

NOTAS SOBRE LA DICOTOMÍA *CONTRACTUS-DELICTUM* Y EL MITO DEL CONTRATO-CONVENCIÓN EN EL DERECHO ROMANO

Adolfo WEGMANN STOCKEBRAND*

A la memoria de Horacio Heredia Vázquez

SUMARIO: I. *Consideraciones preliminares*. II. *Ius controversum en materia de contratos*. III. *La idea de contractus en las Instituciones de Gayo*. IV. *La dicotomía contractus-delictum en Paulo y Ulpiano*. V. *Conclusiones y perspectivas*. VI. *Bibliografía*.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Para todo operador jurídico formado en el seno de un ordenamiento de tradición europea-continental, como es el caso del mexicano y el chileno, constituye un dato incontestable que la noción de “contrato” se basa en el consentimiento de las partes. En efecto, la comprensión del *contractus* como *conventio* hunde sus raíces en la plurisecular tradición del *ius commune*, tanto en lo que respecta a sus fundamentos históricos¹ como filosóficos² e, inclu-

* Profesor de derecho civil, derecho romano y derecho privado comparado en la Pontificia Universidad Católica de Chile; aawegman@uc.cl. Una versión similar de este artículo está destinada a los estudios en homenaje al profesor José Joaquín Ugarte Godoy.

¹ Véase, por ejemplo, Nanz, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, J. Schweitzer Verlag, 1985; Zimmermann, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 1996, pp. 559 y ss.; Volante, Raffaele, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano, Giuffrè, 2001; últimamente, en castellano, Dajczak, Wojciech, *Derecho romano de obligaciones. Continuación y modificaciones en la tradición jurídica europea*, Santiago de Compostela, Andavira, 2018, pp. 131 y ss.

² Un buen tratamiento de la cuestión se encuentra en Gordley, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, OUP, 1993, pp. 10 y ss.

so, teológicos,³ de ahí la esencial identificación entre contrato y convención contenida en el artículo 1438 del Código Civil de Chile.⁴ No obstante lo anterior, sería un error atribuir esta construcción dogmática al derecho romano clásico, ya que éste nunca llegó a desarrollar una teoría contractual unitaria, sino que más bien se caracterizó por la concurrencia de múltiples perspectivas que impiden tanto una lectura lineal del fenómeno contractual como la exposición de una historia por fases.⁵ De hecho, si quisiéramos encontrar un común denominador en los distintos esquemas elaborados por la jurisprudencia romana en la materia que nos ocupa, aquél radicaría en que no todas las *conventiones* eran calificables como *contractus*, sino sólo las que estaban amparadas por una acción civil (*actio in personam in ius concepta*) y contaban por ello con un *proprium nomen contractus*, esto es, se encontraban tipificadas.⁶ Todo lo cual está muy lejos de la sinonimia contrato-convención que se desprende del artículo 1438 de nuestro Código Civil.

El presente trabajo, escrito como modesta contribución a la muy merecida celebración de los ochenta años del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM —verdadero faro de la ciencia jurídica mexicana y, me atrevo a decir, iberoamericana— a través de la publicación de un volumen colectivo de estudios sobre derecho civil y derecho romano, tiene por objeto exponer sucintamente una noción de contrato desarrollada al interior de la *iusprudentia* romana que no exige el acuerdo de las partes como elemento

³ Para el influjo de la teología moral en la teoría contractual moderna, es de lectura obligada Decock, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (Ca. 1500-1650)*, Leiden, Nijhoff, 2013.

⁴ “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Al respecto, véase, especialmente, Carvajal, Patricio-Ignacio, “Arts. 1437 y 1438 del Código Civil. «Contrato» y «convención» como sinónimos en materia de fuentes de las obligaciones”, *RChD*. 34/2, 2007, pp. 289 y ss.

⁵ Una síntesis de la cuestión, desde la perspectiva del autor, en Wegmann Stockebrand, Adolfo, “En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano”, *RChD*. 44/2, 2017, pp. 323 y ss.

⁶ Así se desprende inequívocamente de D. 2.14.7.1 (Ulp. 4 ad ed.): “*Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*”. Sobre la tipicidad del derecho contractual romano, véase, por ejemplo, Talamanca, Mario, “La tipicità del sistema contrattuale romano”, *RFD*. (USP) 86, 1991, pp. 44 y ss.; *id.*, “La tipicità dei contratti romani fra «conventio» e «stipulatio» fino a Labeone”, en Milazzo, Francesco (ed.), *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 1990, pp. 35 y ss.; Betti, Emilio, “Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts”, en *Festschrift für Leopold Wenger I*, München, C.H. Beck, 1944, pp. 249 y ss.

constitutivo, bastando la licitud de la causa obligacional. En concreto, analizaremos el *contractus sin conventio* de Gayo, Paulo y Ulpiano, a fin de desmitificar el supuesto origen romano de la categoría dogmática del contrato-convención.

Atendida la vocación tanto interdisciplinaria como internacional de la obra en que se inserta el presente artículo, nuestro plan de trabajo, enfocado principalmente en despertar el interés de civilistas latinoamericanos con inquietudes históricas y menos en el romanista profesional (lo que nos ha llevado a acotar tanto la exégesis de fuentes antiguas como la discusión bibliográfica a un mínimo indispensable), exige referirse primeramente a la existencia concurrente de distintas nociones de contrato en el seno de la jurisprudencia romana (II), para luego abordar específicamente la idea de *contractus* que se deduce de las *Instituciones* de Gayo (III), así como su aplicación por otros juristas de la época clásica, en concreto Paulo y Ulpiano (IV), para finalmente ofrecer conclusiones y perspectivas de investigación (V).

II. *IUS CONTROVERSUM* EN MATERIA DE CONTRATOS

Una característica inherente a la experiencia jurídica romana en general⁷ y a la *forma mentis* de los juristas romanos en especial⁸ es su orientación eminentemente práctica, con el consiguiente recelo hacia la teorización: los *iuris prudentes* nunca sintieron una particular inclinación hacia la elaboración de un sistema jurídico basado en definiciones y categorías dogmáticas perfectamente delineadas;⁹ muy por el contrario, las fuentes dan cuenta de que guardaron razonable distancia de la elaboración de reglas (*regulae*), doctrinas y conceptos generales,¹⁰ actitud que acertadamente ha sido calificada como

⁷ Sobre este concepto, de uso habitual en la moderna iusromanística, véase, por todos, Orestano, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, esp. pp. 343 y ss.

⁸ Véase, especialmente, Kaser, Max, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962 [hay traducción española de Miquel, J., *En torno al método de los juristas romanos*, México, Coyoacán, 2013]; Vacca, Letizia, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, CEDAM, 2006, pp. 29 y ss.; *id.*, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2012, pp. 113 y ss.

⁹ Cfr. Cuenca Boy, Francisco, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, Universidad de Cantabria, 1998, pp. 59 y ss.

