

Contrato y obligación: la importancia de su vínculo en la tradición del derecho civil*

RICCARDO CARDILLI

SUMARIO: I. Notas introductorias. II. La obligación y los códigos civiles. III. La obligación como *Herrschaft über eine einzelne Handlung* en Savigny y la escisión *Handlung-Freiheit*. IV. Las definiciones romanas de la obligación y su imagen estructural "desproporcionada". V. La obligación como unidad compleja y como proceso. VI. La obligación y su posible significado en el derecho privado postestatal del siglo XXI: una hipótesis de trabajo.

I. NOTAS INTRODUCTORIAS

Los actuales procesos europeos de unificación del derecho de las obligaciones parecen evidenciar una tendencia, consciente o no, a debilitar el vínculo entre contrato y obligación¹. Indagar las razones más profundas de esa propensión, así

* El texto se origina de la ponencia presentada en el *I Congresso Ítalo-Luso-Brasileiro de Direito civil comparado*, organizado por la Fundação Getulio Vargas en la Escola de Direito de São Paulo de la FGV, los días 13-16 de septiembre de 2004. El texto, publicado en italiano en *Studi in onore di Vincenzo Buonocore*, I, Milano, 2005, 27 ss. y, con algunas precisiones, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, Napoli, 2006, se publica ahora en español, con revisión del autor e integración de bibliografía. Agradezco encarecidamente la valiosa ayuda del Dr. JORGE MENABRITO PAZ en la labor de traducción.

1 Basta confrontar los diversos proyectos, todos con una perceptible matriz doctrinal, tendentes a diseñar un cuadro común del derecho de los contratos en Europa. En O. LANDO – H. BEALE (ed.), *Principles of European Contract Law Parts I and II (Combined and Revised)*, The Hague-London-Boston, 2000, se presupone en el artículo 6:101 que el principal efecto del *contract* sea una *contractual obligation*, y no se da una confusión entre efecto (*obligation*) y fuente (*contract*), situándose por tanto, como se ha notado justamente, en el venero de nuestra tradición jurídica (C. CASTRONOVO, *Un contratto per l'Europa*, in *Principi di diritto europeo dei contratti*, Milano, 2001, xlvii-xlviii), aun cuando dichos Principios representan de igual manera sistemas jurídicos en los que la conexión de estos elementos autónomos no es tradicional. Sin embargo, el *Code européen des Contrats. Avant-projet* (coord. G. GANDOLFI), I, Milano, 2001, conserva en su artículo 42 la enfática fórmula del "contrat a force de

como su relación con el ocaso de las posturas "dogmáticas" de la ciencia jurídica contemporánea, excede las breves consideraciones de este escrito.

Estas líneas pretenden ser una reacción contra dicha tendencia, porque considero que la "obligación", como efecto característico del contrato, es una de las expresiones más elevadas del saber jurídico y su desestimación revela una decadencia en la ciencia del derecho.

No opto por un positivismo histórico implícito, sino por ejemplos presentes en nuestra tradición, significativos, a mi modo de ver, en la individualización de los elementos estructurales y de la función de la obligación en una dimensión histórica de la experiencia jurídica, porque esa senda me parece rica de ideas para iniciar una reflexión sobre el presente y sobre el futuro.

II. LA OBLIGACIÓN Y LOS CÓDIGOS CIVILES

La noción de obligación ("una estructura bastante más completa y artificiosa"² que las relaciones jurídicas expresadas en el ámbito de la pertenencia) refleja en los códigos la "extra-estatalidad del derecho civil" (como se lee en el título de un importante ensayo de F. VASSALLI), menoscabada sólo en cierto grado por la concepción –ideológicamente condicionada– de un derecho civil positivo como única expresión de la voluntad del Estado. En efecto, deteniéndonos en una lectura descriptiva de los mayores códigos civiles pertenecientes al sistema jurídico de tradición romanista, se advierte una cierta renuencia a tocar aquello que la tradición y la doctrina han entregado a los codificadores, de donde se plasma el concepto de obligación a manera de enunciación definitoria.

La decisión de superar la formulación originaria del *premier projet* de CAMBACÈRES (art. 1.º del libro de las obligaciones "*L'obligation est le lien par lequel une ou plusieurs*

loi entre les parties", restando con ello valor al fundamento característico del vínculo entre contrato y obligación mediante un cuadro amplio de los *effets du contrat* (art. 45 *effets obligatoires*; art. 46 *effets réels*). La operación demuestra ser la consecuencia de una decisión deliberada: "Le plan du code italien n'a pas été suivi parce qu'au cours du colloque paves an de 1994 notre groupe académique de travail a décidé de ne pas accueillir le concept technique d'obligation' ainsi qu'il se présente dans le codes continentaux et surtout dans le code italien. Il s'agit en effet d'une notion inconnue dans l'aire de *common law* et à laquelle il n'est absolument pas indispensable d'accorder un rôle fondamental dans le système. Par voie de conséquence, on a établi qu'il n'y avait pas lieu de consacrer une partie du projet à l'obligation en général' [...] et de traiter en revanche les arguments contenus dans ce titre à propos des effets et de l'accomplissement du contrat" (p. 157); véase por otro lado G. GANDOLFI, "Fra l'obligatio di origine romana e la liability di common law: un problema per il legislatore europeo", en *Iurisprudentia universalis. Festschr. Mayer-Maly* 70 G., 2002, 228 ss., en donde se acentúa la necesidad de un compromiso al respecto entre los dos sistemas. El problema no ha escapado a un jurista atento como G. CIAN, "La figura generale dell'obbligazione nell'evoluzione giuridica contemporanea fra unitarietà e pluralità degli statuti", en *Rivista di Diritto civile*, XLVIII-4, 2002, (Dottrina), 491 ss.

2 E. I. BEKKER, "Über die Objekte und die Kraft der Schuldverhältnisse", en *ZSS*, XXIII, 1902, 2.

personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose”), en la que se retomaba la definición de obligación de POTHIER, aunque falseándola en sus puntos esenciales (“un lien de droit, qui nous astreint envers un autre à lui donner quelque chose, ou à faire ou à ne pas faire quelque chose”)³, llevó a la ausencia de una definición de obligación en el *code Napoléon* de 1804, en donde, sin embargo, se afirma su nexa con el contrato, al considerársela como una de sus fuentes (art. 1101).

En Alemania, la “animada discusión” respecto del artículo 5.º del llamado Proyecto de Dresde de 1863, en la disyuntiva entre adoptar una definición de “relación obligatoria” (*Schuldverhältnis*) y no de “obligación”, entendida la relación obligatoria como una relación jurídica entre dos personas, o más, en virtud de la cual, una, el acreedor, tiene derecho a exigir una prestación (crédito), y la otra, el deudor, está obligado a esa prestación (obligación)⁴, encontró eco en la Comisión del BGB, en donde F. PH. VON KÜGEL, al valorar las diversas doctrinas, siguió aquella de WINDSCHEID, al incluir en el §241 la noción de “relación obligatoria” como sometimiento voluntario de un sujeto, el deudor, a la voluntad de otro, el acreedor, con la sola finalidad de obligarse a una prestación. La renuencia a una definición de obligación en el código es evidente con la lectura del §241 BGB, renuencia confirmada en la reciente reforma alemana del derecho de las obligaciones, en la que el párrafo en cuestión no fue modificado ni integrado.

