



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

**EL CARÁCTER DIDÁCTICO DE LA CLASIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES
EX CONTRACTU EN LAS INSTITUCIONES GAYANAS**

Tesis para optar al grado académico de Doctor en Derecho

MARCO NICOLÁS LABRÍN VERDEJO

Profesor guía: Dr. Jakob Fortunat Stagl

Profesor co-guía: Dr. Gabriel Hernández Paulsen

Santiago

2024

Omne autem ius, quo utimur, uel ad personas pertinet
uel ad res uel ad actiones.

(Gai. 1, 8)

Agradecimientos.

Los estudios de postgrado del candidato fueron financiados por ANID-Subdirección de Capital Humano/Doctorado Nacional/Año académico 2021-folio 21210308. También por la Beca de Arancel y Colaboración Académica del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Chile, según consta en Resolución N° 560 de fecha 23 de mayo de 2019.

Resumen.

La presente investigación tiene el propósito de demostrar el carácter didáctico de la clasificación de las obligaciones *ex contractu* en las Instituciones de Gayo, tomando en consideración no sólo el tipo de obra de que se trata, esto es, un libro de texto para principiantes, sino también la literatura en la cual se enmarca: jurídica, por una parte, didáctica por otra. A través de ejemplos concretos, extraídos de diferentes autores clásicos, se podrá visualizar de mejor forma como algunos elementos fueron recogidos por el maestro del Derecho e incorporados en su manual, que no pretendía otra cosa más que servir como un primer acercamiento a la disciplina para los jóvenes estudiantes.

El curso del trabajo sigue, de este modo, un recorrido que abarca desde la literatura didáctica, sus diversas manifestaciones y hasta la literatura jurídica, que a semejanza de las obras que buscaban servir como textos de enseñanza, desarrolló su propio tipo de Instituciones.

Al tratarse de la clasificación de las obligaciones *ex contractu*, se aborda, aunque de manera breve, el concepto de la obligación romana desde las fuentes romanas, para luego entrar en el tema de la clasificación de las fuentes de las obligaciones, de la cual los contratos son sólo una de las dos ramas de la bipartición gayana, lo mismo que más tarde lo serán en la cuatripartición justiniana.

Tabla de contenidos.

Agradecimientos.	3
Resumen.	4
Tabla de contenidos.	5
Ediciones utilizadas.	7
INTRODUCCIÓN.	8
CAPÍTULO PRIMERO. La literatura didáctica y los libros de instituciones.	18
1. Las obras didácticas y su desarrollo.	18
1.1. Las obras didácticas como género literario.	18
1.2. Autores y obras.	27
1.3. El lugar de la literatura jurídica.	48
2. Las obras jurídicas anteriores a Gayo.	56
2.1. Antecedentes generales.	56
2.2. Tipología de libros.	60
3. Gayo y las Instituciones.	71
3.1. Antecedentes generales.	71
3.2. Técnicas y recursos expositivos de la obra.	75
4. Las Instituciones de Justiniano.	87

CAPÍTULO SEGUNDO. La obligación romana y sus fuentes.	91
1. Definición del concepto de obligación.	91
2. La clasificación de las fuentes de las obligaciones.	102
2.1. La clasificación gayana.	102
2.2. La clasificación justiniana.	112
3. El pasaje de Modestino.	119
3.1. D. 44, 7, 1 y su clasificación de las fuentes de las obligaciones.	119
3.2. Una posible explicación.	130
CAPÍTULO TERCERO. La naturaleza de la clasificación de las obligaciones <i>ex contractu</i> .	139
1. La estipulación y los contratos literales.	139
1.1. La estipulación.	139
1.2. Los quirógrafos y los síngrafos.	148
1.3. La degeneración de la estipulación y los quirógrafos como medios probatorios.	154
2. Conclusiones.	157
2.1. El carácter didáctico de la clasificación <i>ex contractu</i> .	157
2.2. Una posible reinterpretación de la clasificación <i>ex contractu</i> .	166
2.3. Una reflexión: Andrés Bello como el puente entre Gayo y el Código Civil.	175
Bibliografía citada.	186

Ediciones utilizadas.

Digesta Iustiniani Augusti (Editio maior), Th. Mommsen, (Berlín: 1868-70).

Cuerpo del Derecho civil Romano (1889-1898). Traducido por Ildefonso L. García del Corral. Jaime Molinas (ed.), (Barcelona).

Las instituciones de Gayo (2017). Traducido por Francisco Samper Polo (Santiago: Ediciones Pontificia Universidad Católica de Chile).

INTRODUCCIÓN.

La presente investigación trata sobre la clasificación de las obligaciones *ex contractu*, en la obra conocida como Instituciones, escrita por el jurista Gayo en el siglo II de nuestra era. Dicha clasificación es uno de los brazos de la bipartición propuesta por Gayo, que da forma a toda la ordenación y tratamiento del Derecho de obligaciones.

El objetivo de la tesis es demostrar el carácter didáctico de la clasificación *ex contractu*, no sólo en consideración a al carácter de la obra donde está planteada, también considerando el antecedente de otras obras clásicas del mundo romano, aquellas que, sin pertenecer al ámbito jurídico, forman parte de la llamada "literatura didáctica". Gayo¹, siendo conocedor de las disciplinas que los estudiantes debían estudiar y las obras que había en circulación, las tomó como inspiración para la composición de su manual, adaptando la enseñanza del Derecho para facilitar el aprendizaje. Tal fue su éxito que para el siglo VI, el emperador Justiniano utilizaría las Instituciones de Gayo como modelo para la elaboración del nuevo manual de Derecho para los estudiantes, con el mismo título y ordenación de contenidos.

En atención a que la clasificación *ex contractu* tiene su origen en las obligaciones, resulta imposible no hacer un breve recorrido por la *obligatio* romana a través del testimonio que entregan las fuentes y destacando desde ya la elección de Gayo de no definir el concepto, optando en su lugar por una inmediata

¹ Véase la obra de HONORÉ, Tony (1962): *Gaius* (Oxford: Clarendon Press).

clasificación de sus fuentes, la cual tuvo un desarrollo paulatino a través de los siglos, hasta las Instituciones de Justiniano, donde sí se toma la decisión de definir el concepto de obligación.

Dentro de las sub-categorías contractuales, nos encontramos con dos de ellas en las que fijaremos la atención para probar nuestra hipótesis. Desde el punto de vista de la obra, las sub-categorías tienen su fundamento en la genética de su formación, aspecto que resulta relevante porque aquellos institutos que no fueron capaces de conservarse en el tiempo, como los contratos literales, o que, si lo hicieron, ya no eran la forma más común de obligarse, como la estipulación, continuaron apareciendo dentro del catálogo. Este fenómeno, a nuestro juicio, es el resultado del carácter didáctico que subyace a esta clasificación, la cual incluye figuras que en la práctica se han vuelto obsoletas.

Dicho de otra manera, ¿qué razón habría para que Gayo, y con mayor razón Justiniano después, elaboraran una clasificación que incluyera institutos que no tenían más razón de ser, convirtiéndose en meros testimonios de un pasado remoto? El carácter didáctico parece ser la respuesta, lo que nos inspira incluso para sugerir que, teóricamente, la clasificación cuatripartita de las obligaciones *ex contractu - re, verbis, litteris y consensu-* podría reducirse a una bipartición *re - consensu*, aunque reconocemos que ésta ya no tendría un carácter didáctico subyacente, sino que respondería a fines prácticos. Esta propuesta no pretende tener un carácter omnicomprensivo pues, como el mismo Gayo ya parecía reconocer²,

² Tal es el caso del pago de lo no debido. Gai. 3, 91. *Sed haec species obligationis non uidetur ex contractu consistere, quia is qui soluendi animo dat, magis distrahere uult negotium quam contrahere.* [Pero este tipo

existen institutos jurídicos que, por su naturaleza ambigua, resultan difíciles de encasillar en una categoría.

El presente trabajo surgió a partir de dos inquietudes. La primera fue el resultado del acercamiento a la obra gayana después de efectuar diversas lecturas acerca de su carácter elemental para la enseñanza de los estudiantes. La segunda fue el interés por la literatura latina y cómo una obra como las *Institutiones* encuentran su lugar dentro de ella, adoptando un formato que conocidos autores implementaron en sus propios trabajos, en especial aquellos que fueron concebidos con un propósito instructivo o pedagógico³.

Estas razones llevaron al desarrollo de una propuesta consistente en demostrar el carácter didáctico de la clasificación de las obligaciones *ex contractu*, no sólo en consideración a la obra donde está contenida, sino al criterio de origen al que responden y cómo, en última instancia, pueden bien servir de ilustración de un recorrido histórico de las formas que los romanos aceptaron como creadoras de obligaciones. Esta es la razón por la cual, como se dijo antes, nos aventuramos a proponer que la cuatripartición de las obligaciones *ex contractu* podría reducirse teóricamente a una bipartición, cuyo carácter se concentra en la permanencia de dos de las cuatro sub-categorías gayanas originales, con base en el paulatino desuso y desaparición de los contratos *verbis y litteris*.

de obligación no parece nacida de contraerse, ya que quien da con intención de pagar, más quiere extinguir un negocio que contraerlo.]

³ MANTOVANI (2018), pp. 212-213. Textos como la *Rhetorica ad Herennium* y el *De inventione* para el arte retórica, el *De re rustica* de Varrón para la agricultura, el *De architectura* de Vitruvio, el *De medicina* de Celso, los tratados de agrimensura de Frontino, hasta llegar a las *Institutiones* de Gayo para el Derecho.

La metodología a emplear en la investigación propuesta será la propia de una ciencia histórico-jurídica como es la romanística. En concreto, se trata de armonizar el método histórico-crítico por una parte, esto es, la crítica textual de las fuentes jurídicas romanas considerando el contexto histórico de las mismas, con el método dogmático por la otra⁴. En otros términos, se trata de articular una historia de los textos con una historia dogmática. Se dará un énfasis a la exégesis de las fuentes, y en este caso será vital poner en relación los pasajes seleccionados de Gayo y Justiniano. Estas fuentes del Derecho romano deben interpretarse de manera completa, prestando atención sobre todo a su naturaleza didáctica.

Junto con el texto mismo, es preciso tener en consideración el contexto temporal en el cual éste fue redactado, evitando incurrir en anacronismos, toda vez que las instituciones jurídicas no nacen ni se desarrollan en abstracto, sino que en un ambiente económico, político, social y cultural determinado. Dicho en otros términos, el Derecho es esencialmente una realidad histórica.

Respecto a la aplicación del método dogmático, no se trata de buscar en las fuentes romanas los dogmas y categorías sistemáticas propias del Derecho moderno, sino que los elementos que guiaban el razonamiento y la argumentación de los juristas romanos en la construcción de conceptos y categorías jurídicas, así como la sistemática empleada en el derecho de obligaciones, a partir del análisis de la diaíresis y la didáctica.

⁴ ORESTANO (1987), pp. 15 ss. y 175 ss.

La tesis está ordenada en tres capítulos: El **primero** introduce a la literatura didáctica y, dentro de ella, la literatura jurídica, que abarcaba un amplio espectro de libros, para llegar a un tipo de libro particular: las Instituciones. Si bien es cierto que nuestro conocimiento de la literatura jurídica se ve reducido por causa de los escasos testimonios que nos han llegado⁵, ello no es razón para ignorarlos; todo lo contrario, nos permiten reconocer estas obras como un género con características propias, que estaba en circulación y que comenzaba a extenderse como una herramienta de aprendizaje más allá de las clases aristocráticas⁶.

Conocemos alrededor de cuarenta autores importantes de textos jurídicos⁷, que dieron forma a un enorme cuerpo que, para el momento de la compilación del Digesto⁸, era aproximadamente veinte veces mayor que el volumen del Digesto mismo. Según estándares cuantitativos, esto ciertamente constituye una 'literatura'⁹.

Los textos fueron escritos en primera instancia para abogados jurisprudentes y básicamente son referencias intertextuales, ya que los propios autores se refieren a las obras de sus predecesores y colegas. Sin embargo, estos libros también fueron escritos y comprados por individuos que tenían un interés profesional en el Derecho, como era el caso de los

⁵ MANTOVANI (2022), p. 104. Dos puntos a destacar dentro de los resultados obtenidos por el autor: "Los romanos estaban convencidos de que, también en el derecho privado, las *leges publicae* eran numerosas" y "los escritos de los juristas, de los que habríamos podido recibir información exhaustiva, fueron expresamente depurados de la mayor parte de las referencias a las *leges* por parte de los comisarios justinianos".

⁶ MANTOVANI (2018), p. 185. Del pasaje de Petron. *Sat.* 46, 7, se desprende que la literatura jurídica tenía características particulares y sus libros estaban en circulación.

⁷ Una edición de este catálogo de autores se puede encontrar en la '*Palingenesia Iuris Civilis*' de Otto Lenel.

⁸ Obra que consta de extractos de escritos de juristas.

⁹ MANTOVANI (2018), p. 47.

oradores o jóvenes estudiantes¹⁰. Las Instituciones de Gayo resultan de especial importancia, no solamente por estar basadas en los manuales de retórica de los griegos, sino por ser la fuente más importante en el campo del Derecho romano, dado que él es el único autor legal del que poseemos un libro completo¹¹ y como muestra de continuidad en el tratamiento y estructura de los contenidos. No por nada la opinión de Mayer-Maly, en el sentido que Gayo habría sido “*the greatest systematising talent in Roman jurisprudence*”¹², justificada en el gran valor del aporte que este profesor de derecho hizo a la ciencia jurídica romana.

El **segundo capítulo** de la tesis tiene su enfoque en la obligación y, a través de sus tres apartados se realiza, como su título indica, un recorrido a través de las fuentes que permiten construir el concepto.

La clasificación de las fuentes de las obligaciones¹³, tema central en la investigación, conecta con uno de los ejes del capítulo primero, la literatura didáctica, que sientan las

¹⁰ Petron. Sat. 46, 7. Un ejemplo es el hijo de Equión, quien busca introducirlo en el conocimiento del Derecho comprándole unos libros que él llama “libros [con títulos] en tinta roja”.

¹¹ STAGL (2019), s/n. “Un ‘libro de texto sistemático’ par excellence, la fuente más importante y el tema más importante de discusión académica en el campo del Derecho romano en los últimos 200 años.” Esta obra tendría gran influencia en los *Aurea* o *Res cottidianae*, una especie de versión extendida de la obra de Gayo, y las *Institutiones Iustiniani*, una especie de versión actualizada del original de Gayo.

¹² MAYER-MALY (1967), p. 381.

¹³ Algunos trabajos que han tratado esta materia son MAYER-MALY, Theo (1967): “*Divisio obligationum*”, en: *The Irish Jurist*, vol. 2, n° 2, pp. 375-385; KASER, Max (1983): “*Divisio obligationum*”, en: Stein, Peter y Lewis, A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J.A.C. Thomas* (London, Sweet & Maxwell), pp. 73-86; PARICIO SERRANO, Javier (1994): “Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana”, en: PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.), pp. 49-61.

bases para una sistematización¹⁴, lo que a su vez constituye una premisa de la recepción que tendrá lugar en siglos posteriores. Con el antecedente de estas obras, el acento estará puesto sobre las Instituciones de Gayo, manual de enseñanza de mediados del siglo II, que impresiona por su claridad y comprensibilidad, y que luego fue recogida por Justiniano e incorporada en sus Instituciones, obra que sirvió como una sección introductoria preliminar al Digesto¹⁵.

Gayo clasifica inmediatamente los grandes temas, valiéndose de diversas técnicas, que serán el punto de partida al brindarnos la primera *summa divisio obligationum*, de la cual derivarán todos los catálogos posteriores, pasando por las *Res cottidianae*, hasta llegar a las Instituciones del emperador Justiniano. Se trata de una evolución en el número de fuentes que encuentra su punto intermedio en la *Res cottidianae*, porque introducen una innovación importante en el Derecho de obligaciones: las fuentes de las obligaciones inician con las dos identificadas por Gayo (contrato y delito), luego se expanden a tres (contrato, delito y otros), para que ulteriormente Justiniano las aumentara a cuatro.

Se recoge en el último apartado la cuestión acerca del pasaje atribuido al jurista Modestino en D. 44, 7, 52 y el lugar que ocupan en el esquema de las obligaciones, figura que contrasta fuertemente con los catálogos antes expuestos dentro de la tradicional dicotomía contrato-delito, seguida de las "varias especies de causas" enunciadas en las *Res cottidianae*, hasta llegar a su forma final, que incluiría en época

¹⁴ GUZMÁN BRITO (1980), p. 19. El autor reconoce que en las Instituciones de Gayo existe una "utilización de la dialéctica con fines sistemáticos, frente a su utilización anterior sólo con fines problemáticos y casuísticos".

¹⁵ D'ORS (1991), pp. 106-107; GUZMÁN BRITO (1997), pp. 56-57.

justiniana las obligaciones *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio* (o *ex delicto*).

El **tercer capítulo** bien puede considerarse como la "conjunción" de los dos capítulos anteriores que guían hacia las conclusiones.

La primera parte del capítulo repasará el tratamiento que recibieron el contrato verbal y el contrato literal, y las posibles razones por las que Justiniano los conservó como categorías autónomas, a pesar de su obsolescencia práctica.

Los contratos verbales y literales eran dos de las cuatro categorías (*genera*) de contratos reconocidos tanto por las Instituciones de Gayo como por las de Justiniano en su clasificación de las obligaciones *ex contractu*. La existencia de ambas categorías de contratos se remonta a los primeros períodos del Derecho romano, pero la práctica de cada una de ellas divergió del período clásico hasta el momento en que se publicaron las Instituciones de Justiniano en el año 533 d.C.

El contrato verbal, encarnado en la figura de la estipulación, se convirtió en la piedra angular del Derecho contractual romano¹⁶, desempeñando un papel importante en el mundo del comercio y las finanzas romanos, mientras que el contrato literal, representado por los quirográfos y los síngrafos, tuvieron más uso en las regiones orientales del Imperio, hasta que, tras la promulgación de la *Constitutio Antoniniana*, acaban siendo absorbidas por la estipulación que, aunque era un negocio formalmente oral, en la práctica se había vuelto escrito¹⁷.

¹⁶ CASTRESANA (1994), pp. 439-440.

¹⁷ CASTRESANA (1987), p. 374.

Se demostrará así que los destinos divergentes de las dos categorías contractuales reflejan cambios más amplios en la vida jurídica y social romana a medida que el Imperio crecía en extensión e importancia (antes de su eventual declive) y que la inclusión del contrato literal en las Instituciones de Justiniano debe considerarse parte de los objetivos más amplios del mentado emperador de devolver al Imperio Romano su antigua grandeza, a lo que aludiremos bajo la expresión de "reminiscencia histórica", tema que será tratado como parte de las conclusiones en el segundo apartado, en donde éstos se rememoran como un testimonio para futuras generaciones.

La conclusión a la que arribamos es que la clasificación de las fuentes de las obligaciones *ex contractu* tenía un sentido didáctico, es decir, la finalidad de su estructura estaba pensada solamente como un recurso para la enseñanza, considerando no sólo que las obras en que están contenidas tenían ese carácter, sino también en que, al tener su fundamento en el origen, lo determinante era cómo se creaban y no los efectos que producían.

Finaliza el trabajo con un breve apartado donde se recogen algunas reflexiones acerca de la labor de Andrés Bello en el campo del Derecho romano y cómo las "reminiscencias históricas" a las cuales hemos aludido, pueden identificarse en parte de la estructura del Código Civil. Si bien es cierto que en materia de obligaciones recoge una ordenación de sus contenidos que recuerda a las Instituciones de Gayo y a las de Justiniano, el carácter didáctico que dirige a estas obras se diluye en el Código, el cual, no siendo un manual, incluye elementos que pueden admitirse como didácticos, a saber, el uso de

definiciones y clasificaciones¹⁸, pero cuya ordenación de contenidos responde a un criterio heurístico, esto es, una técnica que busca aplicar reglas comunes a aquellos contratos que pertenecen a una misma categoría.

¹⁸ GUZMÁN BRITO (1982), pp. 442-444.

CAPÍTULO PRIMERO. La literatura didáctica y los libros de instituciones.

1. Las obras didácticas y su desarrollo.

1.1. Las obras didácticas como género literario.

La literatura didáctica es un género que tiene como objetivo instruir o enseñar algo. Este tipo de literatura se utiliza a menudo para impartir enseñanzas morales, religiosas, políticas o prácticas. Se caracteriza por su carácter instructivo y a menudo está alineado con una creencia espiritual o religiosa. El concepto 'didáctico'¹⁹, del griego antiguo διδάσκειν, que significa enseñar, se refiere a textos que tienen como objetivo enseñar, predicar o aconsejar. Esta literatura enfatiza la idea de que las diferentes formas de arte y literatura deben transmitir información e instrucciones, además de placer y entretenimiento. La literatura didáctica se puede encontrar en diversas formas, incluidas las fábulas²⁰, libros de texto y ciertos tipos de poesía, el teatro y la prosa.

En cambio, otros tipos de literatura pueden no tener un propósito instructivo o educativo explícito. Su objetivo principal puede ser entretener, evocar emociones o explorar

¹⁹ Según la Real Academia de la Lengua Española, didáctico tiene una primera acepción como adjetivo, "Perteneiente o relativo a la didáctica o a la enseñanza", y en su tercera acepción nos dice "Que tiene como finalidad fundamental enseñar o instruir".

²⁰ LESKY (1989), p. 180. Las fábulas de Esopo son un ejemplo de literatura didáctica, ya que utilizan historias cortas protagonizadas por animales para impartir lecciones morales y enseñar valores importantes. Sin embargo, fue Hesíodo el autor que presenta el ejemplo más antiguo, el relato del azor y el ruiseñor (*Erga* 202).

temas e ideas complejas sin necesariamente proporcionar una lección o moraleja clara. Estos tipos de literatura pueden incluir géneros como ficción, drama, fantasía y más. Sin embargo, es importante señalar que los límites entre la literatura didáctica y otros tipos de literatura pueden ser fluidos. Muchas obras literarias pueden entretener e instruir, desdibujando la línea entre la didáctica y otros propósitos literarios, por ejemplo, una novela puede entrelazar lecciones morales o filosóficas en una narrativa convincente, sirviendo tanto para atraer a los lectores como para provocar pensamientos o impartir conocimientos. Además, la función estética de la literatura didáctica es a menudo secundaria a su propósito disciplinario. Su objetivo es dictar la vida moral y el comportamiento moral del lector o del personaje principal de la trama, o diseñar el mundo del libro de texto de manera que el contenido proporcione ejemplos didácticos a cualquiera que esté asociado con la pieza.

Por tanto, si tuviésemos que señalar la principal diferencia entre la literatura didáctica y otros tipos de literatura, ésta radicaría en su finalidad. La literatura didáctica tiene como objetivo principal instruir o enseñar, a menudo centrándose en lecciones morales o filosóficas. Otros tipos de literatura, si bien también pueden impartir conocimientos o evocar pensamientos, pueden tener otros propósitos principales, como el entretenimiento, el compromiso emocional o la expresión artística.

Algunos ejemplos de literatura didáctica incluyen:

1. Lecciones morales: literatura que enseña a sus lectores la diferencia entre el bien y el mal y las consecuencias de sus acciones.

2. Enseñanzas religiosas: muchos textos religiosos, como la Biblia²¹ y el Corán, se consideran literatura didáctica porque tienen como objetivo enseñar moralidad y guiar a sus seguidores a vivir una vida recta.

3. Ideas políticas: literatura utilizada para promover ideologías políticas y persuadir a los lectores para que adopten ciertas creencias o apoyen causas específicas.

4. Instrucciones prácticas: literatura que proporciona información sobre diversos temas, como agricultura, medicina o artesanía, con el objetivo de educar a los lectores sobre habilidades o conocimientos específicos.

Ahora bien, la literatura didáctica griega²² tuvo una influencia significativa en la literatura romana, particularmente en las áreas de literatura, teatro y música. La literatura griega ha influido no sólo en sus vecinos romanos de occidente, sino también en innumerables generaciones en todo el continente europeo. La poesía didáctica, especialmente en la tradición latina, está llena de autorreflexividad programática y matices metapoéticos²³. Los dramas romanos se basaron toscamente en los de los griegos y tenían en gran medida una intención moral y didáctica, a menudo basados en temas de la historia griega y romana²⁴.

²¹ La Biblia contiene himnos, cartas, ensayos, profecías y relatos del conocimiento divino.

²² LÓPEZ (2008), pp. 78-81. La poesía didáctica fue muy rica desde la época arcaica, donde destaca el papel de Hesíodo, autor de *Los trabajos y los días* y la *Teogonía*. LESKY (1989), pp. 124; 650-651; 780; 821. Otros autores fueron Jenofonte, autor de la *Ciropedia* y de la *Anábasis*; Empédocles y Euclides, autor de los *Elementos*.

²³ BAYET (1983), pp. 154-155; FUHRMANN (1985), p. 136; BICKEL (1987), pp. 493-494. El poema *De rerum natura* expone la física epicúrea, pero con una intención moral. Otros ejemplos de poesía didáctica romana son las *Geórgicas* de Virgilio y los poemas de Ovidio.

²⁴ BAYET (1983), pp. 51-54; FUHRMANN (1985), pp. 52-53. Nevio fue un poeta épico y dramaturgo romano del período del latín antiguo, sus comedias eran

La literatura griega sirvió de modelo para Roma: sugirió temas de tratamiento²⁵, amplió el horizonte mental, abrió nuevas perspectivas e inspiró nuevos deseos dentro del Imperio²⁶. Incluso Cicerón reconoció con posterioridad la importancia de la influencia literaria griega y se dedicó a aprender el idioma griego para familiarizarse con los escritos y personajes de aquellos hombres excelentes, a cuyos ejemplos apelaba ocasionalmente²⁷.

Estas características ayudaron a dar forma a la prosa latina. Un ejemplo de la constante influencia griega se aprecia en el desarrollo gradual y laborioso del latín en la lengua de Cicerón²⁸ y Virgilio²⁹, logrando el estilo clásico que comparten

del género *palliata*, un género de drama romano que consiste principalmente en versiones romanizadas de obras griegas. BICKEL (1987), pp. 509-513. Las únicas *fabulae palliatae* completas que se conservan son las comedias de Terencio y Plauto.

²⁵ LESKY (1989), pp. 805-808; 877-879. Aunque de origen griego, Polibio escribió sus *Historias*, trabajo que tenía como objetivo explicar cómo Roma llegó a ser la potencia dominante en el mundo mediterráneo. Su estilo recuerda a Tucídides. Otros autores que escriben historia son Dionisio de Halicarnaso y Apiano.

²⁶ FUHRMANN (1985), pp. 24-25; BICKEL (1987), pp. 82-85. Destaca como la literatura romana se apropió del mito griego, conservándose en las obras de Virgilio y Ovidio, también se reifiere a cómo la lengua griega enriqueció notablemente el vocabulario latino; BAYET (1983), pp. 38, 41-46. Destaca su influencia en el teatro y la epopeya, así como la introducción de la métrica griega en todos los géneros poéticos.

²⁷ Cic. *Tusc.* 1, 3. *Doctrina Graecia nos et omni litterarum genere superabat; in quo erat facile vincere non repugnantes.* [Grecia nos superaba en cultura y en todos los géneros literarios, campo en el que era fácil vencer ya que nosotros no les oponíamos resistencia.] Traducción de Alberto Medina González.

²⁸ BAYET (1983), pp. 129-131. En general, la prosa ofrece para esta época una madurez y desarrollo puramente latino, a la vez que ha incorporado todas las cualidades de la literatura griega. También hay una mayor preocupación por la gramática y el uso correcto del idioma. BICKEL (1987), p. 159. Fue Cicerón el que, con su inmensa labor literaria, alcanzó el punto cúlmine del latín, cuya destreza en el uso de la lengua sólo se puede comparar con la de otro contemporáneo, César.

²⁹ BICKEL (1987), pp. 173-174. "La estructura del arte de Virgilio es única y original". Acerca de la vida y obra de Virgilio, véase la obra de GRIMAL, Pierre (1985): *Virgilio o el segundo nacimiento de Roma*. Traducción, prólogo y notas de Hugo Francisco Bauzá (Buenos Aires: EUDEBA).

la literatura griega y romana. Fue una lección que Grecia imprimió lentamente a Roma.

Fue así que la literatura didáctica romana floreció durante los períodos de finales de la República y principios del Imperio. Esta literatura de enseñanza y aprendizaje jugó un papel importante en la cultura y la literatura de la República Romana tardía y la época de Augusto, reflejando actitudes complejas, fluidas y multivalentes hacia la educación, volviéndose una parte importante de la cultura literaria romana.

Durante esta época, se consideraba a la literatura didáctica como un medio importante para educar a sus ciudadanos, por lo que fue de especial interés en la cultura y la literatura de la época³⁰. Los principales propósitos de la literatura didáctica en el mundo romano eran educar a los ciudadanos, promover valores culturales y morales y brindar orientación sobre cómo vivir una vida buena.

La literatura didáctica tuvo una influencia significativa en la educación romana, dando forma a la metodología educativa, el plan de estudios y las expectativas sociales. A continuación, se muestran algunas formas en que la literatura didáctica romana influyó en la educación romana:

1. Instrucción y plan de estudios: La mayoría de los textos utilizados en la educación romana temprana eran literatura, predominantemente poesía³¹. El carácter didáctico de estas obras literarias, como la poesía y la prosa, sirvió de base

³⁰ MARROU (1985), pp. 319-320.

³¹ BONNER (1984), pp. 280-282. El consenso entre los autores de la época es que Homero tenía la prioridad al momento de iniciar estudios; luego su atención se dirigía a Virgilio y su *Eneida*.

para el currículo educativo³². Estos textos fueron fundamentales para impartir conocimientos, orientación moral y consejos prácticos a los estudiantes, reflejando los valores intelectuales y morales de la época.

2. Expectativas y normas sociales: La moral popular romana eventualmente llegó a esperar que los padres educaran a sus hijos hasta cierto punto³³. Se esperaba una educación avanzada y completa de cualquier romano que deseara ingresar a la política³⁴. La influencia de la literatura didáctica contribuyó a la expectativa social de brindar educación a los niños, especialmente en la búsqueda de carreras políticas.

3. Proceso educativo: La literatura didáctica jugó un papel en la configuración del proceso educativo en las escuelas romanas. Influyó en la organización del proceso de aprendizaje, los materiales utilizados para la enseñanza y el desarrollo de las prácticas educativas. El espíritu didáctico de la literatura romana contribuyó a la formalización y estructura del sistema educativo romano³⁵.

³² FUHRMANN (1985), p. 25. Había tres niveles de educación: El *litterator* era responsable de enseñar a formar y a escribir las letras a los niños más jóvenes. La segunda etapa para los alumnos de diez a once años era el estudio con el *grammaticus*, quien les ayudaría a desarrollar y a refinar su expresión escrita y oral, además, les enseñaría griego; también aprendían música, filosofía, astronomía y ciencias naturales. Cuando se les daba la *toga virilis*, los alumnos, algunos con apenas 15 años, podían pasar a la tercera etapa, la que requería un *rhetor*, que enseñaba a los alumnos a hablar en público, Derecho romano y política, astronomía, geografía, literatura, filosofía, música y mitología. Los alumnos estudiaban con su *rhetor* hasta la edad de 20 años e incluso después.

³³ BONNER (1984), pp. 28-30, 37, 55. Si bien parece que la educación que los padres podían brindar en casa a sus hijos era posible, esto aplicaba principalmente a las clases aristocráticas, cuyos padres de familia cada vez estaban más ocupados con los asuntos de Estado, haciendo necesario que sus hijos se educaran con preceptores griegos. Pero, nuevamente, parece ser que sólo los hijos de las familias acomodadas podían acceder a esta educación.

³⁴ MARROU (1985), pp. 302-304; 306-308.

³⁵ MARROU (1985), p. 328; 358-360. La esencia de la enseñanza impartida por el *grammaticus* es la explicación de los autores: Virgilio, Terencio,

4. Influencia literaria: La literatura didáctica, incluida la poesía y la prosa, proporcionó contenido educativo que se utilizó para enseñar lectura, escritura, historia y valores morales. Los textos sirvieron como medio de instrucción y educación moral, contribuyendo al desarrollo intelectual y ético de los estudiantes³⁶.

5. Desarrollo cultural e intelectual: La literatura didáctica, a través de su influencia en el sistema educativo, contribuyó al desarrollo cultural e intelectual de la sociedad romana. Proporcionó un marco para la transmisión de conocimientos, valores y habilidades, dando forma al panorama intelectual de la antigua Roma³⁷.

La influencia de la literatura didáctica en la educación romana subraya el papel integral de las obras literarias en la configuración de las prácticas, los valores y las expectativas educativas de la antigua sociedad romana. El espíritu didáctico de la literatura romana dejó una huella duradera en el panorama educativo, contribuyendo al desarrollo intelectual y moral de generaciones de estudiantes romanos.

La literatura didáctica en el mundo romano no se limitaba a la poesía, sino que también incluía la prosa. Se caracterizó por su espíritu vivaz, experimental e intertextual, comprometiéndose profundamente con cuestiones sociales,

Horacio, Salustio y Cicerón. Los discursos de este último representaban modelos mucho más convenientes que los jóvenes latinos podrían estudiar e imitar, con mayores ventajas que las que les brindaban las obras maestras griegas.

³⁶ MARROU (1985), p. 302. La antigua educación romana descansaba sobre la noción fundamental del respeto a la costumbre ancestral, el *mos maiorum*, lo que implica una enseñanza que se extiende a todos los aspectos de la actividad humana.

³⁷ BONNER (1984), pp. 362-365. Fueron los maestros griegos quienes llevaron esta práctica a Roma. Las declamaciones se basaban en la historia griega, pero los retóricos comenzaron a asociarlas a acontecimientos nacionales.

políticas y filosóficas de importancia crítica para la Roma de la época. Esta literatura a menudo exploraba los límites entre arte y educación, poesía y prosa, y literatura y filosofía.

La literatura didáctica cubrió una amplia gama de temas, pero se pueden identificar algunos que resultan comunes. Éstos incluyen instrucción moral y ética, instrucción práctica, instrucción científica y filosófica, poética y crítica literaria e instrucción histórica y biográfica:

- Instrucción moral y ética: Numerosas obras didácticas tuvieron como objetivo brindar orientación sobre cómo vivir una buena vida, con enfoque en virtudes como la sabiduría, el coraje y la justicia. Por ejemplo, *De officiis* de Cicerón ofrece consejos sobre cómo comportarse éticamente en la vida pública y privada³⁸.

- Instrucción práctica: Otras obras estaban destinadas a proporcionar conocimientos y habilidades prácticas, como los trabajos de Varrón sobre agricultura y lengua latina³⁹.

- Instrucción científica y filosófica: Algunas obras didácticas tenían como objetivo explorar conceptos científicos y filosóficos, como *De rerum natura* de Lucrecio, que explora la filosofía epicúrea⁴⁰.

³⁸ BAYET (1983), p. 151; MARROU (1985), pp. 327-328. La obra filosófica de Cicerón, desde *De república* hasta el *De officiis*, perseguía la finalidad de crear en latín una lengua técnica que permitiese el estudio del pensamiento griego: desde entonces sería posible instituir una enseñanza verdaderamente romana de la filosofía.

³⁹ BICKEL (1987), p. 458; CODOÑER (2011), pp. 766-771. La producción literaria de Varrón fue prolífica, sin embargo, sólo existe una obra que se conserva completa, *De re rustica*, se trata de un manual práctico sobre el cultivo del campo, ganadería y apicultura.

⁴⁰ BAYET (1983), pp. 154-157; FUHRMANN (1985), pp. 136-137. Lucrecio es el más grande representante del epicureísmo en la literatura romana, a través de su poema didáctico, expuso la filosofía natural epicúrea, incluyendo ideas del atomismo y la cosmología.

- Poética y crítica literaria: Algunas obras didácticas estaban centradas en el arte de la poesía y la literatura, como *Ars Poetica* de Horacio, que brinda consejos sobre cómo escribir buena poesía⁴¹.

- Instrucción histórica y biográfica: Algunas obras tenían como objetivo proporcionar conocimientos históricos o biográficos, como *De vita Caesarum* de Suetonio, que ofrece lecciones biográficas y morales de la vida de los primeros emperadores romanos⁴².

Estos temas reflejan los intereses y valores educativos de la sociedad romana durante la última República y principios del Imperio y demuestran la diversa gama de temas cubiertos en la literatura didáctica romana.

⁴¹ BAYET (1983), p. 243; FUHRMANN (1985), pp. 301; 304-305. La llamada *Ars poetica* ofrece un panorama práctico de la historia y la teoría de la poesía dramática, con menciones sobre la lírica y la epopeya.

⁴² BAYET (1983), pp. 444-445; BICKEL (1987), p. 434. Mas que interesarse en los emperadores en cuanto jefes de Estado, Suetonio busca plasmar en su obra el carácter de los hombres, a través del contraste entre el plano físico y el moral de cada uno, además del rico vocabulario que emplea y su búsqueda por aportar información precisa.

1.2. Autores y obras.

Entre los autores notables del período a que nos referimos, esto es, la última República y principios del Imperio, se incluyen Virgilio, Lucrecio, Ovidio, Horacio, Cicerón y Varrón, quienes contribuyeron a un auge didáctico, un auge de la literatura dirigida a la instrucción.

A continuación, se repasan los autores mencionados, así como el contenido de sus obras.

Virgilio⁴³, conocido por su influencia en la literatura occidental, escribió obras en el género de la poesía épica, la poesía didáctica y la poesía pastoral. Sus obras, notables por su exquisito uso de la lengua latina, ejemplifican la tradición didáctica de la literatura antigua. Incluyen la *Eneida*, poema épico que ofrece lecciones morales y culturales, las *Églogas* y las *Geórgicas*.

Éstas últimas, en particular, son un poema que proporciona orientación práctica sobre la agricultura y la vida rural, siguiendo la tradición didáctica de los *Trabajos y días* del poeta griego Hesíodo⁴⁴. Cubre temas como la agricultura, la ganadería, la apicultura y los ritmos del mundo natural. El poema está estructurado en cuatro libros, cada uno de los cuales trata sobre diferentes aspectos de la vida rural. A lo largo de las *Geórgicas*, Virgilio identifica explícitamente su

⁴³ Véase la obra de DALZELL, Alexander (1996): *The Criticism of Didactic Poetry: Essays on Lucretius, Virgil, and Ovid* (University of Toronto Press). También GLAUTHIER, Patrick (2019): "Bugonia and the Aetiology of Didactic Poetry in Virgil, Georgics 4", en: *The Classical Quarterly*, Vol. 69, N° 2, pp. 745-763.

⁴⁴ Véase WALCOT, Peter (1962): "Hesiod and the didactic literature of the Near East", en: *Revue Des Études Grecques* 75, N° 354/355, pp. 13-36.

trabajo como un poema didáctico, empleando convenciones y referencias específicas para instruir al lector.