¹⁰ Célebre, en este sentido, es la formulación de Javoleno Prisco, recogida en D. 50.17.202 (Iav. 11 *epist.*): “*Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit*”.

un “rechazo de la abstracción”.¹¹ Por lo demás, la propia noción latina de *regula* dista sustancialmente del significado que el moderno dogmático tiende casi instintivamente a atribuirle: mientras para nosotros se trata esencialmente de preceptos normativos, para los juristas romanos las reglas no eran más que criterios orientadores de soluciones prácticas en el marco de un proceso argumentativo, cuya eficacia era puesta a prueba en la solución del caso concreto.¹²

En efecto, el punto de partida del quehacer de la mayoría de los juristas romanos era la casuística, la solución de problemas jurídicos concretos, en una dialéctica permanente con sus pares, motivo por el cual el derecho romano suele ser calificado como un *ius controversum*.¹³ La elaboración sistemática, con sus definiciones, distinciones y categorizaciones, según el método diairético de la clasificación de conceptos en género (*genus*) y especie (*species*),¹⁴ fue más propia de la enseñanza elemental del *ius civile* y, por lo mismo, estuvo radicada principalmente en obras de carácter didáctico, donde se distinguían las *Institutiones*, no sólo de Gayo.¹⁵ De ahí que bien puede plantearse la existencia de dos corrientes al interior de la jurisprudencia romana: una principal (deberíamos decir principalísima), centrada

¹¹ Así, expresamente, Schulz, Fritz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, München-Leipzig, Duncker & Humblot, 1934, p. 30. Véase, también, Kaser, Max, “Zur juristischen Terminologie der Römer”, en *Studi in onore di Biondo Biondi I*, Milano, Giuffrè, 1965, pp. 97 y ss.

¹² Cfr. Palma, Antonio, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 82 y ss. Véanse también las contribuciones contenidas en Di Nisio, Valeria (ed.), *Regulae iuris. Ipotesi di lavoro tra storia e teoria del diritto*, Jovene, Napoli, 2016.

¹³ Véase, por todos, Bretone, Mario, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2009.

¹⁴ Sobre la aplicación de esta estructura dialéctica a las exposiciones didácticas del derecho romano son de lectura obligada los amplios estudios de Talamanca, Mario, “Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *La filosofia greca e il diritto romano (colloquio italo-francese) II*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977, pp. 3 y ss., y Nörr, Dieter, *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlin, Schweitzer, 1972.

¹⁵ Cfr. Wieacker, Franz, *Römische Rechtsgeschichte II*, München, C.H. Beck, 2006, p. 51. Para las *Institutiones* de Gayo en particular, a las que nos referiremos *infra*, III, véase Martini, Remo, “«Genus» e «species» nel linguaggio gaiano”, en *Syntheseleia Vincenzo Arangio-Ruiz I*, Napoli, Jovene, 1964, pp. 462 y ss.; en castellano, Guzmán Brito, Alejandro, “Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana”, *REHJ*. 5, 1980, pp. 17 y ss.; *id.*, “El carácter dialéctico del sistema de las *Institutiones* de Gayo”, en Carvajal, Patricio-Ignacio (ed.), *Estudios de derecho romano en homenaje al prof. dr. D. Francisco Samper*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2007, pp. 427 y ss.

en la práctica jurídica,¹⁶ y una (muy) secundaria, orientada a la formación jurídica elemental.¹⁷

A mayor abundamiento, el derecho privado romano se construyó sobre la base del otorgamiento a los particulares por parte del magistrado con *iurisdictio* (paradigmáticamente, el pretor urbano) de instrumentos procesales destinados a hacer valer sus pretensiones en juicio, principalmente *actiones* y *exceptiones*. Lo anterior, en el entendido de que los antiguos romanos no conocieron la moderna distinción entre derecho “material” o sustantivo y derecho “formal” o procedimental,¹⁸ ni, por lo tanto, una separación entre derecho civil y procesal, incluyendo el *ius civile* ambas dimensiones. En efecto, los juristas clásicos debieron considerar el *ius* desde la perspectiva de la acción, la excepción, el interdicto, etcétera, limitándose muchas veces a la interpretación del contenido del edicto pretorio.¹⁹ De ahí que no sea exagerado sostener que la columna vertebral del derecho romano es el proceso o, para ser más precisos, la acción,²⁰ y que cualquier regla o principio que queramos encontrar en las fuentes jurídicas romanas tiene su origen en la actividad jurisdiccional.²¹

¹⁶ Cfr. Kaser, Max y Knütel, Rolf, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 20a. ed., München, C.H. Beck, 2014, p. 4. Los más brillantes exponentes de la jurisprudencia clásica se desempeñaron sobre todo en la *praxis* jurídica, ya sea absolviendo consultas de particulares (*respondere*), asesorando a las partes en litigio y/o al magistrado con *iurisdictio*, por ejemplo respecto de la acción a ejercer en cada caso y en la redacción de la correspondiente fórmula procesal (*agere*), asesorando a privados en la redacción de contratos o testamentos (*cavere*), asistiendo al *iudex* (por definición, un lego) para dictar sentencia, ejerciendo magistraturas en la época republicana, siendo altos funcionarios de la cancillería imperial durante el principado, etcétera.

¹⁷ Cfr. Kaser, Max, *Das Römische Privatrecht I*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 1971, p. 522. Sobre el modelo de enseñanza del derecho en la antigua Roma, véase, especialmente, Stolff, Emanuele, “Die Juristenausbildung in der römischen Republik und im Prinzipat”, en Baldus, Christian et al. (eds.), *Juristenausbildung in Europa zwischen Tradition und Reform*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 9 y ss.

¹⁸ Cfr. Lombardi, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 1. Para el desarrollo histórico de esta distinción sistemática, véase, por todos, Kollmann, Andreas, *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*, Berlin, Duncker & Humblot, 1996, pp. 27 y ss.

¹⁹ Schulz, *Prinzipien*, cit., pp. 28 y s.

²⁰ Cfr. Baldus, Christian, “Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik”, en Harke, Jan Dirk (ed.), *Facetten des römischen Erbrechts*, Berlin-Heidelberg, Springer, 2012, p. 34.

²¹ Es lo que se deduce de la célebre formulación del jurista Julio Paulo, contenida en D. 50.17.1 (Paul. 16 ad Plaut.): “*Non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*”. Al respecto, véase, por ejemplo, Vacca, *La giurisprudenza*, cit., pp. 139 y ss.; Corbino, Alessandro, “Caso, diritto e regula. Limiti della funzione normativa del caso deciso nella visione romana”, *RIDA*.

Esta perspectiva predominantemente accional del derecho romano (un *aktionenrechtliches Denken*, como se suele decir en la romanística)²² se aprecia con especial nitidez en el ámbito de las obligaciones y sus correspondientes causas, ya que las dos definiciones conservadas en el *Corpus Iuris Civilis* atestiguan la estrecha vinculación entre *obligatio* y *actio*.²³ Por una parte, la noción de “obligación” contenida en las *Instituciones* de Justiniano (533 d.C.) alude a la coacción ejercida por el ordenamiento jurídico sobre la persona del deudor (...*quo necessitate adstringimur ...secundum nostrae civitatis iura*),²⁴ la que se traduce en el otorgamiento de una *actio in personam* al acreedor para exigir al deudor el pago del equivalente pecuniario (*aestimatio*) de la prestación incumplida, toda vez que esta última es en sí misma inexigible en el marco del procedimiento formulario romano,²⁵ regido por el principio de que sólo puede condenarse a una suma de dinero (*condemnatio pecuniaria*), jamás al cumplimiento en naturaleza.²⁶ Por otra parte, la descripción de la relación obligatoria ofrecida por Paulo (siglo III d.C.) se refiere implícitamente a la

61, 2014, pp. 47 y ss.; Palma, *Il luogo delle regole, cit.*, pp. 82 y ss. En general, sobre el papel del pretor en la producción del derecho romano, Gallo, Filippo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, Giappichelli, 1997.

²² Para este concepto, véase, especialmente, Kaufmann, Horst, “Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens”, *JZ*, 19, 1964, pp. 482 y ss.