El desistimiento de los códigos a definir el concepto de obligación parece reconocer el límite establecido por un “argumento simplemente dogmático”: el legislador no puede exceder el “campo normativo dentro del cual debe estrictamente mantenerse”⁵.

Algo similar fue sostenido en Brasil en el *Esbôço* de TEIXEIRA DE FREITAS, cuando consideraba como “impropias” las definiciones en un código de leyes, postura que después aclararía VÉLEZ SARSFIELD en el Código Civil de la República Argentina

3 R. J. POTHIER, *Traité des obligations*, nouvelle éd., Leide, 1873, 1.

4 *Protokolle der Commission zur Ausarbeitung eines Allgemeinen Deutschen Obligationenrechtes*, I-LXII, Dresden, 1863, en relación con el artículo 5, pp. 16 ss., discusión que sería más tarde retomada y ampliada por la comisión de redacción del BGB; véase W. SCHUBERT (ed.), *Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches: Recht der Schuldverhältnisse, Teil 1. Allgemeiner Teil*, Verfasser: F. PH. VON KÜBEL, Berlin-New York, 1980, 2 ss. Sobre el problema referente a qué es lo que define el § 241 BGB. véase J. GERNHUBER, „Das Schuldverhältnis“, en *Handbuch des Schuldrechts*, 8, Tübingen, 1989, 7. Sobre las razones del significativo pasaje de la obligación a la relación obligatoria en el derecho alemán, véase F. DORN, “Begriff des Schuldverhältnisses und Pflichten aus dem Schuldverhältnis”, en *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB*, Band II *Schuldrecht: Allgemeiner Teil 1. Teilband §§ 241-304*, Hrsg. M. SCHMOECKEL – J. RÜCKERT – R. ZIMMERMANN, Tübingen, 2007, 137 ss.

5 Así, la *Relazione ministeriale del Ministero di Grazia e Giustizia, al Codice civile italiano del 1942*, 116, agregando que: “Il nuovo codice, nel precipuo proposito di dare elementi per la configurazione pratica del rapporto obbligatorio, ha preferito precisare il concetto della prestazione, nella quale si concreta l’oggetto dell’obbligazione”.

(nota al art. 495) cuando afirmaba: "La definición exacta de los términos de que se sirve el legislador para expresar su voluntad, no entra en sus atribuciones".

Esta línea se reafirma en los códigos civiles del Brasil, de 1916 y de 2002, aunque en contextos e inspiraciones diversas que deben ser precisadas históricamente (piénsese en las dos distintas concepciones de la obligación adoptadas por cada uno de esos códigos)⁶. En fin, la lista podría continuar.

Pero debe subrayarse que una lectura descriptiva de los enunciados normativos, como la que aquí se hace, puede ser sustituida con una interpretación más profunda de los códigos, la que a su vez podría hacer resurgir, con conexiones y principios sueltos, un cuadro de la estructura y la función de la obligación menos reticente de cuanto aquí se ha señalado. Para dar un ejemplo significativo bastaría pensar en los artículos relativos a la prestación o la responsabilidad del deudor en caso de inejecución de la obligación (véase por ejemplo el art. 391 del nuevo Código civil del Brasil, que establece la responsabilidad patrimonial de "*todos os bens do devedor*", haciendo a un lado la precisión del *Código de Processo civil* art. 591 "*presentes e futuros*").

Sin embargo, considero que el punto es, justamente, el de recoger en el sentido más amplio esta indicación, por ahora solamente indiciaria, de una renuencia de los códigos civiles a tocar la obligación con definiciones que reflejarían inevitablemente las doctrinas presentes en el contexto histórico en que se hubieran realizado. Ello, por otra parte, no debe inducir a sostener que no sea posible seguir una línea estructurada al respecto, pero sólo que para seguirla debemos abandonar los falsos senderos de una concepción positivista del derecho, y continuar el debate científico propio de nuestra tradición jurídica.

III. LA OBLIGACIÓN COMO *HERRSCHAFT ÜBER EINE EINZELNE HANDLUNG* EN SAVIGNY Y LA ESCISIÓN *HANDLUNG-FREIHEIT*

La dialéctica entre obligación y libertad se debe sobretodo al iusnaturalismo⁷. Sin embargo, la preconcepción en la que se basa esa reflexión impide traslucir

6 Para el C. c. bras. de 1916 véase C. BEVILAQUA, *Direito das obrigações*, Rio de Janeiro, ed. histórica, 11 ss. Para el CcBras. de 2002 véanse las breves indicaciones de M. REALE, *Visão geral do novo Código civil*, en *Novo Código civil brasileiro (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002)*, São Paulo, 2002², p. XIII-XIV, respecto de los artículos 421 y 422, y XVII-XVIII para la relación entre obligaciones civiles y comerciales. Es igualmente importante la lectura de las "directrices sistemáticas" del derecho de las obligaciones en el nuevo Código civil brasileño y sus "consecuencias dogmáticas", de J. MARTINS COSTA, *Comentários ao novo Código civil do direito das obrigações. Do adimplemento e da extinção das obrigações*, V.1 Arts. 304 a 388, Coord. S. DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Rio de Janeiro, 2003, 1 ss., en donde se resalta la importancia de la noción de obligación como proceso, introducida en Brasil con el estudio clásico de C. V. D. O COUTO E SILVA, *A obrigação como processo*, São Paulo, 1976.

7 L. LANTELLA, "Note semantiche sulle definizioni di «obligatio»", en *Studi in onore di G. Grosso*, IV, 1971, 168 n. 4. Importantes por demás las páginas de F. WIEACKER, "Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts", en *Festschrift Welzel*, Berlin-New York, 1974, 7 ss.

la noticia histórica de algún nexo entre obligación y libertad en la *Urstruktur* de la primera, para reflejar, más bien, una exigencia inherente a la construcción del sistema iusnaturalista⁸ que, además, conduce a una desvalorización de las características de la institución, es decir, al debilitamiento de su adecuado conocimiento dogmático, en favor de una visión más amplia de las relaciones humanas. En este horizonte, el iusnaturalismo parece precipitar los términos históricos sobre los que se había fundado la relación entre obligación natural y obligación civil, acentuando las particularidades de la institución en la primera más que en la segunda⁹.

En particular, por su importancia en relación con la construcción de SAVIGNY, se debe destacar la construcción de GROTIUS sobre los efectos de la *promissa faciendi* como *alienatio particularae nostrae libertatis*, que se debe distinguir de la *promissa dandi* como *via ad alienationem rei*¹⁰.

Pero es sin duda con la escuela histórica, y en especial con SAVIGNY, como el nexo entre obligación y libertad se asume por medio de una nueva noción, en un poderoso esfuerzo de construcción conceptual que condicionará el saber jurídico hasta nuestros días.

Sigamos de cerca algunos pasajes. El primero, extraído de la *Pandektenvorlesung*:

Sobre el concepto de *obligatio* [...] En este caso una persona viene limitada parcialmente y sometida a la voluntad de otra, de manera que su libertad no cesa [...] Una relación entre dos individuos determinados en la que una única prestación de uno se somete a la voluntad del otro, "esa" es la esencia de la *obligatio*¹¹.