El modelo de Virgilio para componer un poema didáctico en hexámetros se atribuye a Hesíodo, enfatizando los temas de la relación del hombre con la tierra y la importancia del trabajo duro. El amplio conocimiento de Virgilio y la hábil integración de sus modelos son fundamentales para el éxito de diferentes partes de la obra y del poema en su conjunto. La naturaleza didáctica del trabajo de Virgilio se extiende más allá de la simple agricultura, abordando temas filosóficos y poéticos más amplios, lo que lo convierte en una rica fuente de conocimiento y experiencia.

Se ha sugerido que Virgilio se basó en gran medida en las obras de Hesíodo y Lucrecio para completar las Geórgicas, destacando aún más la influencia didáctica en sus escritos. Es así que, gracias a la hábil integración de modelos y fuentes, Virgilio contribuye a la naturaleza didáctica de su trabajo, convirtiéndolo en una contribución significativa a la literatura antigua y la difusión del conocimiento.

*Nunc locus arborum ingeniis: quae robora cuique,
quis color et quae sit rebus natura ferendis.*

*Difficiles primum terrae collesque maligni,
tenuis ubi argilla et dumosis calculus arvis,
Palladia gaudent silva vivacis olivae.*

*Indicio est tractu surgens oleaster eodem
plurimus et strati bacis silvestribus agri.*

At quae pinguis humus dulcique uligine laeta,

*quique frequens herbis et fertilis ubere campus –
qualem saepe cava montis convalle solemus
despicere; huc summis liquuntur rupibus amnes
felicemque trahunt limum – quique editus austro
et filicem curvis invisam pascit aratris:
hic tibi praevalidas olim multoque fluentis
sufficiet Baccho vitis, hic fertilis uvae,
hic laticis, qualem pateris libamus et auro,
inflavit cum pinguis ebur Tyrrhenus ad aras,
lancibus et pandis fumantia reddimus exta.*⁴⁵

[Ahora es la ocasión de hablar sobre los caracteres de los terrenos: cuál es la virtud de cada uno, cuál el color y qué naturaleza tienen en orden a los diversos frutos. Primeramente las tierras ingratas y los collados estériles, donde abundan la delgada arcilla y los guijarros sobre campos de maleza, producen fácilmente un bosque de olivos duraderos, a Palas consagrados. La prueba es que en la misma región crece abundante el acebuche y el campo está cubierto de silvestres bayas. Pero el suelo que es fuerte y empapado de suave humor, y el campo de hierbas cubierto y de gran fertilidad, cual es el que solemos contemplar muchas veces en el hondo de un valle excavado en la montaña (donde se deslizan los ríos desde las elevadas rocas arrastrando fecundante limo), y lo mismo el suelo que se levanta orientado al Austro y cría

⁴⁵ Verg. G. 2, 177-194. Caracteres de los terrenos: cada uno exige un tipo de cultivo. Tierras aptas para el olivo; suelo para vides; regiones adecuadas a la cría del ganado; etc.

el helecho, odiado por el corvo arado, éste tal será el que un día te proporcionará robustas vides, que manarán abundante vino, éste es en uvas fértil, fértil en vino, cual es el que libamos en páteras de oro, cuando el grueso Tirreno ha soplado en su flauta de marfil junto a las aras y ofrendamos las entrañas humeantes sobre platos que se encorvan bajo el peso.^{46]}

Lucrecio⁴⁷, poeta y filósofo, escribió *De rerum natura*, un poema didáctico cuyo objetivo era explicar la filosofía epicúrea a una audiencia romana.

Los elementos didácticos de la obra se caracterizan por el uso de una relación profesor-alumno, un rasgo común en las epopeyas didácticas griegas y latinas, con Lucrecio actuando como maestro y el lector como su alumno. Esta relación se enfatiza aún más por la presencia de Memio, un rico aristócrata romano y un aprendiz que necesita instrucción, a quien a menudo se le ve como un sustituto del lector. El enfoque didáctico de Lucrecio implica explicar temas complejos y oscuros, como el concepto de átomos no observables y vacío, en una prosa clara, pero a menudo compleja llena de términos técnicos.

Su obra fue un intento de mostrar a través de la poesía que todo en la naturaleza puede explicarse por leyes naturales, sin necesidad de intervención divina. Cubre una variedad de temas que incluyen la estructura del universo, los átomos como componentes básicos del universo, el alma y la muerte. Presenta

⁴⁶ Trad. de Tomás de la Ascensión Recio García.

⁴⁷ VOLK, Katharina (2002): 'The Teacher's Truth: Lucretius' *De rerum natura*', *The Poetics of Latin Didactic: Lucretius, Vergil, Ovid, Manilius* (Oxford; online edn, Oxford Academic); TRÉPANIÉ, Simon (2007): "The didactic plot of Lucretius, 'De Rerum Natura', and its Empedoclean model", en: *Bulletin of the Institute of Classical Studies. Supplement*, N° 94, pp. 243-282; NETHERCUT, Jason S. (2020): "Callimachus, Lucretius, and Didactic Elements in Vergil's Aeneid-Proem", en: *Classical Philology*, Vol. 115, N° 4, pp. 727-736.

los principios del atomismo, la naturaleza de la mente y el alma, explicaciones de la sensación y el pensamiento, el desarrollo del mundo y sus fenómenos, y explica una variedad de fenómenos celestes y terrestres. Este enfoque es parte de la tradición didáctica, que tiene como objetivo educar al lector u oyente mediante la presentación de información o principios.

*Quod super est, vacuas auris animumque sagacem
semotum a curis adhibe veram ad rationem,
ne mea dona tibi studio disposta fideli,
intellecta prius quam sint, contempta relinquant.
nam tibi de summa caeli ratione deumque
disserere incipiam et rerum primordia pandam,
unde omnis natura creet res, auctet alatque,
quove eadem rursus natura perempta resolvat,
quae nos materiem et genitalia corpora rebus
reddunda in ratione vocare et semina rerum
appellare suemus et haec eadem usurpare
corpora prima, quod ex illis sunt omnia primis⁴⁸.*

[Por lo demás, Memiada mío, con oídos desembarazados, entrégate libre de preocupaciones a la doctrina verdadera, no vaya a ser que mis dones, preparados para ti con leal empeño, antes de comprenderlos, los desdeñes y abandones. Pues por ti me pondré a disertar sobre el más alto fundamento del cielo y los dioses, e iré desvelando los

⁴⁸ Lucr. 1, 50. Presentación general de la obra.

primordios de los seres, de dónde la naturaleza produce todos los seres y los agranda y sustenta, y adonde a su vez esa misma naturaleza los reduce al desbaratarlos. A estas cosas nosotros solemos llamarlas, al dar una explicación de la realidad, 'simientes de seres', y denominarlas a esas mismas también 'cuerpos primarios', porque de esos cuerpos primarios derivan todos.^{49]}

Su obra constituye un ejemplo importante de epopeya didáctica en la tradición de la literatura griega y latina.

Lucrecio utiliza varios métodos para transmitir sus enseñanzas. Uno de ellos es el uso de metáforas y analogías para hacer más comprensibles conceptos filosóficos y científicos complejos. Por ejemplo, utiliza la metáfora del "vacío" para explicar el concepto de espacio vacío en la teoría atomista⁵⁰, o presenta la filosofía como una conquista y utiliza el lenguaje perceptual para referirse a procesos cognitivos no perceptivos. También compara las letras de su poema con los átomos que constituyen el mundo, sugiriendo que su texto es un microcosmos del macrocosmos que describe⁵¹.

El poema también se caracteriza por el uso de imágenes, que ayudan a explicar las leyes y procesos fundamentales de la cosmovisión epicúrea. El uso que hace Lucrecio de metáforas e imágenes no es meramente decorativo, sino que tiene un propósito didáctico, haciendo que las ideas complejas sean más claras e inmediatas para los sentidos.

⁴⁹ Trad. de Francisco Socas Gavilán.

⁵⁰ Lucr. 1, 329-334. [Y sin embargo no en todo lugar está todo apelmazado y sujeto por una naturaleza corpuscular, pues también se da en la realidad el vacío, algo que en muchos extremos te será de provecho conocer y no permitirá que te extravíes y dudes, que andes preguntando constantemente por el fundamento de la realidad sin confiar en nuestra palabra.]

⁵¹ En Lucr. 1, 197, 824 y 912; 2, 688 y 1013-1018.

Además, Lucrecio presenta las enseñanzas de Epicuro⁵² no de manera desapegada sino con un fervor misionero, identificándose emocionalmente con su tema de una manera que otorga poder a su exposición. Dedicó toda su habilidad a presentar la filosofía epicúrea de la manera más clara, fiel y persuasiva posible, considerando su misión nada menos que la iluminación universal y la liberación de la humanidad.

Ovidio⁵³, otro destacado poeta, escribió muchas obras que son ricas en elementos didácticos, que son componentes instructivos e informativos que tienen como objetivo enseñar o educar al lector. Se caracterizan por una combinación única de elementos didácticos, brillantez narrativa y un estilo lúdico y consciente de sí mismo. Su capacidad para transformar la poesía didáctica tradicional en formas originales e imprevistas ha dejado un impacto duradero en el mundo literario.

Estos elementos están presentes de diversas formas.

En su poesía amorosa, Ovidio emplea a menudo elementos didácticos. Por ejemplo, en sus tres libros sobre el amor, a saber, *Amores*, *Ars Amatoria* y *Remedia Amoris*, fusiona la tradición del amor-elegía con la antigua tradición popular de

⁵² Lucr. 1, 62-67. [Cuando en todo el mundo la vida humana permanecía ante nuestros ojos deshonrosamente postrada y aplastada el liberador bajo el peso de la religión, que desde las regiones del cielo mostraba su cabeza anazando desde lo alto a los mortales con su visión espantosa, por vez primera un griego se atrevió a levantar de frente sus ojos mortales, y fue el primero en hacerle frente.]

⁵³ Véase la siguiente bibliografía, DUROCHER, Richard J. (1985): "Perpetual Rhapsody: The rhetorical unity of Ovid's 'Metamorphoses'", en: *CEA Critic* 48, N° 2, pp. 41-55; BRUNELLE, Christopher (2000): "Form vs. Function in Ovid's 'Remedia Amoris'", en: *The Classical Journal* 96, N° 2, pp. 123-140; VOLK, Katharina (2002): "'The Poem's Success: Ovid's *Ars amatoria* and *Remedia armoris*", *The Poetics of Latin Didactic: Lucretius, Vergil, Ovid, Manilius*" (Oxford; online edn, Oxford Academic); GIUSTI, Elena (2019): "Ovid's *Ars Poetica*: Metapoetic Didactic in the *Ars Amatoria*", en: L.G. Canevaro y D. O'Rourke (eds.), *Didactic Poetry: Knowledge, Power, Tradition* (Classical Press of Wales), pp. 151-177; MORGAN, Llewelyn (2020): "Love poetry", *Ovid: A Very Short Introduction, Very Short Introductions* (Oxford; online edn, Oxford Academic).

la poesía didáctica. Estas obras no tratan sólo del amor, sino también del arte de la poesía amorosa en sí, mostrando un estilo lúdico y consciente de sí mismo. El poema *Ars Amatoria* es especialmente conocido por su ingenio y humor, lo que lo convierte en un ejemplo entretenido de literatura didáctica.

*Qui modo Nasonis fueramur quinque libelli,
tres sumus; hoc illi praetulit auctor opus.
ut iam nulla tibi nos sit legisse voluptas,
at levior demptis poena duobus erit*⁵⁴.

[Nosotros, libros de Nasón, que hasta hace poco éramos cinco, somos ahora tres. El autor ha preferido esta división a aquélla. Si nuestra lectura no te ha reportado ningún placer, la supresión de los otros dos te hará más llevadero el fastidio.⁵⁵]

Medicamina Faciei Femineae es otro ejemplo de su poesía didáctica, del que hoy sobreviven solamente cien versos. Esta obra, junto con *Ars Amatoria* y *Remedia Amoris*, demuestra la capacidad de Ovidio para subvertir temas didácticos tradicionales, como la agricultura o la ciencia, y centrarse en temas como la seducción y el desamor, el noviazgo, las relaciones y la búsqueda de intereses románticos.

*Discite quae faciem commendet cura, puellae,
Et quo sit vobis forma tuenda modo*⁵⁶.

⁵⁴ *Epigramma Ipsius*. Los libros personificados se dirigen al lector explicando la antigua y nueva división de la obra.

⁵⁵ Trad. de Vicente Cristóbal López.

⁵⁶ Ov. Med. 1-2.

[Aprended, mujeres, qué cuidados embellecen vuestro rostro y de qué manera podéis preservar vuestra hermosura.⁵⁷]

Forsitan antiquae Tatio sub rege Sabinae

Maluerint, quam se, rura paterna coli: [...]

At vestrae matres teneras peperere puellas.

Vultis inaurata corpora veste tegi,

Vultis odoratos positu variare capillos,

Conspicuum gemmis vultis habere manum:

Induitis collo lapides oriente petitos,

Et quantos onus est aure tulisse duos.

Nec tamen indignum: sit vobis cura placendi,

Cum comptos habeant saecula nostra viros.

Feminea vestri poliuntur lege mariti,

Et vix ad cultus nupta, quod addat, habet⁵⁸.

[Quizá las antiguas sabinas en tiempo del rey Tacio hubiesen preferido cultivar los campos de su padre antes que a sí mismas. [...] pero vuestras madres han traído al mundo hijas delicadas: queréis cubrir vuestro cuerpo con vestiduras doradas, queréis variar la forma de peinar vuestros perfumados cabellos y queréis tener una mano que, cubierta de piedras preciosas, llame la atención; os colgáis del cuello perlas buscadas en Oriente y dos

⁵⁷ Trad. de Vicente Cristóbal López.

⁵⁸ Ov. Med. 11-12; 17-26. Nótese como Ovidio se vale de una comparación entre los tiempos antiguos y sus contemporáneos, para subrayar la idea de que los tiempos cambian y ahora la costumbre es el ornato.

pendientes de vuestras orejas, único peso que en ella podéis llevar. Y desde luego, no es vituperable: preocupaos por gustar, ya que vivís en una época en que también los hombres se adornan: vuestros maridos se engalanan, siguiendo la norma de las mujeres y una novia apenas tiene nada que añadir a ese ornato.^{59]}

Ad mea, decepti iuvenes, praecepta venite,

Quos suus ex omni parte fefellit amor.

Discite sanari, per quem didicistis amare:

Una manus vobis vulnus opemque feret⁶⁰.

[Acudid a mis consejos, jóvenes frustrados, a quienes vuestro amor os ha desilusionado por entero. Aprended a curaros de quien aprendisteis a amar: una misma mano os herirá y os dará el auxilio.^{61]}

En *Heroides* desarrolló una idea ya utilizada por Sexto Propercio hasta convertirla en algo así como un nuevo género literario, se trata de monólogos dramáticos para explorar una variedad de emociones humanas. Las lecciones de la educación retórica de Ovidio, en particular los ejercicios llamados *ethopoiea*⁶² (o semblanza de caracteres), se explotan brillantemente en esta obra.

Por último, en las *Metamorphoses* se combinan las tradiciones de la épica heroica y didáctica en una culminación integral del género. El poema comienza con una cosmogonía, un tema filosófico tradicionalmente considerado el tema poético más elevado y, por tanto, el tema que mejor se adapta al género

⁵⁹ Trad. de Vicente Cristóbal López.

⁶⁰ Ov. Rem. 41-44.

⁶¹ Trad. de Vicente Cristóbal López.

⁶² *Ethopoieia* es el término griego antiguo para la creación de un carácter.

poético, la gran epopeya. El tema general de la transformación y el cambio puede verse como una metáfora del acto de creación poética.

Las obras de Horacio⁶³, un destacado poeta lírico que vivió durante la época de Augusto, demuestran una mezcla de didáctica y lírica, y su poesía a menudo imparte sabiduría y consejos manteniendo un estilo atractivo y agradable.

Los elementos didácticos están presentes de diversas formas, por ejemplo, en su *Epistularum liber primus*, emplea lo que puede describirse como el "modo didáctico", con una colección de cartas que contienen expresiones imperativas que dirigen, instruyen y exhortan a sus destinatarios internos de diversas maneras.

En su *Ars Poetica*, presentada como una carta informal a los miembros de la familia Pisón, ofrece consejos a los poetas principiantes y enfatiza la importancia del decoro en la poesía y la necesidad de "unir lo instructivo con lo agradable"⁶⁴. Su principal contribución a la teoría literaria radica en su articulación del propósito de la poesía o de la literatura en general: es *dulce et utile*, dulce y útil. Horacio insiste en

⁶³ Véase la siguiente bibliografía, MORRISON, A. D. (2007): 'Didacticism and Epistolarity in Horace's Epistles 1', en: Ruth Morello y A. D. Morrison (eds.), *Ancient Letters: Classical and Late Antique Epistolography* (Oxford, 2007; online edn, Oxford Academic); HARRISON, Stephen J. (2013): "Didactic and Lyric in Horace Odes 2: Lucretius and Vergil", en: T. Papanghelis, S. Harrison y S. Frangoulidis (eds.), *Generic Interfaces in Latin Literature: Encounters, Interactions and Transformations* (Berlin, Boston: De Gruyter, pp. 367-384; HARDIE, Philip (2014): "The Ars Poetica and the Poetics of Didactic", en: *Materiali e Discussioni per l'analisi Dei Testi Classici*, N° 72, pp. 43-54; HAYDU, Péter (2014): "Horace's Ars Poetica as Pure Poetry", en: *Materiali e Discussioni per l'analisi Dei Testi Classici*, N° 72, pp. 85-96; HARDIE, Philip (2023): "35 The Ars Poetica and the Poetics of Didactic", en: *Selected Papers on Ancient Literature and its Reception* (Berlin, Boston: De Gruyter), pp. 634-644.

⁶⁴ Hor. Ars. 343-344. *omne tulit punctum, qui miscuit utile dulci lectorem delectando pariterque monendo.* [pero se ha llevado todo el voto el que mezcló a lo agradable lo útil, deleitando al lector e instruyéndolo a un tiempo.]

que la literatura cumple un propósito didáctico y proporciona placer. No por nada, en sus odas y epístolas, explora con frecuencia temas de amor, amistad, filosofía y el arte de la poesía.

scribendi recte sapere est et principium et fons.

rem tibi Socraticae poterunt ostendere chartae

verbaque provisam rem non invita sequentur.

qui didicit, patriae quid debeat et quid amicis,

quo sit amore parens, quo frater amandus et hospes,

quod sit conscripti, quod iudicis officium, quae

partes in bellum missi ducis, ille profecto

reddere personae scit convenientia cuique.

[La sensatez es principio y fuente del bien escribir. Los escritos de los socráticos te podrán brindar la materia, y una vez que la materia esté disponible, de buen grado la seguirán las palabras. El que sabe qué debe a la patria y qué a los amigos; con qué amor hay que amar a los padres, con cuál al hermano y al huésped; cuál es el deber del senador, cuál el del juez, cuál el papel del jefe enviado a la guerra, ése sin duda sabrá dar a sus personajes los rasgos que a cada uno le cuadran.⁶⁵]

aut prodesse volunt aut delectare poetae

aut simul et iucunda et idonea dicere vitae.

quidquid praecipies, esto brevis, ut cito dicta

percipiant animi dociles teneantque fideles:

⁶⁵ Traducción de José Luis Moralejo.

omne supervacuum pleno de pectore manat.

[Los poetas pretenden o ser de provecho o brindar diversión; o bien hablar de cosas a un tiempo gratas y buenas para la vida. Siempre que des un precepto, sé breve, a fin de que, dichas en poco tiempo las cosas, las acojan las mentes con docilidad y fielmente las guarden; pues todo lo superfluo desborda de un ánimo ya saturado.⁶⁶]

Cicerón⁶⁷, estadista, orador y filósofo romano, escribió extensamente sobre una variedad de temas, incluida la ética, la política y la filosofía, brindando orientación moral y práctica. Sus obras contienen elementos didácticos, que incluyen formas específicas de tratamiento, transición y argumentación, a menudo cristalizadas en expresiones casi formularias.

Los prefacios de los últimos diálogos de Cicerón indican que comparten una función pedagógica con las prácticas filosóficas de la Academia helenística, lo que sugiere que los textos de Cicerón promulgan sistemáticamente, además de representar, una metodología pedagógica académica. Asimismo, el uso que hace Cicerón del drama en el tratamiento de las emociones refleja sus objetivos didácticos en las *Tusculanae Disputationes*.

Sed profecto mors tum aequissimo animo appetitur, cum suis se laudibus vita occidens consolari potest. nemo parum

⁶⁶ Traducción de José Luis Moralejo.

⁶⁷ CASTON, Ruth Rothaus (2015), "Pacuvius hoc melius quam Sophocles: Cicero's use of drama in the treatment of the emotions", en: *Bulletin of the Institute of Classical Studies. Supplement*, N° 125, pp. 129-148; BRITTAIN, Charles; OSORIO, Peter (2021): "The Ciceronian Dialogue", en: J. Atkins y T. Bénatouil (eds.), *The Cambridge Companion to Cicero's Philosophy* (Cambridge: Cambridge University Press), pp. 25-42.

*diu vixit, qui virtutis perfectae perfecto functus est munere*⁶⁸.

[Ahora bien, en realidad la muerte se afronta con la máxima serenidad cuando la vida, en su declive, puede hallar consuelo en sus propios méritos. Nunca es demasiado breve la vida de quien ha cumplido plenamente el deber de la virtud perfecta⁶⁹.]

De Officiis tenía como objetivo evitar que la juventud romana se enredara en influencias corruptoras y fue ampliamente aceptada, citada, enseñada y discutida como modelo de escritos éticos y morales en toda Europa durante siglos. Además, uno de primeros trabajos de Cicerón, '*De Inventione*', se describe como rígido, didáctico y formal, lo que muestra su exploración temprana de elementos didácticos en sus escritos.

*Formam quidem ipsam, Marce fili, et tamquam faciem honesti vides, "quae si oculis cerneretur, mirabiles amores," ut ait Plato, "excitaret sapientiae." Sed omne, quod est honestum, id quattuor partium oritur ex aliqua: aut enim in perspicientia veri sollertiaque versatur aut in hominum societate tuenda tribuendoque suum cuique et rerum contractarum fide aut in animi excelsi atque invicti magnitudine ac robore aut in omnium, quae fiunt quaeque dicuntur, ordine et modo, in quo inest modestia et temperantia. Quae quattuor quamquam inter se colligata atque implicata sunt, tamen ex singulis certa officiorum genera nascuntur*⁷⁰.

⁶⁸ Cic. Tusc. 1, 109.

⁶⁹ Traducción de Alberto Medina González.

⁷⁰ Cic. Off. 1, 15.

[Ya puedes contemplar, hijo mío Marco, la hermosura misma y como la faz de la honestidad, la que, si lograra verse con los ojos, despertaría, como dice Platón, un maravilloso amor de ella. Pero todo cuanto es honesto proviene de alguna de estas cuatro cosas: en efecto, o consiste en el conocimiento de la verdad y en la viveza de ingenio; o en fomentar la sociedad de los hombres dando a cada uno lo suyo y siendo leal en los contratos; o en la grandeza y fortaleza de una alma excelsa e inquebrantable; o en el orden y medida en cuanto se dice y se hace, en lo cual estriban la moderación y la templanza. Aun cuando estas cuatro cosas están ligadas entre sí e implicadas unas en otras, sin embargo, de cada una nace determinada especie de deberes.^{71]}

Ac de narratione quidem satis dictum videtur; deinceps ad partitionem transeamus. Recte habita in causa partitio inlustrem et perspicuam totam efficit orationem. partes eius sunt duae, quarum utraque magno opere ad aperiendam causam et constituendam pertinet controversiam. una pars est, quae, quid cum adversariis conveniat et quid in controversia relinquatur, ostendit; ex qua certum quiddam destinatur auditori, in quo animum debeat habere occupatum. altera est, in qua rerum earum, de quibus erimus dicturi, breviter expositio ponitur distributa; ex qua conficitur, ut certas animo res teneat auditor, quibus dictis intellegat fore peroratum⁷².

[Sobre la narración creo que ya he dicho suficiente. Pasemos ahora a la división. Una división correcta de la causa confiere brillantez y claridad a todo el discurso.

⁷¹ Traducción de Baldomero Estrada Morán.

⁷² Cic. Inv. 1, 31.

Tiene dos partes, ambas de enorme importancia para explicar la causa y especificar el contenido del debate. La primera determina aquellos puntos en que estamos de acuerdo con los adversarios y aquellos en los que disentimos; con ella señalamos al oyente el punto específico al que debe prestar atención. La segunda consiste en exponer breve y ordenadamente los asuntos que nos disponemos a tratar; esto lleva al oyente a retener en su mente unos puntos concretos y le hace ver, una vez que éstos han sido ya discutidos, que el discurso ha terminado.^{73]}

Varrón, erudito y escritor, fue conocido por sus extensas y voluminosas obras, que incluían elementos didácticos. Sus escritos cubrieron una amplia gama de temas, como agricultura, lenguaje y métrica.

Las obras de Varrón se caracterizaron por su disposición metódica, divisiones técnicas y carácter laborioso. Algunas de sus obras destacadas con elementos didácticos incluyen *De re rustica* y *De lingua latina*⁷⁴. La primera tenía como objetivo educar e instruir a los lectores sobre aspectos prácticos y teóricos de la agricultura, brindando orientación sobre prácticas agrícolas, cría de animales y administración de propiedades, mientras que la segunda profundizó en el estudio de la lengua y la gramática, brindando a los lectores información sobre la lengua latina, sus orígenes y su uso. Mostró el enfoque didáctico de Varrón sobre la educación lingüística. Además, este autor involucró elementos del verso

⁷³ Traducción de Salvador Núñez.

⁷⁴ FUHRMANN (1985), pp. 245-246. El primero, integrado por tres libros y escrita en la forma de diálogo; la segunda, originalmente tendría una extensión de veinticinco libros, de los que se conservan en la actualidad sólo los libros 5 al 10.

lirico en su trabajo lingüístico, mostrando la naturaleza diversa de sus contribuciones didácticas.

*Quapropter tu potius agri culturae partes nobis expone. Scrofa, Agri culturae, inquit, quattuor sunt partes summae: e quis prima cognitio fundi, solum partesque eius quales sint; secunda, quae in eo fundo opus sint ac debeant esse culturae causa; tertia, quae in eo praedio colendi causa sint facienda; quarta, quo quicque tempore in eo fundo fieri conveniat*⁷⁵.

[“Por ello, es mejor que tú nos expongas las partes de la agricultura”. “Las partes principales de la agricultura”, dijo Escrofa, “son cuatro, de las que la primera es el conocimiento de la finca, el suelo y cuáles son sus constituyentes; la segunda, qué materiales se necesitan y deben tenerse para el cultivo de la finca; la tercera qué operaciones han de realizarse para cultivar ese predio; y la cuarta, lo que conviene hacer en cada momento en esa finca”⁷⁶.]

Además de los autores antes mencionados, hacemos mención a Catón el Viejo, estadista y escritor, escribió *De Agri Cultura*, un tratado didáctico sobre agricultura⁷⁷. Ofrece consejos prácticos sobre agricultura, gestión de fincas agrícolas y las virtudes de la vida rural. La obra refleja los valores conservadores de Catón y su creencia en la importancia de la agricultura para el Estado romano.

⁷⁵ Varro. *De re rustica* 1, 5, 3.

⁷⁶ Traducción de José Ignacio Cubero Salmerón.

⁷⁷ FUHRMANN (1985), p. 244.

También Quintiliano⁷⁸, quien escribió la *Institutio Oratoria*, una obra integral de doce volúmenes sobre la teoría y la práctica de la retórica. Se considera una contribución importante a la teoría educativa y la crítica literaria y ofrece un plan educativo holístico para la formación de un orador. Proporciona orientación detallada sobre retórica, composición y desarrollo de habilidades orales persuasivas. La obra se considera un texto fundamental sobre el arte de la oratoria y ha tenido una influencia duradera en la enseñanza de la retórica⁷⁹.

Omnis autem orandi ratio, ut plurimi maximique auctores tradiderunt, quinque partibus constat, inventione, dispositione, elocutione, memoria, pronuntiatione sive actione, utroque enim modo dicitur. omnis vero sermo, quo quidem voluntas aliqua enuntiatur, habeat necesse est rem et verba. Ac si est brevis et una conclusione finitus, nihil fortasse ultra desideret; at oratio longior plura exigit. non tantum enim refert, quid et quo modo dicamus, sed etiam quo loco⁸⁰.

[Toda la oratoria, como dicen muchísimos de los autores más insignes, se reduce a cinco partes: invención, disposición, elocución, memoria y pronunciación, o además, pues tiene estos dos nombres. Todo discurso que explica lo que sentimos, consta por necesidad de dos cosas, de materia y palabras. Y si es breve y reducido a una sola oración, no necesita de más; pero cuando el

⁷⁸ DOZIER, Curtis (2014): "Quintilian's Ratio Discendi (Institutio 12.8) and the Rhetorical Dimension of the Institutio Oratoria", en: *Arethusa* 47, N° 1, pp. 71-88; PEIRANO GARRISON, Irene (2019): "The Orator and the Poet in Quintilian's Institutio Oratoria", en: *Persuasion, Rhetoric and Roman Poetry* (Cambridge: Cambridge University Press), pp. 88-132.

⁷⁹ CODOÑER (2011), p. 591.

⁸⁰ Quint. Inst. 3, 3, 1-2.

razonamiento es largo, ha de tener mucho más, pues no solamente importa saber expresar los pensamientos y el modo de proponerlos, sino las circunstancias del lugar.^{81]}

Uno de los elementos didácticos clave en la obra es el énfasis en el carácter moral del orador. Quintiliano creía que un gran orador debía ser un buen hombre y veía el estudio de la filosofía como un medio para fortalecer el carácter. Sostuvo que virtudes como el coraje, la justicia y el autocontrol a menudo están involucradas en la oratoria, y cada una requiere ilustración, lo que exige la imaginación y la elocuencia del orador⁸².

Quintiliano destacó también la importancia de una educación integral y temprana del orador⁸³. Creía que todo el proceso educativo, desde la infancia en adelante, era relevante para su tema principal de formar a un orador. Este enfoque en la educación temprana incluía diversos temas como la lectura y la composición, y creía que el orador debía estar bien equipado con ejemplos y precedentes⁸⁴.

En cuanto a los métodos de enseñanza, Quintiliano aconsejó que se deberían aplicar distintos de ellos en función de los diferentes caracteres y habilidades de los alumnos. Creía que los jóvenes debían disfrutar de sus estudios y conocía el valor del juego y la recreación en el aprendizaje. Advirtió contra

⁸¹ Traducción de Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier.

⁸² En el libro segundo se trata el tema "Si en la enseñanza de los discípulos se le debe llevar a cada cual por lo que su ingenio pide".

⁸³ CODOÑER (2011), p. 599.

⁸⁴ En el libro segundo se tratan temas como "Qué asuntos debe el maestro de retórica dar a sus discípulos para la composición", "Conviene que las declamaciones sean muy semejantes a las causas del foro".

desanimar a un alumno con una severidad indebida y criticó la práctica del castigo corporal⁸⁵.

El método de Quintiliano se basa en la interrelación entre hablar, leer y escribir. Enumeró y definió los principales elementos que aparecen en la *Institutio Oratoria*, incluyendo precepto, ejercicios de composición, imitación, estilo y secuenciación. Cada uno de estos elementos se subdivide según objetivos y ejercicios⁸⁶.

En síntesis, los elementos didácticos de la obra de Quintiliano incluyen el énfasis en el carácter moral del orador, la importancia de una educación integral y temprana, la aplicación de diferentes métodos de enseñanza según las habilidades de los alumnos y la interrelación entre el habla y la palabra, la lectura y la escritura.

Para cerrar con estos autores, mencionamos a Suetonio Tranquilo, escritor y biógrafo romano, es conocido por su obra *De vita Caesarum*, cuya función didáctica se ofrece a través de lecciones biográficas y morales de la vida de los primeros emperadores romanos. Los elementos temáticos de sus biografías se construyen en última instancia alrededor del anillo central de la biografía, donde Suetonio imparte un retrato único del carácter de cada emperador para transmitir un mensaje complejo y significativo a cada uno de sus súbditos⁸⁷. El uso constante de la tercera persona y la división del material en categorías temáticas se identifican como características clave de la obra,

⁸⁵ En Quint. Inst. 1, 3, se incluyen temas como "Señales para conocer el talento", "Cómo se ha de manejar el ingenio del discípulo", "De las diversiones", "No se les debe azotar".

⁸⁶ En Quint. Inst. 8, 1. "De la elocución"; Quint. Inst. 9, 4. "De la composición"; Quint. Inst. 10, 2. "De la imitación; Quint. Inst. 12, 10. "Del estilo".

⁸⁷ CODOÑER (2011), pp. 645-646.

lo que enfatiza aún más la función didáctica de sus biografías⁸⁸.

Estos autores y sus obras demuestran la diversa gama de temas tratados en la literatura didáctica romana, desde el amor y la poesía hasta la filosofía y la agricultura, reflejando los intereses y valores educativos de la sociedad romana durante la República tardía y el Imperio temprano.

El estudio de la literatura didáctica en el mundo romano sigue siendo de interés para los estudiosos y estudiantes de la literatura latina, particularmente de finales de la República hasta principios del Imperio. Trabajos recientes, como "*Didactic Literature in the Roman World*", editado por T. H. M. Gellar-Goad y Christopher B. Polt, recopilan nuevas investigaciones sobre poesía y prosa didáctica latina, evaluando los variados y cambiantes roles que desempeñó la literatura de enseñanza y aprendizaje durante este período.

⁸⁸ CODONER (2011), p. 648. Las biografías de Suetonio siguen el carácter didáctico de las biografías de Cornelio Nepote en su *De viris illustribus*. Suetonio proporciona información valiosa sobre la ascendencia, los hábitos personales, la apariencia física, las vidas y las carreras políticas de los primeros emperadores romanos. Su valor también radica en que menciona detalles que otras fuentes no, por ejemplo, las vidas de Calígula y Claudio que en los *Annales* de Tácito se han perdido.

1.3. El lugar de la literatura jurídica.

Cabe preguntarse si los textos jurídicos son en verdad "literatura". La Antigüedad no conoció un término global equivalente a la palabra abstracta "literatura", en el sentido afirmado en los siglos XVIII - XIX, que surgió al mismo tiempo que la concepción de la estética entendida como el "art de penser le beau"⁸⁹. La especialización de las disciplinas y su marco académico han contribuido a separar lo que antes iba unido, expulsando del campo estético-literario lo que pertenece a la ciencia y la erudición, factor que explica la reticencia de los manuales de literatura latina a incluir textos jurídicos en una categoría que, hoy, de forma más o menos consciente, está ligada a lo bello y a lo universal⁹⁰. La solución alternativa que frecuentemente adoptan no es en modo alguno mejor: instituir una categoría específica, a saber, "literatura técnica" o "literatura técnico-científica"⁹¹.

Es dable pensar que los propios juristas y el público general consideraron que estos libros constituían un cuerpo de escritura distinto. Los propios antiguos, como Cicerón⁹² y

⁸⁹ La primera acepción de "literatura" que entrega la RAE es "Arte de la expresión verbal."

⁹⁰ La literatura de invención, que no se centra en lo que es, sino en lo que podría ser, reivindica una capacidad superior para hablar de lo universal; esta idea ya se encuentra en Aristóteles, Poet. 1451b 4-15, a propósito de la diferencia entre la poesía y la historia.

⁹¹ MANTOVANI (2018), p. 50.

⁹² Cic. de Orat. 1, 64. *Quam ob rem, si quis universam et propriam oratoris vim definire complectique vult, is orator erit mea sententia hoc tam gravi dignus nomine, qui, quaecumque res inciderit, quae sit dictione explicanda, prudenter et compositae et ornatae et memoriter dicet cum quadam actionis etiam dignitate.* [Por lo cual, si alguien quiere delimitar y abarcar tanto las características genéricas como específicas del orador, en mi opinión será orador digno de tal nombre quien -sea cual sea el asunto que surja y que haya de ser expuesto mediante la palabra- pueda desarrollarlo sabiendo de antemano lo que ha de decir, con orden, elegancia, sin fallos de memoria,

Quintiliano⁹³, consideraban tres formas diferentes de prosa como literatura, en la medida en que eran adecuadas para la exhibición de brillantez oratoria (*ornate dicere*): filosofía, historia y oratoria.

El hecho de que la escritura jurídica no pertenezca a uno de los tres géneros antes mencionados no es concluyente, pues son sólo aquellos tipos de literatura aptos para el despliegue de la habilidad retórica, mientras que la escritura de tipo jurídica puede ser menos retórica, pero, incluso según los estándares antiguos, todavía puede considerarse literatura⁹⁴.

En este sentido, los escritores de este tipo de obras pueden ser incluidos en la categoría de "técnicos", los cuales representan una gran parte de la literatura latina, en la que es posible encontrar una abundancia de disciplinas específicas, cuyos representantes son en parte de bajo nivel social, con algunas excepciones, tal es el caso de los autores jurídicos que, conforme al nivel de especialización que posean, pertenecerán a la aristocracia, circunstancia que eventualmente se modificará en pequeña medida.

Como resultado del menor interés que los intelectuales romanos dedicaban a investigaciones específicas de difícil

todo ello acompañado de una cierta dignidad en su ejecución.] Traducción de José Javier Iso.

⁹³ Quint. Inst. 10, 1. *Nam certe, cum sit in eloquendo positum oratoris officium, dicere ante omnia est, atque hinc initium eius artis fuisse manifestum est; proximam deinde imitationem, novissimam scribendi quoque diligentiam.* [Porque en la realidad, consistiendo el oficio de éste en hablar elegantemente la elocución es lo primero de todo, y que de aquí tuvo su principio esta facultad es cosa clara; después se le siguió inmediatamente la imitación, y últimamente también la diligencia o cuidado en el escribir.] Traducción de Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier.

⁹⁴ Opina GONZÁLEZ LUIS (2005), p. 91: "[...] si nos encastillamos en una postura estricta y rigurosa del concepto literario, dejaríamos marginados y fuera de consideración textos de alto valor cultural y lingüístico, como por ejemplo los tratados técnicos de arquitectura, medicina, gramática, agronomía o sobre arte militar, y otros tantos quizás de menor interés y repercusión para nuestra civilización occidental que la jurisprudencia."

lectura, es que surge una forma relativamente nueva en la literatura latina, la enciclopedia, obra de vasta extensión, cuyo tratamiento general y sistemático de varias disciplinas, vuelve el conocimiento técnico mucho más accesible.