²³ Para una aplicación concreta de lo dicho, nos permitimos la remisión a Wegmann Stockebrand, Adolfo, “En torno a la perspectiva accional de la «experiencia jurídica romana», a propósito de D. 2.14.17 pr. (Paul. 3 ad ed.)”, *IP* 4/2, 2019, pp. 35 y ss.

²⁴ I. 3.13 pr.: “*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*”. Un estudio detallado de la fuente, en Falcone, Giuseppe, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, Giappichelli, 2003; *id.*, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale*, Torino, Giappichelli, 2017. Desde la perspectiva del autor, Wegmann Stockebrand, Adolfo, *Zur Stellung der Obligation im Vermögensrecht*, en Babusiaux, Ulrike et al. (eds.), *Handbuch des Römischen Privatrechts II*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, en curso de publicación.

²⁵ En el derecho romano, la prestación debida (*obligatio principalis* en el lenguaje de Gayo) se extingue en el momento procesal la *litis contestatio*, atendido su carácter preclusivo. Gai. 3.180: “*Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo iudicio fuerit actum. nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur...*”. En este orden de cosas se explica la definición de “deudor” contenida en el *Digesto*, atribuida al jurista Modestino (siglo III d.C.), quien no se refiere a un deber de prestación, sino que a la posibilidad de ser demandado para el pago de una cantidad de dinero por concepto de *aestimatio*, en el evento de una sentencia condenatoria. D. 50.16.108 (Mod. 4 *pand.*): “*Debitor intellegitur is, a quo invito exigi pecunia potest*”. Cfr. Giuffrè, Vincenzo, *Studi sul debito. Tra esperienza romana e ordinamenti moderni*, 2a. ed., Napoli, Jovene, 1999, p. 192.

²⁶ Gai., 4.48: “*Omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est...*”. Al respecto, véase, por todos, Kaser, Max y Hackl, Karl, *Das Römische Zivilprozessrecht*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 1996, pp. 372 y ss.

dicotomía entre acciones reales y acciones personales, vinculando a estas últimas la *substantia obligationis*.²⁷

La idea romana de contrato es un claro ejemplo de lo antedicho: si bien el vocablo *contractus* es ampliamente utilizado en las fuentes de la época clásica,²⁸ la *iurisprudencia* jamás nos ofrece una definición del mismo, lo que por cierto dificulta la interpretación del material conservado, ya que será tarea del estudioso determinar, caso a caso, qué pretendía decir este o aquel jurista al emplear el término en tal o cual contexto. Como ya se adelantó, los *iuris prudentes* ejercieron su función creadora del *ius civile* partiendo de la base de figuras generadoras de obligaciones concretas con las cuales se operaba en la práctica forense (como es el caso del *contractus* o, mejor dicho, de la *obligatio contracta*), sin que llegaran a elaborar categorías generales y abstractas.²⁹ En estas circunstancias, es difícil encontrar un campo más mñibu para el *ius controversum* que el problema de la noción de *contractus* y su relación con el *consensus*.

Pues bien, dejando de lado cuestiones de detalle que llamarían la atención del romanista profesional, pero no así del civilista con intereses históricos, a quien el presente artículo está principalmente dirigido, las doctrinas contractuales desarrolladas en el seno de la jurisprudencia romana pueden agruparse a grandes rasgos en tres categorías.

En un extremo encontramos la noción más restringida de todas, que ve en el *contrahere* —y, por lo tanto, en el sustantivo *contractus*— únicamente la generación de obligaciones recíprocas para ambas partes, con lo cual el contrato vendría a identificarse con aquello que hoy en día denominamos “contrato bilateral”. Así se desprende de un famoso fragmento de Ulpiano (siglo III d.C.), donde se cita a Labeón (a caballo entre el siglo I a.C. y el I d.C.), quien afirma que el *contrahere* supone un *ultra citroque obligatio*, figura

²⁷ D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 inst.): “*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”. La distinción entre *actiones in rem* y *actiones in personam* ya se encontraba en el manual gayano: Gai. 4.1-3. Véase, también, Gai. 2.204; 2.213, a propósito de la diferencia entre *legata per vindicationem* (de efectos reales) y *per damnationem* (de efectos obligacionales).

²⁸ Un extenso análisis del empleo de *contractus* en las fuentes romanas, tanto jurídicas como literarias, en Wunner, Sven Erik, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau, 1964, pp. 29 y ss.; en castellano, Guzmán Brito, Alejandro, *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2005, pp. 36 y ss. Véanse también las contribuciones de la romanística italiana a este problema, contenidas en Burdese, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, CEDAM, 2006, obra en la cual las distintas concepciones de contrato en la jurisprudencia clásica son tratadas con mayor detalle.

²⁹ Cfr. Kaser, *Das Römische Privatrecht I*, cit., p. 2.

que equivaldría (en su opinión) a lo que los griegos llamaban *synállagma*; de ahí la moderna denominación de los contratos bilaterales como sinallagmáticos.³⁰ A pesar de que el texto de Labeón/Ulpiano nada dice sobre la *conventio*, la opinión mayoritaria asume —demasiado a la ligera— que el elemento convencional estaría implícito; sin embargo, lo único cierto es que la fuente presenta la bilateralidad obligacional como elemento esencial del *contrahere*, no así la convencionalidad.³¹

En una postura claramente minoritaria en la moderna ciencia romanística, D’Ors ha visto aquí la auténtica noción clásica de contrato.³² Nosotros, en cambio, creemos más probable que Labeón se haya querido referir al correcto uso del verbo *contrahere* desde una perspectiva estrictamente lingüística, más que a su significación dogmática para el derecho romano, en una suerte de reacción contra cierta promiscuidad terminológica en el edicto pretorio y en el lenguaje jurisprudencial corriente, y que habría desempeñado un papel más bien marginal en el ámbito de las doctrinas romanas sobre el contrato.³³

En el medio del espectro se ubica una idea de *contractus* que Ulpiano atribuye al jurista Sexto Pedio (siglo II d.C.), según el cual no hay contrato que no contenga en sí mismo una convención, de modo que incluso una

³⁰ D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): “*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam «agantur», quaedam «gerantur», quaedam «contrahantur»: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam*”. En detalle sobre esta fuente, por ejemplo, Santoro, Raimondo, “Il contratto nel pensiero di Labeone”, *AUPA*. 37, 1983, pp. 5 y ss.; Gallo, Filippo, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne I*, Torino, Giappichelli, 1992, pp. 71 y ss.; más recientemente, Cannata, Carlo Augusto, “Labeone, Aristone e il sinallagma”, *Iura* 58, 2010, pp. 33 y ss.; Fiori, Roberto, “«Contrahere» in Labeone”, en Chevreau., E. *et al.* (eds.), *Carmina iuris. Mélanges en l’honneur de Michel Humbert*, París, De Boccard, 2012, pp. 311 y ss.

³¹ Cfr. Gallo, Filippo, “Eredità di Labeone in materia contrattuale”, en Burdese, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto, cit.*, p. 148 y ss.

³² D’Ors, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El «contractus» según Labeón (a propósito de una crítica de Albanese)”, *REHJ*. 1, 1976, pp. 17 y ss. Una visión de conjunto de la teoría d’orsiana en *id.*, *Derecho privado romano*, 10a. ed., Pamplona, EUNSA, 2004, pp. 545 y ss. En términos similares, Guzmán Brito, Alejandro, *Derecho privado romano I*, 2a. ed., Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, pp. 800 y ss.; Samper, Francisco, *Derecho romano*, 2a. ed., Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2007, pp. 335 y ss.

