pretensión ejecutiva, bajo el riesgo de ser condenado al pago del doble de lo adeudado, si el acreedor probaba la real existencia de la deuda. Ya la Ley de las Doce Tablas palió un tanto la intrínseca crueldad de la *manus iniectio* exigiendo ciertos requisitos previos a su aplicación, pero manteniéndola aún, en todo su rigor primitivo, para ciertos supuestos: por ejemplo, para la ejecución de deudas reconocidas a través de una *confessio in iure*. Es preciso esperar hasta la promulgación de la *lex Poetelia Papiria*, 326 a. C., para encontrar la abdicación de la muerte o venta como esclavo del deudor. Esta *lex*, empero, otorgaba al acreedor la facultad de retener al ejecutado en una condición similar a la del; siervo (verificada la *addictus* por el magistrado) al objeto de que con su trabajo y labores pudiera obtener la redención de la cuasi servidumbre en que había caído por razón de deudas.

De todas formas, la mencionada *lex* supuso un paso extraordinario en el camino de la humanización de los procedimientos ejecutorios romanos; su esencia preceptiva (*pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset*), constituye un inestimable jalón que ubica la obligación romana, y sus efectos subsiguientes, en una posición, que permitirá un franco y progresivo desarrollo hacia la concepción posterior, humana y lógica, similar a la que nuestra mentalidad

contemporánea tiene sobre la relación jurídica obligacional.

Durante la época clásica subsiste la ejecución personal, en la nueva forma pautada por la *lex Poetelia*, y ello es así, aunque escasamente se la mencione en los textos, pues de otra manera resultarían ininteligibles ciertas reglas del Derecho clásico. Así, por ejemplo, Schulz reseña que, en el Derecho clásico, el hurto se pena con multa, amén de la infamia; pero, como la experiencia enseña, los ladrones difícilmente resultan propietarios de bienes y, por tanto, sería absurdo, las más de las veces, hablar de multa o pena pecuniaria (con múltiplos bien altos), si no estuviere permitida la ejecución sobre la persona del ofensor. En el Derecho Romano es difícil encontrar preceptos que resulten letra muerta o normaciones meramente teoréticas; el casuismo y la practicidad del genio jurídico romano, forzosamente, hubiera rechazado una incongruencia como la apuntada más arriba. Sin embargo, ya en la época clásica, el modo ordinario y usual de ejecución es de naturaleza esencialmente patrimonial. Esta ejecución recaía sobre la integridad del patrimonio del deudor, y no podía verificarse tan sólo sobre algunos bienes del deudor, por más que fueran suficientes para satisfacer la deuda. Era también una ejecución concursal, pues debían ser convocados todos los demás acreedores, al igual que si se tratara de una quiebra.

Este segundo requisito lo suele justificar la doctrina, aduciendo que la experiencia nos enseña, e igual sucedería en Roma, que un deudor que no cumple una condena pecuniaria sobre él recaída, es presumible se encuentre en idéntica situación de incumplimiento con alguno o algunos de sus otros acreedores.

La ejecución patrimonial, en esencia, se verifica a través del embargo de los bienes del deudor (*missio in bona*) en beneficio de sus acreedores. Realizado el embargo se procede a la venta de los bienes (*venditio bonorum*), al objeto de satisfacer, en la medida de lo posible, las condenas incumplidas.

En la venta de los bienes embargados los licitadores no pujaban a base de ofrecer sumas de dinero, sino ofreciendo satisfacer una porción determinada de los créditos que pesaban sobre el ejecutado. Aquel que hubiere ofrecido una proporción mayor se hacía adquirente del patrimonio del concursado (*emptor bonorum*) y quedaba en situación análoga a la del deudor ejecutado, ya que se le transmitían todas las acciones de o contra éste, ora considerando que se había verificado una situación personal, ora suponiendo ficticiamente, que el *emptor bonorum* era heredero del primitivo deudor. Hubo casos excepcionales –deudores sometidos a tutela y deudores que fueron senadores– en que no era preciso recurrir al embargo y venta de toda la masa patrimonial del deudor. En estos casos se embargaba y vendía, únicamente, aquella porción patrimonial suficiente para el pago de las acreencias (*distractio bonorum*).

Hubo, por último, ciertos deudores, los cuales, fuere cual fuere el monto de su pasivo, no podían ser condenados por más de lo que al momento de la condena tuvieran como activo (*in id quod facete possunt*). Para ello era preciso que en la fórmula se incluyera una *taxatio*, en virtud de la cual el juez estaba autorizado a condenar hasta donde alcanzare el patrimonio del deudor.

Estos deudores privilegiados fueron, principalmente, el socio *omnium bonorum*; el hijo que contrató estando bajo la potestad paterna y luego era emancipado o se hacía *sui iuris* por muerte paterna y sin heredarle; el donante; el marido demandado por la *actio rei uxorie*, etc.

Justiniano, además, permitió que estos deudores privilegiados podían retener cuando eran condenados, la parte de su patrimonio que les fuera imprescindible para atender a su subsistencia. Este nuevo privilegio o favor fue conocido a partir del siglo xvi, y tal cual hoy se denomina, como

beneficium competentiae (en razón de que en el latín adulterado de la Edad Media *competentia* significaba: "medios suficientes para vivir").