Plinio el Viejo es quizá el ejemplo más representativo de autor de este tipo de literatura. Su *Naturalis Historia* es la enciclopedia romana más grande que ha sobrevivido hasta nuestros días, la recopila información extraída de otros autores antiguos. La obra está dividida en treinta y siete libros, organizados en diez volúmenes. Estos cubren temas que incluyen astronomía, matemáticas, geografía, etnografía, antropología, fisiología humana, zoología, botánica, agricultura, horticultura, farmacología, minería, mineralogía, escultura, arte y piedras preciosas.⁹⁵

Las enciclopedias son, en general, el fruto del trabajo hecho por hombres pertenecientes al estrato social más elevado, tomando como punto de referencia las investigaciones científicas efectuadas por los griegos. No es casualidad que la retórica esté al frente de esta prosa técnica, pues fue precisamente ella la que proporcionó las operaciones mismas que permitieron transformar una disciplina en un discurso estructurado, gracias a las divisiones, a las definiciones, a las comparaciones, a los paralelismos.

Fue también la demanda la que impulsó la redacción de libros de texto de retórica, dado el lugar central que ocupaba esta disciplina en Roma en la formación de los jóvenes ciudadanos, incluidos los que posteriormente se especializaron en Derecho. Fue principalmente gracias a Varrón que los modelos

⁹⁵ CODÓÑER (2011), pp. 806-808. Por su extensión y detalle, la obra de Plinio parece haber sido concebida como un texto de consulta, de ahí que el libro I fuera un índice que facilitara el acceso a la información.

griegos y helenísticos de los libros de texto se extendieron, más allá de la retórica, por todo el panorama de disciplinas: agricultura, lógica, gramática, matemáticas, geometría, música, astronomía⁹⁶. Bajo los Flavios o Trajano, poco después del diálogo imaginario de Petronio, incluso la topografía, un tema típicamente romano, se beneficiaría de varias presentaciones más o menos bien estructuradas.

Sólo el Derecho se mantuvo lejos de este desarrollo que empujó a las disciplinas a transformarse en "artes", en tratados sistemáticos. Las especialidades puramente teóricas quedan en segundo plano en Roma respecto a las ciencias aplicadas. Las formas y contenidos de la literatura técnica llevan el sello de la ciencia helenística, aunque con notables cambios en su acento. La experiencia de los romanos converge especialmente en las disciplinas tecnológicas: agricultura⁹⁷, agrimensura⁹⁸ (los *grommatici*), arquitectura⁹⁹, mineralogía y metalurgia¹⁰⁰, entre otras.

Estas obras resultan ser, en muchas áreas del conocimiento, las fuentes principales para nuestro conocimiento del periodo y, así, Cicerón nos transmite la

⁹⁶ CODOÑER (2011), p. 795. El manual es la forma habitual para fines didácticos, sin embargo, a pesar de su utilidad, se considera a estos textos como pobres en comparación al resto de literatura.

⁹⁷ Catón (234-149 a.C.), con tres libros *De agri cultura*; Varrón (116-27 a.C.), con *De re rustica*, un tratado coherente, incluso arquetípico de los tratados de agricultura sistemáticos; Columela, con *De arboribus* y su tratado sistemático, *De re rustica*, dividido en doce libros sobre organización agrícola; Paladio Rutilio, con *Opus agriculturae*, marca el final de los tratados agronómicos antiguos.

⁹⁸ Se trata de obras con un contenido más técnico en sentido estricto, entre las que destacan el *De condicione agrorum* de Sículo Flaco, y el *De limitibus constituendis* de Higino.

⁹⁹ Puede decirse que el primer tratado sistemático son los diez libros *De architectura* de Vitrubio, y tiempo después se suma a este grupo Frontino (40-103 d.C.) con *De aquis urbis Romae*, obra dedicada a los acueductos.

¹⁰⁰ Plinio publica hacia el año 77 su *Naturalis historia*, obra de consulta monumental por la gran cantidad de material recopilado, que pretendía abarcar todo el conocimiento que se tenía hasta ese momento.

filosofía helenística y Celso nos informa acerca de la medicina a través de su obra *De Medicina*, una colección completa de conocimientos médicos disponibles en Roma durante el reinado de los primeros emperadores. La obra presenta una amplia colección de conocimientos médicos, basados en estudios contemporáneos y la experiencia de especialistas, lo que lo convierte en un recurso valioso para comprender las prácticas médicas durante el Imperio Romano, al tiempo que el elemento didáctico se expresa en su carácter instructivo y educativo.

Celso fue un autor talentoso y su logro radica en el estilo del texto latino, la claridad y la precisión, lo que contribuye al elemento didáctico de su obra, ya que mejora la accesibilidad y comprensibilidad del conocimiento médico que presenta¹⁰¹. El fragmento superviviente de su enciclopedia cubre diversos aspectos de la medicina, incluida la cirugía, y proporciona información sobre las funciones de muchos medicamentos y su impacto en la salud humana¹⁰². Su trabajo también profundiza en las funciones de órganos, como el diafragma y el cerebro. Es particularmente notable el énfasis de Celso en la cirugía, ya que dedicó una parte importante de su trabajo a este campo, presentándolo en los libros V a VIII, lo que resalta el carácter didáctico de su obra, ya que pretende educar e informar a los lectores sobre los procedimientos y prácticas médicas¹⁰³.

Por su parte, Vitrubio, arquitecto e ingeniero romano del siglo I a.C., es conocido por su obra de varios volúmenes titulada '*De architectura*', la única obra antigua sistemática

¹⁰¹ FUHRMANN (1985), p. 247.

¹⁰² PANIAGUA (2006), pp. 378-381.

¹⁰³ Para un detalle de los contenidos de la obra de Celso, libro por libro, véase PANIAGUA (2006), pp. 381-386.

sobre este tema¹⁰⁴. Este trabajo se considera didáctico, ya que proporciona conocimientos prácticos y teóricos sobre arquitectura, materiales de construcción, infraestructura cívica, ingeniería civil y tecnología, destacando por la plena competencia técnica del autor, su atención permanente hacia el arte y el paisaje¹⁰⁵.

El tratado de arquitectura de Vitruvio tiene sus raíces en la idea del conocimiento a través de la acción y ha influido en la configuración de la teoría y la práctica arquitectónicas durante más de dos milenios. Por lo tanto, no se puede subestimar su influencia en la teoría arquitectónica posterior, particularmente durante el Renacimiento, ya que su trabajo tuvo un profundo impacto en los arquitectos de esa época, como León Battista Alberti¹⁰⁶.

La retórica y la gramática, a pesar de su estrecha relación con formas griegas de pensamiento, dieron origen a tradiciones que les son propias a la lengua latina, con la decidida aplicación de sus categorías.

Resulta significativa la sucesión en la que son recibidas en Roma las diferentes ciencias, encontrándose en el primer puesto aquellas disciplinas que tienen un empleo inmediato en

¹⁰⁴ FUHRMANN (1985), p. 246; PANIAGUA (2006), p. 225. Se trata del primer tratado de ingeniería que se conserva, consta de diez libros y por su variedad temática, bien se la puede considerar una enciclopedia, pues incluye la construcción de edificios, la nomónica (ciencia que enseña el modo de hacer los relojes solares) y la mecánica.

¹⁰⁵ Para una lista de los contenidos, véase CODOÑER (2011), p. 774.

¹⁰⁶ CODOÑER (2011), p. 775. El redescubrimiento de la obra de Vitruvio tuvo una profunda influencia en los arquitectos del Renacimiento, provocando el renacimiento de la arquitectura clásica en los siglos siguientes. Los arquitectos como Niccoli, Brunelleschi y el mencionado Leon Battista Alberti, encontraron en *De Architectura* su justificación para elevar su rama del conocimiento a una disciplina científica, así como para enfatizar las habilidades del artesano.

la vida diaria. La más antigua y la más independiente es la jurisprudencia, de la que se tratará en el apartado siguiente.

A diferencia de conocimientos como la retórica, la arquitectura o la medicina, que en gran medida tomaron prestada su forma y contenido de los modelos griegos, en Roma la literatura jurídica, escrita sin intermediarios por sus protagonistas, fue el testimonio directo del desarrollo de la disciplina en su futuro. Esta literatura constituyó el lugar mismo donde se forjaron los contenidos que tenía la tarea de difundir y también se le reconoció un cierto grado de autoridad normativa. En Roma, el jurista-escritor no es un erudito que transcribe y sistematiza otros libros, sino un jurista que "hace Derecho" tal como lo escribe¹⁰⁷.

El Derecho fue, por tanto, la última disciplina en dar el paso. Le siguen, en el siguiente orden: la agricultura, la agrimensura, la arquitectura, la geografía, la medicina, elementos de ciencias naturales, matemáticas y astronomía, óptica y aritmética.

También es posible distinguir entre obras técnicas y obras de divulgación sobre materias específicas, según cuál fuera el público al que estaban dirigidas.

Las obras didácticas (*institutiones*) se dirigen tanto a un público técnico como a los principiantes. Su elemento determinante viene dado por la estructura clara y por la ordenación del material en forma sistemática. Puede haber servido como modelo para otras disciplinas el sistema de la retórica, que divide el ámbito de la materia en géneros y, éstos, en especies, subespecies, etc. De este modo obran

¹⁰⁷ MANTOVANI (2018), p. 188.

particularmente Varrón, Vitrubio y Celso¹⁰⁸. En sectores que no pueden ser subdivididos sistemáticamente, el material es agrupado por razones de contenido, como lo son las obras de Apicio y Frontino¹⁰⁹.

¹⁰⁸ CODOÑER (2011), pp. 766-771; 773-775; 809-810.

¹⁰⁹ CODOÑER (2011), pp. 799; 801-802.

2. Las obras jurídicas anteriores a Gayo.

2.1. Antecedentes generales.

La ciencia jurídica romana alcanzará su apogeo en el siglo II d.C., periodo que coincide con el gobierno de algunos de los emperadores llamados "buenos", y la actividad de los juristas clásicos y postclásicos eleva la práctica de estos gobernantes, práctica que se ve reflejada en muchas disposiciones del Derecho romano, que muestran en su contenido la impronta del avanzado espíritu de aquel momento.

La literatura jurídica tiene las fuentes griegas como referencia, aunque en menor medida que otras formas de la vida espiritual de Roma, siendo diferente el propio comienzo: mientras que en Grecia se ejercita el Derecho de la polis, en Roma se trata de un sistema jurídico referido a la persona¹¹⁰.

Por lo demás, la idea de la "codificación" del Derecho no es propia de los romanos, sino de los griegos, remontándose a la legislación de Dracón (hacia el 624 a.C.) y la de Solón, (594/93 a.C.), y en torno al 450 a.C., materializándose en la Ley de las XII Tablas, el primer intento de los romanos de compilar exhaustivamente sus leyes.

El proceso para la creación de las Doce Tablas comenzó en 451 a.C., cuando los plebeyos consiguen el nombramiento de una comisión compuesta por diez magistrados especiales, los *decemviri*, con la tarea de poner por escrito lo que hasta ese momento habían sido costumbres orales. Básicamente, debían crear un cuerpo normativo que sería vinculante tanto para

¹¹⁰ VON ALBRECHT (1997), p. 578.

patricios como para plebeyos y que los magistrados tendrían que hacer cumplir de manera imparcial.

Fueron un intento de establecer los derechos de todos los ciudadanos romanos, publicarlos y exhibirlos en un espacio público, de modo que se pudieran limitar los abusos y todos pudieran ser conscientes de sus derechos legales cuando se cuestionaran, siendo vinculantes para todos y que, al tiempo, todos pudieran controlar su observancia.

Esta "comisión de expertos" fue enviada a Atenas¹¹¹ y tras recabar información, elaboró estatutos suficientes para llenar diez tablillas, pero este intento, al parecer, no resultó del todo satisfactorio, especialmente para los plebeyos. Por ello, en el año 450 a.C. se nombró una segunda comisión de diez personas y se redactaron dos tablillas adicionales, que tras su elaboración -no sabemos si en roble, marfil o bronce-, fueron colocadas en el Foro para que las vieran todos los ciudadanos. En dicho lugar donde permanecieron hasta el 387 a.C., cuando fueron destruidas por los galos que saquearon e incendiaron Roma tras la batalla de Alia.

Las Doce Tablas se consideran el documento más antiguo del Derecho romano y la primera verdadera legislación regularizada para la civilización romana. Tuvieron un impacto significativo en la estructura social y política, deviniendo la base del Derecho y el gobierno romanos, porque consolidaron tradiciones y costumbres anteriores en un conjunto definitivo de leyes que describían los derechos de cada ciudadano.

Las Doce Tablas proporcionaron una comprensión temprana de algunos conceptos clave como justicia, igualdad y castigo.

¹¹¹ Liv. 3, 31, 8; 3, 32, 6; Dionys. 10, 52; CIULEI (1944), pp. 350-354; WIEACKER (1988), pp. 300-304.

Para los romanos, las Doce Tablas encarnaron muchos aspectos del cuerpo tradicional de la ética y la religión romanas, que no deberían pasarse por alto. El registro escrito de la ley en las Doce Tablas permitió a los plebeyos familiarizarse con la ley y protegerse contra los abusos de poder de los patricios, reconocieron las prerrogativas de la clase patricia y de la familia patriarcal, la validez de la esclavitud por deudas impagas y la interferencia de las costumbres religiosas en los casos civiles.

Probablemente las Doce Tablas fueron la primera legislación oficial escrita encargada por el Estado romano para regir la vida diaria de todos sus ciudadanos, siendo un precursor integral del posterior Digesto de Justiniano, que acumuló y cotejó todo el cuerpo de Derecho romano que existió hasta su composición en el siglo VI d.C.

A partir de este punto, la materia comenzará a adoptar un carácter más científico, bajo el influjo del pensamiento griego, pero de una forma autónoma particular, característica importante para el desarrollo del Derecho romano, sobre todo a partir de la última época republicana. Está sujeta a una división, de forma comparable al sistema empleado por la retórica¹¹² y puede, por tanto, convertirse en objeto de

¹¹² STROUX (1949), en *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik*, demuestra la verosimilitud de que los principios del Derecho, como aparecen expresados en los *Digesta*, no nacen en la antigüedad tardía, sino que se desarrollaron en época clásica bajo la influencia de la doctrina retórica romana y de la práctica educativa. La *scientia* de los *iuris periti* existe relativamente temprano (D. 1, 2, 2, 35). Ya en el siglo II a.C. se empiezan a registrar sistemáticamente fenómenos aislados (*genera furti, genera tutelarum*). El periodo clásico del derecho, la época de las formulaciones canónicas - prescindiendo del escrito ciceroniano perdido *De iure civili in artem redigendo* (Cic. *de orat.* 1, 87; Gell. 1, 22, 7)-, tiene lugar en el siglo II d.C. con los *Digesta* de Juventino Celso y Salvio Juliano, así como las *Institutiones* de Gayo; las categorías retóricas. WIEACKER (1988), pp. 662-675, ejercen una influencia, entre otras cosas, sobre la *quaestio facti*, los *Topica* retóricos inciden en la formación de los conceptos y de las

análisis y de aprendizaje. Esto se puede atribuir a la influencia de la actividad científica del helenismo y a una estructura mental de impronta estoica, capaz de desarrollar conceptos generales¹¹³.

reglas (*ibid.* p. 51); gramática y teoría lingüística influyen sobre todo en la interpretación textual (*ibid.* pp. 653-660).

¹¹³ ALBRECHT (1997), p. 579.

2.2. Tipología de libros.

La literatura jurídica en sentido propio es obra de los juristas¹¹⁴. Éstos fueron sin duda los primeros destinatarios de estos textos dado que, precisamente, los primeros lectores de obras jurídicas pertenecían al mismo círculo de juristas que las escribieron. De hecho, sus páginas establecen un diálogo con los libros de sus predecesores, un diálogo que se desarrolla en una especie de presente dilatado, casi libre de limitaciones cronológicas¹¹⁵.

Para ilustrar este fenómeno, Mantonavi cita como ejemplo un texto en el que Ulpiano informa que Juliano planteó un problema y su solución en el libro XXXV de su Digesto; Marcelo y Mauricio no aceptaron el punto de vista de Juliano; Papiniano, en el libro XVII de las Cuestiones, también se aleja de su solución; Neracio ya era también de esta opinión, según se lee en el primer libro de las Respuestas. Después de efectuar la revisión de las opiniones disponibles, Ulpiano se decide a favor de Juliano, pero luego agrega que Pomponio, en el libro VII del comentario a Plaucio, recordó que ciertos juristas tenían una opinión diferente. Así, en un solo texto, Ulpiano reúne una cadena de opiniones de aproximadamente dos siglos de duración, que se remonta desde la época del emperador Septimio Severo hasta el comienzo del Principado, y en la que todos los

¹¹⁴ PANIAGUA (2006), p. 117. "Solamente en Roma existió un grupo de intelectuales dedicado profesionalmente al estudio y al desarrollo del sistema legislativo que garantizaron una relevancia cualitativamente mayor y en continuo incremento al papel del Derecho en el mundo romano."

¹¹⁵ MANTOVANI (2018), pp. 31-32.

juristas son tratados como si fueran sus interlocutores coetáneos¹¹⁶.

Su punto de partida lo encontramos en la solución de casos específicos y en los comentarios de textos. Por su parte, las obras didácticas y las colecciones sientan las bases para una sistematización que constituye una premisa en la recepción que tendrá lugar en siglos posteriores. Sin embargo, de la forma de los escritos jurídicos a menudo sólo podemos hacernos una idea indirectamente, así como del formato de los libros antiguos en general, pues cada ejemplar podía tener su propio aspecto según fuera el contexto, la época, el destinatario, los materiales, la habilidad o incluso los gustos del copista y del patrocinador¹¹⁷.

Para identificar la naturaleza jurídica de un texto, una forma de hacerlo era a través de sus "títulos [en tinta roja]", pues la palabra *rubrica* se utiliza en las fuentes casi exclusivamente en relación con este tipo de textos, es decir, los escritos de juristas¹¹⁸. La palabra *caput* también aparece con especial frecuencia en textos del ámbito jurídico, público y privado, para designar las unidades de significado que los puntúan. El manuscrito de Verona de las Instituciones de Gayo, de las que trataremos con posterioridad, es el ejemplo más significativo del uso de este recurso: la división en

¹¹⁶ MANTOVANI (2018), p. 34.

¹¹⁷ MANTOVANI (2018), p. 24. Señala que el formato de los textos jurisprudenciales presentaba un gran parecido con las *leges*, que eran grabadas en bronce y expuestas en lugares populares en Roma y en las ciudades del Imperio, para que todos pudieran leerlos.

¹¹⁸ Además de la cita de Petronio, otras referencias las encontramos en Pers. Sat. 5, 88-90. *Vindicta postquam meus a praetor recessi / cur mihi non liceat, iussit quodcumque voluntas / excepto siquid Masuri rubrica vetabit?*; Quint. Inst. 12, 3, 11. *alii se ad album ac rubricas transtulerunt*; y en Iuv. 14, 192. *perlege rubras maiorum leges*.

capítulos, después del título en tinta roja precedido por la sigla - R¹¹⁹.

Ninguna de las obras nos ha llegado en su integridad. Poseemos solamente las Instituciones de Gayo, mientras que para todo lo restante, estamos reducidos esencialmente a las citas recogidas en el Digesto recopiladas de fuentes más antiguas bajo el régimen del emperador Justiniano. Si bien no conservamos las obras, sí nos han llegado auténticos catálogos de autores y de obras jurídicas, cuya redacción abarca casi cuatro siglos, y que definen qué obras se consideraban literatura jurídica.

- El *liber singularis Enchiridii* (manual en un solo volumen) de Pomponio, que contiene una breve historia literaria de la jurisprudencia romana desde sus orígenes hasta comienzos del siglo II, detallando la sucesión de los juristas desde el siglo IV a.C. hasta Salvio Juliano, cónsul en el 148 d.C.¹²⁰;
- La ley de Teodosio II y Valentiniano III del 426, que estableció los escritos de los juristas que podían ser citados en el tribunal para indicar al juez la solución del caso¹²¹;

¹¹⁹ MANTOVANI (2018), p. 27.

¹²⁰ D. 1, 2, 2. pr. *Necessarium itaque nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare.* [Así, pues, nos parece necesario exponer el origen y el desarrollo del mismo derecho.]

¹²¹ CTh. 1, 4, 3. *Impp. Theodosius et Valentinianus AA. ad Senatum urbis Romae. Post alia. Papiniani, Pauli, Gai, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus ita, ut Gaium quae Paulum, Ulpianum et ceteros comitetur auctoritas lectionesque ex omni eius corpore recitentur. Eorum quoque scientiam, quorum tractatus atque sententias praedicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scaevolae, Sabini, Iuliani atque Marcelli omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri propter antiquitatis incertum codicum collatione firmentur. Ubi autem diversae sententiae proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus aequalis sit, eius partis praecedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas, sicut dudum statutum*

[Después de otros asuntos. Confirmamos todos los escritos de Papiniano, Paulo, Gayo, Ulpiano y Modestino, de modo que a Gayo la misma autoridad que a Paulo, Ulpiano y los demás, y se puedan citar pasajes de todo el cuerpo de sus escritos. También decretamos como válido el conocimiento de aquellas personas cuyos tratados y opiniones todos los jurisconsultos antes mencionados han incorporado en sus propias obras, tales como Escévola, Sabino, Juliano y Marcelo, y todos los demás que citan, siempre que, a causa de la incertidumbre de la antigüedad, sus libros sean confirmados por una comparación de los códigos. Además, cuando se citan opiniones contradictorias, prevalecerá el mayor número de autores, o si los números fueran iguales, prevalecerá la autoridad de aquel grupo en el que el hombre de genio superior, Papiniano, sobresalga de los demás, y así como vence a un solo oponente, cede ante dos. Como se decretó anteriormente, también ordenamos que se invaliden las notas que Paulo y Ulpiano hicieron sobre los escritos recopilados de Papiniano. Además, cuando sus opiniones citadas estén igualmente divididas y su autoridad sea considerada igual, el reglamento del juez elegirá la opinión de quién seguirá. Ordenamos que las Sentencias de Paulo también sean válidas, etc.¹²²]

- El *Index Florentinus*, esto es, la lista al inicio del manuscrito del Digesto conservado en Florencia, que nos informa acerca de los antiguos juristas y de los libros escritos por ellos que están presentes en el Digesto del

est, praecipimus infirmari. Ubi autem eorum pares sententiae recitantur, quorum par censetur auctoritas, quos sequi debeat, eligat moderatio iudicantis. Pauli quoque sententias semper valere praecipimus. Et cetera. Dat. VII. id. Novemb. Ravenna, DD. NN. Theodosio XII. et Valentiniano II. AA. Conss. [426]

¹²² Nos hemos basado en la traducción inglesa de PHARR, Clyde (2001): *The Theodosian Code and Novels, and the Sirmundian Constitutions* (New Jersey: The Lawbook Exchange, Ltd.)

emperador Justiniano. Reúne treinta y ocho autores y doscientos siete títulos de obras¹²³.

Las contribuciones académicas de los juristas fueron esenciales para dar forma al sistema legal de la antigua Roma, pues desempeñaron un papel importante en la interpretación y generación de opiniones formales sobre el Derecho, elevando en última instancia el Derecho romano a un estatus de gran prestigio, especialmente durante el período clásico. Fue en este contexto que los juristas expusieron sus opiniones acerca de cuestiones legales en sus obras, siguiendo un bien articulado sistema de géneros jurisprudenciales, cada uno de ellos adoptando sus propias características de forma y de contenido. Estos géneros son los *Responsa*, las *Quaestiones*, el *Digestum*, los comentarios *ad Edictum*, las *Institutiones*, las *Regulae*, y en épocas posteriores el epítome y el resumen¹²⁴.

- Las *Epistularum libri*, introducidas al parecer por Labeón, son colecciones de cartas con títulos que subrayan la variedad del contenido¹²⁵: suelen contener disquisiciones de carácter fundamental, casos jurídicos semejantes o no, análisis y comentarios, cuyas formas son particularmente libres. Su ámbito se mueve entre el simple *responsum* y la epístola didáctica teórica¹²⁶.
- Los *Responsa* o *libri responsorum* son colecciones de respuestas de los juristas a consultas que les habían sido formuladas.

¹²³ Según el cálculo de Justiniano, presente en la *Constitutio Tanta / Δέδωκεν*, 1, el conjunto de obras empleadas en la composición del Digesto comprendía casi dos mil volúmenes ("*duo paene milia librorum*"), una auténtica biblioteca. MANTOVANI (2018), p. 48.

¹²⁴ PANIAGUA (2006), p. 119.

¹²⁵ *Coniectanea* (Alfeno Varo), *Membranae* (Neracio), *Variae lectiones* (Pomponio), *Pithana* (Labeón), *Bene dicta* (Cascelio).

¹²⁶ FUHRMANN (1985), p. 260; ALBRECHT (1997), p. 581.

- Las *Quaestiones*¹²⁷, *libri quaestionum* o también *disputationes*¹²⁸ son colecciones de casos prácticos orientados a la enseñanza, que pueden ser reales o sólo imaginarios, cuya utilidad radica en su carácter didáctico¹²⁹.
- El *Digestum*, los *Digesta*, *Libri digestorum* o *Pandectae* son colecciones ordenadas según el Edicto, en las pueden mezclarse con la casuística elementos dogmáticos y explicativos. Existen desde la época republicana tardía¹³⁰.
- comentarios "ad": principalmente *ad Sabinum* y *ad Edictum*, pero también a otras obras jurisprudenciales¹³¹.
- monografías sobre distintas materias.

Junto a las obras antes mencionadas, encontramos también las interpretaciones del edicto pretorio¹³² y del edicto del provincial¹³³.

¹²⁷ En forma de *ζητήματα* desde el siglo II: de Celso, Africano, Cervidio Escévola, Papiniano, Tertuliano, Paulo.

¹²⁸ De Trifonino y Ulpiano (época de los Severos).

¹²⁹ PANIAGUA (2006), p. 120.

¹³⁰ Aufidio Namusa publicó 140 libros de la escuela de Servio Sulpicio (cónsul en el 51 a.C.), Alfeno Varo (*consul suffectus* en el 39 a.C.) 40 libros de *Digesta*; en el siglo II d.C. Pomponio publica *Digesta ab Aristone*, Celso publica 39 libros e inmediatamente (hacia el 150 d.C.) el célebre Juliano 90 libros.

¹³¹ Autores de estas obras son Elio Sexto, y Labeón, quien escribió al menos dos libros sobre la Ley de las XII Tablas; el comentario a los edictos de Servio Sulpicio Rufo comprende dos volúmenes, mientras que los Labeones, por lo menos sesenta.

¹³² En el siglo II aumenta la extensión de estas obras: S. Pedio escribe por lo menos unos cincuenta libros, Pomponio por lo menos uno cincuenta; en el periodo clásico tardío Paulo setenta y ocho libros, Ulpiano ochenta y uno (estos entraron en los *Digesta*).

¹³³ Gayo (treinta libros), Calístrato (bajo Septimio Severo: seis libros), Furio Anthiano (final del s. III por lo menos cinco libros).

Con el paso del tiempo, los comentarios a los escritos jurídicos se hacen más detallados¹³⁴, sobre todo partir de Pomponio y los postclásicos, quienes no harán del texto base el objeto principal, sino simplemente una ocasión para exponer las materias de Derecho privado, orientado a las necesidades de la propia época o de una argumentación propia¹³⁵.

Por su parte, los escritos didácticos se originan una vez que el horizonte de los romanos comienza a ampliarse mediante el contacto con la cultura griega¹³⁶.

Gracias a los testimonios disponibles, sabemos que los prefacios de libros jurídicos introducen a obras que, por una razón u otra, pretendían entrar en contacto con un público más amplio de lo habitual, porque se insertaban al principio de obras con intenciones didácticas o académicas, o de obras que pretendían proporcionar asistencia a lectores de habla griega que no estaban familiarizados con el latín. Ejemplo de ello son el pasaje que abrió el comentario de Gayo sobre las Doce Tablas, al que sigue una recapitulación de la historia del Derecho desde los orígenes de la ciudad hecha por Pomponio (D. 1, 2, 1), y las Instituciones de Ulpiano¹³⁷, que también comenzaron con una especie de breve prefacio que animaba a la juventud estudiosa (D. 1, 1, 1 pr.1). Cabe suponer que las obras originales de los juristas debieron contener más prefacios que los que se han conservado en el Digesto, pero la gran mayoría de ellos probablemente eran prólogos bastante

¹³⁴ EI *Ius civile* de Masurio Sabino es comentado por clásicos tardíos en un número de libros creciente; en el caso de Ulpiano debían de ser aproximadamente sesenta y ocho, cincuenta y uno de ellos conservados incompletos (*Libri ad Sabinum*).

¹³⁵ ALBRECHT (1997), p. 582.

¹³⁶ M. Porcio Catón Liciniano (fallecido alrededor del 152 a.C.), hijo del Censor, compone *Commentarii iuris civilis*, M. Junio Bruto (mitad del s. II a.C.) *Libri III de iure civili* en forma de diálogo.

¹³⁷ Las hay, además, de Florentino, de Paulo, de Calístrato y de Marciano.

breves centrados en el tema jurídico que se trataría posteriormente.

Una obra que marca este desarrollo son los *Iuris civilis libri XVIII* del pontífice Quinto Mucio Escévola¹³⁸ (cónsul en el 95 a.C.), destacado jurista que pone la filosofía estoica al servicio de las definiciones jurídicas y sienta las bases para una sistematización del Derecho. El tratado de Escévola sobre el Derecho civil fue, como su nombre lo indica, una compilación sistemática de ochenta volúmenes de disposiciones legislativas, precedentes judiciales y pasajes de colecciones más antiguas. Esta obra integral fue citada y seguida con frecuencia por escritores posteriores, pues tenía como objetivo establecer el estudio científico del Derecho romano, sentando las bases para el análisis y la interpretación sistemáticos de los principios jurídicos, lo que la convirtió en una contribución significativa al estudio y la comprensión del Derecho romano.

Además de este extenso tratado, Escévola también escribió un pequeño manual llamado *Horoi*¹³⁹, que consistía en breves reglas de Derecho y explicaciones de términos jurídicos. Este manual iba a ser el trabajo más antiguo incluido en el Digesto de Justiniano.

Las contribuciones de Escévola al Derecho romano fueron fundamentales y su trabajo jugó un papel crucial en la configuración del panorama jurídico de la antigua Roma. Su tratado sistemático sobre el derecho civil y su papel en el estudio científico del Derecho romano han dejado un impacto

¹³⁸ STAGL (2016), pp. 1-2. Se le considera uno de los más grandes juristas de la historia del Derecho romano y, en parte, el artífice de la introducción, en la jurisprudencia romana, del método dialéctico y diairético, tomado del pensamiento filosófico griego.

¹³⁹ ὄροι ("Definiciones") o simplemente *Liber singularis*.

duradero en la erudición jurídica y continúan siendo estudiados por su importancia histórica y jurídica.

La estructura del tratado en sí no se detalla ampliamente en las fuentes disponibles, pero su naturaleza integral y su influencia en los escritores posteriores subrayan su importancia en el desarrollo del Derecho romano.

Al trabajo de Escévola le sigue el *Ius civile* de Masurio Sabino, en sólo tres libros, compuesto bajo el emperador Tiberio. El título *Ius civile*, empleado por última vez por C. Casio Longino (cónsul en el 30 d.C.), cede después el paso al título *Regulae* a partir de Neracio, que trabaja bajo el emperador Trajano. Sin embargo, las obras antes mencionadas no constituían un manual. Las piezas que tenemos nos dan la imagen de un conjunto de definiciones y reglas, con breves discusiones y argumentos, fuera, al parecer, de un contexto discursivo seguido, y despojado de los modos de expresión necesarios para establecer una relación pedagógica con el lector.

Para hablar sobre esta relación pedagógica, podemos volver sobre un pasaje del Satiricón de Petronio que fue mencionado al comienzo del capítulo: Equión, el traperero que forma parte del grupo de invitados a la cena de Trimalción (26-78), menciona que ha comprado unos libros rubricados para que su hijo pueda aprender Derecho. A través de estas palabras se configura una nueva categoría de público, el de los estudiantes, al tiempo que también implica la existencia de un comercio de libros jurídicos.

La demanda de libros jurídicos también provino de otras profesiones involucradas en la administración de justicia, empezando por los abogados. Quintiliano advirtió a los jóvenes oradores que no debían hacerse ilusiones sobre la posibilidad

de colmar su propia ignorancia en materia de Derecho interrogando a un perito en el momento mismo del proceso; según Quintiliano, al igual que Equión, los futuros oradores podrían aprender suficientes conocimientos jurídicos de los libros. De allí se podrían extraer fácilmente todas las opiniones de los juristas¹⁴⁰. Esta creciente demanda pública conducirá, en unas pocas décadas, a superar la reticencia de los abogados a escribir manuales, que todas las demás disciplinas habían adoptado. Fue Gayo quien dio el paso y, para cuando aparecieron por primera vez las Instituciones, en la época de los Antoninos, alrededor del 160 d.C., su manual, como libro de texto escolar, tuvo un éxito tal que demuestra cuán amplio era el público potencial que existía.

Cada uno de los autores antes mencionados da una ordenación diversa a los contenidos de sus obras, destacando particularmente la de Gayo, una introducción para principiantes (*Institutionum libri IV*), cuya sistematización extraordinariamente detallada, parecer ser propia de este jurista, si bien es posible que los libros didácticos de la retórica pueden servir de modelo en este aspecto¹⁴¹.

¹⁴⁰ Quintil. 12, 11, 17. *Rerum cognitio cotidie crescit; et tamen quam multorum ad eam librorum necessaria lectio est, quibus aut rerum exempla ab historicis aut dicendi ab oratoribus petuntur, philosophorum quoque consultorumque opiniones, si utilia velimus legere, non, quod ne fieri quidem potest, omnia.* [El conocimiento de las cosas se aumenta cada día, y sin embargo es necesario leer muchos libros, de donde se sacan ejemplos semejantes en los historiadores o la manera con que se valen de ellos los oradores. También es necesario que nos dediquemos a leer las opiniones de los filósofos y de los jurisconsultos, como muchas otras cosas.] Trad. de Ignacio Rodríguez y Pedro Sandier.

¹⁴¹ También componen *Institutiones* Calístrato (alrededor del 200 d.C.) y Florentino (final del s. III); con anterioridad Pomponio (mitad del s. II d.C.) había publicado en Roma *Enchiridii libri II*, de extensión más modesta; más tarde Paulo y Ulpiano publican dos libros de *Institutiones* cada uno, Marciano dieciséis. También son obras didácticas las *Pandectae* de Ulpiano y Modestino.

Los juristas romanos no escribieron obras nuevas después del siglo III. La generación que sucedió a Ulpiano y Paulo, la de Marciano y Modestino, representó los últimos días de esta literatura. Tanto Hermogeniano como Arcadio Carisio, en tiempos de Diocleciano, son epígonos, promotores de un renacimiento imposible. Pero el cese de la producción original no significa la desaparición de una cultura jurídica. Por el contrario, los libros de juristas anteriores se transforman en "clásicos"; se constituyen en un canon cerrado de autoridad creciente. Su copia y circulación en los siglos IV y V son prueba material de que nunca dejaron de representar la "estructura oculta", como la llama Mantovani, del Derecho romano¹⁴².

¹⁴² MANTOVANI (2018), p. 41, "Oculto", porque el Digesto de Justiniano, en el siglo VI, interrumpió su reproducción, siendo su uso expresamente prohibido por el emperador, *Constitutio Tanta* / Δέδωκεν, 19.

3. Gayo y las Instituciones.

3.1. Antecedentes generales.

Casi nada sabemos con certeza acerca de la vida de Gayo¹⁴³, pues ni siquiera se conoce su nombre completo. Con base en su trabajo, se deduce que sus obras fueron escritas entre los años 130 y 180, momento en que el Imperio romano estaba en su máximo apogeo y, por lo tanto, se puede concluir que estuvo activo durante los reinados de los emperadores Adriano, Antonino Pío, Marco Aurelio y Cómodo.

Como profesor de Derecho que era, trabajó sin la legitimidad imperial que le permitía responder cuestiones jurídicas en nombre del emperador, esto es, el *ius respondendi*, al tiempo que ninguno de sus colegas hace mención de él como jurista. Sin embargo, tras su muerte, se les reconoció a los escritos de Gayo una autoridad tan grande que los emperadores Teodosio II y Valentiniano III decidieron incluirlo en su Ley de Citas (*lex citationum*) del año 426.

Los escritos de Gayo comprendían en su conjunto unos 100 volúmenes, entre ellos *Ad edictum provinciale libri XXX* y un Comentario de la Ley de las XII Tablas, pero sin ninguna obra de casuística. Se conserva sólo su libro para principiantes titulado *Instituciones*¹⁴⁴, en cuatro libros, caracterizadas por el hecho de que son el trabajo mejor y casi completamente conservado de un jurista romano fuera de la tradición de Justiniano, ofreciendo las ventajas de presentar sus contenidos

¹⁴³ KUNKEL (1999), pp. 128-130.

¹⁴⁴ STAGL (2019), s/n. CODOÑER (2011), pp. 805-806.

bajo la forma de una lección escolar coherente que impresiona con su claridad y comprensión, cuyo objetivo era informar sobre el contenido del Derecho vigente y no aborda las causas ideológicas, prácticas y socioeconómicas que podrían haber determinado los desarrollos del sistema legal¹⁴⁵. Esta forma de impartir educación jurídica a los estudiantes tuvo un gran impacto por su claridad metodológica y, especialmente, por el hecho de que presenta el Derecho como un sistema completo e intelectualmente lógico, lo que constituye una innovación¹⁴⁶. Además, la naturaleza excepcional de la obra consiste en el hecho de ser la única obra de la jurisprudencia romana clásica que se ha transmitido directamente hasta nuestros días, sin la ayuda de compilaciones que podrían haber alterado su significado.

La estructura de las Instituciones se sustenta en un esquema diairético muy conocido, dividido en una división tripartita básica de la materia jurídica (*personae-res-acciones*)¹⁴⁷, que también rige la distribución de los temas en los cuatro libros del trabajo: en el primer libro se expone el Derecho de las personas y de familia; en el segundo y tercero, el Derecho de las cosas, de las sucesiones y de las obligaciones; y, en el cuarto, el Derecho de las acciones. Esta división del Derecho civil se refleja todavía en los modernos libros de Derecho, así como algunos detalles estilísticos del manual, a saber, las estructuras expositivas que se construyen sobre la diaíresis básica, que contribuyen a hacer de las

¹⁴⁵ MANTOVANI (2018), p. 195.

¹⁴⁶ STAGL (2015), p. 39; MANTOVANI (2018), p. 226.

¹⁴⁷ STAGL (2014), pp. 336-337. "Die Dreiteilung des Rechts in *personae-res-acciones* ist also letztlich nicht nur das Strukturprinzip der Institutionen, sondern auch der Studienordnung auf der Ebene der Vertiefung."; ROMANO (2020), p. 177.

Instituciones un producto literario de notable cohesión y uniformidad, explicando su eficacia y éxito posterior.

