



TLATEMOANI
Revista Académica de Investigación
Universidad Autónoma de San Luis de Potosí
No. 16 – Agosto 2014
ISSN: 1989-9300
revista.tlatemoani@uaslp.mx

Fecha de recepción: 22 de noviembre de 2013
Fecha de aceptación: 11 de marzo de 2014

CINCO REFLEXIONES SOBRE LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE LA PALABRA EN EL SISTEMA CONTRACTUAL DE DERECHO ROMANO

FIVE REFLECTIONS ON THE ROMAN INSTITUTIONALIZATION OF THE WORD IN THE LEGAL-PATRIMONIAL RELATIONSHIPS

Iván Vargas-Chaves *

Resumen.

La palabra como institución cumplió un papel trascendental en la cimentación de los contratos en la antigua Roma. Y aunque en un principio lo hizo a través de su forma verbal, la consolidación se dio gracias a su transformación como documento en respuesta a los clamores de una sociedad ávida de progreso, en un contexto de complejidad en diversas operaciones comerciales. En el presente artículo nos ocuparemos a partir de la doctrina de A. Castresana, de

* Licenciado en Derecho por la Universidad del Rosario (Colombia) y Maestro en Derecho por la Università degli Studi di Genova (Italia). Investigador en formación doctoral en la Universidad de Barcelona. Correo electrónico: ivan@vargas.com.co

un análisis de los antecedentes de esta figura, y de su integración con una nueva realidad que dejaba atrás un arcaico *ius civile*, institucionalizándose a través del *ius gentium* en el punto de partida de las relaciones jurídico-contractuales modernas.

Palabras Clave: Contratos, Derecho romano, *ius civile*, *ius gentium*, Palabra.

Abstract.

The word as an institution had played a major role in the foundation of contractual relations in the ancient Rome. At first, the word existed in oral form, but its consolidation coincided with its transformation as a document, in response to a society in evolution. In this article, we will study through A. Castresana's work: their history, and their integration process in an *ius gentium* context. The importance of this figure is the fact its relevance to the contract law have been persisted over the long run.

Keywords: Contracts, *ius civile*, *ius gentium*, Roman law, Word.

1. Al estudiar los fundamentos jurídicos de los sistemas contractuales en el derecho comparado, es indispensable tener presente el esquema de las bases comunes construidas en los modelos históricos de integración a partir del derecho romano. Bases que si bien son presentadas de diversas formas (Fernández de Buján, 2010; Iglesias, 2010; Kaser, 1971), tienen un núcleo en común. Este núcleo encuentra su razón de ser, a su vez, en tres ejes o instituciones que han permeado hasta nuestros días (Castresana, 2010), a tal punto de estar presentes en los procesos integradores jurídicos europeos.

La primera de estas instituciones es la *lex mercatoria*, forjada en la alta edad media desde la experiencia de las relaciones jurídico-negociales entre romanos y extranjeros. La segunda institución, se da en el legado del cristianismo en el derecho (De-Churruca, 2006, pp. 237-238), desde que esta religión se difundiese en Roma con la conversión del emperador Constantino. Y por último, el *ius gentium*, institución a la que nos referiremos en el presente artículo, y que es conveniente aclarar a efectos metodológicos, no se desprende del denominado derecho de gentes.

En este sentido, el *Ius Gentium* (II a.C) se despliega como una pieza jurídica fundamental que reformuló el papel del derecho [hasta entonces *ius civile*] en la sociedad romana, influenciada por la Religión. La ritualidad marcaba la pauta, las fórmulas se transmitían verbalmente y con mucha solemnidad, limitándose de esta manera el acceso al derecho. Era, pues, una época en la que la palabra creaba un derecho ajustado a un clasismo estructural, que por demás era aplicable dentro un único territorio, conformado por fronteras muy inestables.

Con la expansión del territorio romano, se hizo cada vez más necesario contar con un derecho capaz de hacer frente a toda la problemática que ello planteaba. Para lo cual, se dispuso un sistema creado por los mismos ciudadanos romanos y, que pudiese llegar más allá de las fronteras, pues lo que se esperaba era que fuera capaz de observar una única realidad a través de elementos compartidos.

Hablamos de un derecho con carácter plurinacional que evita, bajo cualquier pretexto, las tradiciones jurídicas propias, en tanto propugna por una real integración en pro del bienestar común.