³³ Cfr. Albanese, Bernardo, “«Agerere», «gerere» e «contrahere» in D. 50, 16, 19. Congetture su una definizione di Labeone”, *SDHI*. 38, 1972, pp. 189 y ss. Más detalles sobre la fuente, desde la perspectiva del autor, en Wegmann Stockebrand, Adolfo, *Obligatio re contracta. Ein Beitrag zur sogenannten Kategorie der Realverträge im römischen Recht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, pp. 46 y ss.

stipulatio, cuya causa obligacional está en las palabras (pregunta del *stipulator* seguida de una respuesta congruente del *mnibus*), es nula si no se basa en un acuerdo de voluntades.³⁴ Así las cosas, la idea de contrato pediana se muestra notablemente más amplia que la de Labeón, toda vez que incluye supuestos de obligaciones unilaterales, como el mutuo y la estipulación (que en la concepción labeoniana forman parte del *re y verbis agere*, respectivamente, no del *contrahere*), esta última expresamente aludida por el jurista, como acabamos de ver. Ahora bien, lo dicho no debe conducir a confusión: Pedio es muy preciso al afirmar que no hay contrato que no tenga en sí mismo una convención, lo que en ningún caso admite ser interpretado en el sentido de una equiparación entre los conceptos de *contractus* y *conventio*. Pedio, como cualquier jurista clásico, era muy consciente de que los acuerdos de voluntad (*pacta conventa* o *conventiones*) que carecen de un *proprium nomen contractus*, es decir, que no se encuentran tipificados,³⁵ no engendran una *actio*, sino sólo una *exceptio (pacti conventi)*,³⁶ ante lo cual una sinonimia pura y simple entre *contractus* y *conventio* se torna absolutamente imposible en el esquema contractual romano, construido sobre la base de la tipicidad.³⁷ Con todo, la concepción convencional pediana del contrato mostrará en los decenios venideros una particular vocación expansiva, llegando a penetrar incluso en la tradición gayana, si no en las *Instituciones*, sí probablemente en las *res cottidianae* y, a través de ellas, en las *Instituciones* de Justiniano.³⁸

Finalmente, en el otro extremo se ubica la idea de contrato que se desprende de un texto de las *Instituciones* de Gayo, en el cual el maestro de la época antonina, a propósito de la clasificación del género *obligatio* en dos especies según su causa, explica que toda obligación nace de un contrato (*ex contractu*) o de un delito (*ex delicto*); así, aquél se contrapone únicamente a este

³⁴ D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad ed.): “...ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est”. Cfr. Garofalo, Luigi, “Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio”, en Burdese, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto*, cit., pp. 339 y ss.; Paricio, Javier, *Contrato. La formación de un concepto*, Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2008, pp. 77 y ss.

³⁵ Cfr. D. 2.14.7.1 (Ulp. 4 ad ed.), cuyo texto está citado supra, n. 6.

³⁶ D. 2.14.7.4 (Ulp. 4 ad ed.): “Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem”. En términos similares, PS 2.14.1.

³⁷ Una breve visión de conjunto sobre la posición de las convenciones atípicas en el esquema obligacional romano, en Talamanca, Mario, “Contratto e patto nel diritto romano”, en Burdese, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto*, cit., pp. 63 y ss.

³⁸ Así, según la interpretación habitual de D. 44.7.1 pr. (Gai. 2 aur.): “Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris”; e I. 3.13.2: “Sequens divisio in quattuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio...”. Cfr. Paricio, *Contrato*, cit., pp. 91 y ss.

último como fuente de obligación,³⁹ de modo que bien pueden considerarse como contratos fuentes no convencionales, en la medida en que no constituyen hechos ilícitos, abriéndose la posibilidad de un *contractus* *sin conventio*. Nos detendremos en esta doctrina en el apartado siguiente.

III. LA IDEA DE *CONTRACTUS* EN LAS *INSTITUTIONES* DE GAYO

La así llamada “tradicción gayano-justiniana”, compuesta por las *Institutiones* de Gayo, el breve manual denominado *res cottidianae* (muy probablemente obra del mismo Gayo) y las *Institutiones* de Justiniano (de evidente impronta gayana), constituye la piedra angular de una sistemática del derecho de las obligaciones que, con independencia de diferencias temporales y locales, se ha mantenido vigente hasta la actualidad en la gran mayoría de los códigos civiles.⁴⁰ Pues bien, la exposición de esta materia contenida en las *Gai Institutiones* comienza no con una definición del concepto *obligatio*, el cual se da por supuesto,⁴¹ sino por su clasificación dialéctica en dos especies, lo que el autor del célebre manual denomina su *summa divisio*:

Gai., 3.88: “*Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*” [Pasemos ahora a las obligaciones, cuya suprema división establece dos especies: toda obligación nace de un contrato o de un delito].

El texto transcrito constituye la primera clasificación de las fuentes de las obligaciones propiamente tal de la historia.⁴² En ella, Gayo se refiere a

³⁹ Gai. 3.88: “...*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*”. Fuente completa citada *infra*, III.

⁴⁰ Véase, por ejemplo, Kaser, Max, “Divisio obligationum”, en Stein, P. y Lewis, A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London, Sweet & Maxwell, 1983, pp. 73 y ss.; Paricio, Javier, “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”, en *id.* (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, pp. 49 y ss.; Mozos Touya, José Javier de los, “La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las *Institutiones* de Gayo y de Justiniano y su valor sistemático en el moderno derecho civil”, *SCDR*. 6, 1994, pp. 103 y ss.; Zimmermann, *The Law of Obligations, cit.*, pp. 10 y ss.; Cannata, Carlo Augusto, *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino, Giappichelli, 2008, pp. 9 y ss.

⁴¹ Gayo no define ninguna de las *res incorporales*, entre las que se cuentan las *obligationes* (Gai. 2.14). Sobre la ausencia de una definición de *obligatio* en las *Institutiones* de Gayo, presente en cambio en las *Institutiones* de Justiniano (I. 3.13 pr.), Giuffrè, Vincenzo, “La definizione di «obligatio» nelle «Gai Institutiones». Un'isola che non c'è?”, *Iura* 64, 2016, pp. 101 y ss.

⁴² *Cfr.* Cannata, Carlo Augusto, “Sulla «divisio obligationum» nel diritto romano repubblicano e classico”, *Iura* 21, 1970, pp. 52 y ss.; Talamana, Mario, “Obbligazioni (diritto romano)”, *ED*. 29, 1979, p. 41.

la división más amplia posible, que en cuanto tal incluye todas las obligaciones: no hay más especies de *obligatio* (y de *causae obligationis*) fuera de los elementos de la *divisio* mencionados en el fragmento;⁴³ de lo contrario, ésta no sería *summa*, sino que, en el mejor de los casos, *maior*. Por lo demás, el jurista confirma este significado de la expresión *summa divisio* en otros pasajes de su obra, a propósito de la clasificación de las personas en libres y esclavas (*summa divisio personarum*),⁴⁴ y la de las cosas entre aquellas de derecho divino y de derecho humano (*summa divisio rerum*),⁴⁵ no habiendo una tercera posibilidad en ninguna de estas clasificaciones. En consecuencia, hay que evitar caer en la tentación de ver aquí una estructura dialéctica incompleta, que es lo que a primera vista parece al observador contemporáneo, habituado a una sistemática más elaborada y compleja.⁴⁶ El carácter defectuoso que, desde la perspectiva del dogmático moderno, se advierte en Gai. 3.88 no implica necesariamente que Gayo no haya atribuido a su *summa divisio obligationum* un carácter omnicompreensivo.⁴⁷ Por el contrario, el jurista ofrece una nítida confirmación de la validez de su opción sistemática a propósito de la definición de acción personal (*actio in personam*), la que construye, precisamente, sobre la base de la dicotomía *contractus-delictum* como causas obligacionales:

