

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS¹.

THE PROCEDURAL EVOLUTION OF OBLIGATION IN ROME AND THE PRINCIPLE OF EFFECTIVENESS IN THE PROTECTION OF RIGHTS

Por *Patricia Silvina Mora*^{2(*)}

Resumen: El trabajo se propone presentar una breve evolución de la obligatio en Roma, desde el ángulo del Procedimiento Civil Romano, en sus diversas etapas, de modo aportar una visión práctica y concreta de la resolución del conflicto y su interpretación como mecanismo de pacificación. A su turno, se resaltarán la importancia de esta visión a la luz del principio de efectividad en la tutela de los derechos, que en la actualidad se enmarca en el paradigma de los derechos humanos fundamentales.

Palabras claves: Derecho Romano. Obligaciones. Procedimiento Civil Romano

Abstract: This paper aims to present a brief evolution of obligatio in Rome, from the perspective of Roman Civil Procedure, in its various stages, in order to provide a practical and concrete overview of conflict resolution and its interpretation as a peacemaking mechanism. In turn, the importance of this perspective will be highlighted in light of the principle of effectiveness in the protection of rights, which is currently framed within the paradigm of fundamental human rights.

Keywords: Roman Law. Obligations. Roman Civil Procedure.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2025\(7\)06](https://doi.org/10.22529/rdr.2025(7)06)

¹ Artículo recibido el 16 de Septiembre de 2025 y aprobado para su publicación el 8 de Octubre de 2025.

^{2(*)} Profesora Adjunta de Derecho Romano UBA, Derecho Constitucional y Derecho Romano U.K.; Derecho Administrativo y Garantías Constitucionales y Derechos Humanos UAI, Derecho Administrativo UAI. Profesora de la Escuela de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación. Correo electrónico: morapatri@yahoo.com

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

1. I.-INTRODUCCIÓN

La obligación consiste sin duda uno de los conceptos fundamentales del derecho, más allá de su campo de aplicación y un legado innegable del genio jurídico romano.

El Derecho Romano nos otorga una herramienta fundamental para entender que la concepción moderna del derecho subjetivo, en el campo contractual y en el derecho de las obligaciones, requiere de mecanismos procesales que aseguren su efectividad. El análisis de la evolución de tales conceptos en perspectiva procesal se propone a través de la presente comunicación.

En el derecho romano, hasta el período bizantino, no se conocerá el concepto de contrato tal como se conoce en la actualidad. Lo que se regulaban eran obligaciones, que según sus fuentes, eran estudiadas y a su vez tenían reconocimiento legal a través de las acciones que se le iban reconociendo.

Como indica Pieri, el sustantivo *obligatio* es relativamente tardío en la lengua latina (no pudiendo precisarse exactamente la época de aparición), pues salvo el empleo por Cicerón, no figura entre los juristas latinos. En cambio, advierte, el verbo *obligare*, tenía un antiguo uso general³. En cuanto al sustantivo, este representará un proceso de abstracción del término vínculo, traducido en el acto de ligar y atar. De este modo, reflejaba el acto de ligar a dos sujetos en virtud de formas específicas. Así, por ejemplo, *obligatio* no designaba la obligación del mandatario, sino el acto mismo que vinculaba⁴.

Lo que interesa básicamente es la forma o la causa por la que nace una obligación y los instrumentos legales reconocidos para su exigibilidad. Obligación representa en un estadio primitivo, tanto aquello que da origen al vínculo, como el vínculo mismo. Se afirma también que el concepto de *obligatio*, en el lenguaje de los

³ PIERI, Georges (1990): “*Obligation*”, Archives de Philosophie du Droit. Vocabulaire fondamental du droit, tomo 35.. 222; 224. Como indica Schulz puede remontarse el verbo a las comedias de Plauto, en cuyas obras es usada en su sentido literal y metafóricamente. Contrariamente, agrega, el sustantivo aparece solo en la obra de Cicerón, véase SCHULZ, Fritz (1960): *Derecho romano clásico* (trad. de José Santa Cruz Teigeiro, Barcelona, Bosch) p. 435.

⁴ PIERI, Georges, op.cit, p. 225

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

juristas romanos, significaba tanto relación obligatoria, como acto y efecto obligatorio⁵. Cuando no hay causa no puede constituirse una obligación (Ulpiano D.2.14.7.4)⁶. Menos aún podrá hablarse de obligación si no existe una acción para demandar su cumplimiento.

Desde un punto de vista metodológico, indica Pelloso, constituye un error afirmar que los juristas romanos podrían concebir a la *obligatio* en los términos de la categoría dogmática moderna; desde el punto de vista hermenéutico, no existe nada en las fuentes que revele la posición del acreedor como un derecho; y, desde el punto de vista del histórico, no puede llegarse a alguna conclusión sobre la tutela del crédito, sin echar mano a la evolución de la *obligatio* en términos procesales⁷.

De tal manera, el proceso civil romano irá evolucionando desde un proceso ritual y formal hacia un proceso basado en la investigación de la causa, del consenso entre las partes, y de la mano de principios generales como la equidad y la buena fe.

De allí que la evolución del contrato, como término genérico, deba su expansión a la evolución habida en el sistema procesal romano, o si se quiere, en el mismo derecho romano en tanto en su mayor fase evolutiva el mismo es concebido como un sistema de acciones.

II.-EL DERECHO ROMANO COMO HERRAMIENTA TUTELAR EN EL MARCO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES

El derecho romano ha sido caracterizado por muchos autores, por los menos hasta el denominado período postclásico, como un derecho de acciones.