De hecho en Gaius (Inst. 1.1) encontramos lo siguiente:

"(...) todos los pueblos que se rigen por leyes y costumbres usan en parte su propio derecho y en parte el derecho común de todos los hombres; pues el derecho que cada pueblo establece para sí, ese es suyo propio, y se llama derecho civil, como si dijéramos derecho propio de la ciudad; en cambio, el que la razón natural establece entre todos los hombres, ese se observa uniformemente entre todos los pueblos y se llama derecho de gentes, como si dijéramos el derecho que usan todas las naciones".

Así, partiendo de sus propias palabras, nos es posible advertir que el pueblo romano usaba en parte su propio derecho, pero también, y de otra parte, aquel derecho común que le es inherente a todos los hombres.

2. Si bien en el ámbito privado el contrato es la institución por antonomasia, en el ámbito público el contrato social va a ser la esencia de toda teoría del Estado occidental. No en vano Rosseau (1762) se remitió en más de una ocasión a Cicerón en este sentido. En relación al contrato, Castresana (2010) aclara que el *ius gentium* propuso tres distintos elementos que van a configurar a su vez las tres bases de la tradición jurídica occidental, la *verba*, la *voluntas* y la *fides*.

Por *verba*, o palabra, nos referimos a una concesión al *ius civile*. Un claro ejemplo lo encontramos en las figuras *certa verba* y *concepta verba*, las cuales servían para la instrucción o el conocimiento a los *recipitatores* (Cf. Betancourt, 2007). La *voluntas*, en cambio, podría ser equiparable con un pacto o acuerdo, que si bien no nos remitiría propiamente a un contrato, sí a un hecho generador de obligaciones.

Y La *fides*, por último, al cumplimiento de la palabra dada, esto es, a la lealtad que tenían los romanos hacia su propia palabra (Castresana, 1991); o en términos de Cicerón "cumplir con lo que se prometió, haciendo honor a la palabra empeñada"². Por su parte Kaser (1971) plantea que la *fides* no se va a limitar únicamente a las relaciones entre

² *Nomen ipsum míhi uidetur habere, cum fit quod dicitur*. En este mismo sentido, cfr. Santa Cruz, J. (1979). *De optimo rei publicae statu*. Revista Estudios Clásicos 23 (83) p. 188.

ciudadanos romanos, sino a todos los hombres, sin distinción de su procedencia.

La importancia de esta configuración yace en que al partir de la *verba* como la palabra dada, y en su cumplimiento como un acto en el que se honra la *fides* a través de una especie de acuerdo vinculante [*voluntas*]; es que nos encontramos con el primer gran aporte del *ius gentium*, que es el antecedente inmediato del contrato, una institución que permearía, y que se desarrollaría en el periodo del derecho romano clásico.

3. En el periodo del derecho romano arcaico, la religión fue la base de un incipiente sistema jurídico. Una religión entendida como la manifestación del sentimiento hacia los dioses a través de ritos y ceremonias solemnes. Y fue justamente en este periodo, en el que la palabra jugó un papel preponderante como eje cardinal de los primeros procesos para dirimir controversias entre patricios, quienes debían utilizarlas metódicamente siguiendo un esquema y orden determinado en una fórmula ritual. Debe recordarse que para entonces el concepto de palabra escrita aún no existía (Amunátegui, 2008)

Otras manifestaciones reportadas son la oración, que es una selección de palabras -en plural- sin ningún orden en específico, se esperaba que la divinidad fuera la receptora; y el *iusiurandum* o juramento, un acto que incluía la elección de palabras que, a diferencia de la oración, si tenían un orden predispuesto (De Castro-Camero, 2007). En el juramento se exteriorizaba un sentimiento dirigido a los dioses, quienes se encontraban presentes como partes ante un hablante, de quien provenía el juramento, y además, un receptor del juramento: la divinidad invocada.³.

Para que las palabras vincularan, debían pronunciarse en voz alta, pues se sabía que tan solo bastaba con la declaración oral, para que ésta

³ Se admitían dos variantes: “juro decir la verdad” y “juro realizar determinada acción, lo juro por Júpiter”, Además, en relación a aquellos que debían dar garantía, lo debían hacer a través de esta figura (D. 2.8), atendiéndose a lo prometido. Véase, además, De Castro-Camero, R. (2007). *Quid iuris?: las razones del jurista en el derecho romano*. Sevilla: Universidad de Sevilla, p. 52.

adquiriera algún valor comprometedor para el derecho y por tanto para la sociedad romana, respecto a quien la emitía, naturalmente era un ciudadano romano revestido de la capacidad jurídica para hacerlo. Al invocar a la divinidad, lo que se trae a colación es la figura de un receptor que no está presente físicamente. No obstante, si nos detenemos sobre dicha calificación técnica, nos encontraríamos con una doble acepción: el silencio del receptor o el receptor silencioso (Castresana, 2010).