Las Instituciones son un manual de enseñanza planificado de forma didáctica¹⁴⁸; una obra paralela sería la *Institutio oratoria* de Quintiliano. La sistemática jurídica, cuyas raíces gramático-filosóficas se explican de manera diferente, remonta a un tiempo anterior al de Gayo¹⁴⁹. Su contribución personal sin embargo no reside sólo en lo didáctico, sino también en el rigor con el que lleva a cabo su división en el detalle.

Las Instituciones demuestran la influencia de esta técnica de las siguientes maneras:

1. División Tripartita: Gayo empleó una división tripartita del Derecho en *personae - res - actiones*. Esta clasificación es evidente en las Instituciones, donde afirma que "*Omne autem ius, quo utimur, uel ad personas pertinet uel ad res uel ad actiones*" (Gai. 1, 8). Este enfoque sistemático refleja la influencia de la *partitio-divisio* en la estructuración de conceptos y principios jurídicos.
2. Categorización de conceptos jurídicos: El análisis detallado de Gayo de conceptos jurídicos, incluida las grandes divisiones en materia de Derecho de las personas (*summa divisio personarum*), Derecho de las cosas (*summa divisio rerum*) y Derecho de las obligaciones (*summa divisio obligationum*), refleja la influencia de la *divisio-partitio* en su enfoque para categorizar y presentar principios legales. Se puede afirmar que Gayo

¹⁴⁸ Acerca de la práctica docente y el género manualístico de la Instituciones, véase ROMANO (2020), pp. 170-174.

¹⁴⁹ ALBRECHT (1997), p. 1365.

pretendía que estas clasificaciones tuvieran un carácter omnicompreensivo de las categorías en ellas incluidos.

3. Organización de las codificaciones posteriores: La obra de Gayo influyó en la organización de los futuros trabajos jurídicos, entre ellas las Instituciones del emperador Justiniano, quien se valió de la tradicional *divisio-partitio* para estructurar su propio manual y adoptar el esquema para su compilación, que comprendía también el Digesto y el Código. El enfoque sistemático y completo de Gayo para organizar el Derecho romano en su obra demuestra la influencia duradera de esta técnica en la erudición jurídica y el desarrollo de los sistemas jurídicos posteriores.

El orden gayano, visto desde el nivel de análisis en profundidad, es por tanto el siguiente:

1. Introducción realizada sobre el texto de las Instituciones,
2. Derecho de familia,
3. Derecho de sucesiones,
4. Derecho de las cosas,
5. Derecho de las obligaciones,
6. Derecho procesal.

La preferencia de Gayo podría justificarse por el hecho de que, para muchos estudiantes, los estudios de Derecho se completaban en un solo año, es decir, en un curso de un año de duración¹⁵⁰.

¹⁵⁰ STAGL (2015), pp. 46-47.

3.2. Técnicas y recursos expositivos de la obra.

Gracias a los estudios de Manfred Fuhrmann¹⁵¹, se sabe que las herramientas intelectuales y compositivas con las que se elaboró el manual gayano son aquellas comunes al género de la literatura técnica isagógica o sistemática. Sus estudios han puesto de relieve, además de los rasgos de género comunes a toda la llamada literatura sistemática, algunas peculiaridades. Entre ellas destaca el papel de los primeros siete párrafos del manual¹⁵²: a diferencia de lo que ocurre en otros manuales antiguos, la obra no inicia con un proemio retórico, sino que éste participa, como el resto de los contenidos, de la función isagógica del manual. De hecho, el pasaje inicial precede, tanto en su estructura racional como en su redacción, al esquema diairético básico sobre el que se construye la obra de Gayo¹⁵³.

Como ocurre con cualquier producto textual, en el caso de las Instituciones los métodos de composición del discurso reflejan la relación entre el esquema de pensamiento trazado por el escritor y la forma en que se plasma en el manual. Es inmediatamente evidente que Gayo, quien no es muy dado a definir conceptos, clasifica los grandes temas de su manual - personas, cosas, acciones- sin definirlos, valiéndose de diversas técnicas, tales como la *divisio*¹⁵⁴, esto es, la

¹⁵¹ FUHRMANN (1960), pp. 104-121 y especialmente pp. 183-188.

¹⁵² ROMANO (2020), p. 175. Desde el inicio, Gai. 1, 1, se entra en contacto con la organización del discurso: la primera división de la materia consiste en la bipartición entre el *ius proprium* y el *ius gentium*.

¹⁵³ Sobre este papel de los primeros siete párrafos del manual, volveremos en el segundo apartado de las conclusiones.

¹⁵⁴ Sobre esta materia, véase el extenso estudio de TALAMANCA, Mario (1977), *Lo schema «genus-species» nelle sistematiche dei giuristi romani* (Accademia Nazionale dei Lincei, Roma), pp. 3 y ss.; ROMANO (2020), pp. 178-179.

división racional de una clase general de temas en subclases específicas mediante la enumeración de especies, la presentación de una lista ordenada de los miembros en los que se divide el género. Por ejemplo, los hombres libres y los esclavos son las categorías del *ius personarum*, presentados en el texto gayano, uno tras otro. Esto responde, no a la necesidad, sino a una elección para brindar un orden a la aparición de las especies dentro de la enumeración: los libres van antes que los esclavos; los libres van antes que los esclavos liberados, etc¹⁵⁵.

La división y la consiguiente enumeración suelen manifestarse en el texto mediante el uso de disyunciones o pronombres indefinidos singulares y, para acentuar el efecto gramatical de estos elementos, las clases individuales de la enumeración suelen ir seguidas de una breve definición y de la exposición de la diferencia entre dos o más miembros de una misma familia. Mediante ambas técnicas (*definitio*, *differentia*), se hace explícito el criterio racional que guió y que justifica la división del género en las especies enumeradas, cuando no es intuitivo. Por ejemplo, no todos los hombres libres lo son en la misma medida, porque los sujetos que nacieron libres son ingenuos, mientras que los libertinos son aquellos que han obtenido la libertad a partir de un estado de servidumbre. Por lo tanto, aquí la división de la categoría

Ejemplos de *divisio* en las Instituciones son la cuatripartición de las obligaciones *ex consensu* (3, 135), la pentapartición de las *legis actiones* (4, 12) y la cuatripartición de las *partes formularum* (4, 39).

¹⁵⁵ BATTAGLIA (2020), p. 208. Gai. 1, 9. *Et quidem summa divisio de iure personarum haec est, quod omnes homines aut liberi sunt aut servi. 10. Rursus liberorum hominum alii ingenui sunt, alii libertini.* [En primer lugar, la división generalmente aceptada como principal en lo relativo a la posición de las personas es ésta: todos los hombres son o bien libres, o bien esclavos. A su vez, entre los hombres libres los hay ingenuos y los hay libertinos.]

“hombres libres” en dos subclases se realiza en función del momento del nacimiento.

En ocasiones el planteamiento de las clases o subclases se agota en esta definición o diferencia con las clases hermanas, lo que permite a Gayo incorporar en su trabajo otros recursos, propios de todos los manuales antiguos¹⁵⁶, como los catálogos y paralelismos¹⁵⁷, esto es, la descripción de varios temas realizada según un mismo diagrama con las correspondientes secuencias¹⁵⁸. El autor decide proceder con una discusión más amplia de los temas esbozados, considerando las especies enumeradas una tras otra. No pocas veces es el autor quien guía al lector en el esquema diairético, declarando qué tema se aborda primero, cuando utiliza la expresión *et prius videamus...*, si bien es cierto que su empleo también es indicativo de un cambio en el orden normal de enumeración de las clases, que por regla general suele ser aquel en el que están enunciadas en la propia enumeración¹⁵⁹.

Incluso las desviaciones del orden normal de exposición permiten a menudo que surja la personalidad estilística del autor. Así como de la elección del orden de enumeración de las categorías, la autoría de Gayo se distingue también de las desviaciones de éste en el momento de su ilustración, de la

¹⁵⁶ El libro de Fuhrmann, *Das systematische Lehrbuch - Ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaft in der Antike* (1960), es la obra que da las claves para finalmente comprender las Instituciones. El autor revisó una serie de trabajos que le permitieron identificar los elementos comunes a los manuales de la antigüedad y que están presentes en Gayo.

¹⁵⁷ El ejemplo más familiar de paralelismo es quizás el del Libro III (§ 118-127). Otro ejemplo es el que estructura una gran parte del Libro I (§ 48-141), donde los tres poderes familiares -*potestas, manus e in mancipio esse*-, se exponen por primera vez desde el punto de vista de su creación, contenido, y terminación.

¹⁵⁸ MANTOVANI (2018), p. 213.

¹⁵⁹ Esto ya ocurre en relación con la división tripartita inicial de la materia (Gai. 1, 8), que rige el tratamiento posterior de los temas dentro de la obra.

anticipación o postergación de los temas y, en general, de las elecciones de disposición del material en el marco de posibilidades abiertas por la *divisio* o *subdivisio*. Otras veces es la forma de proceder en la división lo que determina el orden de la exposición. No es infrecuente que la secuencia de enumeración se invierta en presencia de una clase anómala¹⁶⁰.

La organización diairética de los temas influye en la distribución de la información en el texto, no sólo en términos de la ilustración posterior de las categorías de igual rango, sino también en lo que respecta a la progresiva profundización de la cuestión a lo largo del eje vertical del esquema. Esta corriente intelectual influye en la forma de construir el texto que la expresa, dictando una forma típica de distribuir la información en el discurso. De hecho, cada subdivisión corresponde a la introducción de nuevas unidades comunicativas, que enriquecen la información previamente proporcionada y hacen avanzar la discusión de manera coherente. Por ejemplo, el extenso pasaje que ocupa la parte central del primer libro de las Instituciones se desarrolla a partir de la división general entre personas *sui iuris* y *alieni iuris*, para que luego el texto se desarrolle desde el centro hacia la periferia: la primera *divisio* (Gai. 1, 48) está especificada por una segunda (Gai. 1, 49: personas *in potestate, in manu, in mancipio*), cuyas clases se ilustran una por una.

Esta manera de proceder (del nivel más general al más específico) hace útil, si no necesario, explicar las fórmulas de transición de una sección textual a otra, que permiten

¹⁶⁰ BATTAGLIA (2020), p. 210, propone como ejemplo la categoría de los libertinos -*Romani, Latini, dediticii*- (Gai. 1, 12), y la primera categoría en ser expuesta es la última de la lista, es decir, los *dediticii*, que representan una anomalía, puesto que el orden diverge del adoptado durante la enumeración y va desde los menos a los más privilegiados entre los libertinos.

invertir el sentido de la discusión, haciendo retroceder al lector, con un rápido salto, a divisiones de mayor nivel. Algunas de ellas facilitan la ilustración de los elementos previamente enumerados, cuando en relación a uno de ellos se ha avanzado en las subclases, perdiendo de vista la lista inicial¹⁶¹. Otras frases más fuertes introducen una nueva división o subdivisión general, tales como Gai. 1, 48: *sequitur de iure personarum alia divisio*; Gai. 1, 142: *transeamus nunc ad aliam divisionem*.

El ritmo del discurso está, por tanto, fuertemente influenciado por el uso de la diaíresis, cuya presencia en el texto informa acerca de las elecciones del autor en relación con la distribución de la información, la elección de estilos coordinantes y la inserción de microestructuras expositivas en el sistema general del trabajo. En particular, el discurso tiende a desarrollarse según el eje que va del género a su especie, de lo general a lo particular. Esta última peculiaridad merece una atención particular: de hecho, es sobre todo la tendencia de la discusión hacia el género-especie lo que revela el minucioso paso dictado por el autor del manual jurídico que conocemos.

La operación de clasificación es en realidad un método lógico de síntesis, con el que se resume una variedad de elementos en unas pocas familias o grupos basándose en el reconocimiento de elementos comunes y diferenciales. Gayo, al introducir la clasificación al inicio del discurso, facilita la transmisión ordenada de la información posterior, ofreciendo al lector una herramienta para la comprensión y memorización de los datos. Sin embargo, inmediatamente necesita volver a

¹⁶¹ Gai. 1, 108. *nunc de his personis videamus...* [Veamos ahora acerca de las personas]; Gai. 1, 116. *superest ut exponamus...* [Falta ahora por exponer]

ampliar las nociones comprimidas en la síntesis clasificatoria y explicar la información previamente entregada para facilitar su almacenamiento en la memoria.

Como se ha mencionado, de hecho, las clases enumeradas pueden definirse o ilustrarse en la diferencia con respecto a las categorías que comparten un antecedente común o incluso dividirse a su vez en categorías más pequeñas, que pueden recibir el mismo tratamiento. La estructura diairética de las Instituciones va así acompañada en su totalidad, en niveles gradualmente decrecientes, de explicaciones y comentarios que siguen, en principio, el orden de las subdivisiones en las que se ramifica el esquema¹⁶².

Para introducir desde ya lo que se dirá más adelante, nos valdremos del bien conocido pasaje de la clasificación de las fuentes de las obligaciones (Gai. 3, 88 ss.). En la cima del esquema se encuentra la división entre obligaciones contractuales y delictuales. La primera clase recoge a su vez cuatro géneros, ilustrados uno a uno, por orden de aparición en la lista inicial. Gai. 3, 135 enumera, en último lugar de la lista, los contratos consensuales, de los que inmediatamente después se da una explicación, siempre por orden de enunciación¹⁶³.

Esta técnica no se limita a la explicación de la información que sirve como hilo conductor al discurso, sino que se adopta como una herramienta general para tejer el texto. Así, el citado pasaje de Gai. 3, 135, requiere ser desarrollado no sólo en la ilustración de las figuras individuales, sino

¹⁶² BATTAGLIA (2020), p. 214.

¹⁶³ Gai. 3, 135. *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*. [Las obligaciones se contraen mediante acuerdo en las compraventas, arrendamientos o locaciones, sociedades y mandatos.]

ante todo en la explicación de las características de la categoría como tal. De hecho, en primer lugar, se comenta la noción del consentimiento, que es el elemento distintivo de la categoría, del cual se dice que surgen obligaciones. Se explica que los efectos obligatorios surgen precisamente del consentimiento porque, a diferencia de lo que ocurre con los contratos verbales (Gai. 3, 92-127) y literales (Gai. 3, 128-134), no se requiere ninguna formalidad adicional. De ello se deduce que los actos de esta clase también pueden concluirse entre ausentes, por carta o a través de un intermediario: una diferencia con respecto a los tipos contractuales expuestos anteriormente, en particular con respecto a los contratos verbales, en los que la voz de los contratantes presupone la presencia de ambos. Además, existen otras diferencias con respecto a las categorías paralelas (contratos verbales y literales): los contratos consensuales generan obligaciones para todas las partes involucradas, mientras que los otros no¹⁶⁴.

Otro fenómeno digno de mención es la forma en que Gayo informa acerca del *ius controversum* en el comentario. Este rasgo estilístico ayuda a aclarar los detalles de la técnica utilizada, donde las afirmaciones generales objeto del comentario suelen ser planteadas bajo la forma de una proposición demostrable, esto es, que es necesaria o evidentemente cierta o válida, mientras que dentro del comentario la discusión se extiende a veces a cuestiones controvertidas, introduciendo posiblemente la mención de los juristas que apoyaron en uno u otro caso la solución debatida. Para cada caso dudoso, Gayo expone las características del problema, relata las posiciones contrastantes entre las dos

¹⁶⁴ BATTAGLIA (2020), p. 215.

escuelas -la sabiniana y la proculeyana¹⁶⁵-, y explica cuál de ellas prevaleció. Gayo no toma una posición, no indica cuál es la solución que considera más aceptable; todo lo que hace es advertir al estudiante que está frente a un punto controvertido, y hacerle saber que en el ejercicio de su profesión podrá encontrarse con partidarios de una u otra teoría¹⁶⁶.

Con esto, Gayo demuestra que expone primero el dato normativo cierto y consolidado, para luego dedicarse a una posición secundaria, de carácter dudoso y controvertido. De esta manera el discurso se levanta sobre un núcleo de preceptos generales que constituyen la estructura del texto y del cual se desprenden luego las cuestiones no resueltas. Por lo tanto, la discusión no sólo va de lo general a lo particular, sino también desde los datos consolidados a lo que aún está abierto; dicho de otro modo, de lo cierto a lo incierto.

La técnica descrita representa la trama típica del discurso gayano. Este último, sin embargo, está estructurado según un diseño racional que se fortalece, entre otras cosas, también en la capacidad de Gayo para condensar la máxima cantidad de información relevante en una síntesis ágil.

También incluye el uso de la antítesis o contra-regla¹⁶⁷, cuya función es hacer que los dos casos tomados como ejemplo

¹⁶⁵ STAGL (2019), s/n. Estas "escuelas jurídicas" tal vez sean tradiciones textuales, en lugar de escuelas propiamente dichas.

¹⁶⁶ MANTOVANI (2018), pp. 209, 211. Al ser Gayo un maestro, no podía dejar de informar a sus alumnos la existencia de estas discusiones, que representan el derecho vigente, y que luego encontrarían en sus vidas profesionales, que al momento de enfrentar un caso, recordarán que existe un desacuerdo sobre el punto que se discute y podrán elegir una de las posiciones, de acuerdo con los intereses del cliente o su convicción personal.

¹⁶⁷ Gai. 2, 62-64. Este modelo de antítesis también se encuentra en otro trabajo de Gayo, el *liber singulari de casibus*, D. 35, 1, 107. *Aliquando accidit, ut sub condicione datum legatum purum intellegatur, veluti quod*

resulten más evidentes, precisamente por su carácter excepcional, como si Gayo tomara las figuras legales y las mostrara desde diferentes ángulos.

Las operaciones diairéticas eran conocidas y usadas por la jurisprudencia romana anterior a Gayo, destacándose la figura de Quinto Mucio Escévola¹⁶⁸, que fue el primero en escribir sobre Derecho civil romano *generatim*¹⁶⁹ (como Pomponio lo llamó), sólo que estas sistematizaciones u ordenaciones jurídicas no eran de carácter didáctico, sino que se aplicaban a fines que estaban dirigidos a la solución de cuestiones casuísticas, enfocadas en un problema y a resolverlo¹⁷⁰. El carácter sistemático-dialéctico de las Instituciones es lo que determina su novedad frente a las obras precedentes, insertándose en la misma línea de otros manuales, inspirados en la función pedagógica y científica que tenía la cultura griega y que servía como instrumento para la transmisión de conocimientos¹⁷¹.

sub eadem condicione relictum est, sub qua etiam heres alius institutus est, item quod sub hac condicione relictum est 'si hereditatem adierit'. Ex diverso quoque purum datum legatum condicionalis videtur, veluti quod sub condicione ademptum est, quia sub contraria condicione datum intellegitur. [Sucede alguna vez, que se considera puro el legado dado bajo condición, por ejemplo, el que se dejó con la misma condición bajo la que también fue otro instituido heredero; igualmente el que se dejó bajo esta condición: «si adiere la herencia». Por el contrario, también se considera condicional el legado dado puramente, por ejemplo, el que fue quitado bajo condición, porque se entiende dado bajo condición contraria.]

¹⁶⁸ KUNKEL (1999), pp. 110-111; STEIN (1983), pp. 151-154; STAGL (2016), pp. 2-3. Se trata del procedimiento diairético griego, clásico en los juristas romanos. El uso de esta técnica dio sus primeros pasos a través del trabajo de juristas como Publio Mucio Escévola, Marco Junio Bruto y Manio Manilio Nepote.

¹⁶⁹ GUZMÁN BRITO (1980), pp. 23-24; GUZMÁN BRITO (2007), p. 431. La tendencia e interés de Mucio Escévola por las definiciones han llevado al autor a interpretar la palabra *generatim* no como “según clases” sino más bien como “en general”.

¹⁷⁰ GUZMÁN BRITO (1980), p. 18.

¹⁷¹ STAGL (2015), p. 72. “La invención se debió a la necesidad didáctica de encontrar una forma sencilla y clara de exponer las vastas y muy complicadas materias del derecho civil”; MANTOVANI (2018) pp. 212-213.

Mención del uso de este recurso didáctico externo que viene a ordenar los contenidos de una disciplina, lo encontramos en Cicerón, De orat. 1, 187 s.:

Omnia fere, quae sunt conclusa nunc artibus, dispersa et dissipata quondam fuerunt; ut in musicis numeri et voces et modi; in geometría lineamenta, formae, intervalla, magnitudines; in astrologia caeli conversio, ortus, obitus motusque siderum; in grammaticis poetarum pertractatio, historiarum cognitio, verborum interpretatio, pronuntiandi quidam sonus; in hac denique ipsa ratione dicendi excogitare, ornare, disponere, meminisse, agere, ignota quondam omnibus et diffusa late videbantur. Adhibita est igitur ars quaedam extrinsecus ex alio genere quodam, quod sibi totum philosophi adsumunt, quae rem dissolutam divulsamque conglutinaret et ratione quadam constringeret.

[Casi todas las cosas que en la actualidad están sometidas a regla, antaño estuvieron dispersas y desperdigadas; y como en los músicos los ritmos y voces y compases, en la geometría las líneas, las figuras, las distancias y tamaños, en la astronomía los giros de la esfera celeste, el nacimiento, el ocaso y los movimientos de los astros; en la literatura el comentario de los poetas, el conocimiento de la historia, la interpretación de las palabras y una cierta finura en la pronunciación; y, en fin, en esta misma técnica oratoria, el idear argumentos, adornarlos, disponerlos, recordarlos y ejecutarlos parecían en otro tiempo cosas desconocidas y desperdigadas. En consecuencia, se ha recurrido en cierto modo a un arte externo, procedente de otro ámbito, que los filósofos reclaman en su totalidad, a fin de aglutinar

y constreñir mediante un método la realidad disuelta y separada].

El manual gayano no sólo se coordina armoniosamente, desde el punto de vista literario, con la textualización de la estructura diairética que sustenta la obra, sino que también refleja, desde el punto de vista de la tradición interna de jurisprudencia, quizás la principal forma en que los juristas romanos desarrollaron el Derecho.

De hecho, por un lado, orienta el discurso en una dirección que va de lo general (afirmación comentada) a lo particular (elementos específicos), en la misma dirección en la que se desarrolla la puesta en texto del esquema racional que subyace al tiene lugar el texto (desde la *summa divisio* hasta las ramificaciones posteriores).

La progresión semántica de la información ofrecida en el texto está así garantizada, también gracias al procedimiento en cascada que permite comentar sucesivamente los temas de cada comentario hasta exponer los detalles más minuciosos. Por otra parte, esta progresión también expresa la técnica propia de la *interpretatio* jurisprudencial, que a partir de los datos lingüísticos de una norma existente (de cualquier origen) afina progresivamente su alcance preceptivo mediante la clarificación o extensión semántica de los términos en los que se expresa. se expresa en lenguaje natural.

En este sentido, el autor de las Instituciones también demuestra que presta atención a la progresión semántica, la cual no sólo lleva al lector desde los datos más generales a los más detallados, sino también desde el precepto determinado hasta las opiniones discutidas. Ciertas declaraciones generales son como los pilares que sustentan el edificio

literario de las Instituciones, el comentario sobre ellas adorna la estructura, por así decirlo, con decoraciones cada vez más esbeltas, pero no menos importantes.

4. Las Instituciones de Justiniano.

Ante la diversidad de normas jurídicas que existía en el momento que Justiniano ascendió al trono del Imperio, se decidió resumir y preservar el Derecho romano que existía dispersamente en una multitud confusa de fuentes. El Derecho que ya no estaba vigente debía ser eliminado, al tiempo que algunas de las antiguas fuentes exigieron modificaciones y adaptaciones al nuevo contexto legal. Este proceso, que se había iniciado ya con la legislación de Diocleciano a través del Código Gregoriano, se concretó en la eliminación de ciertas regulaciones contradictorias y en la reformulación de los textos legales antiguos para así satisfacer las necesidades de la época. Este proceso ya se había iniciado con la legislación de Diocleciano a través del Código Gregoriano.

La obra, llamada posteriormente *Corpus Iuris Civilis* por los estudiosos, tenía tres partes: el Código (*Codex*), una compilación de las constituciones imperiales promulgadas hasta la fecha; el Digesto o Pandectas (*Digesta sive Pandectae*), una enciclopedia compuesta en su mayoría de breves extractos de los escritos de los juristas romanos; y las Instituciones (*Institutiones*), un manual para estudiantes. Las tres partes recibieron fuerza de ley. En conjunto, tenían la intención de ser la única fuente del Derecho. Por ello es que estaba prohibida la referencia a cualquier otra fuente, incluidos los textos originales a partir de los cuales se compusieron el Código y el Digesto. No obstante, Justiniano se vio obligado a promulgar nuevas leyes y hoy se cuentan como una cuarta parte del *Corpus*, las Novelas (*Novellae Constitutiones*).

A medida que el Digesto se acercaba a su finalización, Triboniano y los profesores Teófilo y Doroteo hicieron un libro de texto para estudiantes, llamado Instituciones o Elementos. Mientras que el Digesto debía ser utilizado por estudiantes avanzados de Derecho, éstas nuevas Instituciones serían un manual para estudiantes de primer año y juristas en formación, cuya necesidad se abordó ya en el año 530 en la *Constitutio Deo auctore*, § 11.

Ideo iubemus, duobus istis codicibus omnia gubernari, uno constitutionum, altero iuris enucleati et in futurum codicem compositi, vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum institutionum vicem obtinens, ut rudis animus studiosi, simplicibus enutritus, facilius ad altioris prudentiae redigatur scientiam.

[Por tanto, mandamos, que todo se rija por estos dos códigos: uno, el de las constituciones, otro, el del derecho corregido y compilado en el futuro Código, salvo si alguna otra se promulgare por nosotros en forma de instituciones, para que la inteligencia del estudiante inculto, preparada con sencillas nociones, llegue más fácilmente al conocimiento de la superior ciencia del derecho.]

Estas nuevas Instituciones no sólo fueron un libro de texto, sino que, según el decreto que los promulgó, la *Constitutio Tanta*, § 11, tenían fuerza de ley.

Quod opus ab his perfectum, ut nobis oblatum et relectum est, et prono suscepimus animo, et nostris sensibus non indignum esse iudicavimus, et praedictos libros constitutionum vicem habere iussimus; quod et in oratione

nostra, quam eisdem libris proposuimus, apertius declaratur.

[Cuya obra, concluida por ellos, luego que nos fue presentada y que la revisamos, la aceptamos con benevolencia, y juzgamos que no era indigna de nuestro propósito, y mandamos que tuvieran fuerza de constituciones los mencionados libros; lo que más extensamente se declara en el discurso nuestro que pusimos a la cabeza de aquellos.]

El manual consta de cuatro libros y se basa en gran medida en las Instituciones de Gayo¹⁷², hasta el punto que dos tercios de las Instituciones consisten en citas literales de Gayo. También se organizan de manera muy similar, divididos en títulos por tema y párrafos¹⁷³, pero a diferencia del Digesto, existe una falta de información en los extractos ya que no contienen inscripciones que indiquen de quién se tomó el material original, aunque a menudo se trata de citas literales. Por ejemplo, las definiciones de justicia y jurisprudencia se citan en el primer libro del Digesto y pertenecen a las *Regulae* de Ulpiano (D. 1, 1, 10 pr. y D. 1, 1, 10, 2).

Era un requisito y una tarea de las Instituciones transmitir los principios del sistema legal a los estudiantes, que correspondían a la tradición legal clásica. Debían proporcionar una orientación básica y simplificada para las áreas temáticas compiladas en el Digesto, que incluían una

¹⁷² Acerca de la idea de que el manual gayano sea considerado como la piedra angular del *Corpus Iuris Civilis* y de la concepción de lo que fue el Derecho romano, así como su sistemática, véase STAGL (2014) pp. 313 y ss. Las Instituciones deben interpretarse no como un libro aislado, sino como parte de un esquema didáctico más amplio. STAGL (2016), p. 5.

¹⁷³ STAGL (2016), p. 6. La compilación de Justiniano es la principal fuente del esquema didáctico de Gayo, especialmente sus constituciones introductorias; tanto respeto le tenían a Gayo que lo llamaban "nuestro Gayo".

extensa colección de fragmentos de *responsae* o también *digestae*, comentarios y libros de texto de importantes juristas romanos del siglo I a.C. hasta mediados del siglo III, principalmente para unir a los clásicos tardíos como Ulpiano y Paulo¹⁷⁴.

¹⁷⁴ El *Corpus Iuris Civilis* reproduce la bipartición didáctica de Gayo en un nivel introductorio, es decir, las Instituciones de Justiniano, y en un nivel de profundización, que es el Digesto. STAGL (2015), p. 63; STAGL (2016), p. 13.

CAPÍTULO SEGUNDO. La obligación romana y sus fuentes.

1. Definición del concepto de obligación.

Una primera definición de obligación¹⁷⁵ es la que se enuncia en las Instituciones de Justiniano:

IJ. 3, 13 pr: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura.*

[La obligación es un vínculo de Derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad.]

Esta afirmación representa también la definición más conocida, ya que tradicionalmente ha sido objeto de transposición de la ciencia y la literatura jurídicas hasta el siglo XXI y de la que son deudoras las principales codificaciones europeas. La obligación, por tanto, toma la forma de un vínculo jurídico que liga a los sujetos que se comprometen a cumplir una determinada prestación. El uso del

¹⁷⁵ La bibliografía disponible acerca de la definición de obligación es muy abundante. Entre otras, pueden consultarse las siguientes obras: LANTELLA, Lelio (1971): "Note semantiche sulle definizioni di '*obligatio*'", en: *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino, pp. 165 y ss.; SCHERILLO, Gaetano (1971): "Le definizioni romane delle obbligazioni", en: *Studi in onore di G. Grosso*, IV, pp. 95 y ss; CANNATA, Carlo Augusto (1978): "Le definizioni romane dell'*obligatio*. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione", en: *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, pp. 131 y ss; TALAMANCA, Mario (1979): v. *Obbligazioni* (dir. rom.), en: *Enciclopedia del diritto*, 29, pp. 1 y ss; ALBANESE, Bernardo (1984): "Papiniano e la definizione di '*obligatio*'", en: *J. 3, 13 pr*, en: *SHDI*, 50, pp. 167 y ss; GUARINO, Antonio (2000): "*Obligatio est iuris vinculum*", en: *SDHI*, 64, pp. 263 y ss = *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, Napoli, 2001, pp. 343 y ss; GAUDEMET, Jean (2001): "Naissance de la notion d'obligation", en: *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, IV, cit., pp. 135 y ss.

término "vínculo"¹⁷⁶ recuerda el origen de la obligación como instrumento de garantía personal incluso antes que patrimonial, en virtud del cual la necesidad de cumplimiento correspondía paralelamente a la sujeción física (real o potencial) de la persona del propio deudor como garantía de la deuda, con independencia de la posible culpa del mismo en relación con el incumplimiento. Este compromiso surge de la expresión *necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*, donde la necesidad está íntimamente ligada a la sustancia del vínculo de la relación obligacional: si la prestación, sea esta una actividad específica que debe efectuar el obligado o el pago de una suma de dinero, la prestación se realiza y la obligación se cumple, disolviéndose el vínculo, pues es en la ejecución y en su cumplimiento que se agota la función de este vínculo y de esta obligación, es decir, la realización del interés del acreedor. Si, por el contrario, la prestación no se cumple, entonces este hecho es susceptible de generar una obligación ulterior que tenga por objeto la recuperación del acreedor por el incumplimiento de la obligación principal.

Junto a IJ. 3, 13 pr. se puede encontrar una definición adicional de obligación. Se trata de la definición contenida en D. 44, 7, 3 pr.

Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.

[La substancia de las obligaciones consiste no en que haga nuestra alguna cosa corpórea o una servidumbre, sino en

¹⁷⁶ FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2007), pp. 54-55.

que constriña a otro a darnos, a hacernos, o a prestarnos alguna cosa.]

La definición que se desprende del pasaje de Paulo se centra principalmente en el contenido de la obligación, que puede consistir en una obligación de dar, de hacer o de prestar: la obligación, por tanto, se fundamenta en un vínculo prestacional¹⁷⁷. El uso del verbo *obstringere*, es decir, "forzar, atar", recuerda el concepto de *vinculum iuris*: la preposición *ob*, que indica causalidad¹⁷⁸, precede a *ligatio-ligare* y *stringere*, verbos que indican constricción física. Una obligación deriva de este vínculo, pero no así directamente un efecto de otra naturaleza, ni real y por tanto traslativo (*aliquid corpus nostrum [...] faciat*) ni constitutivo de un derecho real (*servitutem nostram faciat*). El uso de los términos *obligationum substantia* en lugar del *obligatio* que observamos en las Instituciones de Justiniano encuentra confirmación en la circunstancia de que, más que en la relación, la definición de Paulo se centra en el acto y su contenido; en este sentido, a diferencia de los derechos reales, para la realización del interés tutelado por el ordenamiento jurídico, la obligación requiere la actividad de otro sujeto, a quien se le exige realizar una determinada conducta positiva que constituye precisamente la substancia y el contenido de la obligación¹⁷⁹.

Las dos definiciones de obligación antes citadas tienen algunas diferencias que cabe destacar: en primer lugar, la que da Paulo es más precisa y detallada que la contenida en las

¹⁷⁷ FALCONE (2011), pp. 20-21.

¹⁷⁸ GUZMÁN BRITO (1997), p. 674; FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2007), p. 47.

¹⁷⁹ Según SCHERILLO (1971), p. 101, la definición de Paulo se centra precisamente en la conducta que se exige al sujeto pasivo de la relación obligacional.

Instituciones de Justiniano, en el sentido de que identifica de forma más completa el contenido de la prestación a realizar, refiriéndose a la obligación *ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*, mientras que el texto de las Instituciones se refiere exclusivamente a la *necessitate adstringimur alicuius solvendae rei*, es decir, a la necesidad de pagar/extinguir/disolver la obligación, sin agregar más. En segundo lugar, otra diferencia entre las dos definiciones es la ausencia en el pasaje de Paulo de la aclaración *secundum nostrae civitatis iura*, presente en el texto de las Instituciones, probablemente en alusión al contraste entre las obligaciones civiles y las obligaciones honorarias/pretorias; por el contrario, en Paulo hay una contraposición diferente entre las obligaciones y los otros fenómenos distintos de ellas, al hablar de la *substantia obligationum*, entre el *aliquod corpus nostrum aut servitutem nostrum faciat* y la vínculo obligacional consistente en la prestación de dar, hacer y *praestare*¹⁸⁰.

Si bien es cierto que no es posible reducir estas definiciones a reglas jurídicas de las que derivar inductivamente los rasgos característicos de la obligación en abstracto, reconstruir el camino que condujo a la noción de obligación tal como se acaba de considerar representa, con todo, una operación útil. La noción jurisprudencial de obligación que surge de la lectura de los pasajes citados encuentra su antecedente histórico en las relaciones materiales entre personas, es decir, relaciones de poder y sujeción entre personas libres que se resolvían no en un vínculo abstracto

¹⁸⁰ El orden de las diferencias son identificados por TALAMANCA (1979), pp. 19-20. Según el autor, las dos definiciones comparten la identificación del deber de cooperar del deudor como un momento esencial para la identificación del tipo jurídico representado por la obligación.

sino en una coacción concreta: son formas de ejercitar un poder material con miras a satisfacer un interés o una expectativa, como la reparación de un daño considerado injusto o la realización de una prestación asumida, y caracterizadas por una sujeción primero física y luego patrimonial de un sujeto en ocasiones distinto del autor material del daño o de la persona que consintió obligarse a realizar determinada prestación¹⁸¹.

Esta relación de sujeción se expresó tanto en relación con los actos ilícitos como con los actos lícitos; en cuanto a los actos ilícitos, esta forma de sometimiento físico todavía caía dentro de la esfera de la venganza. El ejemplo más mencionado en los manuales es el del ladrón sorprendido en el acto delictivo, según relata Gayo en sus Instituciones.

3, 189: Poena manifesti furti ex lege XII tabularum capitalis erat. Nam liber verberatus addicebatur ei, cui furtum fecerat; utrum autem servus efficeretur ex addictione an adiudicati loco constitueretur, veteres quaerebant. In servum aequè verberatum animadvertebatur.

[La ley de las XII Tablas castigaba con la pena capital el hurto flagrante. En efecto, si era hombre libre, se le azotaba y entregaba a quien le había robado, pero discutían los antiguos si quedaba como esclavo o si se consideraba adjudicado. Si se trataba de un esclavo, se le castigaba con azotes igualmente.]

Por lo tanto, un ladrón sorprendido en el acto delictivo, si era hombre libre, debía ser primero azotado y luego entregado a la persona que sufría el hurto, convirtiéndose en consecuencia en su esclavo; si era esclavo, después de la

¹⁸¹ En este sentido, véase BRUTTI (2011), p. 428.

flagelación, sufría directamente la *animadversio*, con la consiguiente pena capital. Incluso en el caso de *membrum ruptum*, las Tablas XII preveían la aplicación de la ley del Talión¹⁸² para quien hubiera causado el daño, en caso de que no se hubiera llegado a un acuerdo con la parte perjudicada¹⁸³: se trataba, por tanto, de una venganza equivalente al daño sufrido por el sujeto lesionado.

Además de la pena material personal, las XII Tablas también consideraban la pena pecuniaria: continuando con el hurto, en caso de que el delito fuera no flagrante, el ladrón era castigado con una pena pecuniaria equivalente al doble del valor de la cosa en el momento de la sustracción.

3, 190: *Nec manifesti furti poena per legem XII tabularum dupli inrogatur, eamque etiam praetor conservat.*

[La ley de las XII Tablas castiga con el doble el hurto no flagrante, castigo que también conserva el pretor.]

También en materia de *membrum ruptum*, la pena pecuniaria podrá ser pactada por las partes alternativa y subsidiariamente al Talión. En materia de delitos, por tanto, la ley decenviral preveía formas de protección personal y corporal de la obligación nacida y, aun cuando la pena dejaba de ser tal o se preveía alternativamente como pecuniaria, se fundamentaba en una sujeción del deudor al vínculo establecido con la obligación, lo que coincidía con la necesidad de instrumentalizar una conducta para la satisfacción del acreedor.

También en materia de actos lícitos, la ley de las XII Tablas no se apartaba del modelo de sujeción, incluso personal,

¹⁸² XII Tab. 8, 2: *Si membrum rup[s]it, ni cum eo pacit, talio est.*

¹⁸³ XII Tab. 8, 2: (...)*ni cum eo pacit* (...)

del deudor. El papel de la sujeción en relación con los hechos lícitos es muy interesante, en el sentido de que, mientras que para los hechos ilícitos la sujeción material o patrimonial era consecuencia directa del delito cometido y por tanto tenía como finalidad, se podría decir, sancionar a quien lo hubiera cometido, pero igualmente indemnizatoria para con el perjudicado, tratándose de hechos lícitos, la sujeción asumía un matiz más, a saber, el garantista, en el sentido de que esta sujeción se colocaba para garantizar el cumplimiento de la obligación propia o ajena.

