

Una lección del profesor Costa.

La génesis de la “*Obligatio*”

El 27 de Junio de 1926 moría en Bolonia el ilustre profesor Emilio Costa, romanista eminente y decano de aquella gloriosa Facultad de Derecho. Hombre de insaciable curiosidad científica, buceó en los dominios todos del Derecho romano, y su vasta obra mereció la rendida admiración del mundo. La vejez, la desgracia de la pérdida de su hijo dilectísimo, no abatieron ni menguaron sus bríos de estudioso y de investigador y «*colla luce degli occhi quasi spenta, col cuore malato*», como dice su biografiador, continuó sus magníficas aportaciones al acervo espléndido del romanismo.

No obstante su universal nombradía—Lenel se honraba con su amistad—, en España es poco conocido.

Con la muerte de Costa, de Pertsch y de Jörs, se extinguen tres faros potentísimos de la ciencia romanística.

En el presente trabajo nos ocuparemos de la exposición de una de sus más brillantes lecciones: la génesis de la *obligatio*.

* * *

Los conceptos integrantes del vínculo obligatorio, fueron en el Derecho romano y son en el actual, dos: débito y responsabilidad. El primero significa la necesidad en el deudor de observar una determinada conducta, el segundo la consecuencia jurídica que se produce con la inobservancia de esta conducta por parte del deudor. Si bien en el Derecho romano tardío, y en el actual, ambos conceptos aparecen fundidos en la obligación, de tal manera que dan

a ésta la apariencia de hallarse simple, y unitariamente estructurada, el análisis descubre sin embargo la duplicidad de su integración.

La aparición de ambos elementos unidos, es producto de un largo proceso histórico.

En el Derecho griego, en las antiguas fuentes del escandinavo, estudiadas por von Amira, se patentiza ya esta dualidad. La distinción de lo que los alemanes llaman «Schuld» y «Haftung», aparece ya entonces muy clara, y se llega a admitir por Hübner dos especies de deberes: el deber del deudor y el del acreedor. El primero consiste en «la necesidad jurídica de realizar una determinada prestación», constituyendo ésta el contenido positivo de la obligación debitoria. El deudor no puede hacer nada que obste o entorpezca el cumplimiento de la prestación que debe.

El lenguaje y el Derecho germánico antiguos, designan también al acreedor como deudor. Al acreedor incumbe el deber de recibir lo debido por el deudor y en esto consiste la obligación que podemos llamar creditoria. En la *lex Burgundiorum* (19 § 10), se usa la palabra *debitur*, aplicada al acreedor, y hasta el siglo xvi se sigue empleando esta designación (Hübner: «Grundzüge des Deutschen Privatrechts». Leipzig, 1912, páginas 453-462).

Ambos deberes aparecen fundidos en el tipo normal de la obligación. El deudor *debe* prestar al acreedor lo pactado, y el acreedor *debe* recibir la prestación debitoria. Amira, Strochal, Schwerin, Puntschart, afirman que, en el vínculo obligatorio, los verdaderamente esencial es el deber del acreedor, pero tal afirmación es un tanto exagerada, pues como objeta muy bien Gierke, las relaciones jurídicas son en definitiva relaciones entre voluntades, y por lo mismo un deber de recibir la prestación no es concebible sin el correspondiente deber de prestar.

En este tipo normal de la obligación no aparece primitivamente como elemento esencialmente integrante, la responsabilidad, la «Haftung». El «Haftungsgeschäft», de los alemanes, es un negocio generador de la responsabilidad que posee independencia y substantividad propia. La prenda comisorio (1) y la fianza personal son representativos de este tipo de negocio. Apa-

(1) Creemos con esta expresión traducir exactamente la alemana «Weifallspfand».

rentemente no es el deudor quien responde, sino la prenda o el cuerpo del fiador dado en prenda. Para expresarlo con más exactitud, diremos con Sohm: «Der Bürge haftet Ohne eigne Schuld, der Schuldner schuldet ohne eigne Haftung» (Sohm, Mitteis, Wenger: «Institutionen Geschichte und System des Römischen Privatrechts». Müncheu, 1926, página 354. Hay traducción castellana del señor Rocés).

De la fianza prestada por persona distinta del deudor, surgió la fianza prestada por el propio deudor. Este era fiador de sí mismo, y cuando esto ocurre, confluyendo en él ambos elementos, la «Schuld» y la «Haftung», comienza a configurarse unitariamente el tipo obligacional.

Antes de darse tal confluencia de los dos elementos en la persona del deudor, la obligación no confiere al acreedor el poder de constreñir al deudor al cumplimiento. El incumplimiento es simplemente un acto contrario al derecho («Rechtswidrigkeit»). A dar a la obligación la seguridad de que carece, se dirige el «Haftungsgeschäft». La palabra «Haftung», correspondiente a la latina *Obligatio*, significa vinculación jurídica, expresa el hecho de afectar algo a la seguridad de un deber jurídico. Al vincular un objeto se confiere al acreedor un poder sobre el mismo. Es un poder éste de aprehensión y disposición sobre la cosa vinculada, que permite al acreedor indemnizarse con ella en caso de incumplimiento.

Pero el hombre es el único que puede deber; en la misma deuda real, es en definitiva el hombre quien debe, el propietario del inmueble gravado con la carga. Es corriente vincular en la deuda una persona distinta del deudor; en tal caso, el deudor debe, pero no responde. El responsable es una cosa u otra persona que no es el deudor.