La definición de derecho de acción que la doctrina formulaba hasta mediados del siglo XIX partía de la definición de Celso (D. 44, 7, 51) conforme a la cual, la acción no era nada más que el derecho de alguien a perseguir en juicio lo que le es debido (*actio*

⁵ CANNATA, Carlo Augusto (2003): *Corso di Istituzioni di Diritto Romano* (Turín, Giappichelli). P.13

⁶ Esto es receptado en el art. 729 del Código Civil y Comercial: "No hay obligación sin causa, es decir, sin que derive de algún hecho idóneo para producirla, de conformidad con el ordenamiento jurídico."

⁷ PELLOSO, Carlo (2011): "Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio", en: Luigi Garofalo (a cura di), *Actio in rem e actio in personam (in ricordo di Mario Talamasca)*, tomo I (Padova, Cedam) pp. 150; 153-154.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

autem nihil est quam ius persequendi in iudicio quod sihi debetur). Fue solo la doctrina procesal alemana del siglo XIX la que comenzó a repensar un concepto que se había mantenido casi inalterable por cientos de años. En efecto, se ocupó profundamente de la acción y, al hacerlo desde las fuentes romanas, estableció algunas bases de lo que posteriormente vendría a ser la discusión acerca del derecho de acción en el siglo XX. Esas directrices serían fundamentalmente (i) la aproximación histórica a cualquier estudio que quisiera hacerse sobre la acción; (ii) el fuerte contenido dogmático de su discusión y (iii) los conceptos se elaborarían sobre la base de la relación de la acción con el derecho material.

Es decir, en la medida que existiera la acción reconocida a través de una *lex* o del correspondiente edicto, podríamos decir que existía el derecho, lo dicho toda vez que la concepción de la noción de derecho subjetivo resulta ajena a esta etapa del derecho.

Las nefastas consecuencias de la venganza privada y un mayor interés por parte de la organización de la *civitas* de controlar las actuaciones entre los grupos familiares y gentilicios propició la aparición, hacia el año 450 a. C. dentro de la *Lex XII Tabularum*, de un instrumento procesal: la *actio*.

Por lo tanto el sistema de la venganza privada como forma única de justicia existió en Roma en la época precívica, encontrándose vestigios en el derecho quirritario y la persecución del deudor o autor de un delito, contra las personas o los bienes, correspondía al grupo de la víctima o perjudicado. La venganza privada ilimitada llegó a desaparecer, pudiéndose afirmar que perduran huellas de esta lucha en instituciones jurídicas avanzadas.

De esta venganza privada se pasó a la llamada composición voluntaria, es decir, al pago de una suma de dinero que se entregaba a la víctima por el rescate de su venganza, la denominada *poena* privada, habiendo llegado a comprender que la sanción más eficaz contra el delito sería la pena pecuniaria impuesta al ofensor a través del sistema de la composición voluntaria. La expresión utilizada para el arreglo era *pacere*, *pacisci* y para el acuerdo final *pactum*, cuya significación primaria no es *conventio* sino *pax* o apaciguamiento, fin de la discordia. Pero por este medio el ofendido llegaba a

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

veces a abusar de su derecho exigiendo penas desproporcionadas, por lo que el monto fue fijado por la comunidad a través de una norma y así se llega a la composición legal.

El derecho de la víctima se limita entonces a exigir una pena pecuniaria contra el ofensor, pero como observa Von Mayr⁸, la expiación en los primeros tiempos vencía inmediatamente, debía hacerse efectiva enseguida y el pago inmediato era las mas de las veces imposible por la cuantía de la pena, normalmente del *duplum*. Había por lo tanto que concederle al deudor un plazo y al acreedor una garantía y tal es el punto inicial del que arranca la evolución del derecho de obligaciones.

La idea de la *obligatio* como consecuencia derivada del delito, ha sido expuesta, entre otros, por Zimmermann. Según el autor, las raíces de la *obligatio* se encuentran, en el antiguo Derecho romano, en las relaciones jurídicas que giraron en torno a la familia. Las cuestiones sucesorias y la propiedad eran los problemas jurídicos que se les presentaron a los antiguos romanos, en una sociedad de carácter elementalmente rural⁹. Es en virtud de dicho carácter rural que el negocio jurídico no tenía prácticamente expansión, en la medida que los fundos rurales se autoabastecían.

Las únicas situaciones que comenzaron a escapar de este ámbito de control del *pater*, siguiendo siempre a Zimmermann, guardan relación con las acciones dirigidas contra un tercero para la sanción de un mal causado. El ejercicio de los poderes del *pater*, entonces, no estaban dirigidos a incorporar a una persona a su familia, sino a obtener una retribución¹⁰, para lo cual los mecanismos de autodefensa fueron desplazados por el ejercicio de la *actio*, y con ella el reconocimiento de la responsabilidad.¹¹

⁸ VON MAYR, Robert, “*Historia del Derecho Romano*”, pag. 197, Editorial Labor, Barcelona, 1930.

⁹ ZIMMERMANN, Reinhard (1996) *The law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Clarendon Paperbacks) pp. 1-3. “La pecunia sería un sucedáneo de la disposición del cuerpo del ofensor.