En cualquier caso, la relevancia se da en la misma invocación de dicho receptor, puesto que es un acto en el que éste participa a través de un silencio activo. (D.19,12,13,11; D.50,17,142; Bonfante, 1965) Debemos concebir también a un ciudadano romano social, quien no se aislaba para rezar. Su exteriorización se manifestaba en presencia de otros ciudadanos, los cuales, atentos, escuchaban el pronunciamiento verbal, adjudicándole un único y certero valor, éste es el fundamento histórico de la fuerza de la palabra.

Es en este contexto, en el que la palabra finalmente adquiriría en una gran connotación jurídico-negocial, pues quien la invoca es quien se compromete ante un silencio activo del receptor. Estamos, sin lugar a duda ante una obligación que nacía de forma unilateral, y es que en el derecho romano su nacimiento no se encuentra vinculado a dar, hacer o no hacer, sino al *certum dare*, o prometer dar.

4. A finales del V. a.C. el ya referido esquema funcionaba sin mayor alteración, la palabra seguía siendo utilizada por todo ciudadano romano para adquirir obligaciones. En tal sentido, a partir del siglo IV a.C. la figura

del el receptor cambia⁴, y de la divinidad, el sistema pasa a reconocer que otro ciudadano romano, con iguales derechos, se convierta en el nuevo receptor activo.

Aparece de esta forma la *sponsio*, como un compromiso que sigue atado a la rigurosidad, al formalismo y al ritualismo, pues se considera aún como un acto religioso sometido ante los ciudadanos romanos, quienes continuaban siendo los testigos. Las palabras utilizadas eran *spondes* y *spondeo* (prometes / prometo). Así, se torna este esquema en un acto de carácter bilateral⁵ en el que intervenían físicamente dos nacionales capaces de contraer obligaciones. (Zimmermann, 1996)

En relación a la *sponsio*, al ser un acto restringido a los ciudadanos romanos, pierde su efectividad ante la imposibilidad de realizar operaciones comerciales con los extranjeros. Y es en este escenario en el que el *ius gentium* interviene nuevamente, al permitirle a los ciudadanos romanos contraer obligaciones con los fenicios y griegos (Castresana, 1982) en su calidad de peregrinos.

Por su parte la *stipulatio* se apartaba de todo formalismo, destacándose por varios aspectos, entre ellos: su forma más abierta y flexible; la oralidad; el alcance de las obligaciones que adquiriría el promitente [a través de la *responsio* o *promisio*] era dado por el estipulante a través de la *stipulatio* o *interrogatio* (Hugo, 1850); y, desde luego, su carácter bilateral o sinalagmático. Otro aspecto a destacar, es el

⁴ No en vano el carácter vinculante de la palabra, está inmerso en lo que Castresana concibe como una serie de actos que conforman un ritual completo. Cfr. Amunátegui Perelló, C.F. (2008). *Castresana, Amelia, Actos de palabra y Derecho. Revista de estudios histórico-jurídicos*, 30, pp. 581-583. Incluso para esta tratadista, “mucho antes de que los ciudadanos romanos descubrieran la capacidad de las palabras para cumplir acciones de derecho civil, la religión exigía del hombre el cumplimiento de ciertos ritos”. Castresana, A. (2010) *La palabra como Ars Iuris*, en: Cortés-Gabaudan. *Dic Mihi, Mvsa, Virvm: Homenaje al profesor Antonio López Eire*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, p. 105. Véase, además, Zimmermann, R. (1996). *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*. Oxford: Oxford University Press, p. 92 y ss.

⁵ Se esperaba en este sentido que hubiese unidad en el acto jurídico y congruencia entre lo que se pregunta y lo que se responde.

sometimiento que tenía la obligación a adquirir ante una condición o un hecho futuro e incierto.

Ahora bien, respecto a la propiedad como derecho, ésta nace a través de la palabra en una afirmación pública sobre el bien que se espera poseer. Dicha afirmación habría de hacerse físicamente, y de ser posible, ante la propiedad en público. Desde luego debe entenderse que el concepto de bien es tan amplio, que incluso abarcaba a otras personas naturales, p.ej. ante el sometimiento de esclavos por el no pago de una deuda.

Era, en efecto, un derecho de propiedad privada que se obtenía con la palabra, ante un colectivo que señalaba [con el dedo] aquello que se iba a adquirir. Es de notar que de los allí presentes, ninguno tendría que oponerse con una igual afirmación, pues de ser así, surgiría un debate verbal contradictorio, el cual debía resolverse como incompatibilidad ante un proceso reivindicatorio.

