



Revista Chilena de Derecho

ISSN: 0716-0747

redaccionrhd@uc.cl

Pontificia Universidad Católica de Chile
Chile

WEGMANN STOCKEBRAND, ADOLFO
EN TORNO A LA NOCIÓN DE SISTEMA JURÍDICO Y A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA
CATEGORÍA GENERAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO
Revista Chilena de Derecho, vol. 44, núm. 2, agosto, 2017, pp. 323-346
Pontificia Universidad Católica de Chile
Santiago, Chile

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=177053618002>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

EN TORNO A LA NOCIÓN DE SISTEMA JURÍDICO Y A LA CONSTRUCCIÓN DE UNA CATEGORÍA GENERAL DEL CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO

ON THE IDEA OF LEGAL SYSTEM AND THE CONSTRUCTION OF A GENERAL CATEGORY OF CONTRACT IN ROMAN LAW

ADOLFO WEGMANN STOCKEBRAND*

RESUMEN: Este artículo intenta mostrar el error metodológico que subyace a la aplicación a la experiencia jurídica romana de categorías sistemáticas de la ciencia jurídica moderna, heredadas de la pandectística alemana del siglo XIX, en particular la distinción entre sistema externo e interno. Lo anterior, a través del análisis de la noción de obligación contractual de que dan cuenta las Instituciones de Gayo y su no correspondencia con nuestra idea de contrato, fundada en el acuerdo de voluntades entre las partes.

Palabras clave: Sistema jurídico, sistema externo, sistema interno, pandectística, obligaciones contractuales.

ABSTRACT: This paper intends to demonstrate the underlying methodological error in the application of the systematic categories of modern legal science inherited from the German Pandectistic of the 19th century to the Roman law, particularly, the distinction between outer and inner system. To such aim, it will be shown the lack of correlation between the contractual obligations as conceived by the Institutions of Gaius, with our modern concept of contract, based on the voluntary agreement of the parties.

Key words: Legal System, outer system, inner system, Pandectistic, contractual obligations.

INTRODUCCIÓN

La clasificación de las figuras jurídicas en categorías es uno de los atributos esenciales de lo que se suele denominar **sistema jurídico**. Así, cuando hablamos, por ejemplo, de la sistemática del Código Civil, nos referimos principalmente a la disposición de las materias, el orden de acuerdo al cual se presentan al interior de dicho cuerpo legislativo; a grandes rasgos: personas, bienes, sucesión por causa de muerte y obligaciones. Esta *dispositio* de los elementos que conforman nuestro derecho privado común y general sigue en lo fundamental la división de materias de la fuente de conocimiento del derecho romano más importante llegada a nosotros fuera del *Corpus Iuris Civilis* (530-534 d.C.): las Instituciones de Gayo, con su célebre esquema de personas, cosas y acciones (*personae-res-actiones*)¹. Escritas

* Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Privado (Derecho Romano y Derecho Civil), Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Dirección postal: Avenida Libertador Bernardo OHiggins 340, Santiago, Chile. Dirección electrónica: aawegman@uc.cl. Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1170316 “The Systematisation of Roman Law”, del cual el autor es coinvestigador.

¹ GAI. 1, 8.

en la segunda mitad del siglo II d.C., se trata de la obra didáctica más importante de la jurisprudencia romana de época clásica (siglos I-III d.C.).

Las *Gai Institutiones* constituyen, en efecto, un *unicum* en el amplio espectro de la literatura jurídica clásica, no solo porque presentan una clara exposición del *ius civile* sobre la base de la *ars dialectica*², sino también porque han ejercido una influencia capital en las construcciones sistemáticas de la tradición jurídica europea-continental hasta nuestros días: con independencia de particularidades locales y temporales, el manual gayano constituye la base primigenia de la estructura del derecho de las obligaciones vigente hasta la actualidad en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos codificados, que se desarrolló a partir de la así llamada “tradición gayano-justiniana”: de las Instituciones de Gayo, pasando por las *res cottidiana*e, hasta llegar a las Instituciones de Justiniano³. La opinión de MAYER-MALY, en el sentido que Gayo habría sido *the greatest systematising talent in Roman jurisprudence*⁴, quizás se justifique en esta última circunstancia más que en el intrínseco valor del aporte de este profesor de derecho (probablemente de una escuela de retórica en la *pars orientalis* del imperio) a la ciencia jurídica romana⁵.

La clasificación del derecho en categorías supone una estructura de género (*genus*) y especie (*species*)⁶; vale decir, se trata de una operación dialéctica⁷, recibida por la jurisprudencia romana como “fuego de Prometeo”⁸ desde la filosofía griega⁹. Este encuentro entre la *iurisprudentia* romana y la *philosophia* (φιλοσοφία) griega, entre la ciencia práctica (*ars*, τέχνη) de aquellos y la ciencia especulativa de estos (*scientia*, ἐπιστήμη), puede rastrearse en las fuentes al menos hasta comienzos del siglo I a.C., en concreto a partir del *prudens* Quinto Mucio Escévola *pontifex*, el primer jurista que habría intentado ordenar “sistemáticamente” el *ius civile* en dieciocho libros¹⁰, según se desprende del breve pero significativo relato del *Enchiridion* de Pomponio conservado en el primer libro del Digesto de Justiniano¹¹.

² GUZMÁN BRITO (2007) p. 427. Ver también GUZMÁN BRITO (1980) pp. 17 y ss.

³ La literatura relativa a esta cuestión es inmensa, de modo que sería ocioso intentar presentar aquí un elenco completo. Para efectos ilustrativos, pueden consultarse, por ejemplo, las exposiciones generales de VON LÜBTOW (1951) pp. 239 y ss.; KASER (1983) pp. 73 y ss.; PARICIO (1994) pp. 49 y ss.; DE LOS MOZOS TOUYA (1994) pp. 103 y ss.; ZIMMERMANN (1996) pp. 10 y ss.; CANNATA (2008) pp. 9 y ss.

⁴ MAYER-MALY (1967) p. 381.

⁵ Con todo, recientemente han surgido voces que ven en el manual gayano la piedra angular del *Corpus Iuris Civilis* y, con ello, de nuestra concepción de lo que fue el derecho romano *tout court* y su sistemática. En este sentido STAGL (2014) pp. 313 y ss. Crítico respecto de esta tesis VARVARO (2016) pp. 409 y ss. En general sobre la valorización de las Instituciones de Gayo por parte de la romanística FLUME (1962) pp. 1 y ss.

⁶ Imprescindibles sobre esta materia son los extensos estudios de TALAMANCA (1977) pp. 3 y ss. y NÖRR (1972).

⁷ Para las Instituciones de Gayo en particular ver MARTINI (1964) pp. 462 ss.; MARTINI (2006) pp. 87 y ss.; GUZMÁN BRITO (1980) pp. 17 y ss.; GUZMÁN BRITO (2007) pp. 427 y ss.

⁸ SCHULZ (1961) p. 82.

⁹ Para las raíces griegas de la construcción de categorías en el derecho romano véase especialmente WIEACKER (1953) pp. 93 y ss.; WIEACKER (1969) pp. 448 y ss.; WIEACKER (1991) pp. 63 y ss.

¹⁰ KRÜGER (1912) p. 64. Véase también GUZMÁN BRITO (2007) p. 428. SCARANO USSANI (1997) p. 56, evita emplear el término sistema, hablando a este respecto de una “metodología ordinatoria”.

¹¹ D. 1, 2, 2, 41 (Pomp. l.s. enchir.).

En este trabajo nos proponemos analizar las reales posibilidades de aplicar la moderna noción de sistema en sus dos dimensiones habituales –externo e interno– a la experiencia jurídica romana (II.) y las consecuencias científicas de ello, particularmente en lo relativo a una supuesta categoría general del contrato (III.), a fin de extraer de ello conclusiones sobre el modo como el intérprete moderno debiera enfrentarse a las fuentes jurídicas clásicas (IV.).

Caveat: El presente trabajo se dirige principalmente no a un público especialista en derecho romano, sino a los estudiosos del derecho privado moderno interesados en cuestiones históricas, en la formación del sistema jurídico dentro del cual operan; en último término, en una comparación diacrónica y no solo sincrónica de su propio derecho. Consecuencialmente, tanto los aspectos a analizar como la discusión bibliográfica han sido acotados: cuestiones de orden histórico y filológico que serían de interés para romanistas, serán mantenidas al margen, a menos que sea estrictamente necesario hacer una breve mención de ellas; tampoco se ofrece una exégesis exhaustiva de las principales fuentes escogidas, las que además irán acompañadas de la correspondiente traducción castellana; igualmente, las referencias bibliográficas han sido reducidas a un mínimo necesario para ilustrar al lector no familiarizado con las teorías discutidas, sobre las principales líneas del *status quaestionis* en la romanística, por lo que hemos privilegiado, cuando criterios de rigor metodológico así lo permitían, la literatura especializada más reciente.

1. SOBRE LAS NOCIONES DE SISTEMA EXTERNO Y SISTEMA INTERNO

1.1 EN LA DOGMÁTICA MODERNA

Es un hecho indiscutido en doctrina, al punto de ser repetido como un *mantra*, que no se puede aplicar sin más a la experiencia jurídica romana la noción de sistema tal y como la entiende –o parece entenderla– hoy la dogmática moderna¹². A pesar de ello, en la práctica suele emplearse este concepto de manera casi inconsciente, incluso indiscriminada¹³, normalmente en sentido atécnico¹⁴, como si la idea de orden que habitualmente subyace al uso de este término fuese inherente a la idea misma de derecho y, en cuanto tal, no diera lugar a discusión¹⁵. Es más, el propio vocablo se muestra como polisémico, al punto de no existir realmente un concepto general de sistema, sino varios distintos y que, incluso, pueden llegar a competir entre sí¹⁶. Con algo de ironía, GIARO ha expresado que la conoci-

¹² En el presente trabajo nos referiremos exclusivamente a la noción de sistema en el ámbito jurídico, fundamentalmente según su elaboración por parte de la pandectística alemana del siglo XIX. Es por ello que otras nociones de sistema, como por ejemplo la vinculada a la teoría de sistemas de Niklas LUHMANN, quedarán al margen de esta investigación. Para el desarrollo de la noción de sistema jurídico a partir del siglo XX ver el trabajo de síntesis de LOSANO (2002).