Concluamos, finalmente, señalando que en las últimas etapas del Derecho Romano, postclásica y justiniana, la sentencia recaída en una *cognitio extra ordinem*, que entonces era ya el procedimiento ordinario, no fue forzosamente una condena pecuniaria (al contrario, en la época arcaica y clásica, en que siempre lo fue), sino que podía ser también en especie. La ejecución patrimonial tampoco tiene que recaer sobre todo el patrimonio del deudor, sino que es suficiente y basta con que se realicen embargos y ventas parciales; y, por último, la ejecución personal, que había experimentado un insólito reverdecimiento a causa de los abusos del patronato, es combatida sistemáticamente por los emperadores romanos, mediante la prohibición de tener cárceles particulares para mantener en prisión a los deudores insolventes.

c) IDEAS GENERALES

[Escobar]³

1. Derecho de obligaciones

El Derecho de obligaciones es una parte del Derecho civil que regula las relaciones jurídicas personales en virtud de las cuales, una persona llamada acreedor puede exigir a otra llamada deudor una prestación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer y en el supuesto de incumplimiento dirigirse en contra de su patrimonio para satisfacer su interés, ya sea con la cosa debida o con su equivalente. Abarca el estudio de un conjunto de reglas, principios y disposiciones legales relativas a la determinación del concepto de obligación, sus clases, condiciones, plazos y modalidades, sus fuentes, efectos, extinción y medios de prueba.

También esta materia es denominada Teoría General de las Obligaciones.

2. Su evolución

No puede sostenerse con propiedad que la Teoría de las Obligaciones sea exactamente la misma del Derecho romano, que sea inmutable y que sus principales reglas y principios sean verdades universales y eternas. Ni el Derecho moderno de obligaciones es actualmente el mismo romano, ni tampoco es inmutable. En el Derecho nada es inmutable. Realidad y derecho caminan de la mano, aunque la pereza del sistema político impide en muchas oportunidades adecuar el derecho al cambio real. De aquí que se haya considerado por cierto sector doctrinal al derecho y a las personas que lo cultivan como conservadores y obstáculos al cambio social.

Es preciso reconocer que el Derecho moderno de obligaciones se construyó con materiales del Derecho romano y a la técnica de éste mucho se le debe, pero ha recibido fuerte influencia de los canonistas en la Teoría General de los Contratos, así como de las ideas de la Ilustración y otros movimientos y escuelas jurídicas.



Las fuentes romanas son muy importantes para comprender muchas figuras y principios jurídicos de nuestro Derecho de Obligaciones. El Derecho justinianeo y no el clásico es el más importante para tal fin, pues aquel sirvió de base a los romanistas de los siglos XVI, XVII y XVIII para construir la Teoría General de las Obligaciones que después pasó a través de Pothier a las legislaciones latinas entre las cuales aparece la nuestra.

Este derecho ha tenido que evolucionar de acuerdo con el avance social, económico, científico, técnico y político de los pueblos, lo que ha dado lugar a nuevas concepciones jurídicas, y a la revisión o eliminación de las existentes, aunque reconocemos que es el menos sensible a las influencias políticas, morales y religiosas. Eso se debe a su depurada construcción, lo abstracto y lógico de su materia, su utilidad indiscutible y los intereses económicos duraderos que defiende.

Lo expuesto no es obstáculo a su expansión y perfeccionamiento, dada su importancia. Sigue recibiendo la atención principal de la doctrina y la legislación. La prueba de ello se encuentra en los nuevos códigos civiles (alemán, suizo, italiano, etc.) y en los códigos de comercio, que fundamentalmente son códigos de obligaciones. Es bien sabido que el Derecho Mercantil es en gran parte un derecho de obligaciones y contratos.

Por el contrario, el Derecho de Familia y el de Propiedad están más sujetas al cambio por encontrarse ligados estrechamente a la organización política, social y moral de la sociedad. Así vemos que se puede pasar de un sistema político y social a otro con sólo trasladar con pocas leyes la titularidad de los bienes de producción de manos de los particulares (capitalismo) al Estado (comunismo o socialismo).

A través de la historia hemos visto importantes modificaciones y reformas en el Derecho de Propiedad y en el de Familia.

En el moderno Derecho de Obligaciones se recogen las ideas y principios básicos siguientes:

A. Existe una tendencia a proteger a la parte débil de la relación obligacional.

Por ejemplo: no existe cárcel por deuda, se concede el beneficio de competencia, se limita la autonomía de la voluntad, etc.

B. La buena fe debe inspirar la exigencia y cumplimiento de la obligación, lo mismo que su nacimiento cuando tuviere un origen negocial.

C. Se percibe una limitación de la voluntad al debilitarse la libre contratación, al imponerse deberes y obligaciones en la contratación masiva sin manifestarse consentimiento para ello y al surgir el contrato obligatorio.

D. También se debilita el vínculo obligacional al ampliarse desmesuradamente el elenco de los bienes inembargables y limitarse la responsabilidad del empresario individual a un patrimonio especialmente determinado.