El segundo, del *System*:

- 8 Véase S. PUFENDORF, *De iure naturae et gentium*, Francofurti et Lipsiae, 1759 [Rist. Frankfurt a.M., 1967], 357 ss.
- 9 Al respecto véase H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts. Historisch-dogmatische Einführung*, München, 1982, 79-81; F. WIEACKER, *Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts*, cit., 11 ss. (GROTIUS, HOBBS, PUFENDORF); K. LUIG, „Die Pflichtenlehre des Privatrechts in der Naturrechtsphilosophie von Christian Wolff“, en *Libertas (Symposium 80. G. F. Wieacker)*, Hrsg. O. BEHRENDIS - M. DIESELHORST, Ebelsbach, 1991, 209 ss., quien profundiza en la aportación de CHRISTIAN WOLFF, someramente tratada en el estudio de WIEACKER. Sobre PUFENDORF véase el estudio de G. HARTUNG, *Die Naturrechtsdebatte. Geschichte der Obligation vom 17. bis 20. Jahrhundert*, München, 1999, 34 ss. Un análisis del jusnaturalismo se encuentra ahora en la investigación histórico-dogmática de F. DORN, *Begriff des Schuldverhältnisses*, cit., 148-151.
- 10 H. GROTIUS, *De iure belli ac pacis. Libri tres in quibus ius naturae et gentium item ius publici praecipua explicantur*, Neudruck Aalen, 1993 editionis anni 1939 curavit B. J. A. DE KANTER - VAN HETTINGA TROMP, II, 11 § 4.1, 329. Sobre los presupuestos de esta imagen véase F. WIEACKER, *Die vertragliche Obligation bei den Klassikern des Vernunftrechts* cit., 148-151.
- 11 F. C. VON SAVIGNY, *Pandektenvorlesung*, (1824/25), H. HAMMEN (Hrsg.), Frankfurt a.M., 1993, 279 [=201]: "Vom Begriff der Obligation [...] Hier wird eine Person der Willkür einer andern partiell beschränkt unterworfen, so daß ihre Freiheit nicht aufhört [...] Ein Verhältnis zwischen zwei bestimmten Individuen, worin eine einzelne Handlung des einen der Willkür des andern unterworfen wird, ist das Wesen der Obligation".

Las relaciones de derecho que tienen por objeto personas no son del todo simples, pues podemos encontrarnos con una persona, si es la que se halla sometida a nuestra voluntad, en una situación similar a la de las cosas, y por lo tanto sujeta a nuestra potestad. Si este dominio fuese absoluto, no sería concebible la existencia de la libertad y personalidad en quien en ella subyace, este dominio nuestro no recaería más sobre una persona sino sobre una cosa y nuestro derecho sería de propiedad sobre un hombre, tal y como era en realidad el nexo de esclavitud en el derecho romano. Pero si no debe ser así, es más, si queremos que se trate de una relación jurídica particular que consista en la potestad sobre una persona sin que en la misma se envilezca su libertad, de modo que sea parecida a la propiedad y sin embargo diferente, necesariamente este dominio no podrá entenderse en la totalidad de la persona, mas será limitado únicamente a un solo acto de ésta; este acto, entonces, vendrá a ser sustraído a la libertad del agente y considerado como sometido a nuestra voluntad. Esta relación de potestad sobre un acto particular de una persona se llama obligación¹².

Y el tercero, del *Obligationenrecht*:

El concepto de obligación ya fue definido por nosotros en otra parte (a) como un señorío sobre una persona, pero no sobre la totalidad (porque en ese caso se suprimiría la personalidad), sino sobre actos individuales que se conciben sustraídos de su libertad y sometidos a nuestra voluntad. [...] En toda obligación hay al menos dos personas que se encuentran una frente a la otra en una relación de desigualdad. Por una parte la libertad personal del acreedor se extiende más allá de sus confines naturales, transformándose en una potestad sobre la persona del deudor; por otra parte, en contrario, la libertad natural del deudor queda restringida encontrándose en un estado de sujeción o necesidad. [...] Los actos cuya necesidad constituye la esencia de la obligación vienen referidos por nosotros como actos particulares (en contraposición a la libertad personal considerada como un todo), y como sustraídos a la libertad propia del agente. [...] Habiendo indicado nosotros los actos que el deudor debe cumplir como actos particulares, no se debe hacer

12 F. C. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, Berlin, 1840 [Neudruck Aalen, 1981], I, 338-339: "Nicht so einfach sind diejenige Rechtsverhältnisse, deren Gegenstände fremde Personen sind, da wir zu solchen in zwei ganz ungleichartigen Beziehungen stehen können. – Die erste mögliche Beziehung zu einer fremden Person ist die, worin dieselbe, auf ähnliche Weise wie eine Sache, in das Gebiet unserer Willkür herein gezogen, also unserer Herrschaft unterworfen wird. Wäre nun diese Herrschaft eine absolute, so würde dadurch in dem Andern der Begriff der Freiheit und Persönlichkeit aufgehoben; wir würden nicht über eine Person herrschen, sondern über eine Sache, unser Recht wäre Eigentum an einem Menschen, so wie es das Römische Sklavenverhältnis in der Tat ist. Soll dieses nicht sein, wollen wir uns vielmehr ein besonderes Rechtsverhältnis denken, welches in der Herrschaft über eine fremde Person, ohne Zerstörung ihrer Freiheit, besteht, so dass es dem Eigentum ähnlich, und doch von ihm verschieden ist, so muss die Herrschaft nicht auf die fremde Person im Ganzen, sondern nur auf eine einzelne Handlung derselben bezogen werden; diese Handlung wird dann, als aus der Freiheit des Handelnden ausgeschieden, und unserem Willen unterworfen gedacht. Ein solches Verhältnis der Herrschaft über eine einzelne Handlung der fremden Person nennen wir Obligation". Traducción del italiano: F. C. DI SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (V. SCIALOJA, tr.), I, Torino, 1886, 341-342.

la ilación de que a cada obligación deba corresponder un solo acto; al contrario, cada obligación puede dirigirse a más de un acto constituyendo una actividad continua y compleja. Pero, frente a la esfera general de la libertad del deudor, dichos actos deben consistir en un *minimum*, ya que sólo así se puede concebir la sujeción que constituye la esencia de la obligación. Ahora bien, ello puede resultar de dos características distintas que comúnmente se encuentran de manera conjunta y que se refieren a la extensión y al tiempo. De hecho, en el mayor número de los casos, el objeto de las obligaciones consiste en tantos actos particulares de naturaleza absolutamente transitoria cuanto sean los pagos, y por cuanto corresponde a la duración el cumplimiento de la obligación tiene por regla el efecto de extinguirla instantáneamente, de donde resulta de manera clara que la finalidad de la obligación no consiste en el suprimir la libertad de la persona, sino en el obtener la certeza del resultado de una actividad suya¹³.