Dentro del proceso, en la fase de contestación de la demanda, el demandado a su vez declararía no reconocer el derecho del actor, contradiciéndolo. En este proceso el pretor se dirigía a una de las partes, solicitándole jurar sobre la afirmación realizada inicialmente (De Castro-Camero, 2007), si éste juraba, el bien le era adjudicado.

De no jurarlo, el pretor le solicitaba también al otro contendiente realizar dicho juramento, quien de hacerlo, recibía la adjudicación. Se sabe igualmente que en caso de presentarse una falsedad en el juramento, quien hubiese jurado falsamente “moría” ante los dioses⁶, aun cuando naturalmente continuara con vida. (Caballé-Martorell, 2002)

5. Un último antecedente lo encontramos en el préstamo. Una relación jurídico-negocial denominada en un principio *vulgo* (Castresana, 1982) y que consistía en la entrega de una cantidad de dinero, sujeta a una promesa verbal estipulatoria a través de la *interrogatio*. Se trataba de un contrato de préstamo gratuito, ya que si se prestaba determinada

⁶ Es interesante ver cómo Castresana (2010, p. 106), trayendo a colación a d'Ors, sitúa a la religión en un contexto de “intercambio de favores entre los hombres y los dioses, muy próximo a la reciprocidad de las obligaciones jurídicas”

cantidad, se recibía entonces la misma cantidad, con lo cual no era posible exigir un valor adicional.

Con la ampliación de las fronteras comerciales, y ante la necesidad que tenían los navegantes extranjeros de contar en el puerto con más dinero que del que usualmente disponían para comprar mercancías, aparecen los prestamistas romanos, quienes les entregaban a los solicitantes lo requerido, a cambio de una prima de seguro sobre el capital prestado.

Ciertamente el *ius gentium* permitió desde tal operación, hasta esquemas contractuales más complejos, lo cual le garantizó a Roma un constante flujo de comerciantes y navegantes en sus puertos, trayéndole aquellos ingresos tan necesarios para sus campañas expansionistas (Garrido, 1982), pues como era de suponer, aquellos quienes empezaban a negociar con los romanos, no se iban a adoptar las formalidades que el *ius civile* exigía.

Por el contrario, se exigiría un modelo que fuese más allá de la palabra, y es justamente ahí cuando nace el documento como palabra escrita, en respuesta a todos los retos de una sociedad, para entonces en constante crecimiento, que se erigirá como el gran imperio que dejó en su derecho un gran legado para la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Amunátegui, C.F. (2008). Castresana, Amelia, Actos de palabra y Derecho. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 30, pp. 581-583.
- Betancourt, F. (2007). *Derecho Romano Clásico*, Sevilla: Universidad de Sevilla.
- Bonfante, P (1965). *Instituciones de Derecho Romano*. Madrid: Reus.
- Castresana, A. (1982). *El préstamo marítimo griego y la pecunia traiectica romana*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca.
- Castresana, A (1991). *Fides, bona fides: un concepto para la creación del derecho*. Madrid: Tecnos,
- Castresana, A. (2010) *La palabra como Ars Iuris*. En F. Cortés-Gabaudan (Ed.) *Dic Mihi, Mvsa, Virvm: Homenaje al profesor Antonio López Eire*. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca
- Caballé-Martorell, A.M. (2002). *Derecho de sucesiones y proceso civil romano*. Barcelona: Universitat Oberta de Catalunya.
- De-Churruca, J. (2006). *El acercamiento del cristianismo primitivo al Imperio Romano*. En J. Linares (Ed.). *Liber Amicorum a Juan Miquel: Estudios romanísticos con motivo de su emeritazgo*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- De Castro-Camero, R. (2007). *Quid Iuris?: las razones del jurista en el derecho romano*. Sevilla: Universidad de Sevilla
- Fernández de Buján, A. (2010). *Historia del Derecho Romano*. Madrid: Civitas.
- Gaius, *Institutas*.
- Garrido, M. (1982). *Derecho privado romano*. Madrid: Dykinson.

- Hugo, G. (1850) Historia del derecho romano. Madrid: Establecimiento Tipográfico de D.R.R. de Rivera.
- Iglesias, J. (2010). Derecho romano. Historia e Instituciones, Ariel: Madrid.
- Kaser, M. (1971) Römisches Privatrecht I., Munich: Beck.
- Santa Cruz, J. (1979). De optimo rei publicae statu. Revista Estudios Clásicos 23 (83).
- Rousseau, J.J. (1762). El contrato social.
- Zimmermann, R. (1996). The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition. Oxford: Oxford University Press.