¹³ Es la expresión utilizada, no sin razón, por ORESTANO (1981) p. 13 (n. 14). LANTELLA (1975) pp. 24 y ss. llega a referirse a la sistemática como una palabra en crisis.

¹⁴ KASER (1986) p. 89 (n. 11).

¹⁵ Véase CUENA BOY (1998) p. 16.

¹⁶ HÖPFNER (2008) p. 9.

da variedad y amplitud de significados del concepto de sistema puede conducir fácilmente a que su aplicación sea “cuestión de gustos”¹⁷.

Pues bien, cuando se habla de sistema (vocablo procedente del griego τὸ σύστημα, literalmente “lo puesto junto”, “lo reunido”) en el ámbito del derecho, hay que distinguir fundamentalmente entre uno externo y otro interno, separación que, así formulada, se remonta a la obra del jurista alemán Philipp HECK¹⁸.

Se entiende normalmente por **sistema externo** la ordenación de las ideas efectuada en interés de la presentación de una materia (*dispositio*), por medio de la elaboración de conceptos, categorías, distinciones, clasificación en género y especie, etc.; en definitiva, una exposición ordenada del material jurídico¹⁹. En palabras de WIEACKER, se trata de la forma convencional de representación del objeto de una ciencia, como lo es en el caso de la geografía la descripción topográfica de las partes de la tierra, o en la zoología la descripción de los animales en reinos, géneros, familias²⁰. Así, por ejemplo, el libro segundo del Código Civil comienza con las varias clases de bienes (Título I), que a su vez se dividen en cosas corporales (§ 1) e incorporales (§ 2); luego sigue con el dominio (Título II), los bienes nacionales (Título III), la ocupación (Título IV), la accesión (Título V), la tradición (Título VI), etc. Se aprecia, pues, un cierto orden lógico e, incluso, didáctico, en el modo de presentar las materias al lector, puesto que se avanza de conceptos generales y básicos a otros más especializados y complejos: se comienza explicando cuestiones de orden general relativas a los bienes, luego el derecho real más completo que existe sobre ellos, a saber, el dominio, para pasar a los modos por medio de los cuales se puede adquirir este derecho. Aquí se observa a grandes rasgos el modelo escolar de las Instituciones de Gayo, como hemos dicho.

Por su parte, el **sistema interno** se constituye por la relación fáctica entre las ideas expuestas²¹. Se trata por tanto de la forma de la comprensión, la unidad de la idea de derecho ante la variedad de la realidad concreta; la armonía de la totalidad a pesar del carácter casuístico del método empleado²². Es lo que en doctrina suele identificarse bajo el término alemán –de difícil traducción– *Gedankengang*, literalmente, el “camino del pensamiento”. Como afirma GOKEL, el sistema interno consiste en última instancia en la conformación de un pensamiento jurídico interconectado, orientado a la práctica, un “sistema de directrices internas” (*System von inneren Leitlinien*)²³, sobre cuya base el jurista puede tomar decisiones²⁴.

¹⁷ GIARO (1988) p. 191.

¹⁸ HECK (1932) p. 142.

¹⁹ HECK (1932) p. 142.

²⁰ WIEACKER (1991) p. 63.

²¹ HECK (1932) p. 142.

²² VON LÜBTOW (1948) p. 519.

²³ GOKEL (2014) p. 45.

²⁴ WIEACKER (2006) pp. 51 y ss.

1.2 EN LA EXPERIENCIA JURÍDICA ROMANA

Sistema es, en definitiva, un concepto polivalente que ha sido aplicado a la experiencia jurídica romana de manera inflacionaria, principalmente como resultado de la enorme influencia de la ciencia **pandectística** alemana del siglo XIX (*Pandektenwissenschaft*) en los estudios iusromanísticos²⁵. Lo anterior se funda en la creencia fuertemente arraigada en el positivismo de la época, según la cual el carácter científico del estudio del derecho dependería en gran medida –sino en su totalidad– de construcciones sistemáticas: en la base de esta idea de ciencia jurídica se encuentra la perspectiva iuspositivista consistente en que las normas de derecho y su aplicación pueden ser extraídas exclusivamente a partir de un sistema de conceptos, no debiendo atribuirse relevancia alguna a valoraciones de índole social, religiosas u otras, en cuanto serían realidades metajurídicas²⁶. Esta idea se encuentra claramente descrita en un opúsculo de WINDSCHEID, el principal exponente de la pandectística de fines del siglo XIX y principios del XX y uno de los padres intelectuales del Código Civil alemán (BGB): las consideraciones éticas, políticas y económicas en cuanto tales no son asunto del jurista²⁷. La misma apreciación subyace a la formulación por parte de SCHULZ del aislamiento (*Isolierung*) como uno de los principios cardinales del derecho romano: formaría parte de la actitud metodológica de los *prudentes* separar de su observación del fenómeno jurídico todo elemento extraño al mundo del derecho²⁸. La reconstrucción del contexto (social, económico, político, cultural) de los fragmentos de jurisprudencia clásica forma parte del trabajo del investigador. En este orden de cosas, todo ordenamiento jurídico es visto como un sistema cerrado de instituciones y preceptos legales, con total independencia de la realidad social que tales instituciones y preceptos buscan disciplinar²⁹. Se trata, en definitiva, del eco de la genealogía de los conceptos de PUCHTA, quien considera al derecho como un sistema orgánico compuesto por géneros y especies³⁰ y, por consiguiente, de categorías y subcategorías.

En efecto, la construcción de conceptos generales y categorías representa más bien un producto típico de la dogmática moderna, sobre la base de la tradición del *ius commune*, muy en especial de la pandectística³¹, y su atribución al derecho romano podría traer consigo, como tajantemente expresa VON LÜBTOW, “un ultraje a la realidad” (*die Wirklichkeit zu vergewaltigen*)³². Es el peligro de los así llamados **anteojos pandectistas** (*pandektistische Brille*), deformantes de la experiencia jurídica de los antiguos romanos: como historiadores del derecho, debemos tener conciencia de que, al tenerlos puestos, la imagen que percibimos no corresponde perfectamente a la realidad, por lo que es preciso tomar cierta distancia de esquemas mentales a los que estamos habituados y que, en perspectiva, podrían manifes-

²⁵ GOKEL (2014) p. 43.

²⁶ Para la noción de sistema manejada por la pandectística alemana y su desarrollo ver por todos WIEACKER (1967) pp. 430 y ss.; SCHWARZ (1921) pp. 578 y ss.

²⁷ WINDSCHEID (1904) p. 101.

²⁸ SCHULZ (1934) pp. 13 y ss., 16.

²⁹ WIEACKER (1967) p. 433.

³⁰ PUCHTA (1875) p. 5. Véase LARENZ (1960) pp. 16 y ss.; HAVERKAMP (2012) pp. 79 y ss.; SCHRÖDER (2012) p. 249.

³¹ Véase especialmente BRETONE (1982) p. IX; VACCA (2006) p. 30.

³² VON LÜBTOW (1944) p. 231.

tarse como constructos retrospectivos falsos; en definitiva, se trata de no asumir inmediatamente como verdadero –como auténticamente *romano*– lo que, en una primera aproximación, creemos ver como tal³³. Sin embargo, tampoco hay que caer en la ilusión de hacer *tabula rasa* de nuestras (pre)concepciones dogmáticas, ya que son precisamente ellas las que posibilitan una lectura de las fuentes clásicas en clave jurídica y no puramente histórica o filológica³⁴. Siguiendo con la metáfora de los anteojos: no nos los podemos quitar, ya que sin ellos, simplemente no logramos ver.

Lo cierto es que los *iurisprudentes* romanos no debieron sentir una especial inclinación por la construcción de categorías teóricas y la formulación de definiciones; las fuentes de que disponemos dan cuenta de que no apreciaron mayormente la elaboración de reglas (*regulae*), doctrinas y conceptos generales, sino que se mantuvieron más bien distantes de esta tendencia³⁵. Para algunas figuras los romanos crearon un concepto técnico, no así una definición de la misma, a nuestros ojos un curioso fenómeno que SCHULZ ha calificado como “rechazo de la abstracción” (literalmente: enemistad con la abstracción, *Abstraktionsfeindschaft*)³⁶. Un clásico ejemplo de lo dicho es la noción romana de contrato: los juristas clásicos utilizaron ampliamente el concepto *contractus*, sin que aparezca jamás definido en las fuentes³⁷, lo que ciertamente dificulta la interpretación de las mismas, ya que queda como tarea del romanista determinar, caso a caso, qué quiso decir este o aquel jurista al emplear el término en tal o cual contexto³⁸. Los jurisconsultos romanos contribuyeron a la tarea creadora del *ius civile* partiendo de la base de las figuras jurídicas concretas con las cuales se operaba en la práctica forense (como es el caso del *contractus* o, mejor dicho, *obligatio contracta*), sin llegar al punto de elaborar categorías generales y abstractas³⁹.

En este aspecto de la *forma mentis* de los *prudentes* podríamos encontrar lo que algunos autores han denominado una **tendencia conservadora** de la jurisprudencia romana, orientada hacia el caso concreto y, por ende, interviniendo, por así decirlo, *ex post*, sobre he-

³³ Sobre los “anteojos pandectistas” y la necesidad (y reales posibilidades) de liberarse de ellos, a fin de emprender una investigación crítica de las fuentes romanas, sin caer por ello en los excesos del interpolacionismo, ver por todos BRUTTI (1979) pp. 317 y ss.; ORESTANO (1987) pp. 420 y ss.; GIARO (1988) pp. 180 y ss., 191.

³⁴ Para esto ver por todos las –ya clásicas– reflexiones de BETTI (1928) pp. 129 y ss. y DE FRANCISCI (1936) pp. 1 y ss.

³⁵ Así lo expresa brillantemente Javoleno Prisco en un fragmento de sus Epístulas, D. 50, 17, 202 (Iav. 11 epist.): *Omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim ut non subverti possit.* [“En el derecho civil toda definición es peligrosa, porque es difícil que no pueda ser alterada”].