¹⁰ Señala GUZMAN BRITO, Alejandro, “*La idea de obligación como vínculo jurídico entre personas que permite a una exigir prestaciones de la otra, fue el resultado de la evolución iniciada en la primordial experiencia del comportamiento dañoso que alguien puede asumir frente a un coasociado, y del natural deseo de venganza que entonces surge en la víctima; dicho de otra manera, en aquel ámbito que con terminología posterior se llamó de los delitos*”. (“*Derecho Privado Romano*”, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile p. 674).

¹¹ Algunos romanistas critican la idea de que la *obligatio* tenga su origen en los delitos. En particular, Betti, estima que dicha idea supone una confusión entre la obligación y la acción penal; de otro, también revela la confusión entre el concepto de responsabilidad, en el sentido de garantía, con el término desde la

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

D'Ors dice que la acción es el acto jurídico por excelencia, es decir, la actuación enderezada a resolver una controversia mediante una decisión definitiva (*iudicatum*) fundada en la opinión (*sententia*) de un *iudex* privado. El que la ejerce es un actor (demandante) y el demandado es designado como aquel *cum quo agitur*, o defensor; el objeto del litigio es la *res de qua agitur*¹². Para Schulz el derecho privado clásico es, en gran parte, un derecho de acciones y puede ser denominado así porque aparece en forma de remedios o recursos judiciales¹³. Samper expresa que el *ius* aparece como una realidad eminentemente judicial, reducida, inclusive, al ámbito de las reclamaciones privadas.¹⁴

El problema, a partir de Windscheid, se orientó hacia un planteamiento más profundo, concretamente a la naturaleza misma del sistema jurídico romano: plantear si los romanos reconocían derechos subjetivos o acciones. No es posible describir aquí más ampliamente la polémica en torno a este tema, en especial en Alemania, hacia fines del siglo XIX, pero sí creemos oportuno señalar que la función del pretor en el *edictum* parece limitada a otorgar *actiones*, y no a crear derechos (*iura*).¹⁵ La fuerza de reiteración, las normas del Edicto, en gran parte, van adquiriendo fijeza y estabilidad –*edictum traslativum*–, limitándose los magistrados sucesores a introducir en este fondo permanente ciertas innovaciones: *nova edicta* o *novae clausulae*. De este modo llega a

perspectiva penal. Entre sus diferencias, se preocupa de destacar algunas: la *poena*, como mecanismo sustitutivo de la *vindicta*, supuso la respuesta del ordenamiento frente a un hecho pasado; se trataba, en consecuencia, de reemplazar el valor perdido con una suma de dinero (que no cumplía, por cierto, un valor compensatorio). En cambio, la genuina *obligatio*, particularmente, la responsabilidad, entendida como garantía, entrañaba la respuesta frente a un hecho futuro (la frustración de la expectativa del acreedor). Por estas mismas razones, en el pensamiento de Betti, hay una razón para negar el carácter de obligación a la consecuencia derivada de delito: la *vindicta* no admitía la *solutio*, pues el pago de la suma de dinero, como consecuencia de la *poena*, era un acuerdo posterior al delito (BETTI, Emilio (1955). *La Struttura dell'obbligazione romana e il problema de la sua genesi* -Milano, Giuffrè- pp. 97-98; 104; 107.

¹² D'ORS, Álvaro, *Derecho Romano Privado*, Ediciones de la Universidad de Navarra (Pamplona, 1992), p.111.

¹³ SCHULZ, Fritz, *Derecho Romano Clásico*, Bosch, Casa Editorial (Barcelona, 1960), p. 11.

¹⁴ SAMPER, Francisco, *Derecho Romano*, Ediciones Universidad Internacional SEK (SL, 1993), p. 47.

¹⁵ En 1856 Bernard Windscheid realiza un trabajo sobre "*La actio del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del derecho actual*", que motivó la crítica de Theodor Muther con su escrito "*Sobre la doctrina de la actio romana, del actual derecho de acción, de la litis contestatio y de la sucesión singular en las obligaciones*", una polémica que dio origen en el campo procesal a la revisión de las ideas imperantes sobre la acción. En este sentido, p. ej. Reconoce Gayo, III, 32 que "*praetor heredes facere non potest, per legem enim tantum... heredes fiunt, velut per senatus consultum et constitutionem principalem*..." "El pretor no puede hacer herederos, ya que solo se hacen herederos por la ley, por senadoconsulto y por una constitución imperial" Con este párrafo parecería indicar que para su época los derechos tienen una fuente basada en dichos instrumentos y no así en el reconocimiento de una *actio* en el *edictum*.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

formarse una práctica judicial constante, capacitada para asumir la dirección de la vida jurídica.

El argumento procesalmente más importante de Windscheid consiste en valorar como una prioridad la facultad pretoria el otorgar o denegar una *actio* y, por ello, supone que la *actio* tendría la supremacía.¹⁶ *"En el derecho moderno, derecho y acción coinciden en cuanto que la acción no es más que la sombra del derecho. La acción no tiene una existencia autónoma. Esta idea de la acción es completamente extraña a la idea de la actio romana; es algo que pertenece a la conciencia jurídica actual, pero que no tiene realidad alguna en el Derecho Romano"*.¹⁷

En su trabajo "*Actio e diritto subiettivo*", Giovanni Pugliese¹⁸ señalaba que asumir el problema de la relación que existe entre el derecho de acción y el derecho subjetivo, supone, tanto desde el aspecto histórico, como desde el dogmático, ir a las propias raíces tanto del derecho privado, como del derecho procesal, dado que los conceptos en mención son las nociones centrales de cada uno de ellos.