El camino que ha trazado el renovado interés por SAVIGNY¹⁴, condicionado además por la publicación de nuevo material, me parece que se conecta eficazmente

13 F. C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Berlin, 1851, 4-7: "Sie [die Obligation] besteht in der Herrschaft über eine fremde Person; jedoch nicht über diese Person im Ganzen (wodurch deren Persönlichkeit aufgehoben sein würde), sondern über einzelne Handlungen derselben, die als aus ihrer Freiheit ausscheidend, und unserem Willen unterworfen, gedacht werden müssen. [...] In jeder Obligation finden wir zwei Personen, die einander in ungleichem Verhältnis gegenüber stehen. Auf der einen Seite erscheint die persönliche Freiheit erweitert über ihre natürliche Grenze hinaus, als Herrschaft über eine fremde Person; auf der anderen Seite erscheint die natürliche Freiheit eingeschränkt, als ein Zustand der Unfreiheit oder Notwendigkeit. [...] Die Handlungen, deren Notwendigkeit das Wesen der Obligation bildet, wurden bezeichnet als einzelne, im Gegensatz der persönliche Freiheit im Ganzen, und als ausscheidend aus der eigenen Freiheit des Handelnden. [...] Die Bezeichnung der Handlungen als einzelner ist nicht so zu beschränken, als ob durch jede Obligation stets nur eine einzige Handlung notwendig werden könnte; sie kann vielmehr auch auf mehrere einzelne gerichtet sein, ja auch auf solche, die eine fortgesetzte, zusammenhängende Tätigkeit darstellen. Nur müssen sie stets im Verhältnis zum ganzen Unkreis der Freiheit des Schuldners als ein Minimum erscheinen, weil nur durch dieses Verhältnis die in der Obligation enthaltene Unfreiheit gedacht werden kann, ohne die Persönlichkeit des Schuldners selbst aufzuheben. Ein solches Verhältnis nun der zur Obligation geeignet Handlung kann durch zweierlei, oft mit einander verbundene, Eigenschaften begründet werden. Zunächst durch ihren Umfang, indem in der Tat die meisten Obligationen auf ganz einzeln stehende, vorübergehende Handlungen gerichtet sind, wie Geldzahlung. Dann durch ihre Dauer, indem meist die Erfüllung der Obligation ihre augenblickliche Auflösung herbeiführt, in welchen Fällen es augenscheinliche ist, dass das Ziel der Obligation nicht die Unfreiheit der Person an sich, sondern nur die Gewissheit des Erfolges ihrer Tätigkeit sein soll". Traducción del italiano: F. C. DI SAVIGNY, *Le obbligazioni*, (G. PACCHIONI, trad. con Appendici), I, Torino, 1912, 4; 6-7.

14 Particularmente rico de sugerencias, el seminario internacional *Su Federico Carlo di Savigny*, promovido por P. GROSSI, cuyas Actas se encuentran en *Quaderni fiorentini* 9, 1980. Además, vale la pena señalar cuando menos los siguientes: A. MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema*, Napoli, 1976; ÍD., "Jurisprudenz als Wissenschaft", en F. C. VON SAVIGNY, *Vorlesungen über juristische Methodologie (1801-1842)*, Frankfurt am Main, 2004, 1-56; J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach, 1984; D. NÖRR, *Savignys philosophische Lehrjahre. Ein Versuch*, Frankfurt am Main, 1994; sobre este último, véase la lectura de K. LUIG, en T. LXV, 1997, 189 ss.; así como de A. MANTELLO, "Ancora su Savigny", en *BIDR*, C, 1997 [publ. en 2003], 361 ss.

—precisándolo— con el cuadro delineado por algunos estudios importantes de los primeros decenios de la posguerra¹⁵.

A los ojos de SAVIGNY, el punto que surge con evidencia en la “relación jurídica” entre personas (distinto del de la “relación jurídica” con uno mismo y de aquel con porciones limitadas de la “*unfreie Natur*”, es decir, con la cosa) es el problema de la dialéctica *Herrschaft-Freiheit*. La cuestión ya se plantea en la *Pandektenvorlesung* de 1824-25, aunque su completa confirmación se da en el *System* (1840), con importantes y adicionales modificaciones en el *Obligationenrecht* (1851)¹⁶.

La oscilación en el alcance del uso de palabras claves como “*Willkür*” (“libre arbitrio”), “*Herrschaft*” (“señorío”) y “*Freiheit*” (“libertad”) en cada una de las tres obras merece —como momento dialéctico fundamental— una profundización a través de la noción de “*persönliches Recht*” de KANT en la *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* de 1797:

Del derecho personal. La “posesión” del libre arbitrio de otro, como facultad de determinar a una acción específica por medio de mi propio arbitrio y según la ley de la libertad [...] es un derecho. [...] Ahora bien: ¿Qué es el *externo* que yo adquiero por medio de un contrato? Como no se trata sino de la causalidad del libre arbitrio de otro, relativo a una promesa que me ha hecho [...] Por lo tanto, por medio del contrato sólo adquiero la promesa de otro (no la cosa prometida), y por ello se agrega algo a mi haber externo; me vuelvo más rico (*locupletior*) en virtud de la adquisición de una obligación activa que puedo imponer a la libertad y a la facultad de otro. Pero este derecho es sólo un “derecho personal”, es decir, un derecho a exigir de una persona física “determinada”, más bien, de su causalidad (de su libre arbitrio), que me provea algo, y esa “persona moral” no es un “derecho real” [...]¹⁷.

15 Me refiero sobre todo a F. WIEACKER, *Gründer und Bewahrer*, Göttingen, 1959, 107 ss.; E. WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte*, Tübingen, 1963, 467 ss.; G. MARINI, *Savigny e il metodo della scienza giuridica*, Milano, 1966.

16 H. COING, *Europäisches Privatrecht (1800-1914)* II. 19. Jahrhundert, München, 1989, 430-431, quien acentúa la importancia de SAVIGNY.

17 Vom persönlichen Recht. Der Besitz der Willkür eines Anderen, als Vermögen sie, durch meine, nach Freiheitsgesetzen zu einer gewissen Tat zu bestimmen ist ein Recht. [...] Was ist aber das Äussere, das ich durch den Vertrag erwerbe? Da es nur die Kausalität der Willkür der Anderen in Ansehung einer mir versprochene Leistung ist [...] Durch den Vertrag also erwerbe ich das Versprechen eines Anderen (nicht das versprochene) und doch kommt etwas zu meiner äusseren Habe hinzu; ich bin vermögender (*locupletior*) geworden, durch Erwerbung eine activen Obligation auf die Freiheit, und das Vermögen des Anderen. Dieses mein Recht aber ist nur ein persönliches, nämlich gegen eine bestimmte physische Person und zwar auf ihre Kausalität (ihre Willkür) zu wirken, mir etwas zu leisten, nicht ein Sachenrecht, gegen diejenige moralische Person. Traducción del italiano: I. KANT, *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, trad. de G. SOLARI - G. VIDARI, ed. póstuma al cuidado de N. BOBBIO, L. FIRPO y V. MATHIEU, Torino, s. f., 452; 455. Recientemente, también F. DORN, *Begriff des Schuldverhältnisses* cit., 151-152, señala a KANT como el “*Ausgangspunkt*” de la construcción de SAVIGNY.