Gai. 4.2: “*In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere*” [Acción personal es aquella mediante la cual litigamos con alguien que está obliga-

⁴³ En este sentido, véase, por ejemplo, Schulz, Fritz, *Classical Roman Law*, Oxford, OUP, 1951, pp. 466 y ss.; Grosso, Giuseppe, *Il sistema romano dei contratti*, 3a. ed., Torino, Giappichelli, 1963, pp. 3 y ss.; Wunner, *Contractus, cit.*, pp. 42 y ss.; Cannata, *Materiali II, cit.*, pp. 82 y ss. Para la bibliografía en castellano, véase, especialmente, Paricio, *Las fuentes de las obligaciones, cit.*, pp. 49 y ss.; *id.*, “Sull’idea di contratto in Gaio”, en Vacca, Letizia (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 151 y ss.; *id.*, *Contrato, cit.*, pp. 28 y ss.

⁴⁴ Gai. 1.9: “*Et quidem summa divisio personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi*”. Cabe destacar el uso de la expresión *quidem* (que podemos traducir como “ciertamente”, “sin duda”), con la cual Gayo busca afirmar la validez de su *divisio*. Cfr. Vincenti, Umberto, *Categorie del diritto romano*, Napoli, Jovene, 2007, pp. 19 y ss.; Paricio, *Contrato, cit.*, p. 29.

⁴⁵ Gai. 2.2: “*Summa itaque rerum divisio in duos articulos diducitur: nam aliae sunt divini iuris, aliae humani*”. Cfr. Vincenti, *Categorie, cit.*, pp. 48 y ss.

⁴⁶ Así, por ejemplo, Talamanca, *Contratto e patto, cit.*, p. 52, quien habla de una aparente exhaustividad de la bipartición gayana. La misma idea subyace a Harke, Jan Dirk, *Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen*, München, C.H. Beck, 2008, p. 40, quien atribuye al manual gayano un supuesto error evidente.

⁴⁷ Por lo demás, Gayo manifiesta su pretensión de exhaustividad en D. 1.2.1 (Gai. 1 *ad leg. XII Tab.*): “*In omnibus rebus animadverto id perfectum esse, quod ex omnibus suis partibus constaret*”. Cfr. Biscardi, Arnaldo, “Postille gaiane”, en Gaio nel suo tempo. *Atti del simposio romanistico*, Napoli, Jovene, 1966, p. 21; Paricio, *Sull’idea di contratto, cit.*, p. 153.

do respecto de nosotros en virtud de contrato o de delito; es decir, cuando pretendemos que debe dar, hacer o prestar].⁴⁸

El texto recién citado expresa en lo fundamental la misma idea que Gai. 3.88, sólo que ahora es a propósito de la clasificación de las acciones en reales y personales, y la definición de estas últimas. *Obligatio* y *actio in personam* no son sino dos formas de decir lo mismo, ya que representan sustancialmente un único fenómeno, considerado desde distintos puntos de vista (uno sustantivo, el otro procesal); en otras palabras: dos caras de la misma moneda. Por eso, las fuentes de la *actio in personam* son igualmente dos: el *contractus* y el *delictum*.

Tan estrecha era la relación entre obligación y acción personal en el derecho romano clásico, que los *iuris prudentes* no dudaron en negar la calidad de obligación en sentido estricto a la así llamada *obligatio naturalis*, precisamente porque no otorga acción para exigir su cumplimiento, sino sólo una excepción para retener lo dado o pagado en razón de ella. Como escribió Salvio Juliano (siglo II d.C.), sólo impropriadamente (*per abusionem*) podemos afirmar que quien debe algo naturalmente es realmente “deudor”.⁴⁹ Otro tanto ocurrió (al menos hasta cierto momento histórico que no es posible precisar con exactitud) respecto de las así llamadas obligaciones honorarias, que no estaban amparadas por una acción civil (*actio civilis* o *in ius concepta*), sino sólo por una acción pretoria (*actio in factum concepta*).⁵⁰ De lo anterior se colige que el término *obligatio* es empleado de manera impropia (abusiva, según Juliano) a los vínculos jurídicos no amparados por una *actio in personam (civilis)* o, lo que es lo mismo, que toda obligación en sentido estricto supone esta clase de acción, la que según Gai. 4.2 emana de un contrato o de un delito.

⁴⁸ Cfr. D. 44.7.25.1 (Ulp. l.s. reg.): “...in personam actio est, qua cum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum: et semper adversus eundem locum habet”. Sobre la vinculación del pseudo-ulpiano *liber singularis Regularum* (también conocido como *Tituli ex corpore Ulpiani*) con las *Instituciones* de Gayo, obra con la cual muy probablemente compartía una tradición escolar común, véase Avenarius, Martin, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen, Wallstein, 2005, pp. 36 y ss.

⁴⁹ D. 46.1.16.4 (Iul. 53 dig.): “Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competat, verum etiam cum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse”. La misma idea se encuentra contenida en D. 15.1.41 (Ulp. 43 ad Sab.), a propósito de las obligaciones contraídas por un esclavo: “Nec servus quicquam debere potest nec servo potest deberi, sed cum eo verbo abutimur...”.

⁵⁰ Sobre esta cuestión, véase, especialmente, Cardilli, Riccardo, “Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie”, *AUPA*. 61, 2018, pp. 11 y ss.; *id.*, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016, pp. 273 y ss.

Luego, ya sea que se considere la cuestión desde una perspectiva sustantiva o procesal, para Gayo las obligaciones admiten ser clasificadas en dos grupos, según su causa: las nacidas de contrato, por una parte, y las nacidas de delito, por la otra;⁵¹ por lo demás, lo anterior se desprende con claridad del uso de la expresión *omnis obligatio* en Gai. 3.88, la que más allá de toda duda significa “toda obligación”. Así las cosas, en lenguaje gayano podemos decir: no hay obligación ni, por tanto, acción personal (ya que son dos formas de expresar el mismo fenómeno), que no proceda de un contrato o de un delito.

En consecuencia, en las fuentes citadas, Gayo presenta una noción amplísima de contrato, construida exclusivamente sobre la base de su contraposición al delito, en el sentido de que toda causa de obligación que no sea constitutiva de un hecho ilícito (*delictum*) será susceptible de ser calificada sin más como *contractus*. De esta manera, la *obligatio ex contractu* se enfrenta, solitaria, a la *obligatio ex delicto*, excluyéndose todo posible *tertium quid*, con lo cual el contrato admite ser definido en términos negativos como una causa de obligación no delictual, como acto negocial vinculativo⁵² o, en términos más sencillos, como todo acto lícito que engendra obligaciones.⁵³ Otros pasajes del manual gayano confirman este aserto, al atribuir —expresa o implícitamente— la calidad de *contractus* a relaciones obligatorias que no están basadas en una *conventio*,⁵⁴ así como al negar a otras tal calidad por razones que nada tienen que ver con la falta de acuerdo entre las partes.⁵⁵

⁵¹ Sobre la referencia del sintagma latino *contrahere obligationem* a la causa de la obligación y no, como erróneamente se suele entender, al “perfeccionamiento del contrato”, nos permitimos la remisión a Wegmann Stockebrand, Adolfo, “*Contrahere obligationem* en el derecho romano clásico”, *RD*. (Valdivia) 32/1, 2019, pp. 9 y ss., y a las fuentes y literatura secundaria allí citadas.