³⁶ SCHULZ (1934) p. 30. Para la cuestión de la terminología jurídica de los romanos véase KASER (1965) pp. 97 y ss.

³⁷ Ni siquiera en el célebre pasaje de Labeón, en el cual el jurista, citado por Ulpiano (D. 50, 16, 19 [Ulp. 11 ad ed.]), restringe la categoría del *contrahere* a la generación de obligaciones recíprocas entre las partes (*contractum autem ultro citroque obligationem*), lo que según él los griegos habrían llamado *synállagma* (*quod Graeci συνάλλαγμα vocant*). Esto es lo más cerca que tenemos de una definición de contrato en la jurisprudencia romana.

³⁸ Una breve y esquemática historia del concepto de contrato en el derecho romano en PARICIO (2008) pp. 17 ss. Para un “vocabulario de la negocialidad” en el derecho romano véase por todos GUZMÁN BRITO (2005) pp. 17 y ss.

³⁹ KASER (1971) p. 2.

chos consumados, en contraposición a una **tendencia progresiva**, *ex ante*, que conduciría a la construcción de un sistema⁴⁰. No es casualidad que SCHULZ haya elevado el “tradicionalismo” de los juristas romanos a la posición de principio rector de su experiencia jurídica⁴¹. En efecto, la sociedad –y la vida del derecho– romana se caracterizaba por un estricto apego a las costumbres de los antepasados (*mores maiorum*), siendo la *gravitas* y la *constantia* (*gravitas et magnitudo animi*, nos dice Cicerón) sus virtudes cardinales⁴²; el *novarum rerum cupidus*, la avidez por la novedad, en cambio, es vista como algo peligroso. Después de todo, los romanos tenían muy presente el hecho que la República no se construyó de un día para otro, por obra del ingenio de algún líder carismático (*nostra autem res publica non unius esset ingenio... non una hominis vita*), sino que es el fruto del trabajo de muchas vidas humanas a lo largo de sucesivas generaciones y los siglos (...*sed multorum... sed aliquot constituta saeculis et aetatibus*)⁴³.

La propia estructura constitucional instaurada por Augusto –en los hechos una monarquía más o menos absoluta– fue presentada a la opinión pública no como un quiebre, sino como la restauración del orden republicano tradicional y la libertad, que habían sido gravemente amenazados durante el período de las guerras civiles inmediatamente precedentes⁴⁴. Lo mismo puede decirse para el ámbito del derecho: según se desprende del relato contenido en el *Enchiridion* de Pomponio, el *ius civile* se construye históricamente, paso a paso, por medio de la interpretación de los jurisconsultos (*interpretatio prudentium*)⁴⁵. Lo anterior, al punto que el derecho civil habría sido “fundado” por tres juristas: Publio Mucio Escévola, Junio Bruto y Manio Manilio⁴⁶. Se construye algo nuevo sobre la base del esfuerzo de generaciones de individuos, gradualmente, sin solución de continuidad.

Ahora bien, el poco apego de los juristas clásicos a la formulación de reglas, principios generales y la categorización de las figuras jurídicas, no significa que la actividad jurisprudencial en la antigua Roma se haya caracterizado esencialmente por lo que KASER ha llamado una “intuición genial” (*geniale Intuition*). El autor austríaco, uno de los más importantes romanistas del siglo XX y principal referente para el estudio del método empleado por los juristas romanos desde la perspectiva de la romanística postinterpolacionista a partir

⁴⁰ Véase por todos NÖRR (1978) pp. 153 y ss.

⁴¹ SCHULZ (1934) pp. 57 y ss.

⁴² CIC., *pro Sestio*, 67, 141.

⁴³ CIC., *de re publica*, 2, 1, 2.

⁴⁴ Así presenta las cosas el propio Augusto al comienzo de sus *Res Gestae Divi Augusti*, 1, 1: (...) *rem publicam a dominatione factionis oppressam in libertatem vindicavi*.

⁴⁵ D. 1, 2, 2, 12 (Pomp. l.s. enchir.): *Ita in civitate nostra aut iure, id est lege, constituitur, aut est proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit*. [“Así, en nuestra ciudad hay constituidas <las siguientes fuentes>: el derecho <legítimo>, esto es la ley, el derecho civil propiamente dicho, el cual, sin estar escrito, consiste en la sola interpretación de los jurisconsultos”].

⁴⁶ D. 1, 2, 2, 39 (Pomp. l.s. enchir.): *Post hos fuerunt Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile*. [“Después de estos vienen Publio Mucio, Bruto y Manilio, quienes fundaron el derecho civil”]. En general sobre la *iurisprudentia* como fuente del derecho romano VACCA (2012) esp. pp. 21 s. para esta fuente; SCHIAVONE (2005) esp. pp. 134 y ss.

de la segunda mitad del siglo pasado⁴⁷, sostenía la tesis (acertada en lo fundamental) que la ciencia jurídica romana se aferró siempre a la idea de que su tarea, de naturaleza eminentemente práctica, consistía en colaborar en la construcción y hacer avanzar el derecho a partir de la correcta solución de casos de la vida real, no meramente hipotéticos, por lo que se habría conformado con postular meros principios y planteamientos ordenados a la formación de conceptos en la medida que ello fuera estrictamente necesario para el cumplimiento de dicha función. Lo anterior se habría manifestado especialmente en la circunstancia que los más brillantes exponentes de la jurisprudencia clásica se desempeñaron sobre todo en la *praxis* jurídica, ya sea absolviendo consultas de particulares (*respondere*), asesorando a las partes en litigio y/o al pretor, por ejemplo sobre la acción a ejercer en cada caso y la redacción de la correspondiente fórmula procesal (*agere*), asesorando a privados en la redacción de contratos o testamentos (*cavere*), asistiendo al *iudex* (por definición, un lego) para dictar sentencia, ejerciendo magistraturas en época republicana, siendo altos funcionarios de la cancillería imperial durante el principado, etc. Por el contrario, se habrían abstenido de la especulación puramente teórica, en la medida que no necesitaran de ella: los juristas romanos habrían encontrado el camino para un adecuado conocimiento del derecho preferentemente por medio de su genial intuición, la que habrían desarrollado a partir de su cercanía con la realidad jurídica, de su *Lebensanschauung*⁴⁸.

Queda claro, pues, que una característica fundamental de la jurisprudencia romana fue el empleo del método inductivo, esto es, extraer conclusiones generales a partir de hipótesis y situaciones específicas, en otras palabras, de la vida misma, del derecho puesto en práctica. El método deductivo, en cambio, habría constituido un mero recurso secundario, de apoyo, y se habría basado por regla general no en conceptos abstractos, sino en la experiencia adquirida en la resolución de casos reales⁴⁹. Por decirlo de alguna manera, en última instancia la conceptualización y formulación de *regulae* habría sido una suerte de apoteosis del método casuístico: el principio de la decisión jurídica no se encuentra en un dictamen abstracto, como podría serlo una norma legislativa, sino en la realización práctica del derecho, vale decir, en las soluciones justas anteriormente adoptadas⁵⁰. Así lo expresa elegantemente el jurista Julio Paulo (siglo III d.C.): no es el derecho el que deriva de las reglas, sino que son estas las que se forman a partir del derecho ya existente⁵¹.

La tesis de KASER, muy brevemente expuesta en las líneas precedentes, ha sido objeto de precisiones en investigaciones más o menos recientes. En efecto, cuando el autor habla de una genial intuición, está pensando, como él mismo aclara en otro trabajo, en la obtención de la decisión correcta a través de una comprensión inmediata que no requeriría un proceso argumentativo racional (*Gewinnung der richtigen Entscheidung durch ein unmittelbares Erfassen, das des rationalen Argumentierens nicht bedarf*), una suerte de visión espontánea de la solución correcta (*das spontane Erschauen der richtigen Lösung*), todo lo cual estaría

⁴⁷ Ver en especial KASER (1962) pp. 47 y ss.; KASER (1972). Una visión de conjunto sobre el legado metodológico de KASER en KNÜTEL (1998) pp. 33 y ss.

⁴⁸ KASER (1971) p. 3.

⁴⁹ KASER (1971) p. 3.

⁵⁰ CANNATA (1997) p. 328; en el mismo sentido VACCA (2012) pp. 140 y ss.

⁵¹ D. 50, 17, 1 (Paul. 16 ad Plaut.): *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*.

fundado en un refinado sentimiento jurídico (*verfeinertes juristisches Sachgefühl*)⁵². Puestas así las cosas, los *prudentes* parecieran constituir un gremio de oráculos. Lo cierto es, sin embargo, que la labor desempeñada por los juristas romanos no era una cuestión de intuición, sino que tenía lugar conforme a un plan⁵³. El tradicionalismo, la alta estima y consideración por las opiniones de sus antecesores (algunas fuentes se refieren explícitamente a una *opinio veterum*, que a veces es mantenida dos o tres siglos después de haber sido formulada por primera vez)⁵⁴ impedía quiebres bruscos en la lenta pero constante evolución del *ius civile*. Los romanos controlaron y encauzaron su actividad según un método racional, a fin de no incurrir en decisiones arbitrarias⁵⁵. Pero a diferencia de los pandectistas del siglo XIX (y de sus seguidores del XX y hasta el XXI), para la jurisprudencia clásica **racional** no significa necesariamente **sistemático**.