Se trata de un desagravio ligado a la diversidad del vínculo existente entre las partes en el caso de un acto ilícito o lícito: en el primer caso, el vínculo surgía en el momento de la comisión del delito, por lo que la sujeción material y personal o patrimonial no estaba prevista para proteger la prestación a realizar sino únicamente con fines indemnizatorios y sancionadores, sin perjuicio de la posibilidad de acciones ulteriores, tales como la acción reipersecutoria en caso de hurto para la devolución de los bienes sustraídos. En el segundo caso, el vínculo procedía de la voluntad de las partes, que de forma autónoma decidían obligarse a realizar una prestación: en este caso, la sujeción no podía tener una función compensatoria o sancionadora sino sólo de garantía, en el sentido de permitir al acreedor, en caso de incumplimiento, ver protegida su expectativa.

A pesar de esta diferencia sustancial entre el vínculo que surge de los actos lícitos y el que surge de los actos ilícitos, también en relación con la regulación de los actos lícitos, es posible reconstruir un relato similar al reconstruido para los actos ilícitos, es decir, una evolución a partir de formas de sujeción material y personal a formas de

sujeción patrimonial. Parte de la citada diferencia está ligada a que la obligación nacida de un hecho lícito estaba en general ligada al problema económico del crédito; en una sociedad donde las principales relaciones atañían a la dinámica interna de la *gens*, era difícil identificar un espacio residual para las relaciones comerciales extra-familiares. Esto no quiere decir claramente que, en Roma, al menos a partir de la fase etrusca-latina de la *civitas* romana, no existieran formas de intercambio de bienes y servicios, independientemente, por supuesto, de la circulación de regalos que caracterizaba al estrato aristocrático de la sociedad romana; esta economía de intercambios, sin embargo, sólo implicaba la parte del dinero destinada al uso fuera de la familia y, por lo tanto, se agotaba esencialmente en el trueque de cosas.

Por lo tanto, resulta claro que recurrir a la técnica del crédito a través de la solicitud de un préstamo de dinero con la obligación de devolverlo, no era una práctica necesaria y justificada. La situación cambió entre finales del siglo VI y principios del siglo V a.C., cuando una grave crisis económica azotó a Roma tras la caída de la monarquía etrusca, circunstancia que supuso el fin de una serie de fructíferas relaciones económicas y comerciales con las mismas ciudades etruscas y, paralelamente, dio lugar a una renovada temporada de guerras. El cambio de circunstancias creó una situación completamente nueva, caracterizada por una creciente demanda de recursos crediticios, sobre todo por parte de una gran parte de esa clase plebeya que sufrió los efectos de la crisis de manera más consistente, ya que, mientras las gentes más ricas, los patricios, pudieron recurrir a su riqueza acumulada a lo largo del tiempo, la mayoría de las familias plebeyas se vieron apremiados por la carencia de recursos. Evidentemente, esta

nueva necesidad de concesión de liquidez chocaba con el recelo de quienes habían conservado cierta disposición financiera a conceder crédito sin garantías adecuadas que, lógicamente, sólo podían ser las vinculadas a la persona del deudor y a su valor económico como instrumento de producción: fue esta situación la que originalmente facilitó el uso del *nexum* como forma de garantía para la concesión de crédito.

La reconstrucción de la noción y el estudio de los institutos considerados en el origen de la obligación clásica que acabamos de realizar han sacado a la luz importantes elementos que permiten comprender mejor algunos de los rasgos característicos de la obligación en el Derecho romano.

Del estudio de las definiciones de la obligación se desprendió como ésta era considerada tanto desde el punto de vista de la relación jurídica (*vinculum iuris*, en la definición de las Instituciones de Justiniano) como desde el punto de vista del acto (*substantia obligationum*, en la definición de Paulo) y por tanto del objeto de la obligación; se trata de dos puntos de vista diferentes, pero ambos permiten mirar el papel del deudor como piedra angular de la obligación. En efecto, es el deudor quien se obliga jurídicamente, diríamos hoy, a la ejecución de una prestación: sin la presencia y participación del deudor no hay obligación, ahora como entonces. La presencia del deudor y su asunción de la obligación conlleva la de la correspondiente responsabilidad: si éste no cumple la prestación objeto de la obligación, será personalmente responsable o bien responderá con sus propios bienes y no con su propia persona, según la obligación clásica.

Precisamente la circunstancia de la coexistencia del elemento de la responsabilidad con el de "lo debido", es decir, la prestación a la que se obliga el deudor, ha permitido

reconstruir los fundamentos evolutivos de la obligación a partir de las más antiguas formas de garantía. Originalmente, las formas de vinculación de los sujetos en relación con una determinada situación podían asumirse con el fin de proteger la posición de un sujeto distinto del que efectivamente asumió la garantía, respondiendo eventualmente con su propia persona y, posteriormente, con los bienes propios. En lo que podríamos definir como el primer momento en la evolución del concepto de obligación, es precisamente la asunción de la responsabilidad la que adquiere mayor importancia: utilizando una terminología ya tradicional también en los estudios romanos y que representa una de las herencias conceptuales de la pandectística, el *Haftung* (la responsabilidad) prevalece sobre *Schuld* (la deuda)¹⁸⁴.

Aunque las formas originales de garantía siempre se refieren esencialmente al hecho de un tercero y por lo tanto el deudor no coincide con la persona que presta la garantía, es posible identificar un vínculo que une al fiador no sólo con la persona a favor de quien se dio la garantía, sino también con "lo debido" que dio origen a la necesidad de la garantía, en el sentido de que será el fiador quien sufrirá las consecuencias negativas de un posible incumplimiento.

En realidad, para la individualización de una relación obligacional entendida como ese *vinculum iuris* al que se refiere la definición contenida en las Instituciones de Justiniano, son necesarios estos dos elementos: nunca

¹⁸⁴ La distinción entre *Schuld* y *Haftung*, desde un punto de vista predominantemente dogmático, lo sitúa A. VON BRINZ en su construcción conceptual de la obligación romana como una responsabilidad en "Der Begriff *obligatio*", en: *Grünhuts Zeitschrift*, I, 1874, pp. 11 y ss; y también Id., en: *Lehrbuch der Pandekten*, II.1, Erlangen, 1879, pp. 1 y ss., que sigue al trabajo anterior "Begriff der *Obligation*", en: *Kritisches Blätter civilistischen Inhalts*, 3, Erlangen, 1853, pp. 3-11.

representan momentos absolutamente independientes y autónomos en el desarrollo de la obligación, sino que siempre han contribuido contextualmente a la realización del fenómeno obligatorio como tal. Por tanto, en relación al *vinculum* que caracteriza a la obligación, no es posible pensar en la intrusión de un sujeto externo; éste sujeto sólo podía existir en la medida en que asumía la responsabilidad en lugar del sujeto realmente obligado, pero en realidad quedaba excluido del mecanismo obligacional, que pasaba a caracterizarse como tal sólo cuando coincidían responsabilidad y deuda.

La responsabilidad contribuye, pues, a formar la relación obligacional y a dar sentido a ese *vinculum* que conecta al deudor con el acreedor. El medio por el cual se realiza entonces el interés del acreedor, en caso de incumplimiento de este *vinculum iuris*, es la acción. Efectivamente, la acción es el mecanismo jurídico por el cual se instrumentaliza la responsabilidad coordinada con la expectativa crediticia. En particular, siguiendo la evolución de la responsabilidad de personal-material a patrimonial, la responsabilidad del deudor ha tendido a homogeneizarse con el interés económico del acreedor, garantizándole la satisfacción al menos en el equivalente.

2. La clasificación romana de las fuentes de las obligaciones.

2.1. La clasificación gayana.

Son fuentes de las obligaciones aquellos hechos jurídicos que dan origen a ellas entre dos o más personas. La clasificación de las fuentes de las obligaciones ha estado ligada a un enfoque sistemático que tiene su origen en las Instituciones de Gayo, cuyo carácter sistemático-dialéctico, inspirado en la función pedagógica y científica que tenía la cultura griega, determina su novedad frente a las obras precedentes. Tras los retoques introducidos por Gayo en las *Res cottidianae*¹⁸⁵, la mentada clasificación alcanza su configuración definitiva romana en las Instituciones de Justiniano.

Las Instituciones de Gayo se dividen en cuatro libros, llamados Comentarios. La materia tratada se articula en tres partes: *personae* (primer comentario), *res* (segundo y tercer comentario) y *actiones* (cuarto comentario)¹⁸⁶. Gayo comienza cada una de las tres partes en que se divide su trabajo con

¹⁸⁵ Las *Res cottidianae sive Aurea* son una obra jurídica elemental del derecho privado romano. A diferencia de las Instituciones de Gayo, de las que conocemos en gran medida gracias al palimpsesto de Verona, todo lo que sabemos de las *Res cottidianae* se reduce a los veintiséis fragmentos atribuidos a Gayo que nos transmite el Digesto. Sobre la discusión en torno a la autoría de Gayo de esta obra, véase a MARTINI, R. (2012): "Gaio e le res cottidianae", en: *Annali del Seminario Giuridico della Università di Palermo*, t. lv, pp. 173 ss.; FALCONE, G. (2003), *Obligatio est iuris vinculum*, (Torino: Giappichelli), p. 31; id. (2011), "Sistematiche gaiane e definizione di obligatio", en: Capogrossi-Colognesi/Cursi (eds.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010), (Napoli: Jovene), p. 17.

¹⁸⁶ STAGL (2015), p. 46; STAGL (2016), p. 5. Gayo es el perfeccionador de la tradición didáctica, toda vez que su esquema se basó en la división del derecho civil hecha por Masurio Sabino, quien a su vez, se inspiró en Mucio Escévola.

una clara distinción, en la cual los términos utilizados son el género, para indicar el concepto amplio de partida, y la especie, para cada uno de los conceptos obtenidos durante la cadena divisoria originada por el género; esta operación supone también una definición de los conceptos que surgen a consecuencia de la división¹⁸⁷, y es gracias a esta esquematización que, a partir de un único concepto, hace que los contenidos se desarrollen en varias direcciones, logrando presentar una exposición precisa y simple, fácilmente comprensible por todos.

Mientras que el sistema didáctico proporciona la estructura externa de la obra de Gayo, la estructura interna está dominada por el método dialéctico (gr. *diaíresis* y *merismos*, lat. *divisio* y *partitio*)¹⁸⁸, que caracteriza el trabajo de Gayo, junto con la disposición didáctica del material, que fue probablemente la razón de su éxito también para las generaciones posteriores¹⁸⁹. Por una parte, la *partitio* disecciona un género en sus diferentes elementos o especies. Por otra parte, la *divisio* apunta a mirar un todo y lo divide en un cierto número de géneros, que a su vez se subdividen en especies. Así, la *divisio* apunta a una idea o concepto, mientras que la *partitio* se orienta a adaptarse a la realidad, fragmentándola. El elemento común de ambas técnicas, muy similares, es la disección de un tema dado en diferentes elementos.

El empleo de ambas técnicas, junto con la estructura del trabajo en tres líneas principales, es probablemente la razón

¹⁸⁷ GUZMÁN BRITO (1980), p. 17. En otras palabras, el sistema empleado por Gayo consiste básicamente en una clasificación de conceptos siguiendo un orden decreciente, de modo que los conceptos inferiores representan clases contenidas en los superiores.

¹⁸⁸ GUZMÁN BRITO (2007), pp. 434 y ss.

¹⁸⁹ STAGL (2016), p. 11.

principal del éxito alcanzado por las Instituciones, aspectos que también serían acogidos por los juristas posteriores, particularmente en el campo de los trabajos destinados a la enseñanza, como es el caso de las Instituciones del emperador Justiniano¹⁹⁰. Un ejemplo de la aplicación de esta técnica se encuentra en las *summae divisiones* que emplea a lo largo de su obra¹⁹¹ y en la que particularmente interesa: la *summa divisio obligationum* (Gai. 3, 88), articulada sobre la base de la *ars dialectica*, en la cual el término *obligatio* constituye el *genus*, que es dividido en dos *species*¹⁹²:

Gai. 3, 88: *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa diuisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio uel ex contractu nascitur uel ex delicto.*

[Pasemos ahora a las obligaciones. Una división general establece dos clases de obligaciones: toda obligación nace o de contraerla o de delinquir.]

Puede decirse que con Gayo nace propiamente el sistema de fuentes, cuya visión terminó por predominar en todo el Derecho posterior, pues abandonó la visión procesal que había estado vigente y adoptó en su lugar una visión causalista¹⁹³; antes de Gayo, los juristas no llegaron a conocer un sistema de fuentes o causas de las obligaciones, porque ellos estudiaban principalmente las acciones y, como estas fueron separadas en

¹⁹⁰ El objetivo del manual de Gayo puede resumirse en poner ante el lector las figuras jurídicas y la lógica de sus relaciones, de una manera tangible, y convirtiendo a sus alumnos en testigos del funcionamiento del Derecho, permitiéndoles formar un criterio propio. MANTOVANI (2018), p. 219.

¹⁹¹ PARICIO SERRANO (1994), pp. 49-50; GUZMÁN BRITO (2007), pp. 441 y ss.; WEGMANN (2017a), p. 334; WEGMANN (2018a), p. 27. En materia de derecho de las personas (*summa divisio personarum*) y en el derecho de las cosas (*summa divisio rerum*).

¹⁹² Explicación sobre el uso de la terminología *genus-species*, véase TALAMANCA (1977), pp. 194 y ss., 203 y ss.

¹⁹³ GUZMÁN BRITO (1997), T. I, pp. 775-776.

su tratamiento, Gayo intentó una sistemática de las fuentes desconectadas de las acciones.

Gayo presenta su clasificación de las obligaciones (*divisio obligationum*) en función de los hechos de los cuales estas emanan, vale decir, sus *causae*¹⁹⁴, lo que actualmente se denomina fuentes de las obligaciones y, por la forma en que se expresa el texto, *summa divisio*, que se traduce literalmente como "suma división", querría decir que nada puede quedar fuera de esta clasificación y, a su vez, no hay más especies de *obligatio* fuera de los elementos de la *summa divisio*. Dicho de otra manera, todas las causas generadoras de obligaciones deben ser enmarcadas dentro o de los contratos o de los delitos; para el caso de los primeros, encontramos en Gayo una noción amplísima de contrato¹⁹⁵, construida únicamente en contraposición al delito, básicamente, todo hecho lícito capaz de generar obligaciones¹⁹⁶.

Si se atiende estrictamente al testimonio de las fuentes disponibles, los jurisprudentes jamás llegaron a formarse una idea unitaria de *contractus*, al menos durante el período clásico, cuestión que dificulta la interpretación de fragmentos conservados en el Digesto. El hecho es que las fuentes dan cuenta de que la bipartición entre contrato y delito es la única *causae obligationum* que aparece aplicada todavía en época tardoclásica, aproximadamente ciento cincuenta años después de la redacción de las Instituciones de Gayo, en obras como las de Paulo y Ulpiano¹⁹⁷. Puede así decirse que, con base en estos

¹⁹⁴ Véase KASER (1983) p. 73. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (2007), p. 116.

¹⁹⁵ WEGMANN (2018a), p. 27.

¹⁹⁶ WEGMANN (2018a), p. 28. Aclara que, desde la perspectiva de la moderna sistemática de las fuentes de las obligaciones, supuestos fácticos como la tutela y la dote, en ningún caso podrían configurar un contrato.

¹⁹⁷ D. 5, 3, 14. *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 (...)]; D. 5, 1, 57. *Tam ex contractibus quam ex delictis in*

pasajes, la categoría general del contrato, fundada en un acuerdo de voluntades entre las partes, tal y como la entendemos hoy en día, no se encuentra en los fragmentos de la jurisprudencia clásica¹⁹⁸.

El verbo *contrahere* es polisémico, carece de un sentido técnico preciso, y aparece en las fuentes romanas en un sentido amplio, como la constitución de una relación de derecho, de un vínculo obligatorio entre dos o más personas por medio de una acción amparada por el *ius civile*¹⁹⁹. En otras palabras: *contrahere* denota el nacimiento de una relación jurídica obligatoria a través de una acción lícita que, como tal, solo se contrapone al *delictum*²⁰⁰.

Sin embargo, con base en el carácter didáctico de la obra, podemos afirmar que la *summa divisio obligationum* no pretendía tener un carácter omnicomprensivo de la materia, en su lugar, lo que Gayo quería transmitir a los estudiantes era una visión general de las obligaciones, que ellos pudieran desarrollar un estructura mental básica que les permitiera comprender los diferentes institutos sin entrar en detalles²⁰¹, detalles que serían explicados en profundidad más tarde, incluyendo aquellas figuras que no aparecen mencionadas en el texto o aquellos que presentan una ambigüedad en su naturaleza. Un ejemplo de esta

filium familias competit actio (...). [Compete acción contra el hijo de familia tanto por contratos como por delitos (...)].

¹⁹⁸ WEGMANN (2018a), p. 40. “[...] para Gayo y parte de la jurisprudencia clásica -como Paulo y Ulpiano-, para que nazca una relación obligatoria ex *contractu* es suficiente que el hecho del que ella procede no sea ilícito (*ex delicto*)”.

¹⁹⁹ SCHULZ (1961), § 799; GUZMÁN BRITO (2005), pp. 33 y ss. “[...] el verbo *contrahere* prácticamente carece de todo tecnicismo específico y que en general es utilizable para describir cualquier actuación bilateral para indicar bien la celebración del acto, bien su resultado, es decir, la relación generada misma”.

²⁰⁰ KASER (1984), p. 197.

²⁰¹ Cfr. WEGMANN (2018a), p. 37. Opinión en contra, pues no considera la *divisio obligationum* como una simplificación con fines puramente didácticos.

ambigüedad podría ser el pago de lo no debido, la cual, pese a figurar en el texto como una causa de una obligación real y su semejanza con el mutuo, Gayo subraya que este pago efectuado por error no sería realmente una obligación de carácter contractual²⁰². Podría incluso pensarse que Gayo no estaba del todo convencido de su propia bipartición en materia de obligaciones, motivo que lo llevó a reformularla en la tripartición que recoge el Digesto.

Dicho lo anterior, avanzamos al siguiente pasaje, en el que cada especie se subdivide en géneros:

Gai. 3, 89: *Et prius uideamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re <con>trahitur obligatio aut uerbis aut litteris aut consensu.*

[Y veamos primero acerca de las que nacen porque se contraen. De éstas hay cuatro tipos: se contrae obligación por la propiedad²⁰³, por palabras, por escritura o por acuerdo.]

En este texto, Gayo se refiere, a las relaciones obligatorias que nacen de un contrato (*ex contractu*), no a los *contractus* en sí²⁰⁴. Dichas *obligationes ex contractu* nacen de la ejecución de determinadas actividades lícitas concretas que el ordenamiento jurídico reconoce como capaces de dar lugar a los elementos esenciales de un *nomen contractus*, siendo estas actividades lícitas agrupadas en cuatro *genera*, independientes entre sí: *re contrahitur obligatio*, se perfeccionan con la entrega de una cosa, como el mutuo, el depósito y el comodato;

²⁰² WEGMANN (2018a), p. 33.

²⁰³ Nos apartamos de la traducción hecha por Francisco Samper y, en su lugar, preferimos la alternativa más literal "por la cosa".

²⁰⁴ PARICIO SERRANO (1997), p. 72; WEGMANN (2018b), p. 102.

verbis contrahitur obligatio, se perfeccionan con la pronunciación de ciertas palabras solemnes, como la *sponsio* y la estipulación; *litteris contrahitur obligatio*, se perfeccionan a través de la escritura en un registro, el *codex accepti et expensi*; y *consensu contrahitur obligatio*, se perfeccionan con el simple consentimiento de las partes, de los que hay cuatro: *emptio-venditio*, la compraventa; *locatio-conductio*, el arrendamiento; *mandatus*, el mandato; y *societas*, la sociedad). Así, la entrega de una cosa, la promesa formal verbal, la anotación en cuenta y el acuerdo de voluntades consisten en los actos lícitos, independientes entre sí, que se encuentran reconocidos por el ordenamiento jurídico para engendrar una obligación contractual²⁰⁵. En terminología moderna suelen llamarse categorías contractuales.

La clasificación gayana de las obligaciones ha recibido críticas que subrayan su carácter incompleto²⁰⁶, sobre la base del desarrollo de la cuatripartición de las obligaciones *ex contractu*. Por ejemplo, Gayo sitúa, como ya se mencionó antes, el pago de lo no debido²⁰⁷ junto al mutuo²⁰⁸ en el grupo de las obligaciones contraídas *re*, a la vez que faltan el comodato y el depósito, la fiducia y el *pignus*²⁰⁹. Gayo, en respuesta a las muchas revisiones e interpretaciones que se harían a su clasificación, intentaría con posterioridad una nueva sistematización de las fuentes de las obligaciones que fuera verdaderamente omnicompreensiva²¹⁰, si aceptamos que esa era su

²⁰⁵ DE LOS MOZOS (1994), p. 108; WEGMANN (2018b), p. 103; WEGMANN (2019), p. 21.

²⁰⁶ KASER (1983), p. 85; D'ORS (1991), p. 411; ZIMMERMANN (1996), p. 14; DE LOS MOZOS (1994), pp. 107 y ss.

²⁰⁷ En particular, véase WEGMANN (2017b), pp. 85 y ss.

²⁰⁸ Véase WEGMANN (2018b), pp. 106 y ss. La *mutui datio* como (única) causa de *obligatio re contracta*.

²⁰⁹ CUENA BOY (1998), p. 122; GUZMÁN BRITO (1997), T. I, p. 777.

²¹⁰ DE LOS MOZOS (1994), pp. 115 y ss.

intención, para lo cual, en la clasificación de las *Res cottidianae sive Aurea*, añadió una nueva categoría, la de las *obligationes ex variis causarum figuris*.

D. 44, 7, 1, pr.: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

[Las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas.]

Así, la *summa divisio* contratos-delitos se convierte en una tripartición, donde se afirma que toda obligación nace de un contrato, de un delito o de cierto derecho propio, según las varias especies de causas. Quedan incorporados a dichas causas los otros actos lícitos productores de obligaciones, semejantes a los contratos, pero que no pueden calificarse propiamente de tales al faltar el acuerdo de voluntades, tales como el pago de lo no debido, los legados de obligación, la gestión de negocios y la tutela. Por otro lado, también se comprenden algunos actos que no cabía tipificar como delitos, aunque de ellos surgiera una obligación similar a la que nace *ex delicto*, como el arrojar líquidos y sólidos desde un edificio a la vía pública causando daños a los viandantes (*effusum vel deiectum*). Los mencionados supuestos figuraban dispersos y al margen de la *summa divisio* empleada en las Instituciones o, sencillamente, no eran contemplados en absoluto²¹¹.

²¹¹ CUENA BOY (1998), p. 120. Estos supuestos integrarán respectivamente las categorías de las obligaciones *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio* en las Instituciones de Justiniano, resultado del desarrollo de las *variae causarum figurae* de las *Res cottidianae*. Véase también WEGMANN (2018a), pp. 29 y ss.

En las *Res cottidianae* pareciera recogerse una idea de contrato basada en el acuerdo de voluntades entre las partes; esto se debe a que todos los actos lícitos generadores de obligaciones que no son convencionales y que, no obstante ello, en el esquema de las Instituciones eran contratos, fueron incluidos en una nueva categoría: la vaga y residual noción de las *variae causarum figurae*. En efecto, en esta obra, todas las figuras lícitas que no suponen *conventio*, forman parte de este nuevo grupo sin un contenido preciso²¹². De acuerdo con las Instituciones, para que nazca una relación obligatoria *ex contractu* basta que el hecho del que ella procede no sea ilícito (*ex delicto*), mientras que en las *Res cottidianae*, el consentimiento sería esencial, ya que de no estar presente, la figura en cuestión es excluida del ámbito de las obligaciones *ex contractu* e incluida en las otras “varias especies de causas”.

En lo tocante a los delitos, según el texto, éstos constituyen un único género (*uno genere*), a diferencia de los contratos, que consisten en cuatro géneros independientes²¹³.

Gai. 3, 182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, ueluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. Quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera diducantur, sicut supra exposuimus.*

[Pasemos ahora a considerar las obligaciones que nacen por delinquir, como son las de quien cometiera hurto, arrebatara bienes, ocasionara daño, cometiera injurias.

²¹² WEGMANN (2017a), p. 340.

²¹³ Sobre el punto, véase WEGMANN (2018*), p. 39.

Todas estas obligaciones son de un solo género, en tanto que entre las que se contraen, distinguimos cuatro géneros, según ya hemos visto.]

Se puede decir que para Gayo los distintos tipos delictuales, el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum iniuria datum*, presentan un fundamento jurídico unitario, porque todos forman un solo género, cuya consecuencia de la comisión es que el *ius civile* hacía nacer una sola forma de obligación que impone una sanción al autor del acto ilícito, consistente en el pago que debe hacer éste a la víctima de una pena pecuniaria. La noción de obligación supone, como hemos dicho, la unión de "lo debido" y la responsabilidad en la misma persona del deudor.

A diferencia de los delitos, los contratos no pueden ser reconducidos a un fundamento unitario, porque no forman parte de un mismo género. Los hechos que generan las *obligationes ex contractu* no se remontan a una causa matriz común a todos, lo que es lo mismo que decir que cada obligación contractual representa, en definitiva, un fenómeno distinto, un género en sí mismo²¹⁴.

²¹⁴ WEGMANN (2017a), p. 339; IBID. (*2018), p. 39.

2.2. La clasificación justiniana.

Cuando Justiniano ascendió al trono del Imperio, inició un proceso que consistía en resumir y preservar el Derecho romano que existía dispersamente en una multitud confusa de fuentes. El Derecho que ya no estaba vigente debía ser eliminado; además, algunas de las antiguas fuentes fueron modificadas y adaptadas al nuevo contexto legal. Esta labor culminó con el *Corpus Iuris Civilis*, como fue llamado posteriormente por los estudiosos. A medida que el Digesto -la parte más importante de la obra- se acercaba a su finalización, Triboniano y los profesores Teófilo y Doroteo elaboraron un libro de texto para estudiantes, llamado Instituciones o Elementos. Mientras que el Digesto debía ser utilizado por estudiantes avanzados de Derecho, éstas nuevas Instituciones serían un manual para estudiantes de primer año y juristas en formación, cuya necesidad se abordó ya en el año 530 en la *Constitutio Deo auctore*, § 11.

Ideo iubemus, duobus istis codicibus omnia gubernari, uno constitutionum, altero iuris enucleati et in futurum codicem compositi, vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum institutionum vicem obtinens, ut rudis animus studiosi, simplicibus enutritus, facilius ad altioris prudentiae redigatur scientiam.

[Por tanto, mandamos, que todo se rija por estos dos códigos: uno, el de las constituciones, otro, el del derecho corregido y compilado en el futuro Código, salvo si alguna otra se promulgare por nosotros en forma de instituciones, para que la inteligencia del estudiante

inculto, preparada con sencillas nociones, llegue más fácilmente al conocimiento de la superior ciencia del derecho.]

Estas nuevas Instituciones no solo fueron un libro de texto, sino que, según el decreto que los promulgó, la *Constitutio Tanta*, § 11, tenían fuerza de ley.

Quod opus ab his perfectum, ut nobis oblatum et relectum est, et prono suscepimus animo, et nostris sensibus non indignum esse iudicavimus, et praedictos libros constitutionum vicem habere iussimus; quod et in oratione nostra, quam eisdem libris proposuimus, apertius declaratur.

[Cuya obra, concluida por ellos, luego que nos fue presentada y que la revisamos, la aceptamos con benevolencia, y juzgamos que no era indigna de nuestro propósito, y mandamos que tuvieran fuerza de constituciones los mencionados libros; lo que más extensamente se declara en el discurso nuestro que pusimos a la cabeza de aquellos.]

El manual consta de cuatro libros y se basa en gran medida en las Instituciones de Gayo²¹⁵, dos tercios de las Instituciones consisten en citas literales de Gayo. También se organizan de manera muy similar, divididos en títulos por tema y párrafos²¹⁶, pero a diferencia del Digesto, existe una falta

²¹⁵ Acerca de la idea de que el manual gayano sea considerado como la piedra angular del *Corpus Iuris Civilis* y de la concepción de lo que fue el Derecho romano, así como su sistemática, véase STAGL (2014) pp. 313 y ss. Las Instituciones deben interpretarse no como un libro aislado, sino como parte de un esquema didáctico más amplio. STAGL (2016), p. 5.

²¹⁶ STAGL (2016), p. 6. La compilación de Justiniano es la principal fuente del esquema didáctico de Gayo, especialmente sus constituciones introductorias; tanto respeto le tenían a Gayo que lo llamaban "nuestro Gayo".

de información en los extractos ya que no contienen inscripciones que indiquen de quién se tomó el material original, aunque a menudo se trata de citas literales. Por ejemplo, las definiciones de justicia y jurisprudencia se citan en el primer libro del Digesto y pertenecen a las *Regulae* de Ulpiano (D. 1, 1, 10 pr. y D. 1, 1, 10, 2).

Era un requisito y una tarea de las Instituciones transmitir los principios del sistema legal a los estudiantes, que correspondían a la tradición legal clásica. Debían proporcionar una orientación básica y simplificada para las áreas temáticas compiladas en el Digesto, que incluían una extensa colección de fragmentos de *responsae* o también *digestae*, comentarios y libros de texto de importantes juristas romanos del siglo I a.C. hasta mediados del siglo III, principalmente para unir a los clásicos tardíos como Ulpiano y Paulo²¹⁷.

Como se indicó, los contenidos recogidos por las Instituciones justinianas provienen en su mayoría de la obra gayana²¹⁸ y, en este sentido, el tratamiento de las fuentes de las obligaciones es similar, pero con variaciones: distinto de la clasificación bipartita de Gayo y con la categoría residual de las *Res cottidianae* subdividida, siguiendo el modelo de la dicotomía contrato-delito, el resultado que encontramos en Justiniano es una clasificación cuatripartita. En efecto, el manual justiniano, enseña en 3, 13, 2 que las obligaciones

²¹⁷ El *Corpus Iuris Civilis* reproduce la bipartición didáctica de Gayo en un nivel introductorio, es decir, las Instituciones de Justiniano, y en un nivel de profundización, que es el Digesto. STAGL (2015), p. 63; STAGL (2016), p. 13.

²¹⁸ Para STAGL (2016), p. 12, toda la compilación de Justiniano se basó en el esquema didáctico de Gayo (basado en principios de racionalidad), y no en el Edicto del Pretor (basado en su antigua autoridad).

nacen de un contrato, como de un contrato, de un delito o como de un delito.

Sequens divisio in quatuor species deducitur: aut enim ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio.

[La siguiente división se determina en cuatro especies: pues, o nacen de un contrato, o de un cuasi contrato, o de un delito, o de un cuasi delito.]

Es de notar que en esta clasificación nuevamente se habla de especies, pero no habría error aquí pues no es esta la *summa divisio obligationum*, sino una "sequens divisio"²¹⁹. Al incluir aquí las figuras "como de un contrato" y "como de un delito", pareciera que la clasificación bipartita primitiva empleada por Gayo era insuficiente, pues no incluía todas aquellas hipótesis que generan obligaciones pero sin caer en las otras categorías. Si bien en esta clasificación no se las menciona expresamente, estas figuras variadas corresponderían posteriormente a los cuasicontratos y cuasidelitos²²⁰ que, junto a los contratos y delitos, serían las únicas cuatro fuentes de obligaciones en el Derecho antiguo. Sin embargo, con el desarrollo de la jurisprudencia, los principios de la equidad natural llegaron a ser fuentes de las obligaciones y aparecieron otros contratos, convenciones llamadas pactos o convenios, que producían casi los mismos efectos.

²¹⁹ PARICIO SERRANO (1994), p. 59. Esta clasificación obedece más bien a un criterio histórico, pues la contraposición entre derecho civil y derecho pretorio ya estaba superada, de ahí también que dicha clasificación no tuviera mayor relevancia posterior.

²²⁰ PARICIO SERRANO (1994), p. 60. Los sustantivos cuasicontrato y cuasidelito propiamente tales aparecen por primera vez en la Paráfrasis de Teófilo, comentario a las Instituciones de Justiniano que hizo este maestro bizantino. PT. 3, 27, 3; 4, 5 pr.; 4, 5, 3. Acerca del significado de "quasi", véase GUZMÁN BRITO (2016), pp. 79 y ss.

En lo que respecta a la exposición y clasificación sistemática de temas, Justiniano se obstinó mucho con el número cuatro: no solo presenta cuatro fuentes de obligaciones, sino que también da una subdivisión cuádruple de las obligaciones contractuales; luego, hay cuatro tipos de contratos *re*, cuatro tipos de contratos *verbis* y cuatro tipos de contratos *consensu*; además, se mencionan cuatro delitos y cuatro cuasidelitos²²¹. A decir de Zimmermann, este método de ordenar y sistematizar la ley no fue accidental ni se adoptó simplemente en aras de una simetría de exposición: como la mayoría de la gente en el mundo antiguo, estaba influenciado por el simbolismo de los números²²². Otra posible interpretación es que Gayo haya anticipado esta cuatripartición en su clasificación de las *Res cottidianae* y que Justiniano fue quien la concretó.

En cuanto a la clasificación de las obligaciones *ex contractu*, IJ. 3, 13, 2 recoge lo siguiente:

Prius est, ut de iis, quae ex contractu sunt, dispiciamus. Harum aequae quatuor sunt species: aut enim re contrahuntur, aut verbis, aut literis, aut consensu.

[Corresponde que hablemos primero de las que nacen de un contrato. De estas, a su vez, hay cuatro especies: pues o se contraen por la cosa, o por palabras, o por escrito, o por el consentimiento.]

Se aprecia aquí una estructura dialéctica en la cual las *obligationes re, verbis y consensu contractae* son tratadas como *species* de un mismo *genus* (el contrato-convención), las que

²²¹ Estos cuatro casos son los mismos que ya aparecían en las *Res cottidianae*.

²²² ZIMMERMANN (1996), p. 15. Que Justiniano era muy consciente del papel de los números simbólicos en la disposición del *Corpus Iuris Civilis* se desprende del § 1 de su *Constitutio Tanta*.

sin lugar a dudas parten del supuesto de que todo *contractus* es una *conventio*²²³: lo que para los clásicos fueron las distintas hipótesis de *causae obligationum*, cada cual distinta e independiente, para los bizantinos ya no serán más que las formas en las que puede manifestarse el *consensus* que está en la base de todo contrato, vale decir, el modo de perfeccionarlo²²⁴.

Las "varias especies de causas" enunciadas en las *Res cottidianae* fueron rescatadas, pero divididas en dos: *quasi ex contractu* y *quasi ex maleficio* (o *ex delicto*). Es de notar la ausencia de una definición para estas categorías, resaltando su carácter artificioso, ya que al "cuasicontrato" le falta lo más característico del contrato, el acuerdo, y al "cuasidelito", o le falta lo más característico del delito, la culpa, o no ofrece, en otros casos, diferencias esenciales con los delitos. Por todo ello, la clasificación cuatripartita resulta igualmente insuficiente y menos ajustada a la realidad que la que refleja el Derecho clásico.

Bajo la rúbrica de obligaciones *quasi ex contractu* están el pago de lo no debido; además, la gestión de negocios, la tutela, la *communio* y el *legatum per damnationem*, con el único añadido de la obligación que nace de la comunidad cuya base no es un contrato de sociedad. Por otra parte, los cuatro casos de obligaciones *quasi ex delicto* se reducen a aquel referido al juez que, por incumplimiento de sus funciones, causó daño a otra persona (*iudex qui litem suam fecit*), a cualquiera de cuya vivienda se arrojó o se vertió en la calle para herir a otra

²²³ WEGMANN (2018a), p. 39. Recién en el derecho justiniano, en el cual se asienta una idea de *contractus* fundada en la *conventio*, las *obligationes re, verbis, litteris* y *consensu contractae* ya no serán tratadas como géneros independientes, sino como especies de un mismo género: el contrato-convencción.

²²⁴ WEGMANN (2019), pp. 22-23.

persona (*deiectum vel effusum*), o de cuyo edificio los objetos colocados o suspendidos en un alero o techo saliente cayeron y pusieron en peligro el tráfico (*positum vel suspensum*), y a los portadores, posaderos y mozos de cuadra, cuyos empleados hubieran robado o dañado la propiedad de uno de sus clientes (*furtum vel damnum in navi aut caupone aut stabulo*). El factor originario que pudo dar unidad a los cuatro supuestos sería el de la llamada responsabilidad objetiva.

3. El pasaje de Modestino.

3.1. D. 44, 7, 1 y su clasificación de las fuentes de las obligaciones.

Llegados a este punto, no se puede dejar de subrayar cómo la posible inclusión de la ley entre las fuentes de la obligación ya se planteaba entre los juristas como una cuestión real²²⁵. El Derecho romano desarrolló una clasificación rígida de las fuentes, que limitaban los hechos jurídicos de los que podía derivar la obligación al contrato y al delito, que luego aumentó esta partición con un tercer elemento, según el fragmento de Gayo D. 44, 7, 1, pr., que se reproduce posteriormente dividido en las Instituciones de Justiniano, según se ha mencionado con anterioridad. En suma, ya en la época clásica, junto a las dos fuentes típicas de la obligación, existían otros varios casos de obligaciones que, por una regla especial del ordenamiento jurídico, nacían de un acto voluntario o de una situación jurídica objetiva. La sistemática se limitó sólo a agruparlos, haciéndolos casi un apéndice de las categorías precisas y específicas del contrato y del delito.

Pero, ¿es un sistema absolutamente impecable y que muestra toda la gama de relaciones contractuales de la antigua Roma? Si se estudia con más detalle, se ve que algunos contratos muy importantes están excluidos de este sistema. De hecho, los glosadores medievales ya habían prestado atención a las

²²⁵ Sobre este tema, véase PEROZZI (1903), pp. 31 y ss.; RICCOBONO (1915), pp. 301 y ss.; ALBERTARIO (1936), III, p. 27; VOICI (1946), pp. 293 y ss.

obligaciones que emanan de la ley (*ex lege*) y de la labor de los magistrados (*ex iure honorario*).

En relación con esto, el Digesto contempla además otra clasificación de las fuentes de la obligación distinta a la de Gayo y debida al último de los juristas clásicos: Modestino, discípulo de Ulpiano, que trabajó en la primera mitad del siglo III d.C.

D. 44, 7, 52, 5: *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato.*

[Nos obligamos o por una cosa, o con palabras, o al mismo tiempo por aquélla y con éstas, o por el consentimiento, o por la ley, o por derecho honorario, o por necesidad, o por delito.]

El pasaje parece heterogéneo e inconsistente, tanto en términos de orden sistemático como de contenidos específicos²²⁶. En esta lista de causas de las obligaciones no existe la habitual *obligatio litteris*, sin embargo, se han añadido las obligaciones *ex lege* y *ex iure honorario*.