¹⁶ Para. FUENTESECA, Margarita, cabe objetar que el *praetor* en el proceso formulario no otorga *acciones*, sino *iudicia*, es decir, *formulae* procesales. "El *Edictum* supone un *agere per formulas* frente a las *legis actiones*. A cada *obligatio civilis* corresponde una *actio civilis in personam*. El sistema clásico de los contratos estaba basado en la tipicidad, con *obligationes concretas* y *acciones también concretas*, de tal modo que no existía un concepto general de *contractus* hasta que fue superada la tipicidad contractual. La noción de *contractus* del *ius civile*, que Gayo refleja en su conocida cuatripartición, está encuadrada en el binomio *actio-obligatio civilis*. [Cfr. *El problema de la relación entre "novatio" y "delegatio" desde Roma hasta las codificaciones europeas* -Editorial Dykinson, S.L. Edición 1ª ed., 1ª imp.-2000--p. 18, nt. 1.

¹⁷ WINDSCHEID, Bernhard, *Diritto delle Pandette*. Trad. Fadda e Bensa. Torino. 1930, Vol. I, pp. 123-126. La base de la que parte Bernhard Windscheid es la de la contraposición neta entre ordenamiento jurídico romano y ordenamiento jurídico moderno (al menos alemán) y de la incompatibilidad del concepto romano de *actio* con el sistema del derecho vigente. Para los modernos, el derecho es el *prius*, la acción es el *posterius*; para los romanos, *prius* es en cambio la *actio*, *posterius* es el derecho. Para los modernos el derecho es lo que crea, la acción lo que es creado; para los romanos, valor creativo tiene en cambio la *actio*; el derecho es solamente consecuencia. Equiparar la *actio* a la acción (*Klagerecht*) significaría introducir en el sistema romano la concepción moderna de que la *actio* esté al servicio del derecho y presuponga por consiguiente la existencia de éste; y significaría, por otra parte, desnaturalizar el pensamiento jurídico moderno, que debe usar el lenguaje de los derechos, no el de las acciones. Sólo evitando estos equívocos se podría, según Windscheid, comprender el significado que tienen para nosotros, los modernos, las clasificaciones romanas de las acciones así como los principios relativos a su extinción, y sería posible explicarse las doctrinas romanas sobre la *litis contestatio*, la sentencia, la transmisión de las acciones.

Polémica Sobre la Actio-2017-Ediciones Olejnik-ISBN139789567799909

¹⁸ PUGLIESE, Giovanni. *Actio e diritto subiettivo*. Milán, 1938; pp. 3 y 4.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Como señala Santoro, la *actio* no era el poder de un acreedor contra la persona del *debitor*, sino el poder para hacer efectiva la responsabilidad. Como no puede separarse el poder del acreedor de la *actio*, entiende este autor que no puede hablarse, en Roma, propiamente de un débito¹⁹.

Según Arangio-Ruiz, el término *actio*, en Derecho romano, designaba el acto jurídico mediante el cual una persona afirmaba solemnemente su derecho, a fin de que fuera reconocido (si fue éste desconocido) o bien habiendo sido reconocido fuera perturbado en su goce (de ahí que fuese realizable)²⁰.

En sentido sustancial, *actio* implica “estar asistido por el derecho” de manera de poder esperar una sentencia favorable. Bajo este concepto, la palabra *actio* cumple la misma función lingüística que nuestra expresión “tener derecho (subjeto)”²¹

De allí que la evolución de este concepto y del procedimiento civil romano acompañe, muy particularmente, el desarrollo del negocio jurídico en Roma y el reconocimiento de la *obligatio* de fuente lícita, hoy caracterizada básicamente por el contrato civil y comercial.

III.- LA OBLIGATIO EN PERSPECTIVA PROCESAL.

Señala Rodríguez Ennes que la palabra *obligare* es relativamente antigua, apareciendo ya en las comedias de Plauto, con el significado de “atar”.²²

Hay pues una idea de atadura que une a dos personas (*debitor* y *creditor*), atadura que se destruye a través de un “*liberare*” o “*solvere*” (pagar, disolver). La definición clásica que figura en Institutas de Justiniano 3.13 pr.: *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostris civitatis iura*. Pelloso ha entendido que la expresión *vinculum iuris* de la definición de

¹⁹ SANTORO, Raimondo “*Per la storia dell’obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell’esecuzione personale*”, *Iuris Antiqui Storia*, vol. I. -2009- p. 62.

²⁰ ARANGIORUIZ, Vincenzo. *Las acciones en el derecho privado romano*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado-1945, p.11.

²¹ GUZMAN BRITO, Alejandro, *Derecho Privado Romano*, Editorial Jurídica de Chile (Santiago de Chile, 1996), Tomo I., p. 161-162.

²² PLAUTO, Truc. 214: nam fundi et aedes obligatae sunt ob amoris praedium.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Justiniano, no pudo significar sino un vínculo coercible mediante *actio*, es decir, que el vínculo jurídico se entendía únicamente desde la acción, de modo que la *actio* misma quedaba inmersa en la sustancia de la *obligatio*.²³

Tal como sostiene Di Pietro, se suele afirmar que en esta definición no se encuentra presente el acreedor, toda vez que no resultaría estrictamente romano definir a la *obligatio* como “derecho subjetivo” que tiene el acreedor sobre el deudor. El *obligatus* es quien puede ser perseguido por una *actio in personam*. Según Betti, no puede predicarse un derecho subjetivo del acreedor, sino una expectativa de condena que verificada permitía exigir, ejecutar, aquello que se había determinado judicialmente. La *obligatio* para este autor no supone una prestación, sino una garantía de cumplir un cierto hecho, sentido etimológico que acerca al originario *praestare*.²⁴

A su turno, el orden expositivo de la evolución de las formas obligacionales desde el punto de vista de la jurisprudencia clásica, se relaciona con la evolución de las diferentes *actiones* dentro del denominado proceso ordinario romano. A su turno, la evolución del proceso se relaciona netamente con la evolución de la *obligatio* y su rito.