Aquí volvemos, entonces, a la distinción hecha más arriba entre sistema externo e interno, ahora aplicable específicamente a la experiencia jurídica romana⁵⁶. Si por sistema externo entendemos la disposición de las materias, el orden en el cual estas son presentadas, no lo hallamos sino en la literatura didáctica clásica y postclásica. Como hemos adelantado, el empleo de la *ars dialectica* para clasificar las instituciones jurídicas en categorías, esto es, en género (*genus*) y especie (*species*), es típico de las obras de contenido docente⁵⁷, entre las que destacan sin contrapesos las Instituciones de Gayo⁵⁸. Los juristas dedicados principalmente a la enseñanza (los menos), como era el caso de Gayo, se encontraban ante la difícil misión de explicar a sus *auditores* los elementos esenciales del *ius civile* de la forma más accesible posible, lo que suponía entonces –al igual que ahora– ordenar y clasificar. De ahí que con KASER y KNÜTEL se pueda postular la existencia de dos corrientes al interior de la jurispruancia romana: una principal (*Hauptströmung*), centrada en la *praxis* y cuyos mayores exponentes habrían sido Juvencio Celso y Salvio Juliano (siglo II d.C.), y una secundaria (*Nebenströmung*), orientada a la formación jurídica elemental⁵⁹. Con todo, esta “sistemática” normalmente no pasa más allá de ser una mera ordenación extrínseca de instituciones y argumentos⁶⁰, un modo de presentarlos al lector, sin que ello afecte el fondo del asunto. Por eso estamos plenamente de acuerdo con VON LÜBTOW, cuando sostiene que aunque la filosofía griega era bien conocida por los *prudentes* (como por cualquier romano educado de

⁵² KASER (1962) p. 54. En contra GIARO (1988) pp. 426 y ss.; KNÜTEL (2005) pp. 475 y ss.; KNÜTEL (2006) pp. 523 y ss.; HARKE (2010) pp. 9 y ss., 11. La última edición de KASER y KNÜTEL (2014) no da debida cuenta de las precisiones contenidas en las investigaciones de KNÜTEL recién citadas, sino que reitera en lo fundamental la posición del maestro austriaco (p. 23).

⁵³ HARKE (2010) p. 24.

⁵⁴ Véase por ejemplo D. 12, 5, 6 (Ulp. 18 ad Sab.).

⁵⁵ Véase KNÜTEL (2005) p. 498; KNÜTEL (2006) pp. 525 y ss., 554; HARKE (2010) pp. 9 y ss.

⁵⁶ Fundamental para la aplicación de esta distinción al derecho romano WIEACKER (1953) pp. 93 y ss.; una síntesis en WIEACKER (2006) pp. 51 y ss.

⁵⁷ Ver por todos KASER (1971) p. 522.

⁵⁸ Véase GUZMÁN BRITO (1980) pp. 17 y ss.; GUZMÁN BRITO (2007) pp. 427 y ss.

⁵⁹ KASER y KNÜTEL (2014) p. 4. Lo dicho, en todo caso, no significa necesariamente negar un carácter clásico a las doctrinas expuestas por Gayo. Para esto ver especialmente KASER (1953) pp. 127 y ss.; KASER (1966) pp. 42 y ss.; recientemente para la relación entre Gayo y el *ius controversum* BRUTTI (2012) pp. 75 y ss.

⁶⁰ ORESTANO (1987) p. 134.

su época), sus efectos prácticos en la jurisprudencia clásica –en su *Hauptströmung*– son apenas perceptibles⁶¹.

El punto de partida del quehacer de la mayor parte de los juristas romanos era, como ya hemos dicho, la casuística, la solución de problemas jurídicos concretos, en una dialéctica constante con sus colegas (por lo que el derecho romano suele ser calificado como *ius controversum*⁶²), de modo tal que no debieron sentir un especial llamado a construir un sistema de conceptos y categorías dogmáticas. El *ius civile* se articulaba básicamente a partir del otorgamiento por parte del magistrado con *iurisdictio* a los particulares de herramientas procesales para hacer valer sus pretensiones, entre las que destacan las *actiones* y *exceptiones*⁶³. Es más, la propia distinción entre derecho “material” o sustancial y derecho “formal”⁶⁴ es del todo ajena a la experiencia jurídica romana⁶⁵. Los juristas clásicos debieron considerar el *ius* desde la perspectiva de la acción, la excepción, el interdicto, etc., limitándose en no pocos casos a la interpretación del contenido del edicto pretorio⁶⁶. Como señala BALDUS, la verdadera columna vertebral del derecho romano es el proceso: hacia ella conducen todas las espinas⁶⁷.

En este sentido, la elaboración de un sistema externo desempeñó en la experiencia jurídica romana un papel muy menor, restringido fundamentalmente a la literatura didáctica⁶⁸. La construcción de un ordenamiento jurídico lógico, libre de lagunas y de contradicciones, ciertamente no fue una de las motivaciones de los juristas romanos, y corresponde más bien a tendencias propias de los movimientos codificatorios de los siglos XVIII y XIX, de inspiración iusnaturalista primero, y pandectista después⁶⁹. Seguramente el derecho romano nunca llegó a conocer un sistema externo, y el motivo de esta “carencia” radica, precisamente, en su carácter casuístico, controversial⁷⁰; hecho que motivó incluso duros reproches por parte de Cicerón, exasperado por la confusión en la *praxis* a que ello conducía⁷¹.

La orientación a la solución del caso concreto dominó la experiencia jurídica romana en todas las etapas de su desarrollo⁷². Aquí sí que tiene cabida, en cambio, la idea de sistema interno. Se trata, como señala WIEACKER, del prototipo de las operaciones intelectuales, por medio de las cuales los juristas romanos lograron asegurar la coherencia de los elementos que configuran su ámbito de competencia (los elementos del *ius*), a fin de conducirlos a sucesivos progresos y convergencias en su proceso de comprensión del fenómeno jurídico;

⁶¹ VON LÜBTOW (1944) pp. 224 y ss.

⁶² Sobre este concepto ver por todos BRETONE (2008).

⁶³ En este sentido, D'ORS (1943) pp. 58 y ss. califica al derecho romano como un “sistema de acciones”.

⁶⁴ Para el desarrollo histórico de esta distinción sistemática véase por todos KOLLMANN (1996) pp. 27 y ss.

⁶⁵ Véase por ejemplo LOMBARDI (1967) p. 1; KOLLMANN (1996) p. 100.

⁶⁶ SCHULZ (1934) pp. 28 y ss.

⁶⁷ BALDUS (2012) p. 34.

⁶⁸ WIEACKER (2006) p. 51.

⁶⁹ SCHULZ (1934) p. 9.

⁷⁰ KASER (1962) p. 77.

⁷¹ CIC., *de legibus*, 2, 47; *de oratore*, 2, 142.

⁷² Véase KASER (1962) p. 54; RAGGI (2007) pp. 38 y ss.

una estructura de entidades, reales o ideales, como son los dogmas jurídicos⁷³. Como se dijo más arriba, se trata de una relación de hecho entre las ideas expuestas por el jurista⁷⁴, una articulación interna de las ideas en el proceso de comprensión del fenómeno jurídico, la armonía del todo a pesar de la intrínseca diversidad que proviene de la práctica de un método casuístico⁷⁵. La noción de sistema interno puede ser expresada, como hace GOKEL, en la imagen de un **sistema de directrices internas**⁷⁶, necesario para dotar de coherencia y efectividad a una actividad jurisprudencial que no construye el *ius civile* desde cero, sino paso a paso, a lo largo de generaciones sucesivas. Aquí se aprecia, pues, la tensión, inherente a la experiencia jurídica romana, entre casuística y construcción sistemática⁷⁷.

2. ¿UNA CATEGORÍA GENERAL DE CONTRATO EN EL DERECHO ROMANO?

Para ilustrar la inconveniencia de aplicar sin más estructuras sistemáticas modernas al derecho romano, nos referiremos brevemente al problema de la noción de contrato en la principal obra didáctica de la jurisprudencia clásica: las *Gai Institutiones*. Gayo presenta su clasificación de las obligaciones (*divisio obligationum*) en función de los hechos de los cuales estas emanan, vale decir, sus *causae*⁷⁸, lo que hoy en día solemos denominar como **fuentes de las obligaciones**. La primera *divisio obligationum* propiamente tal, articulada en un sistema externo sobre la base de la *ars dialectica*, es la contenida en esta obra (Gai. 3, 88 ss.)⁷⁹.

2.1 LA SUMMA DIVISIO OBLIGATIONUM Y LA IDEA DE CONTRACTUS EN GAYO

La explicación del derecho de obligaciones en las *Institutiones* de Gayo se inicia con la clasificación de estas en dos categorías, lo que el jurista denomina su *summa divisio*. Se trata de una operación dialéctica, por medio de la cual el *genus obligatio* es dividido en dos *species*:

Gai. 3, 88: *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* [“Pasemos ahora a las obligaciones, cuya suprema división establece dos especies: toda obligación nace de un contrato o de un delito”].

Como se aprecia en el texto transscrito, Gayo presenta una clasificación que, a su entender, es la más omnicomprensiva de todas, es decir, aquella que incluye todas las *obligationes*, sin excepción alguna. Lo dicho se desprende con claridad de los términos empleados en el fragmento. En efecto, el sintagma *summa divisio* se traduce, literalmente, como “suma

⁷³ WIEACKER (2006) pp. 51 y ss.

⁷⁴ HECK (1932) p. 142.

⁷⁵ VON LÜBTOW (1948) p. 519.

⁷⁶ GOKEL (2014) p. 45.

⁷⁷ GOKEL (2014) pp. 55 y ss.

⁷⁸ Véase KASER (1983) p. 73; FALCONE (2011) p. 30.

⁷⁹ Véase por ejemplo VOCI (1946) p. 69; TALAMANCA (1979) p. 41; STEIN (1983) p. 151.

división”, y el uso del superlativo ciertamente significa que nada puede quedar fuera de esta clasificación; de lo contrario, la *divisio* ya no sería *summa*, sino que, en el mejor de los casos, *maior*, esto es, mayor que otras, pero no superior a todas. Por lo demás, en otros pasajes de sus *Institutiones*, Gayo confirma este significado del sintagma, al recurrir a él en Gai. 1, 9 en materia de derecho de las personas (*summa divisio personarum*) y en Gai. 2, 2 para el derecho de las cosas (*summa divisio rerum*). El innegable carácter omnicomprensivo de la división de las personas entre libres y esclavos, por una parte, ya que no hay personas que no sean lo uno o lo otro, y de la división de las cosas entre aquellas de derecho divino y de derecho humano, por la otra, puesto que no existen situaciones intermedias entre ambas, constituye a nuestro entender un argumento suficientemente sólido como para afirmar que la *divisio* de Gai. 3, 88 debió ser igualmente completa⁸⁰. Asimismo, el uso de la expresión *omnis obligatio* manifiesta claramente que Gayo está hablando de “todas las obligaciones”.