Vincenzo Arangio-Ruiz la definió como una "muy curiosa mezcla"²²⁷, y dado a que Modestino vivió mucho antes que Justiniano, este pasaje se consideró una interpolación, sospecha que ha madurado entre varios juristas²²⁸. Esto se debe

²²⁶ SCEVOLA (2016), p. 702.

²²⁷ ARANGIO-RUIZ (1926), p. 86: "*curiosissimo intruglio*";

²²⁸ Véase, entre otros, las obras de ALBERTARIO (1936), III, pp. 27 y 174; WIEACKER (1936), p. 85; D'ORS (1948), p. 301; SCHULZ (1961), p. 507; VOCI (1946), p. 293, considera el texto como compilatorio; PEROZZI (1903), p. 45, señala que el pasaje D. 44, 7, 52 no menciona ni el cuasicontrato ni el cuasidelito y, por tanto, está en contradicción con el modelo justiniano de Instituciones 3, 13. BRINI (1905), p. 104, reconoce a Modestino el mérito de dar una indicación general y a la vez específica de la ley como fuente inmediata de las obligaciones, al tiempo que advierte que éste hace una pobre distinción entre el caso en que la obligación surge sobre la base de

principalmente a que la entrada de la ley entre las fuentes de las obligaciones representaba un elemento antitético respecto de la concepción romana, que rechazaba admitir que un vínculo grave y anormal que inviste a una persona sometiéndola a la potestad de otra, como la obligación, puede producirse por sí mismo, sin el conocimiento y sin la voluntad o conducta de la persona que ha de ser obligada.

De hecho, los romanos profesaban un verdadero culto a la iniciativa individual y confiaban en ella incluso allí donde los modernos se inclinan más bien a reconocer la fuerza operativa de la ley y a cultivarla. El sistema jurídico del Estado romano, inserto en las autonomías preexistentes de *gentes* y familias, mantuvo esta autonomía y revirtió a la iniciativa de los particulares en mucha mayor medida que el sistema jurídico del Estado moderno²²⁹. La ley siempre regula la vida de la *civitas* y se dirige a todas las *cives* en su interés. No podía, pues, servir para someter una *gens* a otra, o un ciudadano a otro. Tampoco puede objetarse que el Derecho justiniano conocía la *condictio ex lege* general, para lo cual se creó una rúbrica especial (D. 13, 2), pues es cierto que la misma llevaba a admitir la posibilidad de obligaciones *ex lege* independientes de un acto de parte, pero a pesar de ello no se corría el riesgo de elevar la ley al nivel de fuente autónoma de obligación, sin atreverse a negar la concepción clásica²³⁰.

un precepto del derecho de un hecho lícito o ilícito, de aquellos casos en que la ley, el edicto o el mandato del magistrado sean la fuente directa e inmediata de las obligaciones.

²²⁹ BETTI (1954), p. 41.

²³⁰ De acuerdo con DEGNI (1915), p. 24, si la ley no fue considerada en el Derecho romano como fuente inmediata de obligaciones, esto sucedió por una razón de mero orden procesal, dado que el sistema romano no era un sistema de derechos, sino un sistema de acciones. Por lo tanto, sólo se consideraron como fuentes de obligaciones aquellas relaciones que directa o indirectamente estaban vinculadas a determinadas acciones; todas las demás relaciones obligatorias, que no podían encajar en este esquema, no se

La obligación *ex lege* sería por tanto una institución jurídica que debe sus orígenes al Derecho natural y completamente desconocida para el Derecho romano, tanto clásico como justinianeo.

Señalando los intentos de Modestino por "superar la estrechez del esquema gayano", Pugliese subraya que su explicación es al mismo tiempo insuficiente e ilógica "ya que todas las obligaciones tienen su fundamento en un precepto de Derecho particular o general y, sin embargo, todas nacen concretamente como consecuencia de hechos, actos o circunstancias contemplados por ese precepto"²³¹.

Estas palabras son correctas para entender a Modestino, siguiendo la idea de Justiniano, donde todas las obligaciones son civiles u honorarias y donde todas las obligaciones son un *vinculum iuris*. Se puede estar de acuerdo con Pugliese, también en relación con el sistema de *pacta legitima* y *pacta praetoria* de los glosadores, ya que al no contar con acciones propias este tipo de contratos sólo tenían la defensa directa de la ley o del edicto pretoriano, pero no nacían de ellos. Entonces, si en la definición de Modestino se trata precisamente de este precepto general de la ley o edicto pretoriano, si este pasaje es único y si no podemos imaginar que de la ley o del Derecho de los magistrados nazca alguna obligación concreta, en este caso entonces, debemos entender las palabras del jurista *obligari lege aut iure honorario* como una "mezcla muy curiosa" y nada más.

Con todo y lo extraño que puede resultar, es posible encontrar una mención en la definición de las *Res cottidianae*,

consideraban figuras en sí mismas, sino consecuencias de otras relaciones e instituciones de las que dependían.

²³¹ PUGLIESE (1991), pp. 532 y s.

después de las obligaciones *ex contractu* y *ex maleficio*, se menciona la tercera causa como *ex variis causarum figuris*, sin embargo, en el texto aún hay otras palabras: *proprio quodam iure*, que puede traducirse como "por cierto derecho propio". Estas últimas palabras del pasaje se corresponden con *obligari lege aut iure honorario* de Modestino. Hay otro célebre jurista, Paulo, que deja testimonio de la existencia de la *obligatio ex lege*:

D. 44, 7, 41: *Quoties lex obligationem introducit, nisi si nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere.*

[Siempre que la ley introduce una obligación, a no ser que especialmente hubiere dispuesto que utilicemos esta sola acción, competen por tal motivo también las antiguas acciones.]

En otro pasaje Paulo explica que:

D. 13, 2, 1: *Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.*

[Si por una nueva ley se hubiera introducido una obligación, y no se previno en la misma ley de qué género de acción hayamos de usar, se ha de intentar la que nace de la ley.]

Aún hay otra explicación de las obligaciones *ex lege* mencionada por Ulpiano:

D. 2, 14, 5-6: *Conventionum autem tres sunt especies; aut enim ex publica causa fiunt, aut ex privata; privata aut legitima, aut iuri gentium.*

Legitima conventio est, quae lege aliqua confirmatur; et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quoties Lege vel Senatusconsulto adiuvatur.

[Mas hay tres especies de convenciones; porque se hacen, o por causa pública, o por causa privada; y la privada, o es de ley, o de derecho de gentes.

Es convención legal, la que se confirma por alguna ley; y por tanto, a veces por el pacto nace o se pierde una acción, siempre que está apoyado en Ley o Senadoconsulto.]

Al tratar las convenciones en un plano más general, señala dos clases: las que son *ex publica causa* y las que son *ex privata*. Luego, divide las últimas en *legitima* y *iuri gentium*. Paulo también subraya que la "convención legal" es aquella que se confirma por alguna ley y ésta sólo puede ser defendida con acción en el caso de que esté apoyada en ley o senadoconsulto. Estos textos de Paulo y Ulpiano son bien conocidos, ya que fueron la base para la creación de los glosadores del sistema de *pacta legitima* y *pacta praetoria*. Sin embargo, la citada observación de Pugliese puede que no resulte del todo correcta en relación con los fragmentos cuando la ley y el senadoconsulto dan lugar a la obligación. De hecho, Ulpiano cita un ejemplo muy característico de esta obligación *ex lege*, cuando menciona la convención sobre la celebración de la paz entre dos *duces*: "Convención pública es la que se hace por la paz, siempre que entre si pactan algo los caudillos de la guerra." Incluso durante la República romana, los acuerdos de paz recibieron la fuerza jurídica del contrato solo después de la confirmación por el Senado o por los comicios curiados.

Puede objetarse que esta cita está tomada del ámbito del Derecho público y no tiene relación con el sistema de fuentes

de las obligaciones del Derecho privado romano. Pero, ¿cuál de los autores antiguos afirmó que las definiciones generales de los juristas romanos, que encontramos en las Instituciones de Gayo y en el Digesto de Justiniano, son de Derecho privado y no de Derecho público? Por regla general, los juristas romanos, antes de dar una definición general, partían de la división entre lo público y lo privado²³². Si esta división no está presente en ninguna definición, se puede decir que es universal, por lo tanto, válida tanto para el Derecho público como para el Derecho privado.

Sin cuestionar la credibilidad de la fuente, autores como Scevola²³³ sostiene que Modestino, refiriéndose a las obligaciones *ex lege*, sólo podía aludir a las obligaciones de origen delictivo. A diferencia de Gayo, Modestino habría reconocido la fuente de la obligación no en el delito mismo, sino en la ley o en el Derecho honorario, evitando así poner al mismo nivel el contrato y el delito. Su razonamiento sería el siguiente: las obligaciones nacen *re, verbis, litteris, consensu*, sin embargo, estos cuatro géneros no incluyen todas las causas posibles; de hecho, existen otras, previstas por las leyes o sancionadas por remedios especiales del Derecho honorario. La mención de las obligaciones *lege, iure honorario, necessitate* constituiría ya, pues, una referencia a la *variae causarum figurae* que se plasmarán abiertamente en la *Res cottidianae*.

Con todo, subsiste la objeción básica que puede plantearse y se planteará en los últimos tiempos sobre la corrección de colocar la ley en un catálogo de fuentes de obligación: la ley,

²³² Por ejemplo, la división entre *ius publicum* y *ius privatum*, *res publica* y *res privata*, *conventio publica* y *conventio privata*, *iudicia publica* y *iudicia privata*, *delicta publica* y *delicta privata*, etc.

²³³ SCEVOLA (2016), p. 716.

en efecto, no da lugar a la obligación por sí misma, sino que califica ciertos hechos como productores de obligación, de modo que estos hechos representarán concretamente la fuente; por ejemplo, el sujeto que ha matado un animal está obligado a reparar el daño al propietario, no por la ley Aquilia, sino por el hecho de haber matado al animal, es decir, *ex delicto*.

Teniendo en cuenta estas observaciones, no se puede decidir a la ligera si el esquema de D. 44, 7, 52 debe atribuirse a Modestino o a un compilador. Sin embargo, parece creíble que ya a fines del período clásico se reconociera a la ley como fuente especial de obligación. En efecto, en el ordenamiento del Derecho romano existen otras obligaciones ligadas a la propiedad, a la posesión de una cosa, a determinadas relaciones familiares, a obligaciones como la *actio ad exhibendum*, que pueden clasificarse como obligaciones que emanan de la autoridad de la ley²³⁴. Queda el hecho de que, si bien los jurisconsultos romanos consideraban el ordenamiento jurídico como una fuente directa e inmediata de obligaciones, este factor no tenía, sin embargo, la debida importancia en el ordenamiento romano.

En este punto, conviene recordar algunas de las opiniones de los glosadores para resaltar cómo las categorías *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto* en estas clasificaciones constituyen a menudo una alternativa a la aceptación de la obligación *ex lege* propuesta por Modestino. Los textos que reconocen las obligaciones *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto* rara vez colocan junto a ellos obligaciones *ex lege*. Por el contrario, si un texto habla de obligaciones *ex lege*, normalmente no se menciona a las otras. Pero la Glosa también

²³⁴ RICCOBONO (1915), p. 301.

contiene ejemplos de obligaciones jurídicas reales que, sin embargo, al no estar incluidas en el número de fuentes tradicionales, no adquieren un verdadero valor sistemático.

Si en la primera fase del desarrollo medieval del Derecho romano una división de las fuentes de obligación en cinco clases fue apoyada sólo por voces aisladas y discordantes, los cambios notables en la sociedad hicieron que los escenarios cambiaran también desde el punto de vista jurídico. La consolidación de la autoridad estatal ofreció a la conmocionada y agitada comunidad una seguridad jurídica cada vez mayor y superó el predominio de la economía terrateniente con el impulso de las nuevas fuerzas de la riqueza industrial y comercial. En el espíritu de este vasto movimiento político, un mayor número de intereses recibieron la consagración de la ley; los derechos y obligaciones se vuelven cada vez más numerosos y variados. Aquí, por tanto, está la idea de que la ley puede dar lugar a una obligación basada en un hecho objetivamente determinado, donde la voluntad o el comportamiento individual habrían tenido como objetivo su interés particular. Sin embargo, los postglosadores hacen poca contribución a la sistemática, no se preocupan en absoluto por los criterios generales y tienen la intención de resolver casos individuales.

Cuyacio (1522-1590), el más insigne jurisconsulto de la escuela francesa, tenía una manera vaga de entender el Derecho como causa o fuente de obligaciones, influenciada también por la fuerza de la todavía tan poderosa tradición justiniana. Cuando pasa a enumerar hipótesis de obligaciones que se derivan directamente de la ley, según la clasificación de Modestino,

enumera algunas de las cuales son dudosamente atribuibles a esa categoría²³⁵.

Girolamo Monti, jurista de Brescia, también añade a la clasificación cuatripartita de las fuentes de obligaciones de origen justiniano un cierto número de obligaciones que surgen inmediatamente de la ley, contraponiéndolas a otras que derivan de un hecho encaminado a producirlas²³⁶. Distingue entre acciones y *obligationes nativae* y *obligationes dativae*. Las acciones surgen de las obligaciones, pero estas son las causas remotas. Las causas próximas son los contratos y los delitos por las acciones *nativae*, mientras que las acciones *dativae* se consideran derivadas directamente de la ley.

Wolfgang Adam Lauterbach también acepta la posibilidad de la existencia de obligaciones que surgen de la ley. De hecho, hace una división entre obligaciones mediadas e inmediatas. En estas últimas, similares a las *dativae* de Del Monte²³⁷.

²³⁵ CUJAS, Jacques (1758), *Opera omnia - ad D. 44, 7*, vol. VIII (Napoli), pp. 385-386. "*Lege obligamur. Sane ita est: Lex saepe nova novam inducit obligationem [...]. Lex Iulia inducit obligationem ex causa servi dotalis a marito manumissi [...]. Lex Cincia obligationem introducit, si quid ultra modum legis donatum accipiamus [...]. Lex Furia testamentaria obligationem introducit, si plus quam mille assium legatum accipiamus, obligationem in quadruplum.*"

²³⁶ DE MONTE, Hieronymus (1573), *Tractatus de finibus regundis civitatum, castrorum, ac praediorum, tam urbanorum, quam rusticorum* (Lugduni), p. 88. "*nativa actio dicitur illa, quae a lege secundum regulas iuris communis datur. Videlicet, quando factum praecedit, ex quo obligatio causatur, quae actionem producit [...]. sed dativa dicitur illa, quae datur a lege ex aequitate, et ex aliqua iusta causa propter iuris communis regulas.*"

²³⁷ LAUTERBACH, Wolfgang Adam (1765). *Wolffgangi Adami Lauterbachii Collegium theoretico-practicum: A Pandectarum lib. XXXIX. usque ad finem. Vol. III*, pp. 501-502 ad lib. D. 44, 7. "XXXII. III. *Ratione Causae Effic. Proximae Immediatae divid. a Dd. in Nativas et Dativas. Hi quidem termini expresse in Iure non reperiuntur, unde multi hanc divisionem reproband; quoniam tamen analogiae iuris est conveniens, et res ipsa fundamentum in Iure habet, cum Ius nostrum Iustinianum Nativas actiones ubique exhibeat et Dativas pariter infinitas, ideo permulti et optimi commatis Auctores hanc divisionem agnoscunt et propugnant.*"

Actualmente, la mayoría de los juristas, bajo fórmulas más o menos vagas y a partir de pasajes conocidos y debatidos del Digesto, tienden a admitir una categoría de obligaciones que se remontan a veces a la equidad y otras al Derecho, pero que en todo caso difieren de las otras cuatro categorías tradicionales. Así, por ejemplo, Westenberg²³⁸ y Püttmann²³⁹, quienes creían que las figuras *quasi ex contractu* debían incluirse entre los contratos y las figuras *quasi ex delicto* entre los delitos, y que la tercera fuente se basaba únicamente en la equidad, dando lugar así a una categoría de obligaciones completamente distinta.

Houck, jurista alemán, afirmó que el mayor número de *variae causarum figurae* surge de la equidad, pero ésta no puede dar lugar a obligación alguna. Según esta clasificación, pueden existir obligaciones sin que se produzca ningún hecho que las genere²⁴⁰.

²³⁸ WESTENBERG, Johannes Ortwinus (1704), *De causis obligationum, liber singularis, seu dissertationes IX* (Harderovici), p. 59. DISSERTATIO II, CAP. III, "11. Fundamentum autem Obligationis, quae ex quasi contractu oritur, in aequitate et utilitate communi, ponendum est. 12. Aequitas sane fundamentum generale est, cui omnes obligationes efficaces innituntur, omnibusque contractibus commune."

²³⁹ PÜTTMANN, Josias Ludwig Ernst (1778), *Adversariorum iuris universi, Liber secundus* (Leipzig), 17 p. 161 ss.

²⁴⁰ HOUCK, Friedrich Gottfried, *Oratio inauguralis "de proprio obligationum iure ex variis causarum figuris dicta publica"* (1744), en el *Thesaurus novi Diss. Iur.* En Acad. Belgicis - Brema (1779), vol. III, tomo I, p. 404 y ss.

3.2. Una posible explicación.

Para concluir este apartado acerca del pasaje de Modestino, se ofrecerá a continuación una posible explicación para la ubicación del referido texto.

Debe tenerse en cuenta lo siguiente: el objetivo de la codificación de Justiniano era erradicar las antinomias, controversias y ambigüedades de los juristas clásicos.

Const. Deo auctore § 8

Nulla itaque in omnibus praedicti codicis membris antinomia (sic enim a vetustate graeco vocabulo nuncupatur) aliquem sibi vindicet locum, sed sit una concordia, una consequentia, adversario nemine constituto.

[Así, pues, no encuentre para sí cabida en ninguna de las partes del mencionado Código ninguna antinomia (que así, con una voz griega, se decía por los antiguos), sino que haya en todas una sola concordancia y una consecuencia, no quedando nadie en desacuerdo.]

Este objetivo fue una de las justificaciones más sólidas de la empresa de Justiniano. La necesidad de esta purificación era obvia, ya que el Digesto era una gigantesca recopilación de escritos de juristas romanos de épocas muy diferentes. Sin embargo, esta técnica, que es la menos apropiada que se pueda imaginar para producir la claridad deseada, estaba justificada por el gran respeto de Justiniano por los juristas clásicos.

Const. Deo auctore § 4

Iubemus igitur vobis, antiquorum prudentium, quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes praebuerunt, libros ad ius Romanum pertinentes et legere et eliminare, ut ex his omnis materia colligatur, nulla, secundum quod possibile est, neque similitudine neque discordia derelicta, sed ex his hoc colligi, quod unum pro omnibus sufficiat.

[Por tanto, os mandamos que leáis y corrijáis los libros pertenecientes al derecho romano de los antiguos jurisconsultos, a quienes los sacratísimos príncipes autorizaron para redactar e interpretar las leyes, a fin de que de ellos se recoja toda la materia, pero de suerte que no quede en esta nada semejante ni en discordancia, sino que de ellos se compile únicamente lo de cada caso que sea aplicable a todos los demás.]

Sin embargo, la empresa de Justiniano fracasó, situación que se traduce en el fenómeno que podría explicar la posición del pasaje de Modestino: se trata de una formulación alternativa de la clasificación de las fuentes de las obligaciones.

La idea original del Digesto era crear un texto en el que cada libro siguiera un recorrido didáctico. El Código (529) se terminó cuatro años antes que el Digesto (533), lo que permitió a Justiniano ordenar a la comisión que la estructura de este último se basara en el Edicto y el Código. Si se compara la sistemática del primero y el último, es fácil ver que son casi completamente idénticos. En cambio, según Stagl, la estructura de las Instituciones, que sólo se encargaron tras la

finalización del Digesto, sólo coincide en líneas generales con el Código y el Digesto²⁴¹.

Los ocho primeros títulos del Digesto se leen como una ampliación de las Instituciones de Justiniano, que a su vez son sucesoras de la obra homónima de Gayo, cuyo sistema didáctico fue precisamente el que fascinó a Justiniano hasta el punto que modeló toda su codificación según este esquema. De acuerdo con estas directrices, el texto de los ocho primeros títulos de del Digesto corresponde en gran medida al de las Instituciones de Justiniano. Encontramos una situación similar en los títulos D. 41, 1 "*De acquirendo rerum dominio*" y D. 44, 7 "*De obligationibus et actionibus*", que es el título que nos interesa. Estos dos títulos tienen en común con los primeros ocho del Digesto que cada uno de ellos presenta una superposición textual extraordinariamente fuerte con las Instituciones de Justiniano, lo cual resulta extraño, ya que las repeticiones habían sido expresamente prohibidas por Justiniano en la *Constitutio Deo auctore*. Estos paralelismos entre las dos obras sugieren el hecho de que algunos de los pasajes del Digesto citados en las Instituciones se extrajeron del mismo Digesto y no directamente de los escritos jurídicos.

La intercambiabilidad textual entre las Instituciones y el Digesto indica que los dos textos no eran mutuamente excluyentes, sino que el material podía reordenarse entre ellos. Desde un punto de vista hermenéutico, esto sugiere que las Instituciones y el Digesto deben leerse como una unidad, desde un punto de vista didáctico y genético²⁴².

²⁴¹ STAGL (2023), p. 54.

²⁴² STAGL (2023), pp. 55-56.

El orden básico es: primero, las afirmaciones generales; luego, la presentación en forma de libro de texto; y, por último, la profundización, la casuística, las cuestiones especiales. Las Instituciones de Justiniano representan una parte general para el Digesto. Por esta razón, constituyeron la base del plan de estudios de Derecho. El Digesto profundizaba en la materia jurídica fundada en las Instituciones. Según el reglamento de estudios de Justiniano, ésta es su función principal. Posiblemente -los títulos institucionalizados de la octava hablarían en este sentido- deberían haber estado aún más fuertemente orientados a las instituciones en su composición según una concepción que sólo se aplicó parcialmente. Por último, el Código reúne constituciones y casuística en un orden paralelo.

Entonces, tenemos lo siguiente, D. 44, 7 inicia con un texto de Gayo:

[**PROOEMIUM**]: 1 pr. (Gai. Aur.) [**Diaíresis**] *Obligaciones aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

[**EXPOSITIO**]: 1, 1 [**Sub-diaíresis**] *Obligaciones ex contractu aut [1] re contrahuntur, aut [2] verbis, aut [3] consensu.*

Esta estructura es la misma que se observa en D. 1, 1, que es la matriz de los títulos del Digesto. El texto es un extracto de las Instituciones de Ulpiano y comienza con un amplio proemio que contiene todos los elementos de un proemio del "manual sistemático" de la Antigüedad: etimología, diaíresis y definiciones. El texto que sigue es un desarrollo de la sub-diaíresis, similar al que observamos en D. 44, 7, 1.

[**PROOEMIUM**]: 1 pr. (Ulp. Inst.) [**Definición**] *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. [Etimología] est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. 1, 1 [Captatio benevolentiae] Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notiam profiteamur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes. 1, 2 [Diaíresis] Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit. [Sub-diaíresis] privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex [1] naturalibus praeceptis aut [2] gentium aut [3] civilibus.*

[**EXPOSITIO**] 1, 3 (Ulp.) *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censerit.*

Hasta que llegamos a D. 44, 7, 52:

(Modest. Regul.) *Obligamur aut re, aut verbis, aut simul utroque, aut consensu, aut lege, aut iure honorario, aut necessitate, aut ex peccato. 52, 1 Re obligamur, quum res ipsa intercedit. 52, 2 Verbis, quum praecedat interrogatio,*

et sequitur congruens responsio. 52, 3 Re et verbis pariter obligamur, quum et res interrogationi intercedit. 52, 4 Consentientes in aliquam rem, ex consensu obligari necessario ex voluntate nostra videmur. 52, 5 Lege obligamur, quum obtemperantes legibus aliquid secundum praeceptum legis, aut contra facimus. 52, 6 Iure honorario obligamur ex his, quae Edicto perpetuo, vel Magistratu fieri praecipuntur, vel fieri prohibentur. 52, 7 Necessitate obligantur, quibus non licet aliud facere, quam quod praeceptum est; quod evenit in necessario herede. 52, 8 Ex peccato obligamur, quum in facto quaestionis summa constitit. 52, 9 Etiam nudus consensus sufficit obligationi, quam vis verbis hoc exprimi possit. 52, 10 Sed et nutu solo pleraque consistunt.

Su estructura es similar a la del pasaje de Gayo, pues comienza con una diaíresis y luego la exposición se refiere a cada una de las categorías que derivan de la división. Ahora bien, por qué está incluido aquí este pasaje si las repeticiones habían sido expresamente prohibidas por Justiniano.

Como se dijo antes, vemos en la compilación un patrón repetitivo de orden: en primer lugar, la presentación general del tema (Instituciones y los ocho primeros títulos del Digesto); en segundo lugar, la exposición del tema en los títulos individuales; en tercer lugar, una repetición y profundización sobre la base de la casuística y las constituciones (en el Código); y, finalmente, en cuarto lugar, una especie de conclusión en la forma de los títulos antológicos al final del Digesto que conducen de nuevo a lo general.

Según el proceso, podemos suponer que el plan original era "institucionalizar"²⁴³ toda la materia. Esta suposición se ve corroborada, por un lado, por los primeros ocho títulos del Digesto, que reproducen el texto institucional a mayor escala y con más profundidad y, por otro, por los dos títulos anteriormente citados, siendo uno de ellos "*De obligationibus et actionibus*", con un considerable solapamiento textual con las Instituciones. Sin embargo, por razones que desconocemos, esto no se llevó a cabo, al menos no de la manera que se tenía contemplada. La síntesis más o menos lograda de ambos principios ordenadores en el Digesto fue el producto natural de una gran ambición lógico-material y de una realidad conservadora-edictal²⁴⁴.

Este fenómeno es también consecuencia de la ambigüedad del Digesto, pues la *discordia* de la que habla Justiniano en la *Constitutio Deo auctore* tiene tres formas distintas²⁴⁵ y el pasaje de Modestino se presenta como un caso de ambigüedad, en el que su propuesta de clasificación de las fuentes de las obligaciones en D. 44, 7, 52 se enfrenta a la clasificación propuesta por Gayo en D. 44, 7, 1, a la que, no obstante, no se opone completamente, pues comparten algunas categorías comunes aun sin seguir al pie de la letra la diaíresis de Gayo. Las ambigüedades también están presentes en las Instituciones, pudiendo señalar la diferencia que existe en la clasificación

²⁴³ Concepto acuñado por STAGL (2023), p. 58.

²⁴⁴ STAGL (2023), p. 61. Este orden es producto de una disonancia, una oposición fundamental entre el comentario de los edictos y las instituciones. Lo que hace el comentario es ofrecer todo el material en un orden familiar gracias a las rúbricas tradicionales. Por el contrario, el principio organizador de las instituciones tenderá a una estructuración lógico-sistemática del material y se cargará así con una tarea titánica.

²⁴⁵ STAGL (2017), pp. 456-457. La controversia, cuando dos opiniones chocan abiertamente; la antinomia, cuando ninguna de las opiniones puede vencer a las demás; la ambigüedad, una antinomia latente que puede despertar en cualquier momento.

de las fuentes de las obligaciones en IJ. 3, 13, 2, donde en lugar de reproducir la tripartición de D. 44, 7, 1, se estructura en una cuatripartición en la que introduce las figuras *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto*.

La conclusión a la que arribamos es que, debido a la imposibilidad de ordenar el texto de la forma planteada en su origen, el pasaje de Modestino quedó incluido dentro de una sección que no le correspondía y que, en su lugar, podría haber sido destinada a ocupar un sitio en las Instituciones. Como eso no ocurrió, el pasaje D. 44, 7, 52 se convierte en una formulación alternativa del texto de Gayo, una variación sobre el mismo tema, donde la obra conservada, *Regulae*, tiene más valor que su contenido, pues es dable pensar que los compiladores no descartarían tan a la ligera un texto que pertenece a uno de los juristas que fueron reconocidos por la Ley de Citas. Quizás Triboniano y los compiladores fueron lo suficientemente inteligentes como para saber que, al preservar la riqueza de los juristas clásicos, también preservaba su ambigüedad²⁴⁶.

En consecuencia, el considerar a D. 44, 7, 52 como una formulación alternativa, produce el efecto de reforzar la primera clasificación propuesta por Gayo, del mismo modo que se puede observar en D. 1, 1, donde algunos pasajes posteriores vienen a complementar y/o reforzar las palabras dichas en el texto inicial de Ulpiano. Se trata de una tendencia a la repetición que ya no se consideraría una contradicción.

La técnica presente en el Digesto es quizás, entonces, un acto de sutil resistencia contra el absolutismo de Justiniano.

²⁴⁶ STAGL (2017), p. 465.

En este sentido, la ambigüedad del Digesto tal vez sea intencionada y no accidental²⁴⁷.

²⁴⁷ STAGL (2017), p. 465.

CAPÍTULO TERCERO: La naturaleza de la clasificación de las obligaciones *ex contractu*.

1. La estipulación y los contratos literales.

1.1. La estipulación.

En el Derecho romano había muchos tipos de contratos que podían utilizarse para vincular a las partes. Había contratos reales, consensuales, literales y verbales. Estos últimos, también llamados contratos por palabras, eran contratos hechos verbalmente, tal y como lo sugiere la clasificación descriptiva *verbis*, que se llevaban a cabo diciendo palabras estrictamente definidas en situaciones estrictamente definidas.

Si bien la estipulación²⁴⁸ era, con diferencia, el contrato verbal más importante, Gayo menciona que hay otros dos casos en los que las obligaciones pueden contraerse de esta manera, a saber, la *dotis dictio* (declaración de dote) y el *iusiurandum liberti* (juramento del liberto)²⁴⁹. La *dotis dictio* era una declaración solemne de dote, mientras que el *iusiurandum liberti* era un juramento solemne hecho por un liberto

²⁴⁸ Algunas de las monografías sobre la *stipulatio* que se pueden mencionar son: BIONDI, Biondo (1953): *Contratto e stipulatio* (Milano); PASTORI, Franco (1958): *Sponsio e stipulatio. Storia e struttura giuridica degli istituti* (Milano); PASTORI, Franco (1961): *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*; PASTORI, Franco (1994): *Il negozio verbale in diritto romano* (Editore Cisalpino); SACCONI, Giuseppina (1989): *Ricerche sulla stipulatio* (Editore Jovene); CASTRESANA, Amelia (1994): "La estipulación", en: Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener, pp. 439-462. Y más recientemente COCH, Núria (2017): *La forma estipulatoria. Una aproximación al estudio del lenguaje directo en el Digesto* (Madrid: Dykinson. Colección de Derecho Romano y Cultura Clásica).

²⁴⁹ Gai. 3, 95a. *Sunt et aliae obligationes quae nulla praecedente interrogatione contrahi possunt*. [Hay otras obligaciones que se contraen sin que preceda ninguna interrogación.]

inmediatamente después de la manumisión de prestar servicios a su patrón; ambas eran aplicaciones específicas del contrato *verbis*. Estos dos contratos verbales eran altamente especializados y, en la época de Justiniano, estaban obsoletos y fueron comprensiblemente excluidos de sus Instituciones.

Estos dos tipos de contrato verbales ayudan a contrastar y adelantan la rareza de la inclusión por parte de Justiniano de los contratos literales, que igualmente habían quedado obsoletos mucho antes de la época de Justiniano como una de las categorías contractuales.

Ahora bien, la estipulación era uno de los tipos de contratos más antiguos del Derecho romano, la que puede remontarse a la ley de las Doce Tablas según el testimonio de Gayo²⁵⁰. La estipulación consistía en una promesa de llevar a cabo una acción por parte del deudor para el acreedor y, por lo tanto, era un tipo de contrato que solo vinculaba a una parte (unilateral). Originalmente, solo podía ser el objeto de la estipulación una suma específica de dinero, pero con el tiempo el rango se amplió para incluir una lista de cosas específicas (*certa res*) y, finalmente, prestaciones consistentes en un hacer o un no hacer.

La estipulación era popular entre los romanos debido a la amplia gama de casos en los que se podía utilizar, a diferencia de los otros tipos de contratos. Otra ventaja era que, a diferencia de los contratos informales y los contratos sin

²⁵⁰ Gai. 4, 17a. *Per iudicis postulationem agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset, sicuti lex xii tabularum de eo quod ex stipulatione petitur.* [Se litigaba mediante acción por petición de juez si hubiese ordenado una ley que así se hiciese; como dice la ley de las XII Tablas respecto de lo que se debe por estipulación.]

ninguna protección legal (*nuda pacta*), era viable como un contrato formal.

Las partes de la estipulación eran el *stipulator* (estipulante), el que aceptaba la promesa, y el *promissor* (promitente). Aparte de estos dos participantes tradicionales, el contrato podría incluir a otros: podría extenderse a copromitentes, coestipulantes y fiadores.

La estipulación era la forma básica de contrato y se hizo siguiendo el formato de pregunta y respuesta²⁵¹: las más antiguas fueron las preguntas sobre la promesa (*Dari spondes?* - *Spondeo*), disponibles solo para los ciudadanos romanos²⁵². Con el tiempo, más expresiones estuvieron disponibles (*Promittis?* - *Promitto*, *Dabis?* - *Dabo*) e incluso el idioma griego fue aprobado para su uso en este tipo de contrato.

Debido a su forma, la estipulación era conveniente para el estipulante, ya que permitía crear una obligación sin una contraobligación.

En términos de protección legal, había varias acciones disponibles para las partes de dicho contrato. El acreedor podría exigir la prestación de muchas maneras. Durante el período de las acciones de la ley, si la estipulación implicaba dinero, podía invocar a la *lex Silia*, que introdujo un modo especial de accionar conocida con el nombre de *legis actio per condictioem*, o a la *lex Calpurnia* en otros casos. Más tarde, en el sistema formulario, podría usar la *condictio certae creditae pecuniae*, si el contrato implicaba dinero; la *actio*

²⁵¹ SCHULZ (1960), pp. 452-453.

²⁵² El uso de estas palabras en específico ciertamente puede ser un reflejo de los orígenes religiosos de la estipulación desde la época de las Doce Tablas. Sin embargo, como explica Gayo, los otros ejemplos son parte del *ius gentium* y son válidos entre todos los hombres.

ex stipulatu certi para otras cosas específicas (más tarde *condictio certae rei*) y la *actio ex stipulatu incerti*, si se prometía una cosa o acción no especificada (*actio ex stipulatu* en el derecho de Justiniano)²⁵³.

Además, el deudor tenía muchas opciones para defenderse. El pretor podría otorgar una *exceptio doli* al deudor; el deudor también podría invocar una *exceptio non numeratae pecuniae* o acusar al acreedor con la *querela non numeratae pecuniae*²⁵⁴.

Para que un contrato sea válido, las partes deben tener capacidad: tanto *intellectus* como *voluntas*. Los furiosos y los infantes carecían de *intellectus*, y no podían entender total o parcialmente un contrato legalmente vinculante y, por lo tanto, no podían aceptarlo²⁵⁵. Los esclavos carecían de *voluntas* y, por ende, no podían contratar. Aunque los esclavos no podían obligarse por un contrato, podían contratar para beneficiar a su amo, incluso sin su permiso²⁵⁶ y, con su consentimiento, podían obligarlo a todos los efectos, porque proporcionaría las *voluntas* necesaria. Los pupilos y las mujeres podrían estipular bajo la autoridad de su tutor²⁵⁷ y esto no era necesario si se beneficiaban de la estipulación.

²⁵³ SCHULZ (1960), pp. 456-457.

²⁵⁴ ARIAS BONET (1983), pp. 109-110.

²⁵⁵ Gai. 3, 106. *Furiosus nullam negotium gerere potest, quia non intellegit quid agat*. [Un loco no puede realizar ningún negocio, porque no sabe lo que hace.]

²⁵⁶ D. 45, 1, 62. *Servus vetante domino si pecuniam ab alio stipulatus sit, nihilominus obligat domino promissorem*. [Si el esclavo, vedándose su señor, hubiera estipulado de otro dinero, obliga, sin embargo, a favor de su señor al prometedor.]

²⁵⁷ Gai. 3, 107. *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, uelut si ipse obligeretur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest*. 108. *Idem iuris est in feminis quae in tutela sunt*. [Un pupilo puede realizar válidamente un negocio, con tal de que obtenga la autorización del tutor cuando sea necesario, como por ejemplo, si el pupilo contrae una obligación, ya que para obligar a otro, no necesita autorización del tutor. Lo mismo vale con las mujeres que están bajo tutela.]

Ahora bien, existe el argumento de que la intención no era un elemento esencial del Derecho contractual romano, sino una incorporación bizantina posterior. Sin embargo, en D. 50, 17, 48 se argumenta que, en el contexto del divorcio, lo que se dijo con ira no sería vinculante a menos que fuera acompañado de una acción; por ejemplo, si la esposa dice que se marchará y luego lo hace²⁵⁸. Un loco no podía estipular porque le falta comprensión. Estos textos combinados sugieren que se requería alguna forma de intención para crear un vínculo jurídico.

El acuerdo era esencial para un contrato válido bajo el Derecho romano. Si no ocurría una concurrencia de voluntades, el contrato era nulo²⁵⁹. El resultado de esto fue que se necesitaba el *animus* de ambas partes, tanto para asumir la carga como para aceptar el beneficio del contrato. Los textos se hacen cargo de algunas situaciones en las que el acuerdo fracasa: una de ellas plantea que, si alguien estipula para el esclavo A y hay dos esclavos llamados A, para qué esclavo es vinculante la estipulación depende de la evidencia ajena al contrato verbal²⁶⁰.

²⁵⁸ D. 50, 17, 48. *Quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse. Ideoque brevi reversa uxor nec divortisse videtur.* [Cualquiera cosa que se hace o se dice en el calor de la ira no es válida antes que por la perseverancia haya aparecido que aquella fue resolución del ánimo; y por lo tanto no se considera que se divorció la mujer que volvió al poco tiempo.]

²⁵⁹ D. 2, 14, 1, 3. *Adeo autem conventionis nomen generale est, 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.* [Mas de tal modo es genérica la palabra convención, que, como discretamente dice Pedio, no hay ningún contrato, ninguna obligación, que en sí no contenga convención, ya se haga de obra, ya de palabra; porque aun la estipulación, que se hace de palabra, es nula, si no tuviera el consentimiento.]

²⁶⁰ D. 34, 5, 21. *Ubi est verborum ambiguitas, valet, quod acti est, veluti quum Stichum stlpuler, et sint plures Stichi, vel hominem, vel Carthagini, quum sint duae Carthagines.* [Donde hay ambigüedad de palabras, es válido lo que es propio de lo que se hizo, como cuando yo estipulara a Stico, y hubiere muchos Sticos, o un esclavo, o para Cartago, habiendo dos Cartagos.]