Pueden distinguirse dos grandes grupos de acciones, unas del lado del *creditum* (*actiones stricti iuris* derivadas de las *legis actiones*²⁵) y otras correspondientes a los *iudicia bonae fidei* (dónde no predomina el rito sino el análisis de la buena fe de las partes y una mayor libertad del *iudex*). Las mismas evolucionan conforme se van abandonando en forma paulatina las formas rituales y sacrales, que producían en ciertos casos graves injusticias, para alcanzar el predominio del análisis del consenso entre las partes y su buena fe negocial.

²³ PELLOSO, Carlo (2011): *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, en: Luigi Garofalo (a cura di), *Actio in rem e actio in personam (in ricordo di Mario Talamanca)*, 2011, tomo I (Padova, Cedam)

²⁴ BETTI, Emilio (1955): *La Struttura dell'obbligazione romana e il problema de la sua genesi* (Milano, Giuffrè).p.11, 19-21.

²⁵ El procedimiento "*per legis actiones* ", representa, en el orden cronológico el primer sistema de Enjuiciamiento en Roma, puede corresponder al período histórico del derecho quirritario, de cuyas características más notables participa y en particular de su solemnidad y ritualismo, debiendo adaptarse todo litigio a uno de los cinco módulos de la ley, en razón de haber existido cinco esquemas preestablecidos, que se traducían siempre en un complicado ritual compuesto de gestos simbólicos y palabras solemnes y sacramentales.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

La mayoría de los doctrinarios asocian el origen de la *obligatio* al concepto del *nexum*, que más que con la *obligatio* en sí, se relaciona con la garantía del cumplimiento, tal es el caso de Betti y Talamanca. No obstante será Pugliese quien vea en el *nexum* una verdadera *obligatio*, como vínculo corporal de sujeción para el caso de incumplimiento.

A su vez, se afirma que existieron originariamente obligaciones que no surgían del delito, sino de una negociojurídico de raíz lícita, basado fundamentalmente en el principio general de la *amicitia*, como los fueron los préstamos, a través de sus dos figuras más características, el mutuo²⁶ y el comodato, que generaron las denominadas *obligatio re*. No obstante Betti, sosteniendo el origen contractual de la *obligatio*, señala la prevalencia de la *sponsio*, que a su entender importaba la garantía de cumplimiento de una expectativa del acreedor, y el acto de extinción por excelencia la *solutio per aes et libram*. El sponsor no sería el deudor, sino el garante de la *obligatio*, es decir un vínculo potencial y no una sujeción material directa. En idéntico sentido, García Garrido y Pelloso. La *obligatio* comprendía a la persona física del deudor, y el dinero hacía las veces de una especie de rescate. Para Fuenteseca será a través de la *legis actio per iudicis postulationem* cuando, procesalmente, se permitirá reclamar el compromiso verbal asumido, es decir una exigibilidad procesal y el surgimiento de la verdadera *obligatio verbis*²⁷.

Según establece Giuffrè²⁸ no hay duda que la vida de la comunidad humana en torno al Tíber en el primer siglo y medio desde su formación tuviera un tipo de actividad productiva muy limitada, una economía agro-pastoril, en la que el préstamo se manifestaba como algo extremadamente raro. También, es muy probable que las figuras del mutuo y el comodato o préstamo de uso se confundieran en un principio y que dada su rareza no encontraran regulación dentro de las *mores*. Tras la caída de la monarquía etrusca se produce una fuerte crisis económica, conjuntamente con la liquidación de la

²⁶El mutuo resultó el más típico de los préstamos. Mutuo derivaría del verbo Mutare, cambiar de lugar., y de tal manera lo explica Gayo en Inst. III.90, al afirmar: “...Es por esto que se llama mutuo, por lo que yo te he dado, cesa de ser mío para ser tuyo”.

²⁷ FUENTESECA DEGENEFFE, Margarita, *Dare facere oportere y los orígenes de la obligatio ex contractu*, RIDA N° 55-2008, p. 235

²⁸ GIUFFRÈ, Vincenzo: *La datio mutui- Prospettive romane e moderne-* Jovene 1989-Italia. Pgs.25 y ss.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

clientela que procedía de las *gens* patricias, que hizo nacer una enorme necesidad de crédito y la de proteger al *tradens* dentro del marco del *ius* y así en la operación crediticia se recurre al *nexum*²⁹ en función de la diferencia social entre acreedor y deudor, y de la posibilidad de satisfacer eventualmente la perspectiva del acreedor con la propia labor semiservil o aún la disposición de la vida del deudor. Tanto el *nexus* como el *addictus*, luego de la condena, se comprenden en una sociedad donde la economía de producción agraria hace que la fuerza del trabajo personal tenga un notable valor.

La ejecución constituye un medio de someter la voluntad del deudor pertinaz y la pena por el incumplimiento de su obligación, priorizando la idea de tutela del acreedor y de su hacienda.³⁰ No obstante, en el siglo IV a.C. la situación en el marco de las deudas contraídas por los plebeyos como consecuencia de los préstamos, se comienzan a sostener notorios abusos de la clase dominante ejercitando el proceso ejecutivo sobre aquellos que habían sido dados como garantía de la *obligatio* a través del *nexum*³¹.

El último paso será la espiritualización del vínculo, aboliéndose a través de la *Lex Poetelia Papiria* la prisión por deudas y el vínculo centrado en la acción física sobre el deudor, a la vinculación patrimonial del deudor, quedando excluida la muerte o venta del deudor. El proceso ejecutivo de carácter patrimonial supuso el ejercicio de la acción personal.

²⁹SERRAO, Feliciano, *Diritto privato Economia e società nella storia di Roma, Dalla società gentilizia alle origini dell'economia schiavistica*, Jovene-Napoli (2006) p.171 y ss

³⁰ Así lo sostiene entre otros JÖRS, Paul, *Derecho Privado Romano*, pag.533, Editorial Labor S.A., Barcelona, 1937.

³¹ No existe duda alguna que en el siglo V a. C. se practicaba el préstamo usurario, a través de los relatos que nos llegan principalmente de Dionisio de Halicarnaso y Tito Livio. El primero atribuye a una cuestión de deudas la participación de los plebeyos en la conspiración de los Tarquinos. También Tito Livio estima que el endeudamiento plebeyo será el que desencadena la secesión y la creación del tribuno de la plebe. Y así en estos tiempos tan antiguos ya tiene relevancia el problema de la usura. Cfr.SERRAO, Feliciano, op. cit., p. 171 y ss. Durante los siglos V y IV a.C., los romanos debieron enfrentar el problema de la relación de dependencia, estrechamente conectado al problema de la fuerza de trabajo, problemas ambos en que los aspectos jurídicos estaban fuertemente ligados a los aspectos económicos y sociales. Durante esta época, el ámbito preponderante del estado de sujeción de los deudores, nacido de la relación de crédito y de la fuerza de trabajo, fue la de la familia; sumándose a tales problemas el de la forma negocial tradicional en el ámbito de la relación de crédito y de dependencia, el *nexum*, cuya abolición debió ser decretada por la *Lex Poetelia* durante los últimos años del siglo.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Sostiene Rodríguez Ennes: “...A la vista de lo expuesto, se infiere claramente que, poco a poco, el contenido personalísimo de la responsabilidad a que queda afecto el cuerpo mismo del deudor -su integridad física y su libertad- va atenuándose hasta adquirir fisonomía exclusivamente patrimonial consustanciándose por imperio de la ley con toda obligación, por el mero hecho de existir y sin necesidad de acto jurídico especial que la constituya: el débito engendra por sí mismo, autónomamente, la responsabilidad. Las antiguas formas de que ésta nacía se proyectan ahora sobre los contratos de débito; más al cambiar las circunstancias y las ideas políticas, cambia también la naturaleza de estos contratos, que en adelante engendran derechos perfectos de crédito, haciendo "personalmente" responsable al deudor con todos sus bienes.”.³²

Es que a partir de la transformación de la *obligatio* en un vínculo *iuris*, se profundiza el desarrollo de nuevas formas obligacionales, que si bien desde tiempo arcaico eran reconocidas, se expanden hacia el mundo negocial como lo fue el obligarse a través de las palabras³³ y consolidar su reconocimiento ante un posible incumplimiento por una acción ritual que consistió básicamente en una apuesta o juramento denominada *legis actio per sacramentum in rem* (vindicaciones) y *legis actio per sacramentum in personam*³⁴.

Más avanzada la república, nacerá la *conditio*, como acción para exigir cumplimiento, también del denominado derecho estricto. La diferencia fundamental

³² RODRIGUEZ ENNES, Luis, *La obligatio y sus fuentes*. Revista Internacional de Derecho Romano, Abril 2009.

³³ Frente a la pregunta del *stipulator* (*spondes mihi?*) el *sponsor* debería responder *spondeo* (=prometo) para que surgiese una *obligatio verbis*, que no implicaría un vínculo físico del promitente sino un vínculo *iuris civilis*.

³⁴ Algunos estiman que el *sacramentum* era un juramento efectuado por las partes, consistiendo en una suma de dinero establecida en la *lex* a modo de apuesta. Otros, como Noailles los estiman como algo sacro y que en sus orígenes estaba relacionado con el sacrificio en cabezas de ganado con anterioridad a la Ley de las XII Tablas (Cic. De Republicae, II, 35,60). Se estimaba que se producía el sacrificio de modo de determinar mediante el análisis de las vísceras por medio de la etrusca disciplina de los augures, y de tal manera saber hacia quien se inclinaban los dioses y establecer cuál de los dos *sacramentum* era el *iustum*. De tal manera en sus orígenes se trataría de un *sacrificium* propiciatorio destinado a que los dioses determinaran cuál de las partes tenía razón, o si se quiere una ordalía, son los dioses quienes dictan la *sententiae*. (Gayo, “Institutas”, Texto traducido, notas e introducción por DI PIETRO, Alfredo, pag.632/633-Nota 14, 5ª.Edición, Ed.Abeledo Perrot, Bs. As. 1997.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

radicará en que en lugar de pagar la apuesta al *populus o aerarium*, se le abonará a la parte vencedora y la suma se estipulará en un tercio del valor del pleito³⁵.

Por último, una nueva modalidad de contraer voluntariamente obligaciones, de tipo formales o rituales, va a estar dada por la *obligatio litteris*, u obligación que se adquiere por la escritura, siendo un tema poco desarrollado en las fuentes a excepción de las Institutas de Gayo en dónde se cita como ejemplo la *nómina transcripticia*, o libro del *pater familias* en la que llevaba una especie de contabilidad con entradas y salidas en dónde se anotarían los créditos y débitos. Otra de las formas que menciona Gayo en relación a este tipo de obligaciones, son la “*chirographa*” y la “*syngraphae*” que eran documentos por los que se reconocía una deuda actual o futura, señalando que ese género de obligación era propia de los extranjeros y discutiéndose en doctrina su carácter obligacional o meramente probatorio.³⁶ La forma hace al rito, al efecto jurídico y al proceso a través del cual será dirimido.

En cambio, el cuarto tipo obligacional de la cuatripartición las *obligationes consensu contractae*, responden a la idea de formalizar un negocio dónde interesa el acuerdo de voluntades más allá de cualquier forma, que procede de otra línea evolutiva desde el punto de vista procesal, eso es los denominados juicios de la buena fe a través de los cuales se refleja una condición bilateral y sinalagmática de la *obligatio* y que tienen su sede en el título XIX del *Edictum (De bonae fidei iudiciis)*, cuya rúbrica original quizá tuvo su origen en el *Edictum peregrino*. El hecho de que las acciones de buena fe se refieran a obligaciones recíprocas es, siguiendo a Álvaro d’Ors,³⁷ la causa que generó su diferenciación respecto de las otras acciones que sancionan obligaciones unilaterales. La labor de la jurisprudencia conducirá a estimar al contrato como encuentro de dos voluntades.

³⁵La acción de la ley por requerimiento o emplazamiento, o *legis actio per condictioem*, fue introducida, como refiere Gayo, por una ley Silia (250 a.C.) para intentar la recuperación de créditos consistentes en dinero, y extendida por una ley Calpurnia (alrededor del 200 a.C.) a los créditos que tienen por objeto cosas ciertas. (Gai.4.17-19).

³⁶ GAYO, Inst. III.134, op.cit. pág.506..

³⁷ D’ORS, Alvaro, *Derecho privado Romano* 8ª. (Pamplona 1991) 509.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Al deber investigarse la voluntad o consenso de las partes, en estas obligaciones de tipo bilaterales y recíprocas, el rito pasa a ser desplazado por la *bonae fides*, como principio general de base interpretativa incorporado por el pretor peregrino, y sobre el cual se asientan los denominados juicios de la buena fe, caracterizados por un *liberum officium*, sin que esto signifique que el *iudex* tiene poderes normativos o discrecionales, que a su libre arbitrio emplea o deja de emplear. La libertad que tiene el juez es la de condenar haciendo, como dice Carcaterra, una *interpretatio plenior*, es decir una indagación e interpretación del asunto en cuestión más profunda y comprehensiva, y de tal manera procurar que se obtenga el resultado práctico querido por las partes.³⁸

Gayo en 4.28 contrapone esta tipología contractual a través de los *iudicia bonae fidei* a las que llama *actiones stricti iuris*, esta últimas caracterizadas por reclamos unilaterales del actor. Será en los juicios de buena fe dónde el *iudex* tendrá la libre potestad de estimar lo debido, en base a los principios de la fides y del *bonum, dare facere oportet ex fide bona* (Gayo 4.61 Institutas 4.6.39).

Según Addame Goddard, esa interpretación en dónde en base al carácter bilateral y consensual de las obligaciones juega un papel sustantivo la buena fe, “...*El fundamento o causa de este método de juzgar es la propia naturaleza bilateral o recíproca de las relaciones que son objeto de los juicios de buena fe...*”.³⁹ Es en el edicto del pretor peregrino en dónde se encontrarían las obligaciones que exigían una buena fe recíproca, rompiendo el binomio *actio-obligatio ius civile* y con esta ruptura se superó la tipicidad imperante en el sistema contractual romano⁴⁰.

³⁸ CARCATERRA, Antonio, *In torno ai bonae fidei iudicia* (Nápoli 1964) 35, donde resume las conclusiones que explica en subsiguientes capítulos

³⁹ ADAME GODDARD, Jorge, *El principio de buena fe en los contratos internacionales*, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/id/1590>.

⁴⁰ Es dudoso si el origen de los *iudicia bonae fidei* es civil o pretorio, pues no se basan en una cláusula edictal y su fórmula alude a un «oportere» ex fide bona, pero para la opinión mayoritaria su origen sería pretorio, pues los pretores habrían abierto la puerta del proceso a relaciones que eran ya reconocidas por normas morales y sociales asentadas inspiradas en la bona fides y que habían sido recibidas en el mundo jurídico a través de la costumbre. También es dudoso, admitido su origen pretorio, si su introducción se debe al pretor urbano o al pretor peregrino, aunque la opinión más común se inclina a entender que su origen está en el *ius gentium*, pues el pretor peregrino insertaría en el *ius gentium* normas parajurídicas, que regulaban las relaciones entre romanos y peregrinos, y que habían surgido por la costumbre en el comercio internacional, de facto y también como consecuencia de decisiones arbitrales (véase PUGLIESE, Giovanni., «Recensión a MAGDELEIN, A.: *Les actions civiles*, París, 1954, en *Studia et Documenta Historiae et Iuris* (SDHI) XX, 1954, p. 373. Sobre la formación en época clásica de un nuevo concepto de buena fe en sentido subjetivo (bona fides) en relación con la adquisición de la posesión,