La misma bipartición de las *causae obligationum* es aplicada por Gayo en el marco de su explicación de las acciones personales (*actiones in personam*):

Gai. 4, 2: *In personam actio est, qua agimus cum aliquo qui nobis vel ex contractu vel ex delicto obligatus est, id est cum intendimus dare facere praestare oportere.* [“Acción personal es aquella mediante la cual litigamos con alguien que está obligado respecto de nosotros en virtud de contrato o de delito; es decir, cuando pretendemos que debe dar, hacer o prestar”]⁸¹.

El texto citado plantea en lo esencial la misma idea que Gai. 3, 88, solo que desde la perspectiva de la acción, puesto que *obligatio* y *actio* no son sino dos caras de la misma moneda. Se trata, por tanto, de un simple cambio de punto de vista que, en todo caso, no debió ser tan significativo para los clásicos: como hemos dicho, la jurisprudencia romana no conoció la distinción entre derecho material y derecho formal, de modo que podemos asumir que al hablar de *obligatio* también querían decir *actio (in personam)* y, al referirse a una *actio*, al mismo tiempo estaban diciendo *obligatio*. Es por este motivo que la así llamada obligación natural (*obligatio naturalis*), al no estar protegida por una *actio*, sino solo otorgar una *exceptio* para retener lo dado o pagado en virtud de ella, no constituía una verdadera obligación, siendo la jurisprudencia romana consciente del uso inadecuado de este término, como nos enseña Salvio Juliano (siglo II d.C.): solo impropriamente (*per abusionem*) se dice que los deudores naturales “deben”, y que a quienes se entrega una cantidad de dinero, recibieron lo que verdaderamente se les “debía”⁸². En otras palabras, según Juliano los deudores naturales no son propiamente *debitores*, así como los acreedores naturales no son verdaderos *credidores*, lo que es lo mismo que decir que el término *obligatio* es empleado en modo abusivo (así dice el jurista) respecto de los vínculos jurídicos no amparados por una *actio in personam*, porque toda obligación propiamente tal supone una acción.

De los fragmentos transcritos se desprende, entonces, la imposibilidad de un *tertium quid* entre *contractus* y *delictum*: no hay obligación ni, por tanto, acción personal (dos pers-

⁸⁰ SCHULZ (1951) p. 466; PARICIO (1994) p. 49; PARICIO (2008) p. 30.

⁸¹ Ver Gai. 4, 112-113, donde vuelve a apreciarse la dicotomía entre acciones *ex maleficio* (4, 112) y *ex contractu* (4, 113).

⁸² D. 46, 1, 16, 4 (Iul. 53 dig.).

pectivas distintas de la misma realidad), que no proceda de un contrato o de un delito; no hay más especies de *obligatio* fuera de los elementos de su *summa divisio*⁸³. En Gayo encontramos por tanto una noción amplísima de contrato, construida únicamente en contraposición al delito, puesto que toda causa de obligación que no sea constitutiva de un hecho ilícito (*delictum*), será susceptible de ser calificada como *contractus*. En consecuencia, la idea de contrato contenida que subyace a Gai. 3, 88 y 4, 2 es la de todo hecho lícito generador de obligaciones, sin que se requiera nada más⁸⁴. Esta noción se encuentra fielmente representada no solo en otros pasajes de las Instituciones de Gayo, sino también en fragmentos de la jurisprudencia tardoclásica, en concreto, en Paulo y Ulpiano (siglo III d.C.).

En efecto, en las *Institutiones* encontramos textos en los cuales Gayo califica como *contractus* hechos lícitos generadores de obligaciones, con total prescindencia de un acuerdo de voluntades entre las personas involucradas; se trata, por consiguiente, de supuestos fácticos que, vistos desde la perspectiva de la moderna sistemática de las fuentes de las obligaciones, en ningún caso podrían configurar un contrato. Así ocurre, por ejemplo, con la tutela⁸⁵ y la dote⁸⁶.

La dicotomía *contractus-delictum* no constituye una particularidad de Gayo en el marco de la jurisprudencia romana de época clásica, como tampoco una grosera simplificación de las cosas con fines exclusivamente didácticos. Dicha opinión, demasiado extendida en la romanística moderna⁸⁷, asume como verdadera la premisa de que la jurisprudencia clásica habría llegado a construir una teoría general del contrato basada en el *consensus* de las partes⁸⁸. Sin embargo, si nos atenemos estrictamente al testimonio de las fuentes, que es lo que realmente importa, estas favorecen más bien la tesis contraria, esto es, que los *prudentes* jamás llegaron a formarse una idea unitaria de *contractus*, al menos durante el período clásico (hasta mediados del siglo III d.C.)⁸⁹, cuestión que obviamente dificulta nuestra interpretación de fragmentos jurisprudenciales conservados en el Digesto. El hecho es que las fuentes dan cuenta de que la bipartición entre contrato y delito como únicas *causae obligationum* aparece aplicada todavía en época tardoclásica, aproximadamente 150 años después de la redacción de las Instituciones de Gayo, en obras que forman parte de la *Hauptströmung* de la jurisprudencia romana, sin pretensiones didáctico-sistemáticas⁹⁰,

⁸³ Ver por ejemplo PERNICE (1888) pp. 196 y ss.; SEGRÈ (1952) pp. 433 y ss.; LAURIA (1938) pp. 163 y ss., 172; SCHULZ (1951) pp. 466 y ss.; PARICIO (1994) pp. 49 y ss.; PARICIO (1997) pp. 151 y ss., 153; PARICIO (2008) pp. 28 y ss.; CANNATA (2008) pp. 82 y ss.

⁸⁴ SCHULZ (1951) p. 466. En el mismo sentido PARICIO (2008) p. 34; PARICIO (1997) pp. 151 y ss.; SARGENTI (1988) pp. 24 y ss., 56; MARTINI (1991) pp. 97 y ss.

⁸⁵ Gai. 4, 182. La naturaleza contractual de la tutela (o de la *actio tutelae*, que vendría a ser lo mismo) se refleja también en textos jurisprudenciales de Ulpiano (D. 13, 5, 1, 6 [Ulp. 27 ad ed.] y D. 50, 17, 23 [Ulp. 29 ad Sab.]) y Paulo (D. 44, 7, 49 [Paul. 18 ad Plaut.]).

⁸⁶ Gai. 3, 95a. La dote es tratada expresamente como contrato por Ulpiano en D. 13, 6, 5, 2 (Ulp. 28 ad ed.). Ver nuevamente D. 13, 5, 1, 6 (Ulp. 27 ad ed.) y D. 50, 17, 23 (Ulp. 29 ad Sab.), referidos en la nota precedente.

⁸⁷ Véase por todos SCHULZ (1951) p. 467.

⁸⁸ En este sentido ya RICCOPONO (1930) pp. 123 y ss.

⁸⁹ A juicio de SARGENTI (1988) p. 73, ni siquiera en época justiniana.

⁹⁰ PARICIO (2008) pp. 83 y ss.

escritas por jurisconsultos que en ningún caso podrían ser calificados de mediocres juristas de provincia, como se suele afirmar de Gayo, acusado incluso de haber sido una suerte de prepostclásico⁹¹. Se trata, como se adelantó, de Paulo y Ulpiano.

La fuente pauliana reza como sigue:

D. 5, 3, 14 (Paul. 20 ad ed.): *Sed utrum ex delicto an ex contractu debitor sit, nihil refert (...).* [“Pero nada importa si alguien es deudor en virtud de delito o de contrato (...)”].

De acuerdo al contexto palingénésico del fragmento⁹², Paulo debió referirse a la posibilidad de ejercer la acción de herencia (*hereditatis petitio*) contra un deudor hereditario (*debitor hereditarius*) que dolosamente ha abandonado los bienes de la herencia *ante litem contestatam* en el marco de las disposiciones del senadoconsulto Juvenciano. De eso trata mayormente el vigésimo libro de su comentario *ad edictum*. Pues bien, es posible plantear la hipótesis de que Paulo quiso hacer alusión a toda posible *causa obligationum* para afirmar el principio de que se puede ejercer la acción contra un *debitor hereditarius* con independencia del motivo por el cual este se ha convertido en deudor. Atendida la circunstancia de que no solo los poseedores de bienes de la herencia, sino que también los deudores de la misma, pueden ser demandados mediante la *hereditatis petitio*, Paulo pudo encontrar aquí una ocasión adecuada para referirse tangencialmente, sin ahondar en detalles, a la cuestión de las causas de una relación obligatoria: sin importar el origen de su *obligatio*, el deudor hereditario está sometido a las disposiciones del senadoconsulto Juvenciano y, por ello, es legitimado pasivo de la *hereditatis petitio* si ha abandonado los bienes hereditarios dolosamente antes del momento procesal de la *litis contestatio*. A juzgar por la forma en que ha llegado hasta nosotros, el fragmento pauliano parece estar concebido en términos suficientemente amplios como para abarcar toda posible *causa obligationum*, las que se reducen al *contractus* y el *delictum*, al igual que en Gai. 3, 88.

El fragmento ulpiano, por su parte, señala lo siguiente:

D. 5, 1, 57 (Ulp. 41 ad Sab.): *Tam ex contractibus quam ex delictis in filium familias competit actio (...).* [“Compete acción contra el hijo de familia tanto por contratos como por delitos (...)”].

El marco general originario de la fuente es la legitimación pasiva (respecto de la *contractio ex causa furtiva*) del *pater familias* por el hurto (*furtum*) cometido por un hijo (*filius familias*) sometido a su *patria potestas*⁹³. Si bien el hijo de familia carece –en principio– de patrimonio, con la excepción –en época clásica– del peculio castrense, puede obligarse civilmente, lo que significa que es legitimado pasivo de acciones civiles, aunque no se le puede ejecutar patrimonialmente en razón de lo dicho. De los delitos del hijo responde civilmente el padre, el cual puede liberarse a través de la *noxae deditio*. Pues bien, Ulpiano nos informa que es posible ejercer una acción contra el hijo de familia con independencia de que este se haya obligado en razón de un contrato o de un delito. Del mismo modo que en la fuente de Paulo citada más arriba, el discurso de Ulpiano tiene sentido si asumimos que quiso cubrir toda posible *causa obligationum*: sostener que se puede ejercer una acción

⁹¹ Así D'ORS (1975) pp. 7 y ss.