En el caso de deuda pura, aun judicialmente reconocida, si no lleva aparejada la responsabilidad, el acreedor nada puede frente a la insolvencia del deudor. Sin embargo, la actitud insolvente de éste no se halló desprovista en absoluto de sanción en el derecho germánico; la insolvencia como acto contrario al derecho, llevaba como consecuencia de orden punitivo la «Friedlosigkeit» o privación de la paz, sanción que autorizaba al acreedor a dirigirse, no sólo contra la persona del deudor, sino también contra su patrimonio, pudiendo tomar de éste la cuantía del perjuicio que se le había

irrogado con la insolvencia. Este y otros expedientes eran consecuencias de orden jurídico-penal que suplían la falta de responsabilidad contractualmente establecida.

La frecuencia de asociar al negocio deuditorio el negocio generador de responsabilidad hizo que por el tiempo no fuera concebible el uno sin el otro; la conceptual separación de ambos elementos subsistió íntegra sin embargo.

Con el tiempo, la responsabilidad personal, la vinculación del propio cuerpo es substituída por la responsabilidad patrimonial, que es incorporada al negocio obligacional. El «Haftungsgeschäft», pierde su substantividad, pasando a ser elemento consubstancial de la obligación.

Por haber desaparecido aquella subordinación del deudor al acreedor, por asociarse al incumplimiento sanciones de orden pecuniario, la obligación ha de tener un valor patrimonial, ha de ser *económicamente* estimable.

La obligación se convierte en un *juris vinculum* y significa un *minus*, no en la libertad, sino en el patrimonio del deudor, y este desplazamiento de la responsabilidad de la esfera personal a la patrimonial es lo que constituye el rasgo más característico del tipo de la obligación moderna.

Así explican la mayoría de los autores alemanes el proceso evolutivo de la obligación.

* * *

La doctrina del profesor Costa es, en gran parte, coincidente con la de los tratadistas germanos, pero ofrece puntos de vista de una rica originalidad.

Según el egregio romanista italiano, el patrimonio familiar en la edad precívica no comprende más derechos que los de señorío («mancipium»). No se dan entre los grupos familiares las relaciones creditorias que implican en uno la facultad de exigir y en otro el deber de prestar.

Las ofensas o perjuicios causados por un grupo a otro conferirían al grupo ofendido el derecho de vengarlas, poder al que renunciaba mediante el pago por el ofensor de la composición. Los cambios se operaban según las fórmulas cosa por cosa, o cosa por metal, aceptado como intermediario. Y esto de modo inmediato,

sin aplazamientos, sin que las prestaciones pudieran pactarse para el futuro.

Más tarde se aplazó el pago del precio de la renuncia a la venganza por el ofensor. Es esto un esbozo de la genuina *Obligatio*.

Lo mismo el deber del prestatario de restituir la cantidad recibida en préstamo pasado un cierto término, como el del ofensor de pagar el precio de la renuncia a la venganza, se hallan desprovistos de sanción jurídica; son simplemente *debita* correspondientes a lo que los alemanes llaman *reine Schuldgeschäfte*. La eficacia del *debitum* se obtiene mediante un negocio que funciona análogamente al *Haftungsgeschäft*. Este negocio se asocia al debitorio simultánea o posteriormente. Es el *nexum*, mediante el cual el propio deudor u otra persona se vincula en seguridad de la obligación. Concede al acreedor los mismos poderes de aprehensión y disposición ya estudiados cuando la deuda no es satisfecha en el tiempo prefijado.

Más tarde se opera la fusión de ambos elementos; ciertos títulos de *debitum* se hallan provistos por sí solos de reconocimiento y eficacia jurídica y quien los asumía podía ser forzado al cumplimiento de la prestación, sin que precisase la previa vinculación de la propia persona del deudor, o la de otra que oficiase de fiador.

Hasta aquí nada difiere la exposición de Costa que sucintamente seguimos de la ya antes expuesta; pero donde radica su originalidad, a mi juicio, es en su modo de explicar cómo se operó la fusión de los elementos componentes del vínculo obligatorio. Oigámosle: «Esta fusión se operó mediante un juramento prestado por personas pertenecientes a clases sociales distinguidas con el que respondían de los *debita* contraídos por personas de clase inferior que se hallaban, con respecto a aquéllas, en situación de dependencia. Por razón de la consideración y crédito de que gozaban las personas que prestaban el juramento, muy pronto substituyó éste a la sujeción personal del deudor. Más tarde, la promesa dada con la fórmula: «*Spondes? Spondeo*», se despoja de su carácter religioso primitivo, resulta innecesaria la intervención de las personas de condición social superior, y la simple promesa emitida por el deudor llega a constituir un *vinculum juris* que dotaba al acreedor de poder coercitivo con respecto al deudor.»

(Costa: *Storia del Diritto romano privato*. Torino, 1925, páginas 309 y 310.)

La honorabilidad de las personas que se constituyen en fiadoras o responsables del *debitum* hace superflua la vinculación o sujeción personal del deudor. La fianza tiene un carácter espiritual. La espiritualización de la *Obligatio* romana es una de las concepciones más personales de Costa. Sin perder nunca de vista el «materialismo» del derecho romano las palabras transcritas muestran su esfuerzo encaminado a inmaterializar la *Haftung* romana, provista de un carácter sacral, religioso, ético. Enfrentando la posición de Costa en este problema con la que adoptan la mayoría de los juristas alemanes y el propio Perozzi, su ilustre compatriota, no puede dudarse de la novedad de aquélla.

* * *

Hemos querido ofrecer una muestra de la obra citada del profesor italiano, modelo de rigorismo científico y de vasta documentación bibliográfica, y al mismo tiempo rendir humilde tributo a la memoria del sabio y del santo cuyas lecciones tuvimos la dicha de escuchar durante un semestre en la vieja Bolonia, «la ciudad de los perros pequeños y de los sabios grandes», al decir de Heine.

JOSÉ SANTA CRUZ

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia.