

LA TEORIA DE LAS FUENTES DE LAS OBLIGACIONES EN DERECHO ROMANO

*Por el Dr. WENCESLAO ROGES,
Profesor de la Facultad de Derecho*

EL CÓDIGO CIVIL MEXICANO para el Distrito y Territorios Federales dedica el Título Primero de la Primera Parte del Libro Cuarto (“De las obligaciones en general”) a las “Fuentes de las Obligaciones” (arts. 1792 a 1937).

Ateniéndose aquí —cosa que no siempre hace, a lo largo del Código— a su función peculiar de normar, sin entrar a razonar y definir, lo que es cometido de la doctrina, y no de la ley, el legislador mexicano estatuye, en los seis capítulos comprendidos en este título, las seis principales “Fuentes de las Obligaciones” (la enumeración no es exhaustiva: faltan, sobre todo, las obligaciones nacidas *ex lege*). Son a saber: los contratos (cap. I); la declaración unilateral de voluntad (la *pollicitatio* de los romanos, cap. II); el enriquecimiento injusto (cap. III); la gestión de negocios ajenos (se sobreentiende, sin mandato, cap. IV), los actos ilícitos (cap. V) y el riesgo profesional (accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, la más importante manifestación de la responsabilidad sin culpa, cap. VI).

Sigue, en esto, el Código Civil de México las huellas de las modernas codificaciones y se aparta, con ellas, de la línea tradicional del Derecho romano. Lo único que de ésta queda en pie, como una reliquia del pasado, es el concepto mismo de Fuentes de las Obligaciones, que abarca y envuelve, en genérico enunciado, los seis capítulos del título. A diferencia de lo que se hace en diversos títulos del Código —aunque abundando en el criterio seguido en otros—, los codificadores, en éste, se limitan a estampar el epígrafe, como frontispicio del articulado de los seis capítulos agrupados tras él.

Esto quiere decir que la problemática de las Fuentes de las Obligaciones ha perdido, en el Código Civil mexicano, como en las codificaciones vigentes, en general, su valor sustantivo, aunque el nombre y el concepto queden ahí, flotando, como un vestigio de concepciones ya superadas.

En este punto, como en tantos otros, los modernos Códigos marchan por la senda del llamado Derecho común, por la doctrina que, en los siglos XVIII

y XIX, elaborara el *Usus modernus Pandectarum*, de los italianos y los alemanes, siguiendo los dictados de la vida práctica y que, científicamente construida, al calor de la escuela histórica alemana de Savigny, dio al mundo jurídico, en la segunda mitad del XIX, los grandes Tratados de Pandectas de Windscheid y Dernburg.

En el Derecho común, el estudio de las obligaciones en torno a sus fuentes queda relegado a segundo plano y cobra relieve primordial, en él, la concepción unitaria de la obligación centrada sobre el factor prestación y el deber de efectuarla. Este factor pasa a ser el quicio de toda obligación en general, cualquiera que sea la fuente de que nazca.

Fueron los pandectistas quienes introdujeron en la sistemática jurídica la categoría de la obligación en general, el tipo general de obligación, que de su plan doctrinal se trasplanta más tarde al plan legislativo del Código Civil alemán, de donde la toma, directa o indirectamente, el legislador mexicano.

El Derecho romano —lo mismo el antiguo que el clásico y aun el justiniano o bizantino— no conocía ni reconocía “la obligación” en general, sino solamente “obligaciones”, tipos concretos y determinados de obligación, como cuadra a la mentalidad practicista de aquella jurisprudencia y a las condiciones peculiares de su desarrollo histórico, que dejaron siempre escaso margen a las formulaciones abstractas. El fundamento, hecho, acto o negocio jurídico, de que la obligación nacía, la fuente de la obligación, imprimía su carácter y fisonomía propios a la obligación correspondiente, haciendo de ella un tipo peculiar de obligación, acusándose visiblemente en sus efectos y en su vida. Por eso, en Derecho romano, la teoría de las Fuentes de las Obligaciones tiene un valor sustantivo, intrínseco y no, como en los Códigos modernos, puramente formal o nominal.

El exponente más completo y más genuino del Derecho romano puro, el de la época clásica, son las *Institutiones* del misterioso jurista Gayo, de cuya persona sabemos tan poco —no conocemos ni siquiera su nombre completo— y cuya obra es, sin embargo, nuestra fuente principal de conocimiento del Derecho clásico, desde que, descubierto por Niebuhr, en 1816, su texto completo en un código palimpsesto de la biblioteca del capítulo catedral de Verona, una pléyade de filólogos y romanistas, que van desde Goeschen, Bekker y Bethmann-Hollweg hasta Karlowa, Krueger y Studemund, se aplicaran pacientemente a descifrarlo, para entregarnos una lectura llena todavía de lagunas, pero bastante satisfactoria en su totalidad.

Alguien —el pandectista alemán Dernburg (*Die Institutionen des Gaius, ein Kollegienheft aus dem Jahre 161 nach Christi Geburt*, estudio publicado

en 1869)— ha dicho que las *Instituciones* de Gayo son los apuntes de clase de un profesor; es decir, un remoto antecedente de los modernos libros de texto de nuestras Universidades. Y es muy posible que así fuera. El límpido estilo, la concisión y la claridad expositiva hacen de este texto, desde luego, una obra didáctica de valor excepcional. Tiene para nosotros, sobre todo, el insuperable interés de ser, en su género, la única exposición sistemática completa que se conserva del estado del Derecho romano en la época en que fue redactada, por los tiempos de la dinastía de los Antoninos, es decir, en el período de apogeo de la jurisprudencia clásica.

Son las *Instituciones* de Gayo las que consagran la famosa división tripartita de las materias del Derecho privado en el llamado "Plan de las Instituciones" en Personas, Cosas y Acciones, trilogía que, sin duda, tenía sus antecedentes en las concepciones filosóficas de los romanos y que encuentra puntos de apoyo, por ejemplo, en una serie de clasificaciones de las *Antiquitates* de Varrón. De la obra de Gayo pasa el esquema tripartito al plan de las *Instituciones* de Justiniano, en esto como en tantas cosas más fielmente apegadas a la obra del enigmático Gayo.

Omne autem jus, quo utimur vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones —dice Gayo—, con ejemplar limpidez de expositor, en el libro I, párrafo 8 de sus *Instituciones* (*Textes de Droit Romain*, publiés et annotés par P. F. Girard, 5a. ed., París 1923).

Dentro de esta división tripartita, las obligaciones, aún no emancipadas como categoría con propia personalidad, aparecen reducidas a una subdivisión de la rama general de las cosas, en función a la adquisición y transmisión de éstas, lo mismo que la sucesión hereditaria, en cuanto modo de adquisición universal *mortis causa*. Habrá que llegar al siglo XIX para que el esquema tradicional de las tres partes se desintegre, con un esfuerzo sistemático superior, en la división quintipartita del sistema de las Pandectas (parte general: sujeto del derecho, objeto del derecho, negocio jurídico; Derecho de las personas; Derechos reales o de los bienes; Derecho de obligaciones; Derecho hereditario), que sirve de marco de estructuración a los Códigos alemán y suizo y que sólo en parte recoge el Código mexicano central. Pero, esta agrupación nueva de las materias no responde solamente a un esfuerzo más alto de sistematización; refleja también nuevas concepciones jurídicas y concretamente, en lo que aquí nos interesa, un concepto nuevo de la obligación.

En el libro III, párrafo 88, pasando al estudio de las obligaciones, y sin detenerse a examinar el concepto general de la obligación, la obligación en

abstracto, que aún no existía, Gayo, con su lapidario estilo, sienta *ex abrupto* esta formulación:

Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.

Y pasa, sin más (Gayo, III, 89), a estudiar las obligaciones nacidas de contrato, en torno a la clásica división cuatripartita de las obligaciones que se contraen *re, verbis, litteris vel consensu* (contratos reales, contrato verbal, contrato literal y contratos consensuales).

Así pues, Gayo, en las *Instituciones*, compendia las Fuentes de las Obligaciones en dos: el contrato y el delito. Es, reducida a su expresión más simple, la sistematización del estado de Derecho que arranca de las XII Tablas. Bajo el Derecho civil antiguo, recogido en las Tablas de los Decenviros, el delito señoreaba el campo de las obligaciones, como correspondía a las concepciones de aquella época, centradas en torno a la responsabilidad penal, superviviente todavía, como lejana reminiscencia, en la misma palabra *ob-ligatio*, eco remotísimo de los tiempos en que el deudor era el rehén de sus obligaciones y en que el vínculo tenía un trágico contenido físico, expiatorio, y no un significado puramente patrimonial. Hasta llegar a la *lex Poetelia* del año 326 a.C., una de las más grandes conquistas del progreso jurídico humano y de la plebe en la sociedad esclavista —los esclavos, no contaban—, que el republicano y grandilocuente Tito Livio, celebra así, en justificados términos de exaltación:

Eo anno plebei romanae velut aliud initium libertatis factum est (Liv. VIII, 28), para puntualizarla en seguida, habiéndole rendido este justo homenaje, en los siguientes términos descriptivos:

Ne quis, nisi qui noxam meruisset, donec poenam lueret, in compendibus aut in nervo teneretur: pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse (*loc. cit.*).

Detrás de estas palabras del historiador, está, ya ahuyentada por el progreso jurídico, fruto siempre, entonces y ahora, de las luchas humanas y sociales, la sombra dramática del hoy para nosotros, y por fortuna, inconcebible *nexum*, con su atávica *manus injectio*: la terrible institución de la esclavitud por deudas, de la muerte del deudor como víctima expiatoria de su insolvencia y de la desmembración de su cuerpo entre los varios acreedores concursantes, testimonio de una sociedad de voraces acreedores patricios y de impotentes deudores plebeyos, cuya ley implacable —inmortalizada por el Sylock del *Mercader de Venecia*— ha quedado registrada —aviso perenne para los hombres de hoy— en el pavoroso *partis secanto* de las XII Tablas:

Tertiū nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt, se fraude esto (XII Tablas, Tab. III, 6, Girard, *Textes*, ed. cit.).

Pero, ya en las XII Tablas, junto a la obligación penal, *ex delicto*, y junto al contrato de *nexum*, en que la obligación civil conserva todavía un marcado contenido expiatorio, aparecen, como el embrión de una evolución jurídica futura, los gérmenes de nuevos contratos, fuentes de obligaciones de contenido patrimonial. Nuevos fragmentos de las *Instituciones* de Gayo descubiertos recientemente (en 1931) han revelado, con asombro de los romanistas, que la *sponsio*, la forma civil del contrato verbal, estipulatorio, estaba ya sancionada por las XII Tablas, para las cantidades ciertas de dinero, y protegida por medio de la *legis actio per iudicis postulationem*. Como lo estaba (según el testimonio de Gayo, *Inst.*, IV, 28) un caso concreto del contrato civil de arrendamiento: *adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento, quod quis ideo locasset...*: reconstitución de la Tabla XII, 1). Y cómo se castigaban ya allí, con penas privadas, hechos que suponen el reconocimiento de los contratos de mutuo y depósito, tales como la usura (referencia de Tácito, *Annales*, 6, 16: *XII tabulis sanctum, ne quis unciario fenore amplius exerceret*: reconstitución de la Tabla VIII, 18) y la sustracción fraudulenta, por el depositario, del objeto depositado (referencia de Paulo, *Sententiae*, II, 12, 11: *Ex causa depositi lege XII tabularum in duplum actio datur*: reconstitución de la Tabla VIII, 19, siempre cit. a base de Girard, *Textes*, op. cit.).

Frente a este cuadro rígido y anquilosado del Derecho civil de los quirites, aparece el *jus gentium* progresivo, basado en el intercambio comercial y abierto a los horizontes universales, rompiendo, en la contratación, como en todo, con el Pretor como órgano de las nuevas instituciones, según nos dice Sohm, con certera frase, "los antiguos moldes patriarcales del *jus civile*, cuando el mundo afluye a Roma y hace de ella su capital". En este fecundo terreno del Derecho pretorio y del Derecho de gentes, abonados por el gran fermento del progreso jurídico, por las necesidades de la vida práctica, por las exigencias de la nueva economía y del nuevo comercio, donde surgen los nuevos tipos de contrato encuadrados en la clasificación cuatripartita de Gayo y, sobre todo, el progenitor del libre contrato moderno: el contrato consensual.

Pero, el dualismo de las Fuentes de las obligaciones sobre el que las *Instituciones* de Gayo construyen estaba ya superado en su tiempo. Existían y tenían reconocimiento y sanción jurídicos, por medio de acciones procesales, diversas obligaciones que no era posible, por grande que fuese el esfuerzo especulativo, hacer encajar, por su origen, en ninguno de aquellos

dos moldes. Para agruparlas como en cajón de sastre, todas revueltas, se inventa en el casillero de las Fuentes de las Obligaciones una nueva casilla, que entraña, en realidad, el reconocimiento del fracaso de la anterior clasificación. Aparece, así, la categoría de las *variae causarum figurae*, equivalente a la rúbrica de los "Varios" o "Diversos" en que los presupuestos de nuestros días embuten lo que no tiene cabida adecuada en otras partidas.

Esta nueva y caótica categoría de las Fuentes de las Obligaciones, esta especie de tierra de nadie, cuyo mismo nombre ("Diversas causas" indistintas) es ya una frustración, se le atribuye al propio Gayo, casi seguramente por la mano intrusa de los interpoladores del equipo justiniano de Triboniano. En uno de los fragmentos de su obra *Aurea*, utilizada para el *Digesto*, leemos así:

Gaius D. XLIV, 7, 1 pr.: *Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio (i. e. aut ex delicto) aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris.*

Todo lo que tenía de claro y de sistemático —siquiera fuese incompleta— la clasificación bipartita de las *Instituciones*, lo tiene de confuso y enredoso esta triple ramificación, en manifiesto contraste con el limpio estilo del gran jurista clásico y con el mismo título de su obra *Aurea*.

Es, indudablemente, por 1a. acción de los codificadores de Justiniano, siempre dispuestos a modificar, corregir y desfigurar a medida de sus ideas y conveniencias los textos clásicos por ellos manejados como bienes mostrenco, el paso de transición hacia la clasificación cuatripartita de las *Instituciones* justinianas. En ella, y como término de esta larga evolución histórica, aparecen las Fuentes de las Obligaciones agrupadas en torno a los cuatro consabidos conceptos: contratos y cuasicontratos, delitos y cuasidelitos.

Just. Instit. III, 13, 1, 2: *Sequens divisio in quatuor species diducitur: aut enim ex contractu sunt aut quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio.*

El adverbio *quasi* es el mejor reconocimiento del fracaso de la nueva clasificación. Cuando a un concepto científico hay que anteponerle la palabra "casi", se le pone una advertencia que viene a decir: "este problema está sin resolver". Es el socorrido recurso de los "anexos" o "asimilados", que arroja el residuo de aquello cuya esencia no se ha sabido captar.

Si lo esencial y lo determinante del contrato es el acuerdo de voluntades, si las obligaciones contractuales son, sustancialmente, obligaciones voluntarias, emanadas del consentimiento, ¿qué sentido tiene asimilar a los contratos, simplemente por un empeño estético de simetría lógica, situaciones de hecho que son, precisamente, como los mal llamados "cuasicon-

tratos", la negación de lo contractual, que viene cabalmente a patentizar la inexistencia de un contrato? ¿Y qué tienen que ver con los delitos privados esos otros hechos o actos mal llamados "cuasidelitos" a los que el Derecho atribuye una responsabilidad obligacional absolutamente situada al margen de lo delictivo y de su fundamental característica, que es la culpabilidad?

La clasificación cuatripartita de Justiniano, como su introito, la trilogía atribuida a la *Aurea* de Gayo, en la que asoma el rostro inconfundible del interpolador, nos introducen ya, como tantas otras figuras y combinaciones del Derecho bizantino, en el mundo de la escolástica medieval.

El legislador mexicano ha hecho muy bien en huir de la tentación de llamar "cuasicontratos", siguiendo el esquema justiniano, al "enriquecimiento ilegítimo" y a la "gestión de negocios" (sin mandato), arrumbando también en el desván de los trastos viejos e inservibles el concepto tradicional del "cuasidelito". Pues aunque, violentando la lógica jurídica por un afán pedantesco de agrupación, hubiese querido mantener en pie estos fantasmas conceptuales, habría tenido que dejar a la puerta de su edificio escolástico fuentes tan importantes de obligaciones como la del riesgo profesional.

No todos los autores, juristas y abogados son, sin embargo, tan decididos, en su ruptura con un pasado muerto, como el legislador.

El espectro del "cuasicontrato" y del "cuasidelito" sigue paseándose a sus anchas por la terminología de los libros, las lecciones y la prosa judicial. Ya dijo Goethe que no hay nada tan resistente como el error, cuando está canonizado por una tradición multisecular.