⁹² Véase LENEL (1927) pp. 176 y ss.

⁹³ Ver D. 13, 1, 4 (Ulp. 41 ad ed.).

contra el *filius familias* por contrato o por delito, es lo mismo que decir que este se puede obligar *ex contractu* o *ex delicto*. Asimismo, cabe tener presente que el texto ulpiano es muy similar a un fragmento extraído por los compiladores justinianos del comentario de Gayo al edicto provincial, en el cual se afirma que el hijo de familia se puede obligar “por cualquier causa” (*ex omnibus causis*) al igual que el padre de familia, y por este motivo es posible ejercer contra aquel una acción al igual como se haría contra el padre⁹⁴. Y bien sabemos que para Gayo *ex omnibus causis* significa *ex contractu* o *ex delicto* (Gai. 3, 88).

En síntesis, un atento análisis de las fuentes citadas, que en consideración a la orientación de este trabajo no han podido ser objeto de una exégesis exhaustiva, muestra claramente que 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 clásica, ya sean estos provenientes de obras pertenecientes al así llamado género didáctico, como es el caso de las Instituciones de Gayo, o de obras centradas en la *praxis*, como son los comentarios de Paulo y Ulpiano. Es por ello que concordamos con VON LÜBTOW, cuando afirma que para los clásicos el contrato constituía una relación obligatoria no delictual sin más (*nichtdeliktisches Obligationsverhältnis*), un acto negocial vinculativo (*rechtsgeschäftlicher Bindungsakt*)⁹⁵, sin que cuente para nada la concurrencia o no de una *conventio*.

El carácter incompleto que, solo desde un punto de vista moderno, se advierte en Gai. 3, 88, y que lleva a los autores a soslayar la exégesis de los fragmentos paulinos y ulpianos que hemos citado, no significa en ningún caso que Gayo no haya considerado su *summa divisio obligationum* como exhaustiva⁹⁶; muy por el contrario, él expresa en términos claros y precisos que “toda obligación” nace ya sea de un contrato o de un delito, repite la misma idea de forma análoga en Gai. 4, 2 al exponer las causas de las acciones personales, y aplica la bipartición consecuentemente en otros textos, por ejemplo en sede de tutela y dote. Por lo demás, es arbitrario sostener que la expresión *sufficit consensisse* contenida Gai. 3, 136⁹⁷ querría decir que toda obligación contractual debe fundarse en el consentimiento de las partes⁹⁸. Con la frase *sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*, Gayo hace presente que el *consensus* es suficiente y, por ende, cualquier otro requisito es irrelevante (*neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur*) para hacer nacer una *obligatio consensu contracta*. Es en sede de estas relaciones obligatorias que Gayo desarrolla su discurso, no habiendo en el texto elemento alguno que, al margen de la arbitrariedad del intérprete, permita afirmar que Gayo pretendió extenderlo a relaciones obligatorias distintas de las *consensu contractae* (compraventa, arrendamiento, sociedad y mandato), por lo que, si que-

⁹⁴ D. 44, 7, 39 (Gai. 3 ad ed. prov.): *Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.*

⁹⁵ VON LÜBTOW (1952) p. 99.

⁹⁶ Véase BISCARDI (1966) p. 21; PARICIO (1997) p. 153. TALAMANCA (2006) p. 52, en cambio, habla de una “portata apparentemente esaustiva della bipartizione”; en el mismo sentido ZIMMERMANN (1996) p. 14; HARKE (2016) p. 40.

⁹⁷ Gai. 3, 136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse (...).*

⁹⁸ SARGENTI (1988) p. 55.

remos apegarnos al contenido de las fuentes, y no hacerlas decir lo que *a priori* queremos que digan, no es posible extraer conclusiones generales sobre el *consensus* como fundamento de toda *obligatio ex contractu*⁹⁹.

La insuficiencia de la bipartición *contractus-delictum* según nuestros actuales criterios dogmáticos no puede ser atribuida *tout court* al esquema gayano en particular ni a la experiencia jurídica romana en general. El verbo *contrahere* es polisémico, carece de un sentido técnico preciso¹⁰⁰: no significa necesariamente lo que un jurista moderno pensaría casi instintivamente, a saber, la “celebración” o “perfeccionamiento” de un contrato, que supone un acuerdo de voluntad. *Contrahere* aparece en las fuentes jurídicas romanas más bien en 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*¹⁰¹, un vínculo objetivo entre dos o más patrimonios¹⁰². 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*.

2.2 EL GEDANKENGANG GAYANO

Como se ha dicho, la *summa divisio obligationum* contenida en las Instituciones de Gayo consta de dos especies: las obligaciones nacidas de contrato (*ex contractu*) y las nacidas de delito (*ex delicto*). Luego, cada especie se subdividiría en géneros (Gai. 3, 89 y 3, 182). Los cuatro géneros de obligación contractual son las *obligationes re, verbis, litteris y consensu contractae*, lo que en terminología moderna suele llamarse categorías contractuales: contrato real, verbal, literal y consensual¹⁰³.

Llegados a este punto, hay que destacar el uso de la expresión *unum genus* en Gai. 3, 182 con respecto a los *delicta*¹⁰⁴. Si bien se supone que según el esquema gayano las obligaciones contractuales y delictuales se subdividen en géneros, lo cierto es que Gayo dice explícitamente que los delitos constituyen en realidad un único género (*uno genere*

⁹⁹ Véase SARGENTI (1988) p. 56; MARTINI (1991) p. 99 (n. 10); PARICIO (1997) p. 154; PARICIO (2008) p. 32.

¹⁰⁰ HEUMANN y SECKEL (1926) p. 105. Sobre las distintas aplicaciones del verbo *contrahere* véase en la literatura especializada por ejemplo VOGL (1946) pp. 11 y ss.; GROSSO (1963) pp. 29 y ss.; WUNNER (1964) pp. 4 y ss.; GUZMÁN BRITO (2005) pp. 33 y ss.; PARICIO (2008) pp. 17 y ss.

¹⁰¹ SCHWARZ (1952) p. 192.

¹⁰² Véase BETTI (1912) p. 68 (n. 3); BETTI (1915) p. 62. Más recientemente GUZMÁN BRITO (2005) p. 35: “(...) 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”.

¹⁰³ Gai. 3, 89: *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* [“Y veamos primero acerca de las <obligaciones> que nacen de un contrato. De estas hay cuatro géneros: se contrae una obligación por la transferencia de dominio, por palabras, por la escritura o por consenso”].

¹⁰⁴ Gai. 3, 182: *Transeamus nunc ad obligationes, quae ex delicto nascuntur, veluti si quis furtum fecerit, bona rapuerit, damnum dederit, iniuriam commiserit. quarum omnium rerum uno genere consistit obligatio, cum ex contractu obligationes in IIII genera dividantur, sicut supra exposuimus.* [“Pasemos ahora a las obligaciones que nacen de un delito, como son las de quien cometiera un hurto, robara bienes, causara daño o cometiera injurias. Todas estas obligaciones consisten en un único género, mientras que entre las nacidas de un contrato distinguimos cuatro género, como ya dijimos”].

consistit obligatio), a diferencia de los contratos, que consisten en cuatro géneros independientes (*in IIII genera diducantur*), como ya había adelantado en Gai. 3, 89. De lo anterior es posible concluir que para Gayo los distintos tipos delictuales presentan un fundamento jurídico unitario, precisamente porque todos forman un solo género¹⁰⁵. En la fuente se aprecia claramente el intento de Gayo por hacer una distinción entre la división dialéctica de los delitos de aquella de los contratos, explicitando que estos últimos, a diferencia de los delitos, no pueden ser reconducidos a un fundamento unitario, porque no forman parte de un mismo género. Dicho en otros términos: los hechos que generan las *obligationes ex contractu* mencionadas en Gai. 3, 89, vale decir, la transferencia de dominio de una cosa en el *re contrahere*, una promesa formal verbal (*stipulatio*) en el *verbis contrahere*, la anotación en el libro de cuentas del acreedor de un mutuo ficticio con el consentimiento del deudor (*expensilatio*) en el *litteris contrahere*, y el acuerdo de voluntades de las partes en el *consensu contrahere*, no se remontan a una causa matriz común a todos¹⁰⁶, lo que es lo mismo que decir que cada obligación contractual representa, en definitiva, un fenómeno distinto, un género en sí mismo¹⁰⁷.

La misma idea puede extraerse de las *res cottidiana*e, otra obra de Gayo, pero orientada más bien a la *praxis*; una suerte de *vademecum* del abogado de su tiempo, algunos de cuyos textos fueron incorporados al Digesto de Justiniano: Los delitos conforman un mismo género (*omnia unius generis sunt*); en cambio (*alioquin*), los contratos no “consisten” solamente en una cosa, sino también en las palabras o el consentimiento¹⁰⁸. Con esto, Gayo quiso aclarar que, a diferencia (*alioquin*) de los delitos, los contratos no conforman un género unitario, sino tres distintos (la *obligatio litteris contracta* no es mencionada en esta obra, debido a su escasa o nula relevancia práctica en el siglo II d.C.)¹⁰⁹, puesto que proceden de causas (*res, verba y consensus*) independientes: las *obligationes re, verbis y consensus contractae* constituyen, por tanto, a diferencia de los delitos, fenómenos esencialmente distintos.

¿Podemos, entonces, hablar de una **categoría general del contrato** y consiguientes **categorías contractuales** en el derecho romano? En las *res cottidiana*e pareciera recogerse –a diferencia de las Instituciones de Gayo– una idea de contrato basada en el acuerdo de voluntades entre las partes; lo anterior, debido a que todos los actos lícitos generadores de obligaciones que no son convencionales, y que en el esquema de las Instituciones eran contratos, fueron extraídos de la categoría de las *obligationes ex contractu* e incluidas en una

¹⁰⁵ ORESTANO (1959) pp. 455 y ss.

¹⁰⁶ ORESTANO (1959) pp. 455 y ss.

¹⁰⁷ En este sentido ya HARKE (2013) p. 38.