Por un lado se ha evidenciado cómo la construcción kantiana se concentra en su totalidad en la "voluntad del individuo", mientras el sistema savigniano, construido sobre la relación jurídica (*Rechtsverhältnis*), acentúa el "vínculo social de la persona"¹⁸. Desde este punto de vista, ambas posiciones son distantes. Sin embargo, se puede ir más allá e intentar matizarlas; es el caso, por ejemplo, de la relación entre *Besitz* (posesión) (KANT) y *Herrschaft* (dominio) (SAVIGNY), en cuanto a la identidad en la importancia que una y otra dan a la limitación del "libre arbitrio" ajeno, y en cuanto su respectiva coordinación con la "libertad"; o el de la escisión kantiana entre "persona física" y "persona moral" respecto de la distinción savigniana entre la "libertad natural" (*natürliche Freiheit*) y la "personalidad" (*Persönlichkeit*).

Un dato me parece indiscutible: KANT ve la obligación como extensión de la voluntad desde el punto de vista del acreedor, mientras que SAVIGNY es coherente con la línea tradicional enraizada en el derecho romano que tiende a concentrarse, al menos en su campo de incidencia, en el deudor. KANT se proyecta sobre la extensión de lo "mío", y por lo tanto sobre una lectura positiva del vínculo en términos de la 'posesión' del "libre arbitrio ajeno" con miras a determinar una conducta; pero las consecuencias no escapan al filósofo, quien precisa cómo ello implica para el acreedor la adquisición de "una obligación sobre la libertad de otra persona". Para KANT la naturaleza personal del derecho se caracteriza por la limitante física al individuo, el apoderamiento de su libre arbitrio con respecto de un solo comportamiento, y excluye así que se trate de un derecho real sobre la persona misma, entendida en su dimensión moral.

Savigny, por su parte, a pesar de encontrarse impelido casi por vocación a entender esta relación jurídica desde la perspectiva de la deuda, está condicionado por el modelo kantiano y es guiado por una línea análoga a la de la combinación de derechos reales y obligaciones en el "derecho patrimonial" (*Vermögensrecht*) de su *System*, derechos reales que "se presentan como formas diversas de extensión del poder [...], cuya creación y modificación puede ser dirigida por la voluntad"¹⁹. Así, *Besitz* y *Herrschaft* son expresiones de dos respuestas diversas a una misma exigencia con condicionantes en parte verificables.

La perspectiva de la deuda que caracteriza la posición de SAVIGNY parece conducirlo a acentuar no el alcance de la voluntad del acreedor (que se apodera de la del deudor para una prestación específica), sino la limitación de la voluntad del deudor. El punto de la cuestión intuido por KANT al escindir la limitación del libre arbitrio de la persona física del deudor, pero conservando integérrima la personalidad del mismo en su acepción moral, encuentra pleno relieve en la relación

18 H. HATTENHAUER, *Grundbegriffe des Bürgerlichen Rechts*, cit., 82 y 84; por su parte, F. DORN, *Begriff des Schuldverhältnisses* cit., 152, habla de una "(Lebens-) Beziehung von Person zu Person, bestimmt durch eine Rechtsregel".

19 M. BRUTTI, "La sovranità del volere nel sistema di Savigny", en *Su Federico Carlo da Savigny*, cit., 265 ss., en particular 281.

problemática planteada por SAVIGNY entre la *Herrschaft* (dominio) del acreedor y la *Freiheit* (libertad) del deudor. Y creo que aquí emerge el sutil hilo que une el discurso entrelazado por SAVIGNY a la construcción de KANT. El camino seguido por el jurista tiene algo de menor finura respecto de la distinción kantiana entre persona física y persona moral, pero de cualquier modo lo condiciona: es decir, se distingue la libertad física de la persona, libertad que puede sufrir una limitación cuantitativa (así, por ejemplo, la acentuación del *minimum* en el *Obligationenrecht*) por medio de la incidencia de una prestación determinada, pero que no mella cualitativamente la "personalidad" del deudor. Diría al respecto que emerge una consciente madurez en el pensamiento savigniano que parte de las *Pandektenvorlesung* de 1824-25, pasando por el primer tomo del *System* de 1840 y llegando al *Obligationenrecht* de 1851.

La senda abierta por el criterio cuantitativo alcanza en SAVIGNY²⁰, de manera consciente, la distinción de HEGEL entre concesiones de producciones específicas de trabajo y usos de la propia actividad limitados en el tiempo, los que no incidirían sobre la "personalidad", caracterizada por la "totalidad" y la "generalidad"²¹. El elemento cuantitativo permite al individuo excluir una disposición de sí en la totalidad propia del ser humano. Más allá de la importancia que la construcción hegeliana tiene respecto de la coherencia del contrato de trabajo subordinado en relación con la tutela de la libertad del trabajador –a diferencia de la relación patrono-esclavo²²–, la misma permite coordinar, en el diseño de SAVIGNY, el momento del "señorío" con el de la "libertad", eludiendo mediante la relevancia cuantitativa la contradicción evidente sobre el plano ontológico.

20 VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht*, cit., 6 n.d.

21 G. W. F. HEGEL, „Grundlinien der Philosophie des Rechts“, en *Werke [Auf der Grundlage der Werke von 1832-1845]*, Frankfurt a.M., 2000, 7, § 67, 144-145: "Von meinem besonderen, körperlichen und geistigen Geschicklichkeiten und Möglichkeiten der Tätigkeit kann ich einzelne Produktionen und einen in der Zeit beschränkten Gebrauch von einem anderen veräußern [d.h. den ein anderer davon machen kann], weil sie nach dieser Beschränkung ein äußerliches Verhältnis zu meiner Totalität und Allgemeinheit erhalten. Durch die Veräußerung meiner ganzen durch die Arbeit konkreten Zeit und der Totalität meiner Produktion würde ich das Substantielle derselben, meine allgemeine Tätigkeit und Wirklichkeit, meine Persönlichkeit zum Eigentum eines anderen machen. Es ist dasselbe Verhältnis wie... zwischen der Substanz der Sache und ihrer Benutzung; wie diese, nur insofern sie beschränkt ist, von jener verschieden ist, so ist auch der gebrauch meiner Kräfte von ihnen selbst und damit von mir nur unterschieden, insofern er quantitativ beschränkt ist; - die Totalität der Äußerungen einer Kraft ist die Kraft selbst - [...] – der Besonderungen das Allgemeine".

22 Al respecto, es significativa la diversa postura que, más acorde con la realidad de las cosas –según mi modo de ver– emerge de la regla ponderada en la escuela de los Glosadores, y que prohíbe *locare operas in perpetuum, ne inutilis esset libertas*; sobre este punto véase la lección de IRNERIO recordada por ACURSIO en la *gl. reverti* a D. 7, 1, 3, 2, de la que trata T. REPGEN, *Vertragstreue und Erfüllungszwang in der mittelalterlichen Rechtswissenschaft*, Paderborn, 1994, 52-53.