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

Por ello, algunos doctrinarios sostienen que el último eslabón se encuentra en Labeón, primer jurista que empleará la expresión *obligatio*, relacionada con el *contractus*. Ahora bien, en el pasaje, Labeón, contenido en D., 50, 16, 19⁴¹, hace equivalente el término de contrato, con el *synallagma*⁴² griego. Gaudement ensaya una hipótesis de cómo el término llegó hasta el jurista. Afirmando que la expresión fue tomada de Aristóteles. Cicerón poseía dichas obras y éste, a su vez, era íntimo amigo de Trebacio, maestro de Labeón. Resulta entonces una explicación plausible para la adopción de un concepto propio de la filosofía griega, que condujo a la creación de una categoría general⁴³. El término *contrahere* será el concepto en virtud del cual giraran las obligaciones de carácter bilateral, bajo la idea de la constitución de relaciones jurídicas en forma voluntaria. A su vez, la buena fe que fundamenta la bilateralidad de las obligaciones de las partes en por ejemplo la compraventa, que se recoge en Labeón D.19,1,50: *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere dedisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret...* ; no es una creencia. En el texto se afirma que la buena fe no permite la falta de efecto bilateral en la extinción de las obligaciones de las partes en la compraventa, cuando el comprador deja de deber el precio en virtud del beneficio de una ley. En tal caso, si aún no se ha empezado a cumplir la obligación de entregar del vendedor, la buena no permite que se obligue al vendedor a entregar y a perder la cosa.

concepto del que no nos ocupamos aquí, v. LOMBARDI, Luigi.: *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, CASTRESANA, Amelia.: *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Madrid, 1991.

⁴¹ Este pasaje del digesto sostiene: “Labeón define en el libro primero del Pretor urbano, que unas cosas se hacen, otras se gestionan, y otras se contratan. Y ciertamente que la palabra *actio* es general, ya sea que alguna cosa se haga de palabra, ya sea que realmente, como en la estipulación, o en la entrega de cantidad; pero contrato significa obligación de una y de otra parte, lo que los griegos llaman *συνάλλαγμα*, como la compra, venta, locación, conducción y sociedad; gestionado significa cosa hecha con palabras”

⁴² Labeón entiende que el *contrahere* proviene de una actuación conjunta (*ultro citroque*) y como no había un nombre en el latín jurídico para dicho fenómeno, se empleó la expresión griega del *synallagma*, que significaba contrato en sentido amplio y no exclusivamente contrato bilateral. Con todo, en el Libro V, Cap. II de la *Ética a Nicómaco*, Aristóteles habla del *synallagmáta*, tanto para referirse a los actos voluntarios, como involuntarios. Véase, MARTINI, Remo, *Diritti Greci* (Torino, Zanichelli, quinta reimpresión primera edición-2009) pp. 68 y ss.

⁴³ “El verbo *contrahere* es un verbo antiguo y fue usado literal y metafóricamente (... En contraste con el verbo *contrahere*, el sustantivo *contractus* apareció mucho más tarde (Thes. L.L. IV 753 y s.) No se remonta más allá de la época de Cicerón. Se halla ausente en las obras de César, Cicerón, Salustio, Livio, Tácito, Suetonio y los Plinius (*maior y minor*)... GAUDEMET, Jeant *Naissance de la notion d'obligation dans le droit de la Rome Antique*, en AA. VV. *Iuris Vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, tomo IV -Napoli, Jovene Editore-2001, p. 144.

LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS DERECHOS

En el texto de Labeón encontramos una noción objetiva de la buena fe. Como señala Zimmermann no existe una gran diferencia entre la exigencia objetiva de buena fe⁴⁴ y las expectativas razonables de las partes⁴⁵.

El *contractus* deja de ser una figura tipificada para convertirse en un concepto genérico que se aproxima a la *conventio* que tiene como elemento instrumental un proceso en el que se investiga, bajo el principio de buena fe, el consenso de las partes al momento de perfeccionar la obligación. Por tanto, base del nacimiento de los derechos subjetivos en materia contractual, de la teoría de la interpretación y de los mecanismos de morigeración de las cláusulas para la realización de la justicia.

En definitiva, el punto de partida hacia el principio de efectividad o tutela judicial efectiva se encuentra justamente en el origen de esta tipología contractual, que abandona la certeza y el rito, para indagar sobre las circunstancias particulares y las expectativas plausibles de las partes.

A modo de conclusión, tomando las palabras de Savigny, no hay existencia humana autónoma que esté completamente aislada del pasado, no podemos plasmar libremente nuestra propia existencia, incluido nuestro derecho, deberemos siempre necesariamente hacerlo en una unión indisoluble con el pasado en su totalidad, y a menos que deseemos ser dominados inconscientemente por el pasado, debemos explorarlo con el fin de entender como hemos llegado hasta donde estamos. La comprensión del pasado es un requisito primario y esencial para encontrar las soluciones más apropiadas⁴⁶. Incluso en una dinámica como la actual que se presenta bajo un paradigma de derecho integrado, común e incluso disruptivo.

⁴⁴

⁴⁵ ZIMMERMANN, Reinhard, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, Bogotá, 2010, pp. 204 y ss. Concretamente en la nt. 379, recoge las palabras de Steyn.

⁴⁶ Zimmermann, Reinhard, op. cit., p. 133.

**LA EVOLUCIÓN PROCESAL DE LA OBLIGATIO EN ROMA Y EL
PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD EN LA TUTELA DE LOS
DERECHOS**