Dado que la estipulación era un contrato oral, los sordos o mudos no podían celebrarlo sin un esclavo que actuara como su boca o auricular y no podía realizarse desde lejos. D. 45, 1, 1, pr, que parece comprimido, ya que el razonamiento no se sigue perfectamente, dice que sólo puede haber estipulación cuando las partes hablan, por lo que el mudo y el sordo no pueden estipular y el que no está presente tampoco puede hacerlo²⁶¹. Sin embargo, un esclavo puede estipular para un amo sordo o mudo.

Los textos no son concluyentes en cuanto a qué idiomas se pueden utilizar. Gai. 3, 93 dice que la estipulación es válida en griego, siempre que la otra parte lo entienda. Puede que solo hayan mencionado el griego y ningún otro idioma, simplemente porque este era el único otro idioma extranjero que hablaban los romanos.

D. 45, 1, 1, 6 dice que, si la pregunta se formula en latín y la respuesta en griego, se crea la obligación, siempre que las dos se correspondan entre sí. Esto parece sugerir que no había una lista cerrada de palabras. Es importante destacar que el pasaje continúa diciendo que se duda si otros lenguajes permiten la misma situación, por ejemplo, el fenicio o el asirio. Sin embargo, todos los ejemplos dados son lenguas muertas, lo que puede ser significativo. Una obligación sólo se produce cuando ambas partes se entienden, pero este entendimiento puede alcanzarse a través de un intérprete. La última parte sugiere que el texto puede haber sido interpolado, ya que el uso de un intérprete parece poco probable, ya que

²⁶¹ D. 45, 1, 1, pr. *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente: et ideo neque mutus neque surdus neque infans stipulationem contrahere possunt.* [La estipulación no se puede hacer sino hablando una y otra parte; y por esto ni el mudo, ni el sordo, ni el que está en la infancia pueden contraer estipulación.]

sería muy problemático porque el intérprete podría mentir sobre lo que se dice.

D. 45, 1, 137, pr. considera si puede haber o no una brecha temporal entre la pregunta y la respuesta. Dice que naturalmente puede transcurrir un momento pero que por lo demás debe ser continuo, incluso si la respuesta se da el mismo día. El punto del texto parece ser que la pregunta y la respuesta deben darse sin solución de continuidad. El hecho de que el texto rechace expresamente la idea de que se pueda dar una respuesta el mismo día después de que una parte haya asumido algún otro asunto, sugiere que tales cosas fueron válidas en algún momento del Derecho romano, aunque podría tratarse de una interpolación. D. 45, 1, 1, 1 dice que una persona que responde el mismo día está obligada, pero alguien que responde al día siguiente no.

Parece que cualquier cosa superflua entre la pregunta y la respuesta puede haber sido simplemente ignorada; este es sin duda el enfoque adoptado en D. 45, 1, 65.

Pasando ahora al tratamiento que hace Justiniano de las obligaciones por palabras en IJ. 3, 15, es sorprendentemente similar al tratamiento de Gayo y aparentemente anacrónico dados los cambios en la práctica de los siglos pasados. Por ejemplo, el requisito central de la estipulación, es decir, una pregunta y una respuesta dichas oralmente, sigue siendo un requisito destacado. Sin embargo, existen diferencias matizadas en el tratamiento de Justiniano, como la relajación de las palabras exactas utilizadas para la creación de una estipulación, así como la relajación del lenguaje hablado siempre que ambas partes comprendan el significado del otro y las palabras utilizadas.

En efecto, llama la atención la existencia continua de los mismos requisitos orales, dada la evidencia histórica de que la práctica común tendía a alejar al Derecho romano de su enfoque formalista tradicional.

En primer lugar, somos conscientes de que ya a finales de la República, alrededor del siglo I a. C., hubo un aumento de registros escritos (*cautiones*) utilizados como evidencia de estipulaciones (es decir, evidencia de que se habían seguido las preguntas y respuestas). Los escritos de Cicerón en *Topica* 25, 96 son un ejemplo del uso de tales registros escritos²⁶².

Con la promulgación de la *constitutio Antoniniana* alrededor del año 212 d.C., cuando a todos los hombres libres dentro del imperio se les concedió la ciudadanía romana, la práctica de utilizar la *cautio* en lugar de la estipulación oral se habría solidificado. Esto se debe a que muchos de estos extranjeros siguieron la práctica griega de contratos escritos. De hecho, un documento escrito con la pregunta y la respuesta estipulatorias, según todas las apariencias, parecía suficiente para satisfacer el requisito del Derecho romano para la estipulación.

La constitución de León del año 472 d.C. seguramente habría proporcionado el último golpe a la estipulación oral, donde se disponía que una estipulación debería ser válida siempre que la intención de las partes fuera clara. A este respecto, Riccobono sostiene que esta regla habría abandonado formalmente la necesidad de una pregunta y una respuesta

²⁶² *Ista sunt tria genera quae controversiam in omni scripto facere possint: ambiguum, discrepantia scripti et voluntatis, scripta contraria. Iam hoc perspicuum est, non magis in legibus quam in testamentis, in stipulationibus, in reliquis rebus quae ex scripto aguntur, posse controversias easdem existere. Horum tractationes in aliis libris explicantur.*

reales, un reconocimiento de la práctica predominante²⁶³. Por tanto, es claro que la estipulación había cambiado significativamente desde el comienzo del imperio.

²⁶³ Véase RICCOBONO, Salvatore (1957): *Stipulation and the Theory of Contract*, transl. J. Kerr Wylie, rev. and ed. B. Beinart, Amsterdam/Cape Town.

1.2. Los quirógrafos y los síngrafos.

Nuestro conocimiento de los contratos literales (*litteris*) se deriva principalmente de una breve noticia de Gayo en 3, 128-134. El contrato literal en la época de Gayo era un contrato formado por un escrito en el que cada paterfamilias mantenía un registro de cuentas en las que se anotaba uno de dos posibles tipos de entradas: o un *re in personam* o una *persona in personam*²⁶⁴. Los primeros convertían por escrito una obligación contractual existente, para beneficiarse de la certeza de la escritura, mientras que los segundos transferían una deuda de una persona a otra. Sabemos que el contrato en sí se llamaba *nomina transcriptitia*²⁶⁵. Así, incluso en el período clásico, el contrato literal era una forma subsidiaria o derivada de contrato y no necesariamente una fuente de una obligación original por derecho propio.

Algunos comentaristas²⁶⁶ coinciden en que la brevedad del tratamiento de Gayo sugiere que el contrato se estaba volviendo obsoleto, o que ya lo estaba, incluso en el momento de la publicación de las Instituciones.

En la época de Justiniano, el contrato literal estaba obsoleto, tal y como consta en IJ. 3, 21. Esto se debió en gran medida al surgimiento de una participación bancaria y estatal a gran escala en la economía, lo que redujo el papel económico

²⁶⁴ GUARINO (2001), pp. 852-853.

²⁶⁵ D'ORS (1951), p. 269. Señala que, en la categoría de los contratos literales, Gayo incluye dos especies tan radicalmente diversas como la romana *transcriptio nominum* y los documentos usuales en el Oriente, los quirógrafos y síngrafos.

²⁶⁶ WATSON, A. (1965), *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford Clarendon Press; BIRKS, Peter; DESCHEEMAER, Eric (2014), *The Roman Law of Obligations*, Oxford University Press.

del paterfamilias y la necesidad de un libro de contabilidad familiar. La práctica de los libros de contabilidad era eficiente en la sociedad agraria de la antigua Roma, donde las transacciones se realizaban principalmente entre vecinos con poca intervención estatal, pero se volvió ineficiente a medida que crecían las extensiones del imperio romano. Otra razón del declive del contrato literal fue el uso de la estipulación y la práctica generalizada de utilizar cauciones.

Los quirógrafos y síngrafos²⁶⁷ constituyen obligaciones literales (*obligationes litteris*), pero éstos eran específicos para peregrinos, según el testimonio de Gayo. Como tal, el quirógrafo se añade a la lista de contratos romanos, como *contractus litteris*.

Un quirógrafo²⁶⁸ es un documento escrito unilateral, en el que el autor reconocía ciertos hechos jurídicamente relevantes, como la recepción de dinero (por ejemplo, un mutuo), la celebración de un contrato (por ejemplo, una estipulación) o que se había recibido un pago, a menudo acompañado de una promesa relativa a una prestación futura.

El quirógrafo fue uno de los tipos de documentos más antiguos y, sin duda, más importantes que surgieron de la práctica jurídica greco-helenística. Ya la palabra prestada latina *chirographum* (χειρόγραφον) sugiere que los quirógrafos romanos se originaron en esta área²⁶⁹. No sólo el nombre y el

²⁶⁷ GUARINO (2001), pp. 854-855.

²⁶⁸ Véase la siguiente bibliografía al respecto, WENGER, L. (1953): *Die Quellen des Römischen Rechts*, Vienna, pp. 736-740; MEYER, E.A. (2004): *Legitimacy and Law in the Roman World. Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge, pp. 148-158; JAKAB, E. (2011): «Chirographum in Theorie und Praxis», in K. Muscheler (ed.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin, pp. 275-292.

²⁶⁹ El contrato literal existía ya a finales del siglo II a.C.: WATSON (1965), p. 16. En Egipto, los quirógrafos se introdujeron en el período

estilo del quirógrafo romano, sino también su sustancia, pueden haber sido una suerte de "trasplante" jurídico del mundo greco-helenístico.

Los quirógrafos, como tipo documental, resultan particularmente interesantes como muestra de la interacción entre el ordenamiento romano y los derechos orientales. La recepción del quirógrafo como forma documental con propósitos probatorios en Roma se ha fechado hacia el final de la época republicana. Sin embargo, este tipo documental, caracterizado, sobre todo, por estar el documento redactado en primera persona, tomando la forma de una declaración por parte del deudor en la que éste reconoce haber contraído una cierta obligación a la que alude, cobró enseguida rasgos peculiares en su utilización en el contexto itálico y del Derecho romano, comenzando por el mismo cambio en la finalidad y efecto del mismo: finalidad y efecto probatorios, en vez de constitutivos como los había tenido en sus orígenes helenísticos y como los siguió teniendo en su utilización local en las provincias orientales del Imperio tras el advenimiento del Principado. Por otro lado, el quirógrafo tal y como se empleó en la praxis romana, de cuyo uso extendido ya a inicios de la época imperial conservamos algunos ejemplos en documentos originales provenientes, sobre todo, del área vesubiana, presenta una serie de rasgos que lo distinguen de la manifestación helenística de la que procede y con la que coexiste en las provincias orientales del Imperio.

En su forma más antigua, los quirógrafos greco-helenísticos se redactaban en primera persona en forma de carta dirigida a la contraparte y la manera en que se documenta la

helenístico medio, pero no está claro cuándo y dónde exactamente se encuentran sus orígenes en el mundo griego-helenístico.

responsabilidad contractual derivada de los contratos de préstamo en los quirógrafos romanos es muy similar a la de los primeros.

Gayo debió haber tenido en mente las leyes y las prácticas documentales greco-helenísticas cuando escribió en sus Instituciones que la creación de obligaciones por parte de quirógrafos y síngrafos "es peculiar de los peregrinos".

Gai. 3, 134. Praeterea litterarum obligatio fieri uidetur chirografis et syngrafis, id est si quis debere se aut daturum s<e> es<se> scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.

[Se considera que hay también obligación por escritura en los quirógrafos y síngrafos, es decir, si alguien escribe que debe o que dará; esto, en caso de que no haga la estipulación de la forma anterior. Este tipo de obligación es particular de los peregrinos.]

Para los propósitos de esta investigación, se pasará a tratar una cuestión que es de todo el interés para una de las soluciones que se plantearán en las conclusiones. Se plantea la posible finalidad que tendrían los quirógrafos, si constituyen obligaciones por sí mismos o si, por el contrario, servían sólo para fines probatorios.

Durante todo el período clásico el uso de los quirógrafos fue jurídicamente relevante para los romanos, pero su importancia jurídica residía exclusivamente en su valor probatorio, pues las acciones que los destinatarios del quirógrafo podían instituir se basaban en los contratos acreditados por el mismo, tales como un mutuo, una estipulación o un *constitutum debiti* y no en el propio quirógrafo.

La opinión predominante en la literatura moderna era que en el Derecho romano los quirógrafos se utilizaban únicamente con fines probatorios²⁷⁰, lo que debe haber ocasionado dificultades después de que Caracalla ampliara la ciudadanía romana en el año 212 d.C. Pero se buscaron soluciones ampliando y reinterpretando los instrumentos jurídicos romanos existentes, como el quirógrafo, en lugar de integrar elementos de la jurisprudencia griega.

Una teoría muy extendida en la literatura histórico-jurídica de finales del siglo XIX y principios del XX, particularmente la elaborada por Mitteis²⁷¹, era que en las leyes greco-helenísticas los quirógrafos y síngrafos eran actos constitutivos cuya fuerza vinculante se basaba en su ejecución por escrito. Esta teoría de los quirógrafos y síngrafos greco-helenísticos constitutivos ha sido objeto de severas críticas en las últimas décadas. Eva Jakab²⁷² y, más recientemente, Boudewijn Sirks²⁷³ se sumaron a la opinión de Mitteis y argumentaron que los quirógrafos eran constitutivos y funcionaban como una fuente independiente de obligaciones. El propio quirógrafo creaba obligaciones para su autor, incluso cuando esta persona era romana, independientemente de cualquier tipo de contrato reconocido.

²⁷⁰ De acuerdo con PLATSCHEK, J. (2013): *Das Edikt de Pecunia Constituta. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München (Münchener Beiträge zur Papyrusforschung und Antiken Rechtsgeschichte, 106), pp. 1-5, como cuestión de derecho romano, los quirógrafos eran sólo probatorios.

²⁷¹ Véase MITTEIS, L. (1891): *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs* (Leipzig), pp. 468-498.

²⁷² JAKAB, Eva (2011): «Chirographum in Theorie und Praxis», en: K. Muscheler (ed.), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag* (Berlin), pp. 275-292.

²⁷³ SIRKS, B. (2016): «Chirographs: negotiable instruments?», en: ZRG RA 133, pp. 265-285

Según Wolff²⁷⁴, sería anacrónico suponer que el pensamiento jurídico greco-helenístico, todavía relativamente poco desarrollado, consideraría los quirógrafos equivalentes a contratos literales. En lugar de ser una institución de derecho contractual sustantivo, los quirógrafos estarían dentro del alcance del derecho procesal. Esta parte de la ley permitiría que las transacciones con una base ficticia que fueron registrados en quirógrafos o síngrafos, fueran ejecutables ante los tribunales.

El valor probatorio de los quirógrafos y síngrafos como prueba no refutable en las leyes procesales greco-helenísticas, desconocido por el Derecho romano de su época, debió haber inducido a Gayo a afirmar que, como cuestión de Derecho sustantivo, los quirógrafos emitidos por peregrinos creaban obligaciones literales.

²⁷⁴ Véase WOLFF, H.J. (1978): *Das Recht der griechischen Papyri Ägyptens in der Zeit der Ptolemaeer und des Prinzipats. Zweiter Band. Bedingungen und Treibkräfte der Rechtsentwicklung*, Munich, p. 143. En el derecho helenístico los quirógrafos (o cualquier otro tipo de documento) nunca fueron un requisito formal para la validez de una transacción legal.

1.3. La degeneración de la estipulación y los quirógrafos como medios probatorios.

Al ser la estipulación una creación romana sin paralelo en los demás sistemas jurídicos, se mantuvo de forma intacta como un verdadero modelo por los juristas. En la época clásica, la estipulación mantiene sus cualidades como negocio solemne y verbal, siendo cada vez más frecuente su transcripción por escrito en documento caucional, a efectos únicamente probatorios. Así, los términos *cautio* y *cavere*, en época clásica, son términos abstractos que aparecen referidos a un documento de carácter probatorio. Pero, podemos decir que es a partir del Principado cuando se hace más generalizado entre los ciudadanos romanos utilizar la estipulación en forma de documento escrito, comprendiendo el hecho previo constitutivo de la obligación. Sin embargo, la *constitutio Antoniniana* vino a dar algo así como un golpe de gracia a la estipulación, tan íntimamente ligada a las costumbres romanas, al tiempo que resultaba extraña para los habitantes de las provincias orientales del imperio, donde el quirógrafo pudo haber sido una alternativa a la estipulación, ya que este último tipo de contrato originalmente no estaba disponible para los no romanos y luego pudo haberles resultado menos familiar.

Por otra parte, la práctica generalizada de registrar las estipulaciones por escrito condujo a una degeneración de la estipulación en el Derecho clásico tardío, de un contrato verbal y solemne a un contrato cuya única formalidad era la escritura.

Anteriormente se vio que en el Principado existía la práctica de utilizar estipulaciones registradas por escrito en relación con otros tipos de contratos (por ejemplo, un mutuo, una compraventa, una sociedad) que, sin una estipulación, también habrían sido contratos válidos y ejecutables.

La estipulación se convirtió en un elemento fijo de los documentos de transacción, lo que debe haber contribuido a la percepción en la práctica de que se trataba de un contrato escrito y no verbal. En los siglos II y III d.C., la creciente importancia de la escritura pudo haber creado una tendencia a considerar la escritura como constitutiva. La cancellería imperial, sin embargo, no estaba dispuesta a aceptar esto y se aferró a la doctrina clásica.

Es cierto que cuando en un documento sólo constaba la promesa del promitente, se presumía que la pregunta del estipulante la precedía. Además, un rescripto de Severo establece que cuando la prueba escrita implicaba que se había celebrado una estipulación, se podía presumir que se habían llevado a cabo las formalidades verbales. Sin embargo, cuando el presunto deudor podía probar que en el momento de la ejecución del documento no se encontraba físicamente presente en el lugar de la ejecución, la prueba de la estipulación era refutada (C. 8, 37, 1). Esto demuestra que al final del período clásico, el modelo de la estipulación como contrato verbal aún estaba intacto²⁷⁵.

La estipulación no se había convertido en un contrato literal: la escritura seguía sirviendo como prueba de una estipulación concertada mediante el intercambio de palabras.

²⁷⁵ VERHAGEN (2018), p. 303.

Sin embargo, Justiniano se negó a aceptar tal "degeneración" de la tradicional estipulación romana en un contrato escrito, tanto en principio como en la práctica. En cambio, vemos a Justiniano esperando reconciliar los principios del Derecho romano clásico y la práctica contemporánea fortaleciendo el peso probatorio de la *cautio*. Justiniano repite así enfáticamente la naturaleza oral de la estipulación en IJ. 3, 19, 7 al imponer la regla de incapacidad a aquellos que no podían hablar u oír las palabras, similar a lo que hizo Gayo en 3, 105. También insiste en el requisito de congruencia tradicional: *Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea quae interrogatus erit non responderit, veluti si decem 'aureos' a te dari stipuletur, tu quinque promittas*, un requisito que se repite en Gai. 3, 113.

Para conciliar la práctica generalizada de utilizar la *cautio*, Justiniano introduce una fuerte presunción en IJ. 3, 19, 12, de que las partes se consideraban presentes cuando lo evidenciaba una *cautio*. Tal presunción sólo era refutable mediante una prueba clara de que una u otra parte estuvo ausente, del lugar en el que fue fechada, durante todo el día en que se emitió la *cautio*. Está claro que Justiniano y sus compiladores hicieron todo lo posible para preservar los requisitos tradicionales de la estipulación mientras intentaban dar al Derecho formal un indicio de semejanza con la práctica real.

2. Conclusiones.

2.1. El carácter didáctico de la clasificación *ex contractu*.

No se puede negar la influencia que tuvo la obra de Gayo en el desarrollo del esquema institucional del Derecho romano. El carácter didáctico de sus Instituciones se refleja en la estructura exterior de su obra, al ser deudora de las corrientes filosóficas, retóricas y didácticas griegas, que le permitieron organizar el Derecho de Roma de manera sólida y plausible. Por otra parte, la estructura interior de la obra está dominada por el método dialéctico, junto con la disposición didáctica del material, lo que probablemente contribuyó a su popularidad entre las generaciones posteriores.

Su técnica, influenciada por los métodos de *divisio* y *partitio*, resulta evidente en la organización integral del Derecho romano y que implica dividir el Derecho en distintas partes. Este enfoque sistemático para categorizar y presentar los principios jurídicos ha tenido un impacto duradero en la comprensión y la práctica del Derecho romano. Esta división refleja su meticuloso enfoque para categorizar conceptos y principios jurídicos.

Desde el punto de vista de la organización de los contenidos, las Instituciones de Gayo no presentaban lagunas, ya que, originalmente, no fueron concebidas con la intención de abarcar todas las materias. En el contexto del orden de estudios es necesario tener en cuenta que las Instituciones, fundamentalmente, logran el objetivo de mencionar brevemente

todas las materias y explicar los términos elementales. El análisis en profundidad se realiza en los siguientes cursos escolares²⁷⁶.

La tripartición *personae - res - actiones* es, por tanto, no sólo el principio estructural de las Instituciones, sino también el de organización de los estudios en los niveles posteriores, evidenciando el carácter didáctico de la obra que, como se dijo antes, fue adoptada e institucionalizada por el emperador Justiniano en sus propias Instituciones.

Las contribuciones de Gayo a la organización de los códigos y su análisis detallado de los conceptos jurídicos han dejado una huella significativa en el estudio y la práctica del Derecho romano. Su trabajo continúa siendo estudiado y referenciado en el contexto de la historia del Derecho y el desarrollo de los sistemas legales.

Como se lee de la constitución que le dio fuerza de ley a las Instituciones, Justiniano empleó como base las de Gayo, además de las *Res cottidianae*.

Quas ex omnibus antiquorum institutionibus et praecipue ex commentariis Gaii nostri, tam institutionum, quam rerum cotidianarum, aliisque multis commentariis compositas, quum tres praedicti viri prudentes nobis obtulerunt, et legimus et cognovimus, et plenissimum nostrarum constitutionum robur iis accommodavimus.

[Cuyas Instituciones, compuestas de todas las de los antiguos y principalmente de los comentarios de nuestro Gayo, tanto sobre las instituciones como sobre las causas cotidianas, y de otros muchos, luego que nos las

²⁷⁶ STAGL (2015), p. 36.

presentaron los tres mencionados varones jurisconsultos, las leímos y revisamos, y les prestamos la plenísima fuerza de constituciones nuestras.]

Y en IJ. 1, 1, 2 quedan de manifiesto sus intenciones pedagógicas.

His igitur generaliter cognitis et incipientibus nobis exponere iura populi Romani, ita videntur posse tradi commodissime, si primo levi ac simplici via, post deinde diligentissima atque exactissima interpretatione singula tradantur. Alioquin, si statim ab initio rudem adhuc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum, aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore eius, saepe etiam cum diffidentia, quae plerumque iuvenes avertit, serius ad id perducemus, ad quod leviori via ductus sine magno labore et sine ulla diffidentia maturius perducere potuisset.

[Una vez conocidas en general estas cosas y comenzando nosotros a exponer las leyes del pueblo romano, parecenos que se pueden enseñar muy cómodamente, si primero de una manera abreviada y sencilla y después con diligentísima y muy exacta interpretación se explica cada cosa. De otro modo, si al punto desde un principio abrumáramos el espíritu aun inculto y débil del estudiante con una multitud y variedad de cosas, una de dos, o haríamos desertar a los estudiosos, o con grande trabajo suyo, frecuentemente también con la desconfianza, que las más de las veces aleja del estudio a los jóvenes, los llevaríamos más tardíamente al punto que, guiados por más ligero camino, podrían ser conducidos con mayor madurez sin grande trabajo y sin desconfianza alguna.]

Así, se nos informa acerca de la finalidad del trabajo: facilitar a los estudiantes la enseñanza del derecho a través de un texto simple y abreviado, que permita luego el estudio en profundidad de la jurisprudencia romana contenida en el Digesto, explicando cuáles serían las consecuencias de no hacerse de esta manera.

Tomando en consideración estas declaraciones efectuadas por Justiniano, así como el llamado que hizo a Teófilo y Doroteo, profesores de Derecho, para que junto con Triboniano fueran los redactores del manual elemental que se emplearía para la educación de los jóvenes, podemos decir, sin riesgo a equivocarnos, que Gayo tuvo en mente las mismas intenciones cuando compuso sus Instituciones, reafirmando el carácter didáctico de la obra.

Una vez que ha sido establecido lo anterior, pasamos a la clasificación de las obligaciones. En lugar de dar una definición²⁷⁷, Gayo procede a hacer una diaíresis, tomando como fundamento la génesis de las obligaciones, y luego hace lo mismo con la sub-diaíresis en la categoría *ex contractu*, enfocándose otra vez en las causas que las originan.

En nuestra opinión, el origen, la genética de las subcategorías, es lo más importante y el fundamento de toda la clasificación, no sus efectos. Así, tenemos los ejemplos de la estipulación y de los contratos consensuales, cuyas formas difieren solamente por su nacimiento, mas no en sus efectos.

Porque, ¿en qué se diferencian los contratos consensuales de la estipulación? Gayo parece poner énfasis en la ausencia de formalidades al formar un contrato consensual: las partes no necesitan estar en presencia de la otra, ni deben emplear

²⁷⁷ FALCONE (2011), p. 19.

palabras solemnes prescritas, ya sean orales o escritas. La segunda diferencia es el contenido de la obligación contractual resultante: en la estipulación, la atención se centra en la promesa, mientras que en los contratos consensuales el deudor es responsable "de acuerdo con lo que es correcto y equitativo" (*bonum et aequum*), pero en nuestra opinión, esto es consecuencia únicamente de la génesis de la categoría²⁷⁸.

Que la clasificación haya tomado como punto de partida el origen no es una cuestión al azar, por el contrario, resulta determinante porque permite que ésta sea más fácil de retener y entender, lo que, tal vez, no resultaría lógico si fuera planteada desde otra perspectiva, por ejemplo, desde los efectos que, en última instancia son crear una obligación, un *iuris vinculum*. Por lo tanto, resulta razonable que la clasificación haya tomado como fundamento el origen. Luego, si es realmente válida esta forma de clasificar es otro asunto, pero en lo que se refiere a la forma, satisface la finalidad de un libro como las Instituciones, al brindar un esquema simple de la división de las obligaciones contractuales.

En adición, una clasificación hecha en estos términos no busca ser una explicación de carácter absoluto; es una decisión pedagógica del autor, siguiendo el esquema que atraviesa su obra. La exclusión de ciertos institutos jurídicos por parte de Gayo ha sido deliberada, pues su afán no ha sido crear una clasificación omnicomprendensiva que permita "etiquetar" todas las formas posibles de obligación *ex contractu*, ha sido más

²⁷⁸ WATSON (1984), p. 10. Sabemos que cada estipulación era unilateral, pero si las partes quisieran que sus derechos y deberes fueran recíprocos, como si quisieran celebrar, por ejemplo, una compraventa, la obligación de cumplir cada estipulación tendría que condicionarse al cumplimiento de la otra, o a la disposición a cumplirla.

bien la idea de crear categorías básicas que los lectores puedan recordar²⁷⁹.

Gayo en el siglo II d.C. era muy consciente de la existencia de contratos escritos griegos, que habían sido el modelo estándar incluso en la Atenas clásica, y del contraste entre ellos y el contrato literal romano. Originalmente la estipulación era el único contrato disponible, en una época en la que la escritura no estaba muy extendida y la idea de crear un nuevo tipo de contrato definido por la forma, que pudiera utilizarse en todas las situaciones en las que se empleaba la estipulación y en otras situaciones en las que no, simplemente no se les ocurrió a los juristas romanos. De ahí que, en 3, 134, Gayo reconoce que:

Praeterea litterarum obligatio fieri uidetur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat.

[Se considera que hay también obligación por escritura en los quirógrafos y síngrafos, es decir, si alguien escribe que debe o que dará; esto, en caso de que no haga la estipulación de la forma anterior.]

Del mismo modo, es igualmente sorprendente que no se desarrollara ningún contrato de trueque. Se puede decir que no era necesario un contrato de este tipo porque la estipulación era suficiente ya que requería una pregunta y respuesta orales, por lo que las partes contratantes debían estar cara a cara, mientras que para actividades de índole comercial, la única manera de llegar a un acuerdo para una situación de trueque

²⁷⁹ Cfr. con WEGMANN (2018a), pp. 37-38, quien sostiene que la clasificación sí es exhaustiva, pese a la forma incompleta en que ha sido planteada por Gayo.

era que una de las partes enviara hasta el lugar donde se encontraba la otra, a menudo con gastos e inconvenientes considerables, un miembro dependiente de su familia, como un hijo o un esclavo, para recibir la entrega o participar en estipulaciones mutuas. Compárese con el contrato de compraventa que requería sólo el acuerdo de las partes y en el que la acción exigía una suma de dinero igual a lo que el demandado debía dar o hacer de acuerdo con la buena fe.

Las Instituciones de Justiniano recogen el modelo gayano para clasificarlas, con la misma cuatripartición de las obligaciones *ex contractu*. Al referirse en el título dedicado a las estipulaciones con la frase "*Sed haec solemnia verba olim quidem in usu fuerunt*" (siendo *olim* = en otro tiempo) es un indicativo de que el elemento distintivo de esta forma de obligarse ya no estaba vigente.

De manera similar, se pone énfasis en la forma sobre el fondo, lo que lleva a un alejamiento de un reflejo fiel de la práctica jurídica de la época; así, en las Instituciones justinianeas todavía hay, curiosamente, una referencia a las obligaciones por escrito en 3, 21 y se las menciona como "*Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu*"²⁸⁰, dejando así testimonio de su existencia antes de una breve mención de cómo funcionaban. Se debe destacar que la mención de las obligaciones literales ocurre solamente en las Instituciones, no en el Digesto²⁸¹.

²⁸⁰ [En otro tiempo se contraía por escrito una obligación, que se decía era hecha *nominibus* (por asientos de cuentas), cuyos asientos de cuentas no están hoy en uso.]

²⁸¹ Una interesante explicación de este hecho se puede encontrar en DE RUGGIERO, Roberto (1925): *La classificazione dei contratti e l'obbligazione letterale nel diritto classico e nel giustiniano* (Palermo: Studi Perozzi), pp. 387 y ss.

Siguiendo esta lógica, en D. 44, 7, 1 pr., Gayo recurre a una reformulación de la clasificación ofrecida en las Instituciones, sin embargo, el fundamento continúa siendo la génesis de las obligaciones. Lo mismo ocurre con la clasificación *ex contractu*, donde se observa que los contratos literales han desaparecido del catálogo.

D. 44, 7, 1, 1. *Obligaciones ex contractu aut re contrahuntur, aut verbis, aut consensu.*

[Las obligaciones que nacen de contrato se contraen o por una cosa, con palabras, o con el consentimiento.]

Luego, Modestino, en D. 44, 7, 52, formula, como hemos dicho en el apartado correspondiente, una clasificación alternativa que comparte el fundamento de Gayo, esto es, el origen. Ahora, si bien es cierto que la ubicación del pasaje o el contenido de la clasificación es motivo de dudas, esto es, entre los últimos fragmentos que constituyen el título *De obligatoriabus et actionibus*, reiteramos nuestra opinión de que el lugar de Modestino en el título constituye un reforzamiento a la clasificación gayana que, siguiendo la teoría de Stagl²⁸², se transforma en un complemento al pasaje inicial de D. 44, 7, 1 pr., sin mencionar que, si el Digesto fue el resultado de un elaborado proceso de composición, resulta difícil pensar que la posición del pasaje sea un error. Si se buscaba preservar lo más valioso de la jurisprudencia romana, los compiladores de Justiniano consideraron el pasaje como digno de ser incluido, en atención al prestigio que Modestino había alcanzado, a la par del propio Gayo.

²⁸² Véase la obra recientemente publicada de STAGL, Jakob (2023): *Der Tempel der Gerechtigkeit: Zur Morphologie und Hermeneutik der Pandekten*, Warschauer Schriften zum römischen Recht und zur europäischen Rechtstradition, Vol. 1.

En resumen, Gayo reconoce en las Instituciones que existen formas propias de obligarse para los romanos y para los peregrinos, a saber, la estipulación a través de palabras específicas y los contratos literales, concretamente, los quirógrafos y los síngrafos.

Con estas menciones, el jurista está sugiriendo un criterio diferenciador basado en la condición de las personas o, visto de otra manera, en el derecho que los rige, a lo que podemos sumar la mención posterior que hace Justiniano (I.J. 1, 2, 2 y D. 1, 1, 5²⁸³) de que por el *ius gentium* han sido introducidos muchos de los contratos, entre los que menciona la compraventa, el arrendamiento y la sociedad, que pertenecen a la categoría de consensuales.

Sin embargo, si consideramos nuevamente el paulatino desuso en el que caían las dos categorías ya referidas frente a los contratos consensuales, que eran más fáciles de celebrar y la desaparición de la diferencia entre romanos y peregrinos gracias a la Constitutio Antoniniana, el criterio diferenciador basado en la condición de las personas también desaparece y lo que resta es el criterio basado en el origen de cada una de las subcategorías, confirmando que pese al paulatino desuso y posterior desaparición de la estipulación y los contratos literales, continúan presentes en la clasificación *ex contractu* como resultado de los fines pedagógicos de la obra gayana.

²⁸³ Nótese como Hermogeniano, autor de este pasaje, menciona que las obligaciones también fueron introducidas por el *ius gentium, exceptis quibusdam, quae a iure civili introductae sunt*. [A excepción de algunas que fueron introducidas por el derecho civil.]

2.2. Una posible reinterpretación de la clasificación *ex contractu*.

Nosotros planteamos el concepto de "reminiscencia histórica" de las categorías. Esto quiere decir que las categorías existentes en las Instituciones de Justiniano, heredadas de Gayo, conservan únicamente la forma, pero no tienen más un sustento en la realidad; así ocurre con los contratos verbales y los contratos literales.

La estipulación tiene, en la práctica, los efectos de un contrato consensual, haciendo la salvedad de que se necesitan dos estipulaciones de forma recíproca para lograr el mismo efecto, pero fuera de eso, no tiene otros elementos que la diferencien como instituto particular; de hecho, existían otros contratos que incluían a menudo la estipulación, en parte la redujeron a escrito para proporcionar pruebas y para garantizar que no se olvidaran los términos. Lo mismo vale para los contratos literales, que ya no estaban en uso para la época de Justiniano y podrían reducirse a una mera formalidad probatoria.

Otro aspecto que, en su momento tuvo relevancia para establecer sus peculiaridades, viene del hecho de que tanto contratos verbales como literales, estaban conectados a personas en específico y de lo que Gayo ha dejado constancia escrita al decir que la estipulación es propia de los romanos, mientras que los literales son propios de los peregrinos.

Gai. 3, 93. *Sed haec quidem uerborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria ciuium Romanorum est.*

[La obligación mediante palabras particular de los ciudadanos romanos es: "¿Prometes dar?" "Prometo".]

Gai. 3, 134. *Praeterea litterarum obligatio fieri uidetur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. Quod genus obligationis proprium peregrinorum est.*

[Se considera que hay también obligación por escritura en los quirógrafos (documentos redactados en primera persona) y síngrafos (redactados en tercera persona), es decir, si alguien escribe que debe o que dará; esto, en caso de que no haga la estipulación de la forma anterior. Este tipo de obligación es particular de los peregrinos.]

Al desaparecer esta diferencia entre ciudadanos y peregrinos, desaparece también el fundamento de la distinción, sobre todo si consideramos que Gayo informa tan específicamente quiénes podían celebrar estipulaciones, así contratos literales²⁸⁴.

Parecería que los contratos romanos surgieron debido a necesidades sociales y con características dictadas por el pensamiento jurídico. Nuestro razonamiento es que el tratamiento que da Gayo a los contratos responde a una cronología histórica que da cuenta del desarrollo de las formas que permitían crear obligaciones, comenzando por la más elemental, la entrega de una cosa que constituye el modo de perfeccionamiento de ciertos contratos obligacionalmente unilaterales; luego la estipulación como el contrato

²⁸⁴ En 3, 93, Gayo aclara inmediatamente que existen *ceterae uero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, siue ciues Romanos siue peregrinos, ualent*. [Hay otras de derecho de gentes, que valen para todos los hombres, sean ciudadanos romanos, sean peregrinos.]

típicamente romano, caracterizado por el uso de actos y palabras solemnes; los contratos literales como una forma de acercar y facilitar el intercambio económico con los peregrinos, cada vez más creciente; y por último, los contratos consensuales, cuya posición da cuenta de un estado de desarrollo en el que ya no son necesarios los ritualismos de la época agraria, especialmente durante las Guerras Púnicas, en que los romanos salieron de sus fronteras naturales y se aventuraron por el Mediterráneo, lo que llevará a la eventual simplificación o desaparición de las formas más estrictas de obligarse.

Este concepto de las "reminiscencias históricas", así como la idea de que los romanos se interesaban por la Historia²⁸⁵, se puede observar también en el pasaje de las fuentes del Derecho en las Instituciones de Gayo:

Gai. 1, 2. Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum, qui ius edicendi habent, responsis prudentium.

[El derecho del pueblo romano se fundamenta en: leyes, plebiscitos, senadoconsultos, constituciones imperiales, edictos de quienes tienen facultad de promulgarlos y respuestas de los jurisprudentes.]

Aquí se nos ofrece un catálogo de fuentes, cuando en la práctica, las únicas que existían para esta época son el poder

²⁸⁵ Un ejemplo en específico es la mención de la permuta en las Instituciones de Justiniano (3, 23, 2) como antecedente del contrato de compraventa, a la que algunos autores reconocían como *vetustissimam esse* [era la más antigua]. Otros ejemplos de este interés por la Historia y mantener registro de lo que existió alguna vez ocurre en el testamento (I.J. 2, 10, 1-4). En el Digesto, la presencia del pasaje de Pomponio (D. 1, 2, 2), extraído del *Enchiridion* es otra muestra de este deseo de preservar y recordar la Historia.

del emperador, manifestado a través de las constituciones imperiales, y, en menor medida, las respuestas de los jurisprudentes.

En las Instituciones de Justiniano se recoge la misma clasificación de las fuentes del Derecho:

1, 2, 3. *Constat autem ius nostrum aut ex scripto, aut ex non scripto, ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι. Scriptum ius est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratum edicta, prudentum responsa.*

[Pero consta nuestro derecho del escrito o del no escrito, como entre los griegos, de leyes escritas y no escritas. Es derecho escrito la ley, los plebiscitos, los senadoconsultos, las constituciones de los emperadores, los edictos de los magistrados, las respuestas de los jurisconsultos.]

En efecto, se trata del mismo pasaje de Ulpiano recogido en el Digesto, que divide el Derecho en público y privado y, este último, se subdivide en las tres categorías conocidas²⁸⁶.

D. 1, 1, 1, 2. *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem; sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim. Publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.*

²⁸⁶ Las Instituciones de Justiniano cuentan con la misma diáresis inicial, en 1, 1, 4. *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. publicum ius est quod ad statum rei Romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet.* [Dos son los aspectos de este estudio, el público y el privado. Derecho público es el que respecta al estado de la cosa romana; privado, el que pertenece a la utilidad de cada cual.]