¿Qué representa históricamente la definición de SAVIGNY para nuestro saber jurídico? Esa, de manera coherente con los presupuestos de los que había partido pero contextualizados, parece haber escondido, haber velado, la cuestión de fondo que desde el iusnaturalismo indujo al reconocimiento de la relación entre libertad del deudor y potestad del acreedor. La solución dada, es decir, la de abstraer la libertad de la persona y limitarla en modo cuantitativamente aceptable a través del concepto de "libertad a la prestación", sólo es idónea para tutelar la libertad de la persona en su acepción moral si se parte de los presupuestos kantianos. En todo caso ésta, unida a una concepción del derecho privado entre hombres formalmente libres e iguales, ha encontrado una acogida sustancial.

De hecho, la crítica post-savigniana que estigmatiza la incoherencia y la irrealidad de una "potestad sobre una prestación"²³ (crítica confirmada igualmente a la alternativa del "derecho a una prestación" de PUCHTA)²⁴, no ataca de manera sustancial la línea de fondo de la solución dada. Esa crítica incidirá sólo sobre el objeto, que en la variante de WINDSCHEID no será más la prestación sino la "voluntad" del deudor a ejecutar la prestación, variante que condicionará indirectamente el §241 del BGB, parágrafo que no define la obligación, sino, como la doctrina alemana ha puntualizado, la relación obligatoria²⁵: "Por la fuerza de la relación obligatoria el acreedor está legitimado a exigir del deudor una prestación [...]".

IV. LAS DEFINICIONES ROMANAS DE LA OBLIGACIÓN Y SU IMAGEN ESTRUCTURAL "DES PROPORCIONADA"

Las definiciones romanas de la obligación,

I. 3, 13 pr. *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvenda rei secundum nostrae civitatis iura*

y de:

D. 44, 7, 3 pr. *Paulus libro secundo institutionum: Obligationum substantiam non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum,*

23 A. BRINZ, „Begriff der Obligation“, en *Kritische Blätter civilistischen Inhalts*, n. 3, Erlangen, 1853, 3-11.

24 Véase la ironía sobre la noción puchtiana de *obligatio* en R. v. JHERING, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, Leipzig, 1885, 10 y 261.

25 Véase por lo demás la discusión sobre la conveniencia de una definición de la obligación en el código, presente ya en el "Proyecto de Dresde", *supra* n. 4.

sobre las que se ha medido tal concepto hasta la escuela histórica²⁶, transmiten una imagen "desproporcionada" de la estructura de la obligación²⁷. En sustancia, aunque el elemento del deber a una prestación está presente en ambas definiciones –con características diversas–, estas parecen oscilar a favor de la responsabilidad respecto del débito (*iuris vinculum quo necessitate adstringimur / obligationum substantiam [...] consistit [...] ut alium nobis obstringat*). El desequilibrio, señalado diligentemente por la doctrina, advierte un protagonismo del elemento de la "responsabilidad", indicio no tanto de un "vínculo" originario material y efectivo del deudor (construcción que tanto ha pesado en las hipótesis reconstructivas de la ciencia romanista sobre los arquetipos de la obligación²⁸), sino –en mi opinión– de una dificultad originaria que los *pontifices*, como custodios y guías del *ius* arcaico, encontraron para elaborar una institución que permitiese imponer un deber de prestación a quien gozaba de la plenitud del *status*, es decir el *pater familias*, sin hacer mella en esa plenitud. La indicada desproporción nunca ha permitido, en el derecho romano, y después en la tradición civilista derivada de éste, la escisión entre los dos elementos estructurales del "débito" y la "responsabilidad", y en todo caso conserva con pulcritud la íntima interconexión entre ellos²⁹.

No es correcto insistir en la autonomía de los elementos del débito y de la responsabilidad en la estructura de la obligación, en cuanto su íntima conexión posee en sí misma una colorida función³⁰. La responsabilidad tiene el objetivo de constreñir al deudor a cumplir; es decir, en las obligaciones que nacen de contrato, su función es la de hacer respetar el deber de prestación asumido. Con todo, la responsabilidad de cualquier modo asume un adecuado sentido dentro de los

- 26 Sobre las dos definiciones de *obligatio*, la doctrina más reciente, en particular: G. SCHERILLO, "Le definizioni romane delle obbligazioni", en *Studi in onore di G. Grosso*, IV, (1971), 95 ss.; LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di «obligatio»* cit., 165 ss.; C. A. CANNATA, "Le definizioni romane dell'«obligatio»". Premesse per uno studio della nozione di obbligazione", en *Studi in memoria di G. D'Amelio*, I, Milano, 1978, 131 ss.; M. TALAMANCA, "Obbligazioni (dir. rom.)", en *ED*, XXIX, 1 ss., en particular 18-20; B. ALBANESE, "Papiniano e la definizione di 'obligatio' in J. 3, 13 pr.", en *SDHI*, L, 1984, 167 ss.; A. GUARINO, "Obligatio est iuris vinculum", en *SDHI*, LXVI, 2000, 263 ss. = en *Iuris vincula. Studi in onore M. Talamanca*, IV, 343 ss.; y la monografía de G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2004.
- 27 Aunque la indudable "sproporzione tra prestazione e sanzione" no debe conducir necesariamente a desconocer la naturaleza de obligación en favor de la simple "carga" o "gravamen"; véase G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano, 1939, 208-209; P. RESCIGNO, "Obbligazioni (diritto privato) a) Nozioni generali", in *ED*, XXIX, 1979, 133 ss., en especial 142.
- 28 Véase FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, cit., 99 ss., para una redimensión de la lectura "material" y una distinción, por oposición, de la *obligatio* como *iuris vinculum*, respecto "delle situazioni vincolanti nell'ambito dell'officium".
- 29 Véase E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni. II. Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, 59-60; TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 20-21.
- 30 Puntual, F. HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. Concepto estructura vicisitudes*, Bogotá, 2002, 73-74: "Débito y responsabilidad, *debitum* y *actio*, *Schuld* y *Haftung*, momentos de la obligación, sin los cuales el concepto no sería completo ni su funcionamiento se podría entender a cabalidad".

mecanismos de coacción indirecta que parten del necesario respeto de la plena independencia y libertad del sujeto pasivo. Entre más sentida es la posición de autonomía y –por así decirlo– de ‘soberanía’ de la persona que debe prestar algo, más desproporcionada resulta la responsabilidad del débito al que se conecta indisolublemente.

Al respecto, la definición de las *Institutiones Iustiniani*, una definición casi “autobiográfica formulada por los deudores”³¹, expresa en su totalidad esa individualidad y solidez de la *persona* del deudor (*‘nos’ adstringimur*). Pero también en la perspectiva creditoria que emerge de PAULO el dato es seguro (*ut alium nobis obstringat*). Lo anterior es conforme con cuanto se hace evidente a nivel estructural de aquello que podríamos sostener como el arquetipo de la obligación, que, mejor que otros, ha caracterizado la institución en nuestra tradición jurídica, o sea: el *oportere ex sponsione*³².