En algunos países, si se tiene una garantía real no se permite la persecución de otros bienes del deudor para hacerse pagar en caso fueren insuficientes los dados en garantía, pero no se extingue el saldo del crédito no pagado, aunque se carece de acción judicial para reclamarlo. Esto se explica por medio de la teoría que distingue entre el débito y la responsabilidad: una relación de deuda cuyo contenido es la cantidad debida y otra de responsabilidad que recae exclusivamente sobre el bien prendado o hipotecado.



El art. 17 de la Ley de Prenda Comercial del 29 de Marzo de 1992 dispone que en caso de venta al mejor postor o adjudicación al deudor se cancelará el crédito del acreedor a pesar de que el precio del bien fuere insuficiente para ello. Llevando la tesis a sus últimas consecuencias extingue todo el crédito incluyendo hasta el saldo no satisfecho.

Por otra parte, se refuerzan algunas obligaciones mediante la amplitud de la embargabilidad de los bienes y la sanción penal por su incumplimiento como sucede con los alimentos. También las obligaciones bancarias gozan de muchos privilegios sustantivos y procesales.

E. En la contratación masiva se ha perdido el carácter personal de la celebración del contrato. La discusión sobre el precio y demás condiciones entre las partes no se da generalmente y en múltiples ocasiones se desconoce con quien se contrata y a veces se adquiere a través de una máquina.

De esta manera se debilita el carácter personal de la obligación y se acrecienta el vínculo patrimonial entre las personas.

F. Las semejanzas de las exigencias económicas, sociales y políticas ha provocado la internacionalización del Derecho de las Obligaciones para facilitar las transacciones entre los ciudadanos de diferentes Estados. Con esta medida se pretende uniformar el Derecho de Obligaciones en diversos países y la materia se presta a ello. Ejemplo de este esfuerzo es el Proyecto de Código Uniforme de Obligaciones y Contratos franco-italiano de 1928. Para esta uniformidad no creo que sea obstáculo la ausencia de una Corte de Casación que uniforme la interpretación del Derecho de Obligaciones en los diversos países.

Esta uniformidad se manifiesta también cuando algunos países, incluso de diferentes culturas, adoptan la materia de las obligaciones de otros países: Japón de Alemania y Francia; Turquía de Suiza; Bulgaria de Italia; etc.

G. Se ha abandonado la concepción subjetiva de la obligación elaborada por el Derecho romano, inclinándose a favor de la concepción objetiva.

El concepto de obligación es netamente espiritual y no surge en el Derecho romano primitivo, ni en los Derechos antiguos.

En esta etapa primitiva existía un concepto material de la obligación, pues el deudor se encontraba sometido materialmente al acreedor y tenía sobre él un derecho similar al de propiedad porque todos los derechos se concebían como de carácter real, ya que estos constituían el prototipo de la vida jurídica. Basta recordar la manus iniectio para comprender estas explicaciones.

Este concepto fue cambiado y se concibió a la obligación como un deber moral en virtud del cual el cumplimiento de la obligación se entregaba a la conciencia del deudor. Pero este criterio impedía el tráfico jurídico y el desarrollo económico y social, por lo que se dio un paso más concediéndosele al acreedor acción para exigir el cumplimiento de la obligación, y los bienes del deudor, y no su cuerpo, sirvieron de garantía para satisfacer su interés. En esta forma el vínculo obligacional pasó a tener naturaleza jurídica.

En el Derecho romano la obligación tenía un carácter puramente personal, subjetivo e intransferible. Bajo la influencia germánica, el Derecho moderno considera a la obligación en su

carácter objetivo, concediéndole preponderancia sobre el subjetivo, de modo que los sujetos de la obligación se pueden cambiar y subsistiendo el mismo vínculo jurídico.

En virtud de la tesis subjetiva no se admite: la representación para contraer obligaciones; los contratos a favor de terceros; la cesión de crédito y de deuda; y la indeterminación del deudor y del acreedor.

La tesis objetiva, por el contrario, permite: la representación para contraer obligaciones; el contrato a favor de terceros; la cesión de crédito y de deuda; y supuestos de indeterminación inicial de acreedores y decidores.

H. Se permite la rescisión del contrato por lesión enorme o el celebrado en estado de necesidad. Asimismo se permite la resolución o modificación del contrato por excesiva onerosidad. Estas figuras han sido aceptadas por algunos códigos y un buen sector doctrinal.

I. Debido a la rapidez de las transacciones y de los medios de transporte y comunicación ha surgido una tendencia doctrinal y legislativa de abreviar los plazos de la prescripción.

J. En los códigos modernos aparece una regulación amplia de la mora del acreedor.

K. La teoría de la culpa como fuente de responsabilidad por los daños y perjuicios va siendo sustituida en determinadas materias por la teoría de la responsabilidad objetiva (accidentes de trabajo, accidentes automovilísticos, etc.).

L. El abandono de la teoría que somete a la persona del deudor a la potestad del acreedor y la aceptación de la responsabilidad patrimonial en caso de incumplimiento de la obligación.

M. La aparición de gran cantidad de nuevos contratos: edición, factoring, know-how, joint venture, etc.

N. Factores morales y de equidad han penetrado al derecho: el riesgo imprevisible, la lesión enorme, el estado de necesidad, el desarrollo amplio de las obligaciones naturales, etc. Como puede observarse, muchas figuras e instituciones romanas han sido modificadas, suprimidas o complementadas.

d)EVOLUCIÓN HISTÓRICA

[Rodríguez-Arias]⁴

En el Derecho romano primitivo, no se formula un concepto abstracto de la obligación; en un principio, significó la sujeción física del cuerpo del deudor ("nexum"), confundiéndose los derechos personales y los derechos reales, la obligación y el derecho de propiedad; o sea, que el deudor se obliga con su persona como si fuera una cosa. Es más tarde, cuando el pueblo romano entra en contacto con otros pueblos, y se ve en la moneda una base jurídica de relaciones humanas, cuando se produce la traslación de una sujeción material a otra de tipo moral (deber), en la que el deudor responde con su patrimonio. Fue la "lex Poetelia", quien sancionó este desplazamiento del poder del acreedor hacia el patrimonio del deudor, señalando que, en definitiva, éste responde del cumplimiento de la obligación con sus bienes, y no con su persona ("non corpus debitoris, sed



bona"), carácter que tipifica también la obligación moderna.

Por ello es, que originariamente, la obligación suponía un "estado de responsabilidad". Así, en un principio, la historia de la obligación se confunde con la historia de la responsabilidad física del deudor. Kohler nos sintetiza la evolución de los delitos privados hasta llegar al concepto actual de delito público, de la siguiente manera: a) venganza privada; b) composición voluntaria; c) composición legal, y cf) represión por el Estado. En las tres primeras fases nos encontramos una responsabilidad personalísima del deudor: en la primera, la sujeción material del cuerpo nace como pena y como consecuencia de un delito; en la segunda, se admite la posibilidad de que acreedor y deudor, puestos de acuerdo y mediante la entrega de una suma por parte de éste, convengan en la liberación corporal del último; y, en la tercera, aun cuando el grupo político establece ya con carácter general y coactivo la composición (de lo que encontramos huellas en las XII Tablas), si el deudor no paga, el Magistrado, en el procedimiento de la "manus injectio", lo entrega al acreedor para que en el plazo de sesenta días lo saque a tres mercados consecutivos y si nadie se presta a liberarlo pagando su deuda, pueda venderlo como esclavo al extranjero ("trans Tiberim"), o matarlo, de modo que el vínculo obligacional seguía recayendo sobre el cuerpo mismo del deudor, y afectaba a su integridad física y a su libertad. Es en la etapa posterior a las XII Tablas, cuando la responsabilidad personal del deudor desaparece y se crea en su lugar la responsabilidad patrimonial. En este momento, la obligación sólo sirve para garantizar la entrega de una suma de dinero; el acreedor tiene acción para exigir ante los tribunales su ejecución.

Si en el Derecho romano se advierte, que lo importante es la situación en que queda el deudor ante el acreedor en el supuesto de incumplimiento de la obligación, en el Derecho germánico, por el contrario, lo más esencial es la prestación del que se obliga, incluso llegándose a admitir que el deudor podría amortizar con su trabajo la deuda, igual que en la anticresis lo hacen los frutos de la cosa. Y, en este Derecho, aparece, posteriormente, la posibilidad de limitar la responsabilidad a una parte del patrimonio mediante un máximo fijado de antemano o a un patrimonio separado que le pertenezca, o a bienes determinados, apareciendo aquí ya la responsabilidad real.

Después, en la Edad Media, de la esclavitud se pasa a la prisión privada por deudas, en que el acreedor no tiene derecho al trabajo del deudor, sino que es simplemente un medio de coacción y resarcimiento; y, de ella, a la prisión pública, no en la guarda del acreedor, sino en la prisión de la ciudad. Esta es la forma típica de la responsabilidad por deuda propia al final de la Edad Media.

En el Derecho moderno, se imponen las ideas del Derecho romano en la última época. Ha escrito Ossorio Morales, que las obligaciones y los contratos es la parte del Derecho civil que durante más tiempo se ha mantenido apegada a la tradición romana. A esta reconstrucción de la teoría de las obligaciones, sobre la base de los materiales romanos, contribuyeron, sobre todo, Dumoulin, D'Argentré, Domat y Pothier; gracias a lo cual, este Derecho ha podido tener una continuidad. Sin embargo, sería exagerado decir que todo nuestro Derecho moderno de las obligaciones es de origen romano. Los canonistas también han tenido una destacada influencia. Fue el Derecho canónico, quien haciendo preva-lecer el principio moral del respeto debido a la palabra dada, favoreció —a partir del siglo XVI— la consagración de la regla de la fuerza obligatoria de las convenciones, independientemente de que mediara solemnidad en el consentimiento. Tampoco el Derecho romano admitió la obligación de reparar el daño causado a otro más que en un número limitado de casos, siendo el Derecho canónico el que, por razones morales, ayudó al desarrollo del principio que recogió el Código Napoleónico en su artículo 1.382 (1.902 Cód. esp.; 1.644 Cód. Panameño).



Como vimos, el Derecho germánico tendió a objetivar la relación obligatoria, haciendo hincapié, no sobre el vínculo personal de los sujetos, sino sobre la prestación del deudor, reduciendo el derecho de crédito a un derecho sobre los bienes de éste. La obligación, con ello, se convirtió en una noción económica y objetiva susceptible de cambio y transformación, funcionando, como dice Ihering, al modo como en el antiguo Derecho lo hacía la cosa misma. Y, hasta tal extremo se exageró esta concepción economicista de la obligación, que se llegó a afirmar que no era la persona la que quedaba obligada, sino que la relación jurídica obligatoria establecía exclusivamente un nexo entre los patrimonios de los titulares, -no siendo, por tanto, esencial para el concepto de obligación las personas de sus sujetos.

Esta posición del Derecho moderno, se contrarrestó con una corriente espiritualista que tuvo su exponente más destacado en el libro de Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, en el que se pone de manifiesto la trascendencia de la moral cristiana en el campo de las obligaciones y contratos. Porque la regla moral puede ser estudiada, primeramente, en su función normativa, cuando impide el abuso de la forma jurídica utilizada para fines que la moral reprueba. Contra el principio de la autonomía de la voluntad, ella resalta la necesidad en que se encuentran las partes de respetar la ley moral, protegiendo al contraatacante que se encuentra en situación de inferioridad y a quien se trata de explotar por la otra parte. Para ello argumenta, que el acreedor y el deudor, ligados por la relación jurídica, son hombres que integran la misma comunidad, que una moral sublime los llama hermanos, no pudiendo tener el uno derechos y el otro obligaciones más que en la medida en que la ley moral permite obtener de otros provechos y servicios, prohibiendo que los unos dañen a los otros. Es, por ello, que cuando ante los tribunales se plantea una cuestión obligacional, debatiéndose si una entrega de dinero o de cosas constituye una donación o un pago, o si el pago hecho puede ser repetido, se ha de examinar entonces si el deudor tenía el deber de entregar el objeto o la suma, porque la obligación no es una simple relación entre dos patrimonios. La obligación —añade Ripert— supone siempre la sumisión de un hombre a otro hombre, sumisión que no puede ser permitida más que para fines legítimos, y su construcción técnica no ha de ser más que la aplicación de un ideal moral. Este es el que nos dirá, por ejemplo, cuándo el contrato es válido o no si es infringido; si el enriquecimiento injusto debe restituirse, si la buena fe es necesaria en el cumplimiento de las formalidades jurídicas.

Esta posición de Ripert ha sido calificada de tendenciosa, porque se fue al extremo opuesto, haciendo recaer sobre él, Bonnecase, la responsabilidad doctrinal de la negación del Derecho como ciencia autónoma ya que nos lo presenta como dependiente de la moral, quien le domina, por la impotencia de aquél para justificar su existencia y su función.

No obstante estas influencias, es justo reconocer que el Derecho romano ha sido el mayor inspirador de nuestro sistema contractual. Mas, a partir del siglo XIX, las nuevas concepciones sociales han suavizado, por decir lo menos, las aristas individualistas sobre que se levanta el Derecho de obligaciones, como consecuencia de las ideas romanistas y de los principios inspiradores de la Revolución Francesa. Hoy se nota una tendencia en las legislaciones a restringir la auto-noxia de la voluntad. Ella se manifiesta, por ejemplo, en el desarrollo adquirido por el contrato de trabajo —tan distante del clásico arrendamiento de servicios—, en la reglamentación de la materia arrendaticia de cosas (rústica y urbana), en la sustracción, incluso, de algunos bienes a la esfera patrimonial (v. gr., patrimonios familiares inembargables). Es decir, la reforma del derecho de obligaciones se produce en sentido social, factor éste que limita la autonomía de voluntad individual, acentuando el intervencionismo estatal. Esto es consecuencia —como hemos escrito en otra parte—, de que se marcha a grandes pasos a una concepción del Derecho en que se establezca una más íntima relación entre el individuo y la sociedad, y se tienda a que el sistema de contratación gire, no ya en torno a la idea de antagonismo, como lo venía habiendo hasta ahora,

sino que esté presidido por la idea de cooperación, sin que por eso las partes que intervienen en los contratos pierdan su autonomía y su independencia, que es su principal característica.

e) DE LA OBLIGACION

[De Gaspérij]⁵

§ 1. — Antiguo derecho romano.

En el antiguo derecho podía el acreedor hacer fuerza en la persona del deudor reunente, sujetándole con toda su familia a trabajar en su provecho durante sesenta días, pasados los cuales sin liberarse, podía o matarle o venderle como esclavo al extranjero.

Esta facultad del acreedor era semejante al poder que las leyes conferían al propietario sobre las cosas. Por eso dice Cuq que: "la obligación considerada como derecho distinto del de propiedad, se introdujo en una época relativamente reciente".

El incumplimiento de la obligación era considerado como delito y la acción conferida al acreedor tenía el carácter de pena. Y es así como puede explicarse que un pueblo imbuido de un alto concepto de la libertad, haya admitido como legítimo este derecho extraordinario del acreedor sobre el deudor insolvente. La libertad no podía perderse sino a título de pena. Cualquiera convención por la cual se renunciaba a la libertad era nula.

§ 2. — Derecho clásico.

Al concepto de "obligado" del antiguo derecho sustituyó en el derecho clásico, el de "obligación", concebida por los jurisconsultos como vínculo jurídico por el cual se nos constriñe con la necesidad de pagar alguna cosa, según el derecho de la Ciudad. El objeto de toda obligación era el pago, el solvere. Por eso dice la Instituta: *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendæ rei secundum nostræ civitatis jura.*

Es la definición clásica, "sacramental" — diremos con Beudant — que por culto a la tradición y respeto a la autoridad doctrinal del derecho romano, que es, todavía hoy, como muy bien lo ha dicho don Felipe Sánchez Román, a propósito) del Derecho de las Obligaciones, "la superior y más rica fuente de conocimiento en esta materia".

Esta noción de la obligación apareció después de grandes cambios operados en el estado social como derecho personal del acreedor de accionar contra su deudor para compelerle a cumplir un acto dependiente de su voluntad, pero sin que esta restricción llegara nunca a aniquilarla.

§ 3. — Definición de Pablo y explicación.

Pablo, tratando de caracterizar la naturaleza y eficacia de la obligación, dijo: *Obligationum substantia non in eo consistit ut ali-quod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat, sed ut alium no bis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel proestandum*. "La esencia de las obligaciones no consiste en hacer de algo una cosa nuestra o servidumbre nuestra, sino en constreñir a otro a darnos, a hacernos o a prestarnos algo".

Los romanos se valían del verbo *facere* para connotar la facultad del acreedor de constreñir a su deudor a procurarle un bien patrimonial: *verbum facere omnem omnino faciendi causam complectitur, dandi, solvendi, numerandi, judicandi, ambulandi*.

Dare significaba la transferencia de la propiedad de una cosa, la concesión de un *jus in re*; pero esta acepción del vocablo sufrió en las leyes romanas una restricción técnica que conviene precisar. En efecto, como la propiedad romana no se transmitía en ejecución de una obligación nacida del contrato o de otra justa causa, sino por la tradición: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis, transferuntur* (L. 20, C. II, 23), la obligación emanada de un contrato o de un delito, aun teniendo por objeto un *daré*, no era traslativa de propiedad ni constitutiva de un *jus in re*, o sea de un desmembramiento de la propiedad, como la servidumbre. Sólo establecía un vínculo entre dos personas con relación a una cosa determinada (*jus ad rem*).

La expresión *proestare*, que también hacía parte de los tres términos de la tecnología romana, era más general y comprendía toda especie de ventaja que el deudor debía procurar al acreedor, especialmente la indemnización nacida de un delito o de un cuasi delito.

§ 4. — Otras definiciones.

Combinando defectuosamente estas definiciones, las escuelas modernas han ensayado la siguiente: *Obligatio est juris vinculum quo necessitate adstringimur ad aliquid dandum vel faciendum, vel proestandum*.

Más correcta sería la fórmula que se nos ha dado con ocasión de este trabajo: *obligatio est juris vinculum, quo necessarie adstringimur ad dandum aliquid, vel faciendum, vel proestandum* (Adolfo Aponte).

Estas no son, en puridad, definiciones, sino caracterizaciones técnicas del derecho personal del acreedor, correspondiente a la obligación del deudor, y a la situación jurídica de ambos.

No se quiere ver en la obligación sino el aspecto coactivo del vínculo o sea la limitación de la libertad del deudor y el elemento objetivo de la relación jurídica; no su esencia misma, que, como veremos luego, es la justicia correctiva o sinalagmática, ya sea que la obligación emane del contrato o de la ley.

Observación es ésta no escapada a los autores consagrados a examinar la esencia del fenómeno y a buscar la explicación satisfactoria del mismo.

Antes de analizar los elementos de la obligación, se impone así el estudio de la razón de ser de la

Obligación, según las distintas teorías que acerca de este problema se han expuesto.

§ 5. — Concepción individualista de la Obligación.

Para el individualismo, la obligación es una restricción excepcional de la libertad individual, sancionada por la autoridad pública.

La personalidad individual comenzó a afirmarse como ente distinto y autónomo, con fin y función exclusivamente propios, en el segundo estadio de la evolución social, cuando el estado de guerra empezó a hacerse menos frecuente entre los hombres y éstos se vieron liberados de la tiranía del todo sobre el individuo.

A este progresivo aumento de la libertad personal corresponde la aparición de la propiedad privada, prolongación de la personalidad humana, fruto y premio de la labor individual.

La libertad es autoridad, es poder, pero al mismo tiempo es restricción, limitación. De otra suerte no se explicaría la coexistencia de dos libertades iguales en un estado de derecho. Toda la vida romana está dominada por estas ideas, así en el derecho público como en el privado. Ihering más que nadie ha esculpido con caracteres salientes la concepción romana de la libertad, como sentimiento de autoridad y de poder que hacia el fin de la República llega casi a exceder el justo límite. Este *criterium* de las relaciones jurídicas, concentrado en la idea de autoridad, se acentúa a medida que se remonta en el tiempo hacia los primeros siglos del derecho. Así se explica el poder extraordinario conferido en el antiguo derecho al acreedor sobre la persona de su deudor insolvente. Y así también se explica que, en correlación de este sentimiento de la libertad subjetiva, se concibiera la obligación, como limitación de ella.

Al reinado de la subjetividad pura en la esfera del derecho civil corresponde, en la del derecho público, cierto indiferentismo del Estado. "Las relaciones obligatorias entre particulares, dice a este propósito Josseland, son asuntos de voluntad privada, limitándose el legislador, en general, a fijar, a consagrar la intención de las partes y a hacer obra interpretativa más que acto de autoridad".

Todas las construcciones del individualismo giran en torno de los derechos subjetivos; el hombre, sujeto libre, dueño de voluntad autónoma y la propiedad afectada al fin individual, el *dominium* romano, también derecho subjetivo absoluto, eji su duración y en sus efectos.

Sólo el propietario, el titular del dominio, el sujeto de voluntad, puede, por un acto autónomo, modificar su esfera jurídica, a condición de querer una cosa no prohibida. El efecto de este acto, dice Duguit, uno de los adversarios de esta teoría, será disminuir la esfera jurídica de un sujeto de derecho y aumentar la esfera jurídica de otro; crear, como dice el art. 978 del Código Civil argentino, una relación jurídica. Así, toda relación jurídica se refiere a una relación entre dos sujetos de derecho, es decir, dos sujetos de voluntad, de los que uno es titular de un derecho y el otro está gravado con una obligación.

En este sentido enseñan Colín y Capitant: "La obligación es esencialmente algo de anormal, una excepción al derecho común, que es la independencia recíproca de los individuos y no la sujeción de unos a otros".

Y entre los autores argentinos, Rousset, por su parte, dice: "La regla es lo absoluto y exclusivo de



los derechos de cada uno sobre sus cosas o sobre sus hechos y actitudes; pero hay excepciones: el mismo individuo por sus manifestaciones de voluntad o por sus actos, la ley en vista de la situación especial en que se encuentra, suelen imponer restricciones a aquellos derechos que, como regla, son absolutos; se suelen constituir vínculos que confieren a una persona un poder más o menos extenso sobre las cosas de otra o bien el de exigirle un servicio, la ejecución o abstención de un acto cualquiera".

La libertad civil es uno de los principios cardinales del *bill* de derechos de nuestra Constitución. El art. 23, a semejanza del art. 19 inciso 2 de la Constitución argentina, dispone que: *Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*, cuyo origen remonta a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano promulgada por la Constituyente francesa del 26 de agosto de 1789, tomada a su vez de los *bills of rights* americanos. Esta concepción del Derecho y su consecuencia, la teoría volitiva, son el fruto de las doctrinas del derecho natural, en boga hasta el siglo XVIII. Ella es unilateral porque deja sin protección los intereses sociales y representa la abdicación del orden jurídico de su función reguladora del mundo económico.

En el mismo sentido, el art. 53 del Código Civil dispone que: "Les son permitidos (a las personas de existencia visible) todos los actos y todos los derechos que no les fueren expresamente prohibidos, independientemente de su calidad de ciudadanos y de su capacidad política".

De ahí viene que el art. 910 del mismo cuerpo legal prescriba que: "Nadie puede obligar a otro a hacer alguna cosa, o restringir su libertad, sin haberse constituido un derecho especial al efecto".

De esta suerte, la libertad civil no es sino limitación. Termina allí donde comienza "un derecho especial", constituido o por la voluntad aislada en el acto unilateral que reconocen otras legislaciones: la promesa de recompensa, la estipulación por otro, la fundación; o por la voluntad común en el contrato; o por la ley (artículo 1197, C. Civil).

El mismo Código establece otras limitaciones a la libertad individual: el art. 911 con respecto a la comisión de delitos, en el interés del orden y de la seguridad pública, y el art. 912 en razón del daño que, por falta de discernimiento, pueden ocasionarse a sí mismos los incapaces de hecho.

§ 6. — El principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad civil.

El principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad civil ha merecido otra consagración en el art. 1197 del Código Civil, según el cual "Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma". Es la regla del conocido texto de las XII Tablas: *uti lingua nuncupassit ita jus esto*, que Ulpiano¹⁸, expresó en estos términos: *Contractus legem ex conventionem accipiunt*. También Cicerón, refiriéndose a este antiguo culto de la palabra decía: *in omni denique iure civili verba ipsa tenerunt*.

Esta equiparación del contrato y de la ley, reconoce igualmente su limitación. Desde luego, los contratos no pueden perjudicar a terceros (art. 1195, última parte). Por otra parte, el art. 21 del Código Civil dispone que: "Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres". Si, pues, una convención deroga un texto legislativo, los jueces no podrán negarse a hacerla ejecutar si ella no



viola una disposición de orden público. Bien se ha dicho que la justicia es la guardiana de la observancia de las convenciones tanto como de las leyes. La convención es una ley privada.

Las consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad y de la libertad civil se hallan resumidas en las conocidas reglas de interpretación de las convenciones, de modo expreso consagradas por el art. 218 del Código de Comercio. Por su origen remontan al derecho romano. Domat las recapituló en su famosa obra, y de aquí pasaron a la de Pothier y al Código Civil francés.

Según estas reglas, lo esencial es la voluntad interna. La intención debe ser preferida a la expresión. *Prior atque potentior est quam vox mens dicentis. L. 7, in f. ff., de supell, leg.*

Las obligaciones no se modifican ni se extinguen sino por la voluntad de las partes y en la medida en que ellas lo han querido.