Privatum ius tripartitum est; collectum etenim est ex naturalibus praeceptis, aut gentium, aut civilibus.

[Dos son los aspectos de este estudio, el público y el privado. Es derecho público, el que se refiere al estado de la cosa romana; privado, el que a la utilidad de cada individuo; pues unas cosas son útiles pública, y otras privadamente. El derecho público consiste en las cosas sagradas, las de los sacerdotes, y las de los magistrados. El derecho privado consta de tres partes, pues está compuesto de los preceptos naturales, o de los de gentes, o de los civiles.]

Luego, al llegar al *ius civile*, lo divide en Derecho escrito y no escrito, para finalmente Papiniano enlistar las formas de Derecho escrito según la fuente creadora, otro elemento en común con la clasificación gayana.

D. 1, 1, 6, 1. *Hoc igitur ius nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto, ut apud Graecos τῶν νόμων οἱ μὲν ἔγγραφοι, οἱ δὲ ἄγραφοι.* [*legum aliae scriptae, aliae non scriptae*].

[Así pues, este derecho nuestro consta de derecho escrito, o no escrito, como entre los griegos, unas leyes están escritas, y otras no.]

D. 1, 1, 7, pr. *Ius autem civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit.*

[Derecho civil es, pues, el que dimana de leyes, plebiscitos, senadoconsultos, decretos de los príncipes, y autoridad de los jurisconsultos.]

Por último, y para reforzar la idea del interés de los romanos por conservar registros escritos de su Historia, referiremos la opinión de Battaglia acerca del proemio de las Instituciones, Gai. 1, 1-7.

La frase inicial recuperada del Digesto (D. 1, 1, 9), introduce directamente en el corazón de la forma discursiva manualista: en el breve espacio de unas pocas frases iniciales encontramos una concentración de la técnica expositiva del manual antiguo²⁸⁷.

En la primera proposición de Gai. 1, 1, se comentan los elementos de apoyo, que constituyen el contenido informativo nuevo y central, mientras que la segunda afirmación general de Gai. 1, 2, es más bien una enumeración que va seguida del comentario, punto por punto, de los términos enumerados. Así, lo que tenemos son dos afirmaciones generales y los comentarios relacionados, que se desarrollan en bloques textuales (Gai. 1, 1; 1, 2-7).

De este modo, ambas partes discursivas se centran en las fuentes del Derecho. Y ambos dividen a este último en función del origen de las normas que lo componen, aunque basándose en criterios diferentes²⁸⁸.

En los párrafos siguientes (3-7) el jurista comenta uno por uno los conceptos mencionados en Gai. 1, 2.

²⁸⁷ Sobre los recursos utilizados en la obra, véase ROMANO (2020), p. 176. Distribución de la materia marcada por correlativos y partículas disyuntivas; la diferenciación entre dos conceptos enunciados en paralelo; la definición de los conceptos diferenciados; la explicación de las palabras; etc.

²⁸⁸ BATTAGLIA (2020), pp. 337-338. El primer criterio sería de tipo subjetivo y sociológico, pues en el origen del *ius* está una vez la acción de un pueblo constituido en sociedad y, otra, la racionalidad humana; el segundo criterio sería de tipo objetivo y jurídico, pues se distingue según el tipo de actos normativos conocidos en la sociedad romana.

Sin embargo, según Fuhrmann, el pasaje de Gai. 1, 1-7 se une al resto de la obra proponiendo un primer sistema potencial de división del Derecho en clases, sugerido, pero inmediatamente abandonado en favor del regido por la división tripartita por materias²⁸⁹. Según esta opinión, el texto de las Instituciones sería doblemente sistemático, porque propone un esquema diairético mínimo (Gai. 1, 1-7) que antecede y se superpone al esquema dominante que ordena el resto de la obra (Gai. 1, 8;4, 187), entrelazándose con él en algunos lugares específicos²⁹⁰.

Esta autonomía de los siete primeros párrafos respecto al resto del manual fue valorada también por Nörr²⁹¹ con un contexto y propósitos muy diferentes. Según el estudioso alemán, la técnica utilizada por Gayo para la redacción de esta lista no es la *divisio*, sino más bien la *partitio*, una que ha quedado incompleta al tener como objeto el Derecho que, en la perspectiva de Gayo, sería una res infinita.

Lo que nos interesa es que, tanto para Nörr como para Fuhrmann, existe una pausa formal que separa a Gai. 1, 1-7 del resto del manual, ya sea porque el pasaje propone una primera *divisio* no desarrollada o una *partitio* no resuelta, parece regido por una lógica discursiva ajena a la división por materia que se plantea a partir de Gai. 1, 8.

Es esta pausa formal la que nos lleva a pensar que, en adición a las razones que uno y otro esgrimen para justificar

²⁸⁹ FUHRMANN (1960), p. 106. „Da Gaius jedoch die Trichotomie persona-res-actio, ein materielles Einteilungskriterium, bevorzugt, kann er die Zugehörigkeit der einzelnen Rechtsinstitutionen zum ius civile oder ius gentium nicht durch den Aufbau, sondern nur durch besondere Hinweise zu erkennen geben (§ 1 a. E.): quae singula qualia sint, suis locis proponemus“.

²⁹⁰ BATTAGLIA, p. 235.

²⁹¹ NÖRR, Dieter (1972), *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* (Berlin).

su postura, la redacción de estos siete pasajes iniciales podría ser un indicio del interés que los romanos sentían por la Historia y, en este caso, dejar testimonio de las fuentes del Derecho romano, siendo tal vez ese el motivo por el cual Gai. 1, 1-7 parece apartarse del resto de la estructura de la obra.

Teniendo en cuenta todos los aspectos analizados, se llega a la conclusión de que el catálogo de las obligaciones *ex contractu*, a semejanza del catálogo de las fuentes del Derecho, es sólo una forma de ordenación que responde a criterios didácticos y, en la práctica queda reducido a un testimonio histórico de lo que existió alguna vez, especialmente en la época de Justiniano, en la que solamente se mantienen vigentes las obligaciones *re* y *consensu* en materia de contratos, mientras que las constituciones imperiales eran las únicas que tenían la fuerza creadora de Derecho.

Los antiguos romanos tenían un interés significativo en la Historia, como lo demuestra su extensa tradición historiográfica, destacando autores como Tito Livio, Salustio, Julio César, Tácito, Suetonio y Amiano Marcelino, y también aquellos que escribieron en lengua griega, como Polibio y Dión Casio. Estos historiadores hicieron importantes contribuciones al registro y la comprensión de la Historia romana, heredaron y emularon la historiografía griega, pero le dieron su propia impronta, centrándose en el imperio, las expediciones militares y la superioridad de los romanos, razones que continúan motivando el estudio y referencia de sus obras en la actualidad.

Considerando la existencia de la historiografía romana, no sería extraño pensar que Gayo²⁹², y más tarde Justiniano, quisieran dejar testimonio de aquellas instituciones jurídicas que existieron a lo largo de su prolongada existencia, y mucho menos lo sería si recordamos el carácter didáctico de sus obras, en donde estas "reminiscencias históricas" cumplirían un objetivo pedagógico, que es instruir a los estudiantes acerca de los orígenes de las instituciones que los regían, de la misma manera que el lector curioso quisiera leer a Tito Livio para conocer los orígenes de Roma y su pueblo.

Esto también permite concluir que la estipulación fue absorbida por la categoría de contratos consensuales y sus elementos fueron a integrar lo que llamamos hoy teoría general del contrato²⁹³, mientras que, por otra parte, los contratos literales se convirtieron en las formas solemnes requeridas por algunos contratos, así como en medios probatorios.

Por último, aventurarnos a proponer que la cuatripartición de las obligaciones *ex contractu* podría reducirse, teóricamente, a una simple bipartición: *re y consensu*, con la salvedad de que esta propuesta no pretende ser omnicompreensiva, pues resulta evidente la imposibilidad de subsumir todas las figuras contractuales en una u otra categoría.

²⁹² MANTOVANI (2018), p. 134. Gayo utiliza treinta y una veces el adverbio temporal *olim* para describir una situación jurídica anterior, situada a menudo en la época de las Doce Tablas, a las que compara con el presente. Algunos ejemplos son Gai. 1, 3; 1, 22; 1, 110; 1, 115a; 1, 122; 1, 131; 1, 157; 1, 184; 2, 40; 2, 54; 2, 103.

²⁹³ GUZMÁN BRITO (1997), T. II, p. 17.

2.3. Una reflexión: Andrés Bello como el puente entre Gayo y el Código Civil.

La legislación de Justiniano ya no podía adaptarse a una sociedad tan lejana en el tiempo, considerando además que a lo largo de seis siglos se habían solapado con ella opiniones de juristas a las que se les atribuía validez como fuentes del Derecho.

La reforma legislativa que tuvo mayor importancia histórica fue precisamente la codificación llevada a cabo en Francia, no sólo porque fue modelo de legislación para muchos otros países, sino porque también supuso un punto de inflexión fundamental en los estudios de las ciencias y la filosofía jurídicas.

El Código francés, aunque nació de las conocidas influencias del Derecho natural, ha experimentado en su más alto grado el proceso de identificación con el positivismo jurídico, con la ideología de una ley omnipotente y de un juez neutral que aplica la voluntad legislativa, con el mito de plenitud y de la naturaleza orgánica de un sistema positivo.

En la sistemática ofrecida por el legislador francés, la obligación, en homenaje a la enseñanza de Pothier, se toma en consideración en el libro III y esta sistemática se justifica por el denominador común de los variados temas contenidos en ese libro (Derecho de sucesiones, Derecho de bienes familiares, garantías reales y personales de obligaciones, prescripción, causas de compra, pérdida y extinción de derechos), cuyo elemento unificador está representado por el carácter de patrimonialidad.

Es así como llegamos a Andrés Bello, figura destacada de la historia jurídica de América Latina, quien incorporó el Derecho romano a su obra jurídica mediante la recepción del Código Civil. Bello se dejó influenciar por el ejemplo de los jurisconsultos franceses que utilizaron el Derecho romano para ilustrar y completar el Código Civil, actuando de acuerdo con el verdadero espíritu del Código²⁹⁴. Supo transformar elementos doctrinales en un sistema legislativo completo y operativo, basándose en la obra de Savigny y algunas ideas extraídas de Pothier²⁹⁵. La opinión de Bello era que el Derecho romano representaba uno de los mayores logros en la organización del Derecho civil.

La visión de Andrés Bello sobre el Derecho romano difería de la de otros juristas de su época en varios aspectos. Consideraba el Derecho romano como un instrumento fundamental para comprender y reformar la legislación española, así como para formar a una nueva generación de juristas²⁹⁶. Esta perspectiva subrayó el papel único que atribuyó al Derecho romano en el desarrollo jurídico de la época.

La integración de los principios del Derecho romano contribuyó al desarrollo de un sistema jurídico realista y eficiente en las regiones influenciadas por la obra de Bello²⁹⁷, quien veía el Derecho romano como un elemento de continuidad, un instrumento formativo y transitorio, más que como un cuerpo de Derecho civil completamente nuevo. Consideró el Derecho romano como la base para la formación de la República,

²⁹⁴ Acerca del "espíritu general del Código Civil", véase GUZMÁN BRITO (1982), pp. 454-459.

²⁹⁵ BELLO (1981), en Introducción a *Derecho Romano*, pp. L-LI.

²⁹⁶ BELLO (1981), en Introducción a *Derecho Romano*, pp. XLI-XLII.

²⁹⁷ Acerca de la difusión del Código Civil en Hispanoamérica, véase GUZMÁN BRITO (1982), pp. 466-469. También, GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005): "La influencia del Código Civil francés en las codificaciones americanas", en: Cuadernos de Análisis Jurídico, n° 2, pp. 25-60.

enfatisando el Estado de Derecho, la soberanía popular, el gobierno representativo y la separación de poderes como componentes esenciales que se sustentaban en el predominio y la aplicación generalizada de la ley²⁹⁸. También destacó la importancia del estudio del Derecho romano en el desarrollo de un sistema jurídico realista y eficiente.

A falta de un texto en español, Bello utilizó los *Elementa iuris romani* de Heinecio²⁹⁹, que sirvió de base para su propio libro de texto "Derecho Romano", publicado por primera vez en 1843³⁰⁰ y después reimpressa en cuatro ediciones: 1849, 1871, 1878 y 1890³⁰¹. El texto se convirtió en obligatorio durante el resto del siglo, hasta 1902.

Además, dado que el Derecho romano era la base de la legislación civil en la mayoría de los países europeos, era necesario comprenderlo para comprender sus leyes y, como el Derecho romano también estaba en la base del Derecho canónico y del Derecho internacional, también era necesario conocerlo para comprenderlos³⁰².

Pese a las críticas que recibió³⁰³, Bello no se dejó disuadir, al menos públicamente, y continuó defendiendo la

²⁹⁸ GUZMÁN BRITO (1982), p. 455. En sus palabras, "el código fundose en el modelo de una sociedad de hombres más libres e iguales en el orden civil, sometidos, sin embargo, a la ley".

²⁹⁹ BELLO (1981), en Introducción a *Derecho Romano*, pp. XLIV-XLV, XLIX; SCHIPANI (1999), pp. 297-298; 304-305.

³⁰⁰ SCHIPANI (1999), p. 295.

³⁰¹ BELLO (1981), en Introducción a *Derecho Romano*, p. XLVI.

³⁰² BELLO (1981), "Sobre el estudio de la lengua latina", en *Gramática latina y escritos complementarios*, p. 494.

³⁰³ Para un resumen de las "manifestaciones antiromanísticas", véase GUZMÁN BRITO (1982), pp. 140-144. También en su artículo "Latín y derecho romano", publicado en *el Araucano*, n° 184, Santiago 21 de marzo de 1834, Bello se refiere a las críticas publicadas por el *Valdiviano*, en donde se decía que "es superfluo el estudio del derecho romano y pernicioso la lectura de los glosadores y tratadistas."

enseñanza del Derecho romano³⁰⁴ y el latín. En estos términos se refirió al estudio de esta última:

“Pero, cualesquiera que sean las utilidades que se esperen del estudio de la lengua latina, es cierto que no pueden lograrse, si no es aprendiéndola perfectamente. Sea que miremos este idioma como el principal sendero que conduce al conocimiento de la antigüedad, o como uno de los mejores medios de cultivar las varias facultades del alma, ni aquel conocimiento ni este cultivo pueden obtenerse sino por medio de un estudio completo.”³⁰⁵

Su posición prevaleció y la enseñanza de ambos continuó.

Bello se sentía claramente atraído por el racionalismo de la jurisprudencia romana. Influenciado por Savigny y la Escuela Histórica alemana, Bello estaba convencido de que para que un cuerpo de Derecho civil tuviera éxito, tenía que estar firmemente anclado en las costumbres y tradiciones del país. Estas costumbres y tradiciones fueron moldeadas por siglos de legislación española, que a su vez se basaba en el Derecho romano.

Por lo tanto, el estudio del Derecho romano podría servir como base para la aceptación pública voluntaria del nuevo Código Civil que era, como lo habían sido las Instituciones, un compendio sistemático del Derecho existente, con adiciones y revisiones modernas basadas en la experiencia de otros

³⁰⁴ BELLO (1981), “Sobre el estudio de la lengua latina”, en *Gramática latina y escritos complementarios*, pp. 492-493.

³⁰⁵ BELLO (1981), “Sobre el estudio de la lengua latina”, en *Gramática latina y escritos complementarios*, p. 474.

países, en lugar de un cuerpo de Derecho civil completamente nuevo³⁰⁶.

Desde su llegada a Chile, Bello venía abogando por una revisión de la legislación vigente. Por iniciativa propia, publicó una crítica de las leyes de sucesión en 1831. Estaba particularmente preocupado por las cuestiones de herencia cuando no había testamento (sucesión *ab intestato*) y sugirió varias reformas. En la década de 1830, sin embargo, se vio más involucrado en la política exterior y en asuntos educativos³⁰⁷.

No fue hasta el 10 de septiembre de 1840 que fue designado oficialmente para proponer legislación sobre sucesión. Desde entonces hasta 1853, cuando presentó el primer borrador del Código Civil, Bello trabajó activamente en otras materias civiles como contratos y obligaciones³⁰⁸.

El año anterior, 1852, el presidente Manuel Montt presidió una comisión revisora que incorporó los comentarios de legisladores, juristas y tribunales. El producto de estas recomendaciones y las revisiones de Bello se convirtió en el Código Civil final aprobado por ley en diciembre de 1855 y vigente desde enero de 1857³⁰⁹.

El Código Civil de Andrés Bello, que influyó significativamente en el sistema legal de Chile, fue un marco legal integral que reflejó varias ideas clave. Fue producto de su extenso estudio e incorporación de diversas fuentes jurídicas, incluido el Derecho romano y el Código Napoleón.

³⁰⁶ Para un detalle de las fuentes del Código Civil, véase GUZMÁN BRITO (1982), pp. 413-427.

³⁰⁷ GUZMÁN BRITO (2006), pp. 1284-1285.

³⁰⁸ GUZMÁN BRITO (2006), p. 1288.

³⁰⁹ GUZMÁN BRITO (2006), pp. 1289-1290.

Las ideas principales del Código Civil de Bello incluyeron las siguientes:

1. Incorporación de fuentes legales: El Código Civil integró principios de diversas fuentes jurídicas, como el Derecho romano, el Código de Napoleón y las Siete Partidas del rey Alfonso X de Castilla. Esta integración tenía como objetivo crear un marco legal moderno y completo³¹⁰.

2. Modernización y unificación del Derecho privado: La obra de Bello contribuyó a la modernización y unificación del Derecho privado en Chile y tuvo una influencia significativa en su desarrollo jurídico. El Código Civil jugó un papel fundamental en la configuración del sistema legal, proporcionando un conjunto coherente y moderno de principios legales³¹¹.

3. Influencia de los sistemas jurídicos europeos: El Código Civil reflejó el estudio de Bello de los sistemas legales europeos y sus códigos. Adoptó cambios importantes inspirados en ejemplos de códigos europeos vigentes o en preparación, lo que demuestra el compromiso de Bello de incorporar conceptos jurídicos contemporáneos en el Código Civil³¹².

Fue así que Andrés Bello jugó un papel importante en la creación del Código Civil chileno. El trabajo que Bello desarrolló durante años y que concluyó con la promulgación de este cuerpo normativo se considera un logro monumental en la historia jurídica latinoamericana. También refleja la influencia del Derecho romano, particularmente en su marco

³¹⁰ GUZMÁN BRITO (2006), pp. 1290-1291. Predominaron las Siete Partidas, con la glosa de Gregorio López, el *Corpus Iuris Civilis*, el *Code Civil*, y también el derecho codificado de la época.

³¹¹ GUZMÁN BRITO (2006), pp. 1292-1293.

³¹² GUZMÁN BRITO (2006), pp. 1290-1291.

conceptual y principios. No por nada, Alejandro Guzmán Brito se refiere a él en los siguientes términos:

“El Código Civil de la República de Chile es un libro jurídico de la más alta calidad y constituye el monumento legislativo mejor logrado del siglo XIX³¹³”.

Ahora bien, si nos adentramos en la estructura del Código Civil, se puede apreciar que en materia de obligaciones se recoge una ordenación de sus contenidos³¹⁴ que recuerda a las Instituciones de Gayo y a las de Justiniano, sin embargo el carácter didáctico que dirige a estas obras se diluye en el Código, el cual, no siendo un manual, incluye elementos que pueden admitirse como didácticos, a saber, el uso de definiciones y clasificaciones³¹⁵ (división y partición), pero cuya ordenación de contenidos responde a un criterio heurístico, esto es, una técnica que busca aplicar reglas comunes a los contratos³¹⁶ antes de tratar uno por uno según sea la categoría a la que pertenecen, algunos de los cuales contemplan sus propias “Reglas generales” (la sociedad y el

³¹³ GUZMÁN BRITO (1982), p. 463.

³¹⁴ Con algunas diferencias, en general la organización interna del Código Civil se puede retrotraer a las Instituciones de Gayo y Justiniano. La distribución en cuatro libros, donde encontramos personas, bienes, sucesiones y obligaciones, permite apreciar la influencia del Derecho romano en la obra de Bello.

³¹⁵ GUZMÁN BRITO (1982), pp. 442-444. En particular, se refiere a las operaciones de “definición”, cuya finalidad es circunscribir los objetos y los temas a límites precisos y claros; y “división y partición”, la primera, distinción de géneros y especies, la segunda, determinación de los elementos componentes o partes. El autor las reconoce como instrumentos dialécticos y estrechamente vinculados, señalando que “Por regla general la definición complementa la división y la partición. [...] En otros casos, una definición conlleva en sí una subsiguiente división o partición”.

³¹⁶ GUZMÁN BRITO (1982), pp. 444-445. Describe la “Formulación de normas generales a partir de la casuística legal”, dentro de las operaciones que Bello utilizó para estructurar el Código. Así, a partir del título I “Definiciones”, hasta el título XXI “De la prueba de las obligaciones”, sería el bloque dentro del libro cuarto que constituyen las “Normas generales”.

mandato, por ejemplo) y "Reglas particulares" (el arrendamiento).

Las "reminiscencias históricas" de las que hemos hablado antes, también las podemos aplicar como concepto al Código Civil y quedan de manifiesto en su estructura, donde podemos encontrar solamente dos grandes categorías contractuales: consensuales y reales. Las reminiscencias de la estipulación las encontramos en la parte general de los contratos³¹⁷, mientras que los literales se quedan en la forma de solemnidades para ciertos contratos de importancia³¹⁸. Las categorías que realmente importan son las mencionados.

Las estructuras adoptadas por Gayo y posteriormente por Justiniano son de carácter didáctico, a propósito para la enseñanza del Derecho, cuestión que ya en la época resultaba de importancia para la formación de juristas. Para nosotros no es casualidad que esa didáctica se haya conservado en el estudio y enseñanza del Derecho civil³¹⁹: considerar que, si bien no se utiliza ya la clasificación de las obligaciones contractuales según su origen como la empleada por Gayo, es cierto que algunos de los contratos que se enmarcaban en alguna de estas categorías, mantienen su tratamiento conjunto o, a lo menos, conservan las reminiscencias de esta clasificación.

³¹⁷ GUZMÁN BRITO (1997), T. II, p. 17. "De ella [la estipulación] deriva, por generalización y abstracción, la moderna teoría del acto jurídico y de las obligaciones."

³¹⁸ GUZMÁN BRITO (1997), T. II, pp. 15-16. No sólo los quirógrafos y síngrafos, también la estipulación tendió a transformarse en una suerte de cláusula para dejar constancia de haberse celebrado.

³¹⁹ GUZMÁN BRITO (1982), p. 444. En particular, la clasificación representaba para Bello un instrumento indispensable para aprehender la ciencia jurídica. Entre otras, la clasificación de cosas corporales e incorporeales la obtuvo de las Instituciones de Justiniano.

En el primer caso, de las obligaciones que se contraen por la cosa Justiniano (IJ. 3, 14) incluye el mutuo³²⁰, el comodato, el depósito y la prenda, teniendo como característica común que estos contratos se perfeccionan con la entrega que se hace de la cosa. Pues bien, en el Código Civil el comodato, el mutuo y el depósito son tratados de manera sucesiva (Títulos XXX, XXXI y XXXII del Libro Cuarto, respectivamente), sin embargo la prenda es tratada mucho más adelante (Título XXXVII), incluso después de los cuasicontratos, delitos y cuasidelitos, y dentro de otro grupo que podríamos llamar "cauciones", por hallarse entre la fianza y la hipoteca.

Ahora bien, la reminiscencia al Derecho romano de la que hablábamos arriba viene dada por determinados artículos en cada uno de los contratos mencionados que permite, aun ahora, agruparlos en la antigua clasificación utilizada en las Instituciones.

En el comodato:

Art. 2174. El comodato o préstamo de uso es un contrato en que una de las partes entrega a la otra gratuitamente una especie, mueble o raíz, para que haga uso de ella, y con cargo de restituir la misma especie después de terminado el uso.

Este contrato no se perfecciona sino por la tradición de la cosa.

En el mutuo:

Art. 2197. No se perfecciona el contrato de mutuo sino por la tradición, y la tradición transfiere el dominio.

³²⁰ Gayo se refiere únicamente al mutuo y al pago de lo no debido (3, 90-91), dentro de la categoría de obligaciones contraídas por la cosa.

En el depósito:

Art. 2212. El contrato se perfecciona por la entrega que el depositante hace de la cosa al depositario.

En la prenda:

Art. 2386. Este contrato no se perfecciona sino por la entrega de la prenda al acreedor.

Otro aspecto a destacar, sobre este grupo en particular, es la obligación de restitución de la cosa entregada, pues las mismas Instituciones hacen hincapié en que aquel que recibió la cosa está ciertamente obligado por ella, haciendo las salvedades correspondientes a cada contrato, como que en el mutuo se espera que quien recibió la cosa, en algún tiempo nos devuelva no la misma cosa, sino otra de la misma naturaleza y calidad, o que en el comodato la cosa se entrega de modo que no se haga del otro, y por esto está obligado a restituir la misma cosa.

Cosa similar ocurre con otra de las clasificaciones, las que surgen por el consentimiento, en cuyo texto (Gai. 3, 135 y IJ. 3, 22) se tratan la compraventa, el arrendamiento, la sociedad y el mandato, que en el Código Civil se recogen en el mismo orden (Títulos XXIII, XXVI, XXVIII y XXIX), aunque no seguidamente, pues se incluyen otros en medio como la permutación, la cesión de derechos y la constitución del censo, conservando también la antigua reminiscencia didáctica.

La razón por la cual se los trató en primer lugar puede responder a varias razones, de las que podemos señalar que son estos contratos en los que resultan más evidentes las obligaciones recíprocas que surgen para una parte y otra -que de hecho motivó esta clasificación para los romanos; "en estos

contratos", dice Justiniano, "cada cual se obliga al otro a lo que, según lo bueno y lo equitativo, debe el uno hacer para el otro, mientras que en las obligaciones por palabras uno estipula y otro promete." (IJ. 3, 22, 2)-. Otra de las razones por las que su tratamiento va primero en el Código puede deberse a que son los contratos celebrados con mayor frecuencia, y cuyas características y consecuencias deben ser tratadas con mayor profundidad, esto último queda en evidencia al contar el número de artículos que dedica el Código a la compraventa, cuestión que ocurre similar en las Instituciones.

Como síntesis de lo expuesto en estas líneas, podemos decir que el Código Civil de Andrés Bello fue producto de su extenso estudio e incorporación de diversas fuentes jurídicas, con el objetivo de modernizar y unificar el Derecho privado, y crear un marco jurídico integral y moderno que reflejara la influencia de los sistemas jurídicos europeos. Basado en gran medida en el Código Napoleónico y en el Derecho romano, es con este último que la experiencia de Bello se vuelve evidente en su capacidad para integrarlo y complementarlo dentro del Código Civil, mostrando el impacto duradero de la tradición jurídica romana en la jurisprudencia chilena.

Así, también, consideramos que los elementos descritos permiten establecer más de un vínculo con las antiguas clasificaciones empleadas en el Derecho romano, y aunque no resulten evidentes, siguen estando ahí.

Bibliografía citada.

- ALBERTARIO, Emilio (1936): *Studi di diritto romano*, III (Milano: Antonino Giuffrè).
- ALBRECHT, Michael von (1997): *Historia de la Literatura Romana. Desde Andrónico hasta Boecio*, 2 vols. Versión castellana de Dulce Estefanía y Andrés Pociña (Herder, Barcelona).
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo (1974): "D. 44.7.25 §1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione'", en: *Scritti di diritto romano II*, (Napels: Jovene), pp. 141-155 (= *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, deel 1, Parijs: Sirey 1926, pp. 81-95).
- BATTAGLIA, Federico (2020): "Strutture espositive in Gaio: per una morfologia delle Institutiones", en: Babusiaux, Ulrike y Mantovani, Dario (eds.), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo* (Pavia: Pavia University Press), pp. 205-278.
- BAYET, Jean (1983): *Literatura latina*. Colección Letras e Ideas. Trad. de Andrés Espinosa Alarcón (Barcelona: Ariel).
- BELLO, Andrés (1981): *Gramática latina y escritos complementarios. Obras completas de Don Andrés Bello. Tomo VIII* (2ª edición. Caracas: La Casa de Bello).
- BELLO, Andrés (1981): *Derecho Romano. Obras completas de Don Andrés Bello. Tomo XVII* (2ª edición. Caracas: La Casa de Bello).
- BETTI, Emilio (1954): *Teoria generale delle obbligazioni*, III, Fonti e vicende dell'obbligazione (Milano).
- BICKEL, Ernst (1987): *Historia de la literatura romana*. Versión española de José María Díaz-Regañón López (Madrid: Gredos).
- BONNER, Stanley F. (1984): *La educación en la Roma antigua. Desde Catón el Viejo a Plinio el Joven*. Versión castellana de José María Domenech Parde (Barcelona: Herder).
- BRINI, Giuseppe (1905): *L'obbligazione nel diritto romano* (Bologna).
- BRUTTI, Massimo (2011): *Il diritto privato dell'antica Roma* (Torino).

- CASTRESANA, Amelia (1987), "El chirographo" y la "syngrapha", significación jurídica desde la República hasta Justiniano", en: *Estudios de derecho romano en honor de Álvaro d'Ors / Álvaro d'Ors y Pérez-Peix* (hom.), Vol. 1 (Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona), pp. 361-380.
- CASTRESANA, Amelia (1994): "La estipulación", en: *Derecho romano de obligaciones: homenaje al profesor José Luis Murga Gener*, pp. 439-462.
- CIULEI, Gheorghe (1944): "Die XII Tafeln und die römische Gesandtschaft nach Griechenland", en: *ZRG* 64, pp. 350-354.
- CODOÑER MERINO, Carmen (2011): *Historia de la literatura latina* (3ª edición. Madrid: Ediciones Cátedra).
- CUENA BOY, Francisco (1998): *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana* (Santander, Universidad de Cantabria).
- D'ORS, Álvaro (1951): "Re et verbis": en: Moschetti, Guiscardo (ed.), *Actas del Congreso internacional de Derecho romano en Historia del Derecho*, en Verona, Vol. III (Milano: Giufre Editore), pp. 266-303.
- D'ORS, Álvaro (1991): *Derecho privado romano* (8ª ed., Pamplona, EUNSA).
- DE LOS MOZOS TOUYA, José Javier (1994): "La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las 'Instituciones' de Gayo y de Justiniano y su valor sistemático en el moderno Derecho Civil", en: *Seminarios Complutenses de Derecho Romano. Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística*, vol. VI, pp. 103-124.
- DEGNI, Francesco (1915): "Le fonti delle obbligazioni", en: *Studi sul diritto delle obbligazioni*, (Napoli).
- FALCONE, Giuseppe (2011): "Sistematiche gaiane e definizione di obligatio", en: L. Capogrossi Colognesi, M. Corsi (coords.), *Obbligazione-obligatio. Un confronto interdisciplinare* (Atti Convegno Roma 2010), (Napoli: Jovene), pp. 17-52.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico (2007): *Sistema Contractual Romano* (3ª edición. Madrid: Dykinson).
- FUHRMANN, Manfred (1985): *Literatura Romana*. Colección Literatura Universal, número 3. Versión española de Rafael de la Vega (Madrid: Gredos).

- FUHRMANN, Manfred (1960): *Das systematische Lehrbuch: ein Beitrag zur Geschichte der Wissenschaften in der Antike* (Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht).
- GONZÁLEZ LUIS, José (2005): "La literatura jurídica en la Roma republicana", en: *Fortunatae* 16, pp. 87-97.
- GUARINO, Antonio (2001): *Diritto privato romano* (Dodicesima edizione. Napoli: Editore Jovene).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2016): "El significado de 'quasi' en el vocabulario de los juristas romanos", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. XXXVIII (Valparaíso, Chile), pp. 79-95.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007): "El carácter dialéctico del sistema de las 'Institutiones' de Gayo", en: Patricio-Ignacio Carvajal Ramírez (coord.), *Estudios de Derecho romano en homenaje al prof. Dr. d. Francisco Samper* (España: Librotecnia), pp. 427-458.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2006): "El Código Civil de Chile en su ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración celebrado en Santiago de Chile", en: *Anuario de Derecho civil*, Vol. 59, N° 3, pp. 1283-1302.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005): *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1997): *Derecho privado romano*. Tomos I y II (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1982): *Andrés Bello codificador: Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile. Tomo I* (Santiago de Chile: Ediciones de la Universidad de Chile).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1980): "Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, vol. V (Valparaíso, Chile), pp. 17-31.
- KASER, Max (1983): "Divisio obligationum", en: STEIN, Peter y LEWIS, A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas* (London, Sweet & Maxwell), pp. 73-86.
- KASER, Max (1984): *Roman Private Law* (Trad. Rolf Dannenbring, University of South Africa).
- KUNKEL, Wolfgang (1999): *Historia del Derecho Romano* (9ª edición. Barcelona: Editorial Ariel).

- LESKY, Albin (1989): *Historia de la literatura griega*. Versión española de José María Díaz-Regañón López y Beatriz Romero (Madrid: Gredos).
- LÓPEZ FÉREZ, Juan Antonio (2008): *Historia de la literatura griega* (4ª edición. Madrid: Ediciones Cátedra).
- MANTOVANI, Dario (2022): *Legum multitudo: La presencia de las leyes públicas en el derecho privado romano* (Valencia: Tirant lo Blanch).
- MANTOVANI, Dario (2018): *Les juristes écrivains de la Rome antique: Les œuvres des juristes comme littérature* (Paris: Collège de France-Les Belles Lettres).
- MARROU, Henri-Irénée (1985): *Historia de la educación en la Antigüedad*. Trad. de Yago Barja de Quiroga (Madrid: Akal).
- MAYER-MALY, Theo (1967): "Divisio obligationum", en: *The Irish Jurist*, vol. 2, nº 2, pp. 375-385.
- NÖRR, Dieter (1972): *Divisio und Partitio: Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* (De Gruyter).
- ORESTANO, Ricardo (1987): *Introduzione allo studio del diritto romano* (Il Mulino: Bologna).
- PANIAGUA AGUILAR, David (2006): *El panorama literario técnico-científico en Roma (Siglos I-II D.C.) «Et docere et delectare»* (Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca).
- PARICIO SERRANO, Javier (1994): "Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justiniana", en: PARICIO SERRANO, Javier (ed.), *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor José Luis Murga Gener* (Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A.), pp. 49-61.
- PARICIO SERRANO, Javier (1997): "Apuntes sobre la formación de las categorías jurídicas", en: *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne*, 2, pp. 67-77.
- PEROZZI, Silvio (1903): *Le obbligazioni romane* (Zanichelli).
- PUGLIESE, Giovanni; SITZIA, Francesco; VACCA, Letizia (1991): *Istituzioni di Diritto Romano*, 3ª ed. (Torino).
- RICCOBONO, Salvatore (1915): *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (Palermo).
- ROMANO, Elisa (2020): "Le Institutiones di Gaio e la tradición manualística antigua", en: Babusiaux, Ulrike y Mantovani, Dario

(eds.), *Le Istituzioni di Gaio: avventure di un bestseller. Trasmissione, uso e trasformazione del testo* (Pavia: Pavia University Press), pp. 167-203.

SCEVOLA, Roberto (2016): "'Obligamur lege' (Mod. 2 'reg.', D.44.7.52 pr.) Alle radici di un problema antico e moderno", en: Luchetti, Giovanni (coord.), *Derecho de obligaciones. La importancia del derecho romano en la época contemporánea*, pp. 697-735.

SCHIPANI, Sandro (1999): *La codificazione del diritto romano comune* (Torino: Giappichelli Editore).

SCHULZ, Fritz (1961): *Classical Roman Law* (Oxford University Press).

STAGL, Jakob (2023): *Der Tempel der Gerechtigkeit: Zur Morphologie und Hermeneutik der Pandekten*, Warschauer Schriften zum römischen Recht und zur europäischen Rechtstradition, Vol. 1 (Brill Schönningh).

STAGL, Jakob (2019): Recensión a MANTOVANI, Dario, *Les Juristes écrivains de la Rome antique: Les œuvres des juristes comme littérature* (Belles Lettres, Paris, 2018), en: Bryn Mawr Classical Review, 2019.10.29.

STAGL, Jakob (2017): L'ambiguïté existentielle du droit romain: une faille de la codification justinienne, en: Rev. hist. droit, 95 (4), pp. 455-465.

STAGL, Jakob (2016): *The institutional scheme of Roman law*, en: GOLDBERG, Sander (ed.), *Oxford Classical Dictionary*, 4^a ed., Oxford University Press, sub law, Roman, institutional scheme of, 30 pp., online (classics.oxfordre.com)

STAGL, Jakob (2015): "Il sistema didattico di Gaio e il sistema dei 'Digesta'", en: *Teoria e Storia del Diritto Privato*, N° 8, pp. 1-74.

STAGL, Jakob (2014): "Das didaktische System des Gaius", en: *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. CXXXI, pp. 313-348.

STEIN, Peter (1983): "The Development of the Institutional System", en: STEIN, Peter y LEWIS, A.D.E. (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas* (London, Sweet & Maxwell), pp. 151-163.

STROUX, Johannes (1949): *Römische Rechtswissenschaft und Rhetorik* (E. Stichnote Potsdam).

TALAMANCA, Mario (1990): *Istituzioni di diritto romano* (Milano: A. Giuffrè).

- TALAMANCA, Mario (1977): "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), pp. 3-319.
- VERHAGEN, Hendrik (2018): "Chirographs in Classical Roman Law Constitutive or Probative?", en: *RIDA*, 65, pp. 251-306.
- VOCI, Pasquale (1946): *La dottrina romana del contratto* (Milano).
- WATSON, Alan (1984): "The Evolution of Law: The Roman System of Contracts", en: *Law and History Review*, Vol. 2, N° 1, pp. 1-20.
- WEGMANN, Adolfo (2019): "Contrahere obligationem en el derecho romano clásico", en: *Revista de Derecho (Universidad Austral de Chile)*, vol. XXXII, n° 1, pp. 9-27.
- WEGMANN, Adolfo (2018a): "Sobre la noción de contrato en las Instituciones de Gayo", en: *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, 34, pp. 19-49.
- WEGMANN, Adolfo (2018b): "Sobre el así llamado contrato real en las Instituciones de Gayo", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XL, pp. 97-122.
- WEGMANN, Adolfo (2017a): "En torno a la noción de sistema jurídico y a la construcción de una categoría general del contrato en el derecho romano", en: *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n° 2, pp. 323-346.
- WEGMANN, Adolfo (2017b): "En torno al carácter (cuasi)contractual de la solutio indebiti en las Instituciones de Gayo", en: *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXXIX, pp. 85-110.
- WIEACKER, Franz (1936): *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* (Weimar).
- WIEACKER, Franz (1988): *Römische Rechtsgeschichte* (Munich: C. H. Beck).
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford University Press).