Pesando los elementos estructurales de la obligación, examinados aquí en una dimensión histórica, se divisa cómo sufrieron transformaciones, cambios y precisiones en los numerosos siglos recorridos por estos hasta llegar a nuestros días, bien sea por lo que respecta a los tipos de prestación debida (del *certum dare* al *dare facere praestare*), bien sea por cuanto se refiere al tipo de responsabilidad conminada (personal [*manus iniectio*; prisión, etc.] o patrimonial [*bonorum venditio*; ejecución patrimonial, etc.]; desproporcionada o proporcional al valor de la prestación debida; etc.). Pero nunca se encuentra una fractura real de la institución de la “obligación” en su esencia primaria como para sostener que sea imposible hablar de una continuidad³³. La íntima conexión entre responsabilidad y deuda (así podemos exponerla al menos por comodidad) permanece como un elemento caracterizador de la noción, y demuestra cómo el “batir de alas” de la jurisprudencia pontifical en la sociedad agrícola y aristocrática de la Roma de los siglos VI-V a. C.³⁴, representado en la creación de un *certum dari oportere ex sponsione*, conserva

31 LANTELLA, *Note semantiche*, cit., 180.

32 Fundamental, al respecto, TALAMANCA, *Obbligazioni*, cit., 8-11, en particular, la diferencia de los efectos de la *sponsio* con el fenómeno de los *vades* y los *praedes*: “L’aspetto religioso serve ad un determinato momento, per superare le difficoltà di ordine eminentemente pratico offerte, per l’appunto, dall’immediato asservimento materiale, e per creare un vincolo che sia esclusivamente potenziale, destinato ad attuarsi quando l’aspettativa creditoria sia frustrata” (ibíd., 11). Por su parte, M. KASER–R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁸, München, 2005, 158, entendiend de manera exacta en la definición de I.3, 13 pr. “ein Nachklang aus früherer Zeit”.

33 La diversa conclusión de A. M. HESPANHA, *Panorama histórico da cultura jurídica europeia*, Lisboa, 1999 = cito la trad. it. *Introduzione alla storia del diritto europeo*, Bologna, 1999, 13 n. 1, me parece que está condicionada por una excesiva estimación de los arquetipos de la obligación en el derecho arcaico por parte de las doctrinas romanistas, y en todo caso, aun y cuando se quisiera seguir, señalaría una discontinuidad no tanto entre derecho actual y derecho romano, sino entre derecho romano arcaico y derecho romano clásico, cuando la noción de obligación ya muestra estructural y funcionalmente su consabida característica.

34 “Il diritto romano acquistò ali con l’introduzione della nozione di obbligazione. Quello

intacta una exigencia actualísima, la de disponer de un esquema jurídico idóneo para crear entre dos personas que por definición se encuentran en un nivel de paridad e igualdad formal, una relación jurídica que impone a una de ellas, en favor de la otra, un comportamiento con un contenido de estimación patrimonial, sin mermar con ello la condición jurídica, o sea, sin que se llegue a la sumisión. Se trata, como ya se ha afirmado con autoridad, de "una relación entre sujetos de derecho que están, uno de frente al otro, en una posición *de igualdad*: una relación entre pares"³⁵. Esta exigencia, surgida en disposición a la salvaguardia de la plenitud de los *status* de los *patresfamilias* de la Roma arcaica, y para los cuales, por así decirlo, la ontológica igualdad jurídica de posiciones en la *civitas* emergía *in re ipsa*, ha demostrado una gran vocación a la universalidad de las relaciones entre los hombres, tanto dentro de una concesión de igualdad formal entre todos ellos, como en aquella heredada de los derechos codificados por el jusnaturalismo. Con una imagen provocadora, podríamos sostener que la historia de la obligación refleja la participación de todos los hombres en un derecho que era exclusivo de las relaciones aristocráticas de los *patresfamilias* en el *ius civile* arcaico³⁶. Una asimilación *in melius* de todos nosotros, por así decirlo.

Pudiera evidenciarse como una tendencia contraria a ésta, la relativa a los actuales procesos de unificación del derecho, coherentes por la fuerza de la globalización. Estos procesos parecen mostrar una tensión que pudiese desembocar en la

dell'obbligazione è uno schema da diritto altamente scientificizzato: i diritti consuetudinari medievali, precedenti la ricezione del diritto romano, soffriranno ancora della grande lacuna del diritto delle obbligazioni, conoscendo praticamente solo schemi di responsabilità": C. A. CANNATA, "Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno", en *Digesto IV, Disc. Civ.*, 1995, 409 ss., la cita es de la p. 416. El mismo estudioso coloca la "invención" de la obligación en el siglo que precede a la Ley de las XII Tablas, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino, 2003, 61 ss.

35 E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955 (reimp. de la ed. de 1919), 55 (de manera más extensa en el punto 53 ss.); ÍD., *Diritto romano I. Parte generale*, Padova, 1935, 471-472. Breves consideraciones también en L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, 74 (con referencia a la *potestas* unitaria arcaica del *pater familias*, precisa que "Natürlich kann diese einheitliche Herrschaftsgewalt nur dort eine ausreichende Grundlage des Rechtssystem bilden, wo es an Beziehungen zwischen gleichberechtigten Individuen – Obligationen – fehlt; denn der Begriff der Verpflichtung findet in jenem Gewaltverhältnis keine Unterkunft"); y en G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana (Lezioni universitarie)*, Torino, s. f. (pero de 1944), 218 (que habla de una "posizione d'indipendenza").

36 Nótese que, por otra parte, estas tendencias "asimiladoras" de la participación cada vez más amplia en un derecho de origen exclusivo no son producto de la casualidad, y esconden, se quiera o no reconocerlo, una cierta vocación universal de aquel derecho, vocación que por un lado puede ser ínsita al tipo de institución inspirado por ese proceso, y que, por el otro, puede derivar del uso que de dicha institución se hace en la ejecución concreta de ese derecho. Un ejemplo altamente significativo en relación al derecho romano de la obligación es aquel del *oportere ex fide bona*; véase F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, *Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, al cuidado de L. GAROFALO, II, Padova, 2003, 115 ss., en particular 137 ss.

extenuación del estrecho vínculo existente entre obligación y contrato, haciendo del contrato un acto jurídico de eficacia variable, pero acentuando de esta última sólo la vinculación entre las partes. El *pacta sunt servanda* prevalece por encima de la característica de la obligación nacida del contrato y sobre la autonomía que ésta tendrá respecto del contrato mismo.

Por lo tanto el contrato, que en el modelo iusnaturalista (el que ha penetrado ampliamente en los procesos de codificación) se limita a poner en relieve el acuerdo entre sus elementos y tiende a restar valor a la *causa*³⁷, puede comprobarse con los más variados contenidos que deben ser cumplidos aun y cuando representen formas de sujeción. De esta manera se está frente a una muy probable desnaturalización de la verdadera función del contrato.

Ello tiene asimismo consecuencias directas sobre el papel de la buena fe, a pesar de que a esta se le reconozca de manera retórica el rango de principio en los modernos proyectos de unificación, toda vez que separándose de la obligación se pierde la capacidad de aquella no sólo para guiar a las partes en la ejecución de cuanto se ha prometido (buena fe como regla de conducta), sino la capacidad de integrar el contenido de la obligación que deriva del contrato³⁸.