⁵² Lübtow, Ulrich von, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1952, p. 99.

⁵³ Más detalles, con exégesis de las fuentes principales desde la perspectiva del autor, en Wegmann Stockebrand, Adolfo, “Sobre la noción de contrato en las *Institutiones* de Gayo”, *RD*P (Externado) 34, 2018, pp. 19 y ss.; *id.*, *Obligatio re contracta*, *cit.*, pp. 76 y ss. *Cfr.*, también, Schulz, *Classical Roman Law*, *cit.*, p. 466; Sargenti, Manlio, “Svolgimento dell’idea di contratto nel pensiero giuridico romano”, *Iura* 39, 1988, pp. 24 y ss., 56; Martini, Remo, “Il mito del consenso nella dottrina del contratto”, *Iura* 42, 1991, pp. 97 y ss.; Paricio, *Sull’idea di contratto*, *cit.*, pp. 151 y ss.; *id.*, *Contrato*, *cit.*, p. 34.

⁵⁴ Así, por ejemplo, en Gai. 4.182 a propósito de la tutela, o en Gai. 3.95a respecto de la constitución de la dote por medio de *dotis dictio* (acto solemne unilateral que, por lo tanto, no requiere acuerdo de voluntades).

⁵⁵ Como ocurre con el pago de lo no debido (*solutio indebiti*), en Gai. 3.91: “...*Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere...*”. De una supuesta falta de *conventio* como motivo por el cual Gayo

La doctrina contractual recién esbozada, tan ajena a la mentalidad jurídica moderna, moldeada por la idea del contrato-convención, en caso alguno constituye una invención gayana o simplificación excesiva de las cosas con fines puramente didácticos. Tal opinión, demasiado extendida en la romanística⁵⁶ y muy lejos de estar probada en las fuentes, parte de la falsa premisa de que el derecho romano clásico habría conocido una suerte de teoría general del contrato fundada en el *consensus*, la cual no habría encontrado espacio en el manual gayano.⁵⁷ Por el contrario, Gai. 3.88 da cuenta de una de las nociones de *contractus* surgidas al interior de la jurisprudencia romana, cuya fuerza vital permitió que se manifestara todavía en los últimos decenios de la época clásica, en fragmentos de juristas tan reputados como Paulo y Ulpiano, cuyo contenido dista mucho de obedecer a intereses meramente pedagógicos, según se expone a continuación.

IV. LA DICOTOMÍA *CONTRACTUS-DELICTUM* EN PAULO Y ULPIANO

Como hemos adelantado, la dicotomía *contractus-delictum* contenida en Gai. 3.88, y confirmada en Gai. 4.2, no es una rareza de Gayo en el contexto más amplio de la jurisprudencia romana.⁵⁸ Si nos atenemos estrictamente al testimonio de las fuentes, éstas dan cuenta del hecho de que los clásicos nunca llegaron a formarse una idea unitaria de *contractus*,⁵⁹ por lo que la doctrina del contrato sin convención compitió, por así decirlo, con otras, no sin éxito.

excluyó el pago de lo no debido del catálogo de obligaciones contractuales, no hay testimonio en las fuentes; los reparos del jurista no se deben a una falta de acuerdo entre partes, sino a la ausencia de intención vinculativa del *solvens*, que no es lo mismo. Gayo pone en entredicho la naturaleza contractual de la *solutio indebiti* porque el *solvens* no busca crear una obligación nueva, sino más bien lo contrario, extinguir una que (equivocadamente) cree existente; luego, a los ojos del *solvens*, se trata de un supuesto de *distrahere* (extinción de una relación obligatoria que supuestamente existía), no de un *contrahere*. Para más detalles sobre nuestra interpretación de Gai. 3.91, nos permitimos la remisión a Wegmann Stockebrand, Adolfo, “En torno al carácter (cuasi)contractual de la *solutio indebiti* en las *Instituciones* de Gayo”, *REHJ*. 39, 2017, pp. 85 y ss.

⁵⁶ Véase, por todos, Schulz, *Classical Roman Law*, cit., p. 467.

⁵⁷ En tal sentido, ya Riccobono, Salvatore, “La formazione della teoria generale del *contractus* nel periodo della giurisprudenza classica”, en *Studi in onore die Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento I*, Milano, Giuffrè, 1930, pp. 123 y ss.

⁵⁸ Sobre la relación entre Gayo y la jurisprudencia clásica, véase, especialmente, Kaser, Max, “Gaius und die Klassiker”, *ZSS*. 70, 1953, pp. 127 y ss.; Brutti, Massimo, “Gaius e il *ius controversum*”, *AUPA*. 55, 2012, pp. 75 y ss.

⁵⁹ A juicio de Sargenti, *Svolgimento dell’idea di contratto*, cit., p. 73, ello ni siquiera habría ocurrido en tiempos de Justiniano.

En efecto, encontramos aplicaciones de la *summa divisio obligationum* de las *Instituciones* gayanas todavía a comienzos del siglo III d.C., en obras de carácter práctico, no didáctico, escritas por juristas tan connotados como Julio Paulo y Domicio Ulpiano. Sin que pretendamos llevar a cabo una exégesis exhaustiva de las fuentes correspondientes, ya que ello excedería los límites tanto extrínsecos como intrínsecos del presente trabajo, centraremos nuestra atención en dos fragmentos jurisprudenciales que atestiguan un uso de la dicotomía *contractus-delictum* en el marco de cuestiones de orden práctico vinculadas a la legitimación pasiva de una acción y, con ello, a la circunstancia de ser o no deudor (obligado).⁶⁰

En primer lugar, el jurista Paulo, en un fragmento extraído del vigésimo libro de su comentario al edicto del pretor urbano, relativo al ejercicio de la acción de petición de herencia (*hereditatis petitio*),⁶¹ y cuyo contexto originario muy probablemente fue la cuestión de la posibilidad de entablar la acción contra un deudor de la masa hereditaria (*debitor hereditarius*) que dolosamente había abandonado los bienes de la herencia antes de la *mnib contestatio* (*dolo desinere possidere*) en el marco de las disposiciones del senadoconsulto Juvenciano,⁶² afirma lo siguiente:

5.3.14 (Paul. 20 *ad ed.*): “*Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert...*” [Pero nada importa si alguien es deudor en virtud de delito o de contrato...].

Por la forma en que ha llegado hasta nosotros, la fuente citada permite sostener con cierta verosimilitud que Paulo hizo aquí alusión a toda posible causa de obligación, con el objeto de afirmar el principio según el cual se puede ejercer la *hereditatis petitio* contra un *debitor hereditarius* con independencia del motivo por el cual éste contrajo la obligación. Habida consideración de que no sólo los poseedores de bienes de la herencia, sino que también los deudores de ésta, pueden ser legitimados pasivos de esta acción, el jurista pudo ver aquí la ocasión para referirse tangencialmente, de pasada, a la cuestión más general de las *causae obligationis*, la que en sí misma no correspondía tratar en este libro de su comentario *ad edictum*. Por ello afirma que, sin importar el origen de la *obligatio*, el deudor hereditario está sometido a

⁶⁰ Para una exégesis más detallada de los correspondientes fragmentos jurisprudenciales, nos remitimos a Wegmann Stockebrand, *Obligatio re contracta*, cit., pp. 86 y ss.