¹⁰⁸ D. 44, 7, 4 (Gai. 3 res cott.): *Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria, quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio, cum alioquin ex contractu obligationes non tantum re consistant, sed etiam verbis et consensu.* [“Nacen obligaciones de un delito, por ejemplo, de un hurto, un daño, un robo, una injuria; todas cuyas causas son de un único género, porque estas consisten solamente en la cosa, es decir, en el mismo delito. En cambio, las obligaciones que nacen de un contrato no consisten únicamente en una cosa, sino también en las palabras y en el consentimiento”].

¹⁰⁹ Sí es mencionada, en cambio, para efectos didácticos, no solo en las Instituciones de Gayo (3, 89; 3, 128 ss.), sino que también en las de Justiniano (3, 13, 2).

nueva categoría, la vaga y residual noción de las *variae causarum figurae*¹¹⁰. En efecto, en esta obra, tanto la *negotiorum gestio* como la *tutela*, el *legatum per damnationen* y la *solutio indebiti*, todas figuras lícitas que no suponen *conventio*, forman parte de este nuevo grupo sin un contenido preciso y elaborado seguramente *in extremis*¹¹¹. Sobre la base de esta premisa, bien podríamos esperar una estructura dialéctica en la cual las *obligationes re, verbis y consensu contractae* no fueran más tratadas como *genera* independientes, como ocurre en las Instituciones de Gayo, sino como *species* de un mismo *genus* (el contrato-convención)¹¹², como de hecho se aprecia en las Instituciones de Justiniano, las que sin lugar a dudas parten del supuesto de que todo *contractus* es una *conventio*¹¹³. Allí está el punto de partida del desarrollo de nuestra propia idea de contrato como convención, desde la ciencia jurídica medieval hasta el artículo 1438 del Código Civil chileno¹¹⁴.

Desde esta perspectiva, y a pesar de la nueva estructura en la sistemática externa de las *causae obligationum*, las *res cottidiana*e son continuadoras del sistema interno de Gayo, de su *Gedankengang* en lo que respecta a la noción de contrato, más que un quiebre con las ideas contenidas en sus Instituciones¹¹⁵.

CONCLUSIONES

Gayo nos ofrece lo que en terminología moderna sería susceptible de ser calificado como dos **sistemas externos** del derecho de obligaciones; uno en sus Instituciones, en las que se presenta la dicotomía *contractus-delictum*, y otro en sus *res cottidiana*e, donde a estas dos *causae obligationum* se agrega la vaga y residual categoría de las *variae causarum figurae*. De acuerdo a las Instituciones, para que nazca una relación obligatoria *ex contractu* es suficiente que el hecho del que ella procede no sea ilícito (*ex delicto*). Según las *res cottidiana*e, en cambio, el consentimiento sería esencial, ya que de no estar presente, la figura en cuestión es excluida del ámbito de las *obligationes ex contractu* e incluida en las otras “varias especies de causas”.

En cuanto a la existencia de un **sistema interno**, este sería, en lo fundamental, el mismo en ambas obras: no hay una categoría general, unitaria, de contrato, como si todos los tipos contractuales pudieran reconducirse al mismo fundamento jurídico (a la misma

¹¹⁰ D. 44, 7, 1pr. (Gai. 2 res cott.): *Obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. [“Las obligaciones nacen de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas”].

¹¹¹ D. 44, 7, 5pr.-3 (Gai. 3 res cott.).

¹¹² ORESTANO (1959) pp. 455 y ss.

¹¹³ I. 3, 13, 2: (...) *Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aeque quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu. de quibus singulis dispiciamus.* [“(...) Es el caso que primero veamos las <obligaciones> que nacen de contrato. De estas hay cuatro especies: se contraen por la transferencia de dominio, por palabras, por la escritura o por consenso. Veamos cada una de ellas”].

¹¹⁴ Art. 1438 CC: “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”. Para el desarrollo de la moderna noción de contrato ver especialmente NANZ (1985) pp. 5 y ss.; KEGEL (2002) pp. 3 y ss.; para sus fundamentos filosóficos GORDLEY (1991) pp. 10 y ss.

¹¹⁵ En contra, por ejemplo, COMA FORT (1996) p. 29.

“causa”, que hoy sería el acuerdo de voluntades entre las partes: la *conventio*), sino que cada una de las que en lenguaje moderno denominaríamos categorías contractuales es un género en sí mismo y, por ende, una realidad esencialmente distinta e independiente. En consecuencia, las distintas sistemáticas externas empleadas por Gayo, vistas con el prisma del dogmático moderno, no dan debida cuenta de su (única) sistemática interna, su *Gedanken-gang*, el cual se mantiene –en sus rasgos fundamentales– inalterado en ambas obras.

Lo dicho no es sino un ejemplo de hasta qué punto la atribución a la experiencia jurídica romana de categorías actuales obedece a retroproyecciones anacrónicas de nuestros propios constructos sistemáticos; en definitiva, a la representación en muchos aspectos “deformada” de las instituciones jurídicas romanas por parte de la tradición del *ius commune* y, muy especialmente, por la ciencia pandectística del siglo XIX. Los juristas romanos reconocieron la necesidad de dotar de una estructura coherente a la *interpretatio* de las instituciones y conceptos que conforman el *ius civile*, cuya construcción, lejos de aspiraciones didácticas, tiene lugar principalmente a partir de la solución de casos concretos y la dialéctica constante entre juristas (también con los *veteres*), ya que solo a través de esta operación es posible lograr un sucesivo progreso en la comprensión del fenómeno jurídico, intrínsecamente histórico. El sistema de directrices internas a que hemos aludido no tiene por qué expresarse en una *dispositio* determinada de las materias, es decir, en un sistema externo. Para los *prudentes*, la articulación interna de las ideas no exige de suyo verse reflejada en la correspondiente exposición ordenada de conceptos, categorías, distinciones, clasificación en género y especie, etc.

El sistema de las Pandectas (el Digesto) no es igual al sistema de la pandectística. Las *divisiones obligationum* de Gayo y su noción de *contractus*, así como su aplicación en la *praxis* por juristas de *mainstream* (Paulo y Ulpiano), son una muestra de ello.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BALDUS, Christian (2012): “Zum Begriff des debitum bei Cervidius Scaevola. Schuldrecht, Erbrecht und Prozessrecht zwischen Hochklassik und Spätklassik”, en HARKE, Jan Dirk (ed.), *Facetten des römischen Erbrechts* (Berlin/Heidelberg, Springer) pp. 1-34.
- BETTI, Emilio (1912): “Sul significato di ‘contrahere’ in Gaio e sulla non-classicità della denominazione ‘quasi ex contractu obligatio’”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, vol. XXV (1912) pp. 65-88.
- BETTI, Emilio (1915): “Sul valore dogmatico della categoria ‘contrahere’ in giuristi procuriani e sabiniani”, *Bullettino dell’Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, Vol. XX-VIII: pp. 3-96.
- BETTI, Emilio (1928): “Diritto romano e dogmatica odierna”, *Archivio Giuridico Filippo Serafini*, Vol. XCIX: pp. 129-150.
- BISCARDI, Arnaldo (1966): “Postille gaiane”, en *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romano-nistico* (Napoli, Jovene) pp. 15-24.
- BRETONE, Mario (1982): *Tecniche e ideologie dei giuristi romani* (Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, segunda edición).
- BRETONE, Mario (2008): *Ius controversum nella giurisprudenza classica* (Roma, Bardi).

- BRUTTI, Massimo (1979): "Storiografia e critica del sistema pandettistico", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Vol. VIII: pp. 317-360.
- BRUTTI, Massimo (2012): "Gaio e il ius controversum", *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, Vol. LV: pp. 75-124.
- CANNATA (1997): *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labeone* (Torino, Giappichelli).
- CANNATA, Carlo Augusto (2008): *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II* (Torino, Giappichelli).
- COMA FORT, José María (1996): *El derecho de obligaciones en las res cotidianae* (Madrid, Fundación Seminario de Derecho Romano Urcisino Álvarez).
- 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 (1943): *Presupuestos críticos para el estudio del derecho romano* (Salamanca, Colegio Trilingüe de la Universidad).
- D'ORS, Álvaro (1975): "Réplicas Panormitanas VI. Sobre la suerte del contrato real en el derecho romano", *Revista de Derecho Notarial*, Vol. LXXXVIII: pp. 7-26.
- DE FRANCISCI, Pietro (1936): "Questioni di metodo", en *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento I* (Palermo, Castiglia) pp. 1-19.
- 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", *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Vol. VI: pp. 103-124.
- FALCONE, Giuseppe (2011): "Sistematiche gaiane e definizione di obligatio", en CAPOGROSSI-COLOGNESI, Luigi y CURSI, Maria Floriana (eds.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma 23-24 settembre 2010)* (Napoli, Jovene) pp. 17-52.
- FLUME, Werner (1962): "Die Bewertung der Institutionen des Gaius", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. LXXIX: pp. 1-27.
- GIARO, Tomasz (1988): "Über methodologische Werkmittel der Romanistik", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. CV: pp. 180-262.
- GOKEL, Julia Maria (2014): *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola* (Berlin, Duncker & Humblot).
- GORDLEY, James (1991): *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (Oxford, Oxford University Press).
- GROSSO, Giuseppe (1963): *Il sistema romano dei contratti* (Torino, Giappichelli, tercera edición).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (1980): "Dialéctica, casuística y sistemática en la jurisprudencia romana", en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, Vol. V: pp. 17-31.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2005): *Acto, negocio, contrato y causa en la tradición del derecho europeo e iberoamericano* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro (2007): "El carácter dialéctico del sistema de las Institutiones de Gayo", en CARVAJAL, Patricio (ed.), *Estudios de Derecho Romano en Homenaje al Prof. Dr. D. Francisco Samper* (Santiago, Librotecnia) pp. 427-457.