V. LA OBLIGACIÓN COMO UNIDAD COMPLEJA Y COMO PROCESO

La generalización –presupuesto también de una abstracción– que caracteriza los modelos típicos de prestación permite aislar a nivel teórico aspectos de una realidad compleja, aspectos realizados concretamente con la celebración de un determinado contrato³⁹. Esta realidad compleja ha sido reconstruida por la ciencia jurídica, sobre todo en el siglo XX, envileciendo el momento característico de la obligación en la que se fundaba, y acentuando –en un nivel más alto de abstracción– el momento de la "relación jurídica". De esta manera, si por un lado se ha logrado superar un análisis unilateral de la relación entre deudor y acreedor, recuperando el significativo enlace de obligación al que dan vida la mayor parte de los contratos, por otro lado se ha debilitado en lo más profundo el fundamento especial de esta particular relación jurídica, bien caracterizado en su estructura y en su función desde su nacimiento, que impide, salvo que se le desnaturalice, confundirla con otras instituciones.

Por ejemplo, hasta que la prestación objeto del *oportere* quedó delimitada a un *certum dare* la "tensión" entre acreedor y deudor, disuelta con el cumplimiento, se caracterizó en la instantaneidad de la satisfacción del crédito por el pago. La

37 Con exactitud, F. GALLO, "Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare", en *Roma e America. Diritto romano comune*, 7, 1999, 17 ss. en particular 44 ss.

38 Para mi opinión véase «*Bona fides*» *tra storia e sistema*, Torino, 2004, 26 ss.

39 Al respecto resulta fundamental G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 225 ss.

distancia con los vínculos de naturaleza real se marcaba así de manera concreta. Sin embargo, la extensión a prestaciones continuadas, como el *facere*, pero sobre todo el *non facere* y el *praestare*, opacaron asimismo —como ya se ha dicho con autoridad— “la importancia de que la obligación está destinada a extinguirse, y se extingue, con el cumplimiento, mismo que constituye su finalidad”⁴⁰.

Ello se entrelaza con la importancia del principio de la buena fe en nuestro sistema jurídico. La invención que se remonta con alta probabilidad a un período entre los siglos III-II a. C., “destinada a tener para sí el futuro”⁴¹, de ligar la cláusula *ex fide bona* al *oportere* (*oportere ex fide bona*), es la expresión de *concepta verba* elaborados por la *iurisprudencia*. Expresión que a su vez representa el fruto de la trasposición del *solemne verbum*, que en la tradición de las *legis actiones* indicaba la obligación entre ciudadanos romanos, a un ámbito distinto, el de la contratación comercial entre ciudadanos romanos y extranjeros, y en la que, a pesar de tratarse de un esquema jurídico que ya se retenía cónsono, los juristas sintieron la necesidad de unirlo con la *fides bona*.

Frente a acuerdos (*pacta conventa*) entre romanos y *peregrini* que en el tráfico jurídico se tipificaban como *emptiones*, *venditiones*, *locationes*, *conductiones*, *mandata*, *societates*, solamente una *iurisprudencia* de alto nivel podía alcanzar una tutela típica en términos de *formulae* de acciones *in ius conceptae* (abandonando o quizás sin siquiera pretender el camino de la *formulae in factum*)⁴², en las que la pretensión se considera homogénea (siempre *quidquid dare facere oportet ex fide bona*), aunque si bien siempre ligada a diferentes tipos negociales por medio de la *demonstratio*.

Se debe precisar que esta determinada elección representa un momento fundamental para la historia de la obligación, equiparable, por su importancia, con la construcción pontifical de un *oportere ex sponsione*. De hecho, considerar idóneo el esquema del *oportere* vinculado a la *fides bona* significa aplicar de manera universal una institución caracterizada, por definición, por la paridad jurídica de los sujetos involucrados (en su origen, en el derecho arcaico, como ya se dijo, las *personae sui iuris*).

En el siglo XX, con el énfasis de la complejidad unitaria que los juristas dieron a la obligación, se acogió nuevamente su momento dinámico (la obligación como un proceso), que pone en relieve su función y que permite de igual manera entrever su estructura. Entender la obligación como una relación jurídica dispuesta hacia su cumplimiento y consecuente extinción, caracteriza la configuración de un “estado

40 G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit., 222; sobre ese punto de vista véase también RESCIGNO, *Obbligazioni*, cit., 192-193.

41 D. NORR, *Die 'fides' im römischen Völkerrecht*, Heidelberg, 1991, 44.

42 Coinciden en ese resultado, aunque partiendo de distintos presupuestos y recorriendo diversas vías, F. GALLO, “Bona fides e ius gentium”, en AA. VV., *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, II, Padova, 2003, 115 ss., en particular 146 ss.; y R. FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano, 2003, 221-222.

excepcional de resistencia entre dos sujetos⁴³, a pesar de que, en consecuencia, sea necesario reinterpretar a la obligación con prestaciones continuadas como un proceso de intensidad variable: mayor en los distintos momentos de cumplimiento y susceptible de desasirse en caso de interrupción.

VI. LA OBLIGACIÓN Y SU POSIBLE SIGNIFICADO EN EL DERECHO PRIVADO POSTESTATAL DEL SIGLO XXI: UNA HIPÓTESIS DE TRABAJO

La doctrina de los juristas (de la que se debe reencauzar en el sistema su papel imparcial y autónomo así como su finalidad, con mejores soluciones en continua adaptación con la realidad: la justicia sustancial, este es el profundo significado de las definiciones romanas de *iustitia*⁴⁴ y *ius*⁴⁵ que nos han transmitido los *Digesta* de JUSTINIANO) se encuentra frente a una paradoja en el siglo XXI: la paradoja de un mercado supranacional precedido de los adminículos de un orden jurídico estatal. Así, el extra-estatalismo del derecho civil, que parece demostrar históricamente haber superado la edad del estatal-legalismo, pudiera no resistir el embate de un mercado que dicta reglas a la medida no de los hombres, sino de las compañías. Frente a esto, seguir sin un espíritu crítico o, peor aún, secundar a sabiendas las propensiones de degradación del vínculo entre contrato y obligación, nexos que en nuestro sistema jurídico marca una característica de nuestra tradición civilista, significaría, en mi opinión, renunciar al esquema jurídico que estructuralmente y a nivel de los efectos, determina, junto al principio de buena fe, los verdaderos límites de poder del contrato. En el momento en que esos confines, señalados estructuralmente por la paridad jurídica de las personas que forman parte de la relación y caracterizados funcionalmente por una tensión hacia el cumplimiento como momento fisiológico de extinción del vínculo, fuesen superados sin resistencia alguna, se pondría a disposición del mercado supranacional un instrumento, el contrato iusnaturalista, con un elevado potencial de sumisión de los deudores, encubriéndolo como un instrumento de máxima expresión del principio de la autonomía privada.

43 GROSSO, *I problemi dei diritti reali*, cit., 218.

44 ULPIANO 10 *reg. D.* 1, 1, 10 pr.: *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi* [I.1, 1 pr. *tribuens*]. Véase al respecto, para una crítica y un acalorado conceptual de la *definitio*, las lecturas que de su formación realiza F. GALLO, "Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto", en *SDHI*, LIV, 1988, 1 ss.

45 ULPIANO 1 *inst. D.* 1, 1, 1 pr.: *Iuri operam daturum prius nosse oportet unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. También son importantes para esta *definitio* las consideraciones de F. GALLO, "Sulla definizione celsina del diritto", en *SDHI*, LIII, 1987, 6 ss.