La misión del juez se reduce a reconstruir, si hay duda, la voluntad de los particulares, a desarrollarla en sus consecuencias lógicas frente a los acontecimientos producidos.

Otra de las consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad es que: "Las obligaciones legales no se presumen", como reza el art. 1090 del Código Civil español, porque nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda.

"Por el contrario, —dice don Eduardo Dato— las que reconocen como su fuente y raíz la voluntad humana, pueden presumirse, cuando dicha voluntad no consta de una manera explícita, y la regla en pilas es que, dependiendo de las voluntades armónicas de los interesados, pueden fijar éstos libremente las condiciones de su existencia, modificándolas y extinguiéndolas a su arbitrio mediante el común acuerdo de ellos".

Pero tratando de reconstruir esta voluntad, la regla es que las obscuridades y las incertidumbres de las cláusulas que obligan deben interpretarse en favor del obligado, y restringiendo la obligación en el sentido que la disminuya. El que se obliga, dice Domat, no quiere sino lo menos, y la otra parte debe explicar claramente lo que ha pretendido.

A este propósito conviene notar que el art. 29 del Anteproyecto de Reformas al Código Civil argentino, del doctor Biliboni, consagra de una manera absoluta el principio individualista según el cual: "Las obligaciones no se presumen", sin distinguir las de origen contractual de las de origen legal.

§ 7. — Inconvenientes de esta teoría y la teoría de la declaración.

Los inconvenientes de la teoría de la autonomía de la voluntad han sido señalados por la doctrina.

La voluntad, fenómeno psicológico, —se ha dicho—no puede ser conocida de los terceros, sino por sus manifestaciones externas, o sea por apariencias. El juez decide de acuerdo con estas apariencias, que no permiten formar juicio, sino meras suposiciones.

Por oposición a ella se ha elaborado la teoría de la declaración de voluntad, en cuyo abono -se ha dicho que "la seguridad de las relaciones exige el reconocimiento de la fuerza de toda declaración

que, según el uso dominante, es admitida como declaración de voluntad".

Las consecuencias de esta teoría no son menos exageradas que las de la anterior, pues excluyen la teoría del error, consagrada por las legislaciones del tipo francés - italiano, y conducen, en las relaciones con los terceros, a la teoría del acto abstracto. La teoría de la causa no podría subsistir dentro de ella, si bien que la eliminación de este elemento de las obligaciones contractuales no debe preocupar a nadie, si hemos de entender por causa la noción de equivalencia objetiva que le atribuyen Domat y Pothier. Como veremos más adelante, nosotros aceptamos la causa en tanto sirve para connotar la idea de intención, como elemento teleológico del acto jurídico.

No sería posible resumir aquí las numerosas críticas que se han hecho a la teoría de la declaración. Basta saber que Windscheid no acepta el fundamento que se quiere darle cuando se invoca en su apoyo la pretendida seguridad de las transacciones y que Zitelmann la impugna porque su absurdo rigorismo conduce a injusticias.. Oportunamente ampliaremos estos datos. (Ver más adelante N° 300).

La verdad es que hoy no existen las razones que justificaron el fuerte subjetivismo del sentimiento jurídico romano, porque, si es cierto que, históricamente, no hay ningún derecho que no proceda del esfuerzo individual, de las profundidades de la fuerza física, que no haya sido conquistado con el sudor y la sangre del hombre, como magníficamente lo ha demostrado Ihering, explicándose así el sentimiento jurídico interno y subjetivo que, al marcar su huella sobre lo que la fuerza había creado, adquirido o conquistado, formaba: parte del individuo mismo, no es menos cierto que estando en la actualidad construido y asentado todo el orden jurídico sobre bases inmovibles, ya no tenemos por qué abandonar la realización del derecho a la fuerza privada, sino a la misma fuerza creadora del derecho.

Si ya en Roma el Pretor fué un instrumento infatigable del progreso del derecho, el órgano viviente del derecho que diría Cimbali, ¿por qué en nuestros días, la doctrina, la práctica y la jurisprudencia, trabajando de consuno sobre el silencio de la ley, no habrían de crear nuevas normas para los fenómenos nuevos de la vida social, como efectivamente se ha hecho en el medio siglo posterior al Código Civil francés? Así lo ha demostrado Crome en el estudio sobre La Significación Intensiva y Extensiva del Derecho Privado Francés y Pietro Cogliolo en su notable estudio sobre La Función Jurisprudencial en la Creación de la Norma Jurídica.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Montero Piña, F. (2009). Obligaciones. Quinta Edición. Premiá Editores. San José, Costa Rica. Pp. 1-2.
- 2 Cristóbal Montes, A. (1964). Curso de Derecho Romano (Derecho de Obligaciones). Imprenta Universitaria de Caracas. Caracas, Venezuela. Pp. 17-28.
- 3 Escobar Fornos, I. (2000). Derecho de Obligaciones. Segunda Edición. Editorial HISPAMER. Managua, Nicaragua. Pp. 9-13.
- 4 Rodríguez-Arias Bustamante, L. (1965). Derecho de Obligaciones. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. España. Pp. 14-18.
- 5 De Gaspéri, L. (1945). Tratado de las Obligaciones. Volumen I. Editorial Depalma. Buenos Aires. Argentina. Pp. 3-10