⁶¹ La legitimación pasiva de la acción de petición de herencia es explicada en términos generales por Ulpiano, en D. 5.3.9 (Ulp. 15 *ad ed.*): “*Regulariter definiendum est eum demum teneri petitione hereditatis, qui vel ius pro herede vel pro possessore possidet vel rem hereditariam*”. Cfr. D. 5.4.10 (Pap. 6 *quaest.*); Gai. 4.144.

⁶² Cfr. González Roldán, Yuri, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consulibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, Cacucci, 2008, pp. 216 y ss.

las disposiciones del senadoconsulto Juvenciano y, por ese motivo, es legitimado pasivo de la *hereditatis petitio*, cuando ha dejado los bienes hereditarios dolosamente *ante litem contestatam*. Las causas de obligación mencionadas por Paulo son únicamente el *contractus* y el *delictum*, de forma análoga a Gai. 3.88 y Gai. 4.2.

A mayor abundamiento, Paulo califica como contractuales, relaciones obligatorias que ciertamente no están estructuradas sobre la base de una convención, como ocurre con la tutela (*tutela*)⁶³ y la gestión de negocios ajenos (*negotiorum gestio*),⁶⁴ en ambos casos en su obra *ad Plautium*, situación que permite conjeturar que el desconocido (pero ampliamente comentado) jurista Plaucio también se debió adherir a esta doctrina contractual.⁶⁵ La habitual exactitud terminológica con que se conduce Paulo conspira contra la hipótesis de un uso desprolijo del concepto *contractus* en estos fragmentos.

En segundo lugar, Ulpiano, el jurista de la época severiana, igualmente con respecto a la legitimación pasiva de una acción, explica que es posible ejercer una *actio* (*in personam*, se entiende) contra el hijo de familia, ya sea que ésta se deba a un contrato o a un delito:

5.1.57 (Ulp. 41 *ad Sab.*): “*Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio...*” [Compete acción contra el hijo de familia tanto por contratos como por delitos...].

El contexto general de esta fuente, extraída por los compiladores justinianos del cuadragésimo primer libro del comentario de Ulpiano al derecho civil de Masurio Sabino (jurista del siglo I d.C., contemporáneo de Tiberio), es la posibilidad de entablar la *condictio ex causa furtiva* (acción personal civil destinada a la restitución del valor de cosas hurtadas) contra el *pater familias* por el hurto (*furtum*) cometido por un hijo sometido a su patria potestad.⁶⁶ En la antigua Roma, los hijos de familia (*fili familias*) carecían en principio de patrimonio; con la excepción de su peculio castrense si desem-

⁶³ D. 44.7.49 (Paul. 18 *ad Plaut.*): “*Ex contractibus venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit aut is apud quem depositum est...*”.

⁶⁴ D. 3.5.15 (Paul. 7 *ad Plaut.*): “*Sed et cum aliquis negotia mea gerat, non multa negotia sunt, sed unus contractus, nisi si ab initio ad unum negotium accessit, ut finito eo discederet: hoc enim casu si nova voluntate aliquid quoque adgredi coeperit, alius contractus est*”.

⁶⁵ Cfr. Cenderelli, Aldo, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano I. Struttura, origini, azioni*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 71 y ss.; Finazzi, Giovanni, *Ricerche in tema di negotiorum gestio II.1. Requisiti delle actiones negotiorum gestororum*, Napoli, Jovene, 2003, pp. 71 y ss.

⁶⁶ A este mismo supuesto se refiere Ulpiano en D. 13.1.4 (Ulp. 41 *ad ed.*): “*Si servus vel filius familias furtum commiserit, condicendum est domino id quod ad eum pervenit: in residuum noxae servum dominus dedere potest*”. Cfr. Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988, pp. 89 y ss.

peñaban funciones en la milicia,⁶⁷ todo lo que el hijo adquiría lo hacía para su *pater*, en modo análogo a lo que ocurría con los esclavos. No obstante lo anterior, la jurisprudencia clásica se formó el convencimiento de que mientras los esclavos (*servi*) y las hijas de familia (*filiae familias*) contraían obligaciones naturales, de manera que no eran legitimados pasivos de ninguna acción (y, por lo tanto, no se obligaban en sentido estricto, como ya se vio), las obligaciones contraídas por medio de un acto lícito por el hijo varón sometido a *patria potestas* son civiles, es decir, constituyen obligaciones propiamente tales, de modo que es legitimado pasivo de la acción que corresponda según el caso. Lo anterior sin perjuicio de que no se le podía ejecutar patrimonialmente, lo que en la práctica privaba de parte de sus efectos prácticos a la opinión jurisprudencial recién esbozada.

Ahora bien, de las obligaciones nacidas de hecho ilícito (*ex delicto*), que dan lugar a una condena pecuniaria, el *pater* responde civilmente por su hijo, conservando en todo caso la facultad de eximirse del pago de la misma por medio de la *noxae deditio* (entrega que el padre hace de su hijo a favor de la víctima del delito, por así decirlo, a modo de satisfacción, en vez del pago de la condena). Aunque los detalles del contexto originario del fragmento (al margen de que se hablaba de la *condictio ex causa furtiva*) son desconocidos, ya que los compiladores de Justiniano no los conservaron, no cabe duda que Ulpiano recurre a la dicotomía *contractus-delictum* para explicar la cuestión: se puede ejercer una acción contra el hijo de familia con independencia de que éste se haya obligado *ex contractu* o *ex delicto*.

Al igual que en el fragmento de Paulo, el discurso de Ulpiano tiene sentido si se parte de la base de que él pretendía cubrir todas las posibles *causae obligationis*: decir que se puede ejercer una acción contra el hijo de familia por contrato o por delito es lo mismo que afirmar que éste se puede obligar en virtud de un contrato o de un delito, ya que, como vimos más arriba, *obligatio* y *actio in personam* son dos manifestaciones de un fenómeno unitario. Por lo demás, el texto ulpiano se parece muchísimo a otro proveniente del tercer libro del comentario de Gayo al edicto provincial, en el cual se afirma que el *filius familias* se puede obligar “por cualquier causa” (*ex omnibus causis*), del mismo modo que el *pater familias*, y que por este motivo es posible ejercer una acción contra aquél al igual que contra éste;⁶⁸ ya sabemos que en el esquema gayano todas las obligaciones nacen de un *contractus* o de un *de-*

⁶⁷ Cfr. D. 42.6.1.9 (Ulp. 64 *ad ed.*). Sobre el límite de la *condemnatio* al valor del peculio (condena sujeta a *taxatio*), véase D. 9.4.35 (Ulp. 41 *ad Sab.*).