- HAFERKAMP, Hans-Peter (2012): "Methode und Rechtslehre bei Georg Friedrich Puchta", en RÜCKERT, Joaquim y SEINECKE, Ralf (eds.), *Methodik des Zivilrechts - von Savigny bis Teubner* (Baden-Baden, Nomos) pp. 73-96.
- HARKE, Jan Dirk (2010): "Juristenmethode in Rom", en RIESENHUBER, Karl (ed.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis* (Berlin, De Gruyter) pp. 9-25.
- HARKE, Jan Dirk (2013): *Studien zu Vertrag und Eigentumserwerb im römischen Recht* (Berlin, Duncker & Humblot).
- HARKE, Jan Dirk (2016): *Römisches Recht. Von der klassischen Zeit bis zu den modernen Kodifikationen* (München, C.H. Beck, segunda edición).
- HECK, Philipp (1932): *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz* (Tübingen, Mohr).
- HEUMANN, Hermann Gottlieb y SECKEL, Emil (1926): *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts* (Jena, Fischer, novena edición).
- HÖPFNER, Clemens (2008): *Die systemkonforme Auslegung. Zur Auflösung einfachgesetzlicher, verfassungsrechtlicher und europarechtlicher Widersprüche im Recht* (Tübingen, Mohr Siebeck).
- KASER, Max (1953): "Gaius und die Klassiker", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. LXX: pp. 127-178.
- KASER, Max (1962): "Zur Methode der römischen Rechtsfindung", en *Nachrichten der Akademie der Wissenschaften in Göttingen I, Philologisch-historische Klasse, Jahrgang 1962 Nr. 2*, (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht) pp. 47-78.
- KASER, Max (1965): "Zur juristischen Terminologie der Römer", en *Studi in onore di Biondo Biondi I* (Milano, Giuffré) pp. 95-142.
- KASER, Max (1966): "La classicità di Gaio", en *Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico* (Napoli, Jovene) pp. 42-54.
- KASER, Max (1971): *Das Römische Privatrecht I* (München, C.H. Beck, segunda edición).
- KASER, Max (1972): *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung* (Wien/Köln/Graz, Böhlau).
- 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 (1986): *Römische Rechtsquellen und angewandte Juristenmethode* (Wien/Köln/Graz, Böhlau).
- KASER, Max y KNÜTEL, Rolf (2014): *Römisches Privatrecht* (München, C.H. Beck, vigésima edición).
- KEGEL, Gerhard (2002): *Vertrag und Delikt* (München, Heymanns).
- KNÜTEL, Rolf (1998): "Nicht leichter, aber um so reizvoller. Zum methodologischen Vermächtnis Max Kasers", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. CXV: pp. 33-65.
- KNÜTEL, Rolf (2005): "Zur Rechtsfindung der Römer", en SÖLLNER, Alfred, GITTER, Wolfgang, WALTERMANN, Raimund, GIESEN, Richard y RICKEN, Oliver (eds.), *Gedächtnisschrift für Meinhard Heinze* (München, C.H. Beck) pp. 475-499.

- KNÜTEL, Rolf (2006): "Betrachtungen zur Rechtsfindung der römischen Juristen" en LINARES, José Luis (coord.), *Liber amicorum Juan Miquel. Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo* (Barcelona, Universitat Pompeu Fabra) pp. 523-555.
- KOLLMANN, Andreas (1996): *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht* (Berlin, Duncker & Humblot).
- KRÜGER, Paul (1912): *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts* (München/Leipzig, Düncker & Humblot, segunda edición).
- LANTELLA, Lelio (1975): *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)* (Torino, Giappichelli).
- LARENZ, Karl (1960): *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (Berlin/Göttingen/Heidelberg, Springer).
- LAURIA, Mario (1938): "Contractus, delictum, obligatio (a proposito di recenti studi)", *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, Vol. IV: pp. 163-192.
- LENEL, Otto (1927): *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung* (Leipzig, Verlag von Bernhard Tauchnitz, tercera edición).
- LOSANO, Mario (2002): *Sistema e struttura nel diritto III. Dal Novecento alla postmodernità* (Milano, Giuffrè).
- MARTINI, Remo (1964): "Genus e species nel linguaggio gaiano", en *Synteleia Vincenzo Arangio-Ruiz I* (Napoli, Jovene) pp. 462-468.
- MARTINI, Remo (1991): "Il mito del consenso nella dottrina del contratto", *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, Vol. XLII: pp. 97-109.
- MARTINI, Remo (2006): "La sistematica dei giuristi romani", *Index. Quaderni Camerti di Studi Romanistici. International Survey of Roman law*, Vol. XXXIV: pp. 87-98.
- MAYER-MALY, Theo (1967): "Divisio obligationum", *The Irish Jurist*, Vol. II: pp. 375-385.
- NANZ, Klaus-Peter (1985): *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert* (München, Schweitzer).
- NÖRR, Dieter (1972): *Divisio und partitio. Bemerkungen zur römischen Rechtsquellenlehre und zur antiken Wissenschaftstheorie* (Berlin, Schweitzer).
- NÖRR, Dieter (1978): "Zum Traditionalismus der römischen Juristen", en *Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag 12. September 1978 I* (Köln, O. Schmidt) pp. 153-190.
- ORESTANO, Riccardo (1959): *Obligationes e dialettica*, en *Droits de l'antiquité et sociologie juridique. Mélanges Henri Lévy-Bruhl* (Paris, Sirey) pp. 445-458.
- ORESTANO, Riccardo (1981): *'Diritto'. Incontri e scontri* (Bologna, Il Mulino).
- ORESTANO, Riccardo (1987): *Introduzione allo studio del diritto romano* (Bologna, Il Mulino).
- PARICIO, Javier (1994): "Las fuentes de las obligaciones en la tradición gayano-justinianea", en PARICIO, 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, Javier (1997): "Sull'idea di contratto in Gaio", en VACCA, Letizia (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Torino, Giappichelli) pp. 151-160.
- PARICIO, Javier (2008): *Contrato. La formación de un concepto* (Cizur Menor, Civitas).

- PERNICE, Alfred (1888): "Parerga III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. IX: pp. 195-260.
- PUCHTA, Georg Friedrich (1875): *Cursus der Institutionen I. Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft* (Leipzig, Breitkopf & Härtel, octava edición).
- RAGGI, Luigi (2007): *Il metodo della giurisprudenza romana* (Torino, Giappichelli).
- RICCOBONO, Salvatore (1930): "La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica", en *Studi in onore die Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento I* (Milano, Giuffré) pp. 123-173.
- SARGENTI, Manlio (1988): "Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano", *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, Vol. XXXIX: pp. 24-74.
- SCARANO USSANI, Vincenzo (1997): *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana* (Torino, Giappichelli).
- SCHRÖDER, Jan (2012): *Recht als Wissenschaft. Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500-1933)* (München, C.H. Beck, segunda edición).
- SCHULZ, Fritz (1934): *Prinzipien des römischen Rechts* (München/Leipzig, Duncker & Humblot).
- SCHULZ, Fritz (1951): *Classical Roman Law* (Oxford, Oxford University Press).
- SCHULZ, Fritz (1961): *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft* (Weimar, Hermann Böhlau Nachfolger).
- SCHWARZ, Andreas (1921): "Zur Entstehung des modernen Pandekentsystems", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. XLII: pp. 578-610.
- SCHWARZ, Fritz (1952): *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht* (Münster/Köln, Böhlau).
- SCHIAVONE, Aldo (2005): *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente* (Torino, Einaudi).
- SEGRÈ, Gino (1952): "Sulla classificazione delle cause delle obligationes nelle Istituzioni di Gaio", en *Scritti vari di diritto romano* (Torino, Giappichelli) pp. 433-442.
- STAGL, Jakob Fortunat (2014): "Das didaktische System des Gaius", *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. CXXXI: 313-348.
- STEIN, Peter, (1983): "The Development of the Institutional System", 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.
- 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.
- TALAMANCA, Mario (1979): "Obbligazioni (diritto romano)", en *Enciclopedia del Diritto*, Vol. XXIX: pp. 1-78.
- TALAMANCA, Mario (2006): "Contratto e patto nel diritto romano", en BURDESE, Alberto (ed.), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana* (Padova, Cedam) pp. 37-83.
- VACCA, Letizia (2006): *Metodo casistico e sistema prudenziale* (Padova, Cedam).
- VACCA, Letizia (2012): *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni* (Torino, Giappichelli, segunda edición).

- VARVARO, Mario (2016): “La dote, il ius singulare e il sistema didattico di Gaio”, *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, Vol. XXIX: pp. 409-439.
- VOCI, Pasquale (1946): *La dottrina romana del contratto* (Milano, Giuffré).
- VON LÜBTOW, Ulrich (1944): “Cicero und die Methode der römischen Jurisprudenz”, *Festschrift für Leopold Wenger I* (München, Beck) pp. 224-235.
- VON LÜBTOW, Ulrich (1948): “De iustitia et iure”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. LXVI: pp. 458-565.
- VON LÜBTOW, Ulrich (1951): “Betrachtungen zum gajanischen Obligationenschema”, MOSCHETTI (ed.), *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona 27-28-29 IX 1948 III* (Milano, Giuffré) pp. 239-264.
- VON LÜBTOW, Ulrich (1952): *Beiträge zur Lehre von der Condictio nach römischem und geltendem Recht* (Berlin, Duncker & Humblot).
- WIEACKER, Franz (1953): “Griechische Wurzeln des Institutionensystems”, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte, romanistische Abteilung*, Vol. LXX: pp. 93-126.
- WIEACKER, Franz (1967): *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung* (Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht).
- WIEACKER, Franz (1969): “Über das Verhältnis der römischen Fachjurisprudenz zur griechisch-hellenistischen Theorie”, *Iura. Rivista internazionale di diritto romano e antico*, Vol. XX: pp. 448-477.
- WIEACKER, Franz (1991): “Grundlagen der Systembildung in der römischen Jurisprudenz”, en BUCCELLATO, Luciana (ed.), *La sistematica giuridica. Storia, teoria e problemi attuali* (Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana) pp. 63-83.
- WIEACKER, Franz (2006): *Römische Rechtsgeschichte II* (München, C.H. Beck).
- WINDSCHEID, Bernhard (1904): “Die Aufgaben der Rechtswissenschaft”, *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (Leipzig, Duncker & Humblot) pp. 100-116.
- WUNNER, Sven Erik (1964): *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (Köln/Graz, Böhlau).
- ZIMMERMANN, Reinhard (1996): *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition* (Oxford, Oxford University Press).