⁶⁸ D. 44.7.39 (Gai. 3 *ad ed. prov.*): “*Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest*”.

licitum. Finalmente, al igual que Paulo, Ulpiano califica como *contractus* a los vínculos obligatorios nacidos de un hecho lícito pero que no están fundados en una *conventio*, como es el caso de la *tutela*⁶⁹ y la *negotiorum gestio*.⁷⁰

V. CONCLUSIONES Y PERSPECTIVAS

A la luz de lo establecido en Gai. 3.88 y Gai. 4.2, la naturaleza contractual de una relación obligatoria no depende de si ésta se encuentra estructurada sobre la base de una *conventio* entre partes, sino de la licitud de la *causa obligationis*, de manera que bien puede configurarse un *contractus* en sentido propio sin la necesidad de *consensus*. Este aserto se ve confirmado por otros textos del manual gayano, en los cuales actos lícitos no convencionales son explícitamente identificados como supuestos de *contrahere*. Otro tanto ocurre con fragmentos de jurisprudencia tardo-clásica, en los cuales, a propósito de la solución de cuestiones prácticas, sus autores acuden a la *summa divisio obligationum* conformada por el *contractus* y el *delictum*, sin que pueda reprochárseles una simplificación excesiva de las cosas con fines pedagógicos. En síntesis, según Gayo y parte de la jurisprudencia clásica (por lo demás, una muy destacada), para que nazca una relación obligatoria *ex contractu* es suficiente que el hecho del que ella procede no sea ilícito (*ex delicto*), de modo tal que el contrato se identifica con todo acto lícito que engendra obligaciones.

Así las cosas, a la luz de la eficacia tanto didáctica como práctica de la dicotomía *contractus-delictum*, la consideración del *consensus* como base del *contractus* romano *tout court* no es más que un mito. Todo lo anterior demuestra la importancia del estudio de los fundamentos históricos del derecho vigente, más allá de su análisis estrictamente dogmático, perspectiva de la cual el

⁶⁹ Se trata de D. 13.5.1.6 (Ulp. 27 *ad ed.*): “*Debitum autem ex quacumque causa potest constitui, id est ex quocumque contractu sive certi sive incerti, et si ex causa emptionis quis pretium debeat vel ex causa dotis vel ex causa tutelae vel ex quocumque alio contractu*”, y de D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): “*Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta...*”.

⁷⁰ En primer lugar, hay que mencionar D. 11.7.1 (Ulp. 10 *ad ed.*): “*Qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede*”. Si bien esta fuente no se encuentra situada en el título quinto del libro tercero del *Digesto* (*de negotiis gestis*), sino en el título de *religiosis et sumptibus funerum et ut funus ducere liceat*, no cabe duda que su contexto originario era la explicación de la gestión de negocios ajenos; lo anterior debido a que fue extraída por los compiladores justinianos del décimo libro del comentario de Ulpiano al edicto del pretor urbano, donde se trataba, precisamente, la *negotiorum gestio*. El segundo texto es D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*), citado en la nota precedente, que es explícito al emplear el sustantivo *contractus* tanto para la tutela como para la gestión de negocios ajenos.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM es uno de los más importantes exponentes en nuestra América Latina. *Ad multos annos.*

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBANESE, Bernardo, “«Agere», «gerere» e «contrahere» in D. 50, 16, 19. Congesture su una definizione di Labeone”, *SDHI*, 38, 1972.
- BALDUS, Christian, “Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik”, en HARKE, Jan Dirk (ed.), *Facetten des römischen Erbrechts*, Berlín-Heidelberg, Springer, 2012.
- BISCARDI, Arnaldo, “Postille gaiane”, en *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico*, Napoli, Jovene, 1966;
- BRETONE, Mario, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 2009.
- BRUTTI, Massimo, “Gaio e il *ius controversum*”, *AUPA*. 55, 2012.
- CANNATA, Carlo Augusto, “Sulla «divisio obligationum» nel diritto romano repubblicano e classico”, *Iura* 21, 1970.
- CARDILLI, Riccardo, “Sul problema della nascita delle obbligazioni onerarie”, *AUPA*. 61, 2018.
- CARDILLI, Riccardo, *Damnatio e oportere nell’obbligazione*, Napoli, Jovene, 2016.
- CENDERELLI, Aldo, *La negotiorum gestio. Corso esegetico di diritto romano I. Struttura, origini, azioni*, Torino, Giappichelli, 1997.
- D’ORS, Álvaro, “Réplicas Panormitanas II. El «contractus» según Labeón (a propósito de una crítica de Albanese)”, *REHJ*. 1, 1976.
- DECOCK, Wim, *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Ius Commune (Ca. 1500-1650)*, Leiden, Nijhoff, 2013.
- FALCONE, Giuseppe, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, Giappichelli, 2003.
- GALLO, Filippo, “Eredità di Labeone in materia contrattuale”, en BURDESE, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto*.
- GONZÁLEZ ROLDÁN, Yuri, *Il senatoconsulto Q. Iulio Balbo et P. Iuventio Celso consilibus factum nella lettura di Ulpiano*, Bari, Cacucci, 2008.
- GORDLEY, James, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, OUP, 1993.
- KASER, Max, “Divisio obligationum”, en STEIN, P. & LEWIS, A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London, Sweet & Maxwell, 1983.

- KASER, Max, “Gaius und die Klassiker”, *ZSS.* 70, 1953.
- KASER, Max, *Das Römische Privatrecht I*, 2a. ed., München, C.H. Beck, 1971.
- KASER, Max, *Zur Methode der römischen Rechtsfindung*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1962.
- KASER, Max, “Zur juristischen Terminologie der Römer”, en *Studi in onore di Biondo Biondi I*, Milano, Giuffrè, 1965.
- KASER, Max & KNÜTEL, Rolf, *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, 20a. ed., München, C.H. Beck, 2014.
- KAUFMANN, Horst, “Zur Geschichte des aktionenrechtlichen Denkens”, *JZ.* 19, 1964.
- LOMBARDI, Luigi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1967.
- LÜBTOW, Ulrich von, *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1952.
- NANZ, Klaus-Peter, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, J. Schweitzer Verlag, 1985.
- NÖRR, Dieter, *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie*, Berlín, Schweitzer, 1972.
- ORESTANO, Riccardo, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987.
- PALMA, Antonio, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, Giappichelli, 2016.
- PARICIO, Javier, “Sull’idea di contratto in Gaio”, en VACCA, Letizia (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, Giappichelli, 1997.
- PIKA, Wolfram, *Ex causa furtiva condicere im klassischen römischen Recht*, Berlín, Duncker & Humblot, 1988.
- RICCOBONO, Salvatore, “La formazione della teoria generale del *contractus* nel periodo della giurisprudenza classica”, en *Studi in onore die Pietro Bonfante nel XL anno d’insegnamento I*, Milano, Giuffrè, 1930.
- SARGENTI, Manlio, “Svolgimento dell’idea di contratto nel pensiero giuridico romano”, *Iura. Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*, vol. XXXIX, 1988.
- SCHULZ, Fritz, *Prinzipien des Römischen Rechts*, München Leipzig, Duncker & Humblot, 1934.

- TALAMANCA, Mario, “Contratto e patto nel diritto romano”, en BURDESE, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, Cedam, 2006.
- TALAMANCA, Mario, “Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani”, en *La filosofia greca e il diritto romano (colloquio italo-francese) II*, Roma, Accademia Nazionale dei Lincei, 1977.
- TALAMANCA, Mario, “Obbligazioni (diritto romano)”, *ED*. 29, 1979.
- VACCA, Letizia, *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova, CEDAM, 2006.
- VACCA, Letizia, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*, 2a. ed., Torino, Giappichelli, 2012.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, “En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano”, *RChD*. 44/2, 2017.
- WEGMANN STOCKEBRAND, Adolfo, “En torno a la perspectiva accional de la «experiencia jurídica romana», a propósito de D. 2.14.17 pr. (Paul. 3 ad ed.)”, *IP*. 4/2, 2019.
- WIEACKER, Franz, *Römische Rechtsgeschichte II*, München, C.H. Beck, 2006.
- WUNNER, Sven Erik, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, Böhlau, 1964.
- ZIMMERMANN, Reinhard, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, OUP, 199