



GENERALIDADES JURÍDICAS

LEX POETELIA PAPIRIA (326 a.C.) COMO TRANSFORMACIÓN DE LA OBLIGACIÓN PENAL Y CORPORAL EN PATRIMONIAL

Bartolomé Gil Osuna
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra
bagil2@pucesi.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0003-0128-2030>

Carliz de Jesús Mejías
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra
cdmejias@pucesi.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-4842-0755>

Pedro Mauricio Arias Romero
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra
pmarias@pucesi.edu.ec
<https://orcid.org/0001-0001-7407-0296>

Amparo del Carmen Erazo Clerque
Pontificia Universidad Católica del Ecuador, sede Ibarra
aderazo@pucesi.edu.ec
<https://orcid.org/0000-0002-0962-3269>

Fecha de recepción: 4 de julio de 2022
Fecha de aceptación: 13 de octubre de 2022
Fecha de publicación: 15 de diciembre de 2022

Resumen

La *obligatio* romana contenida y definida en las Institutas de Justiniano y en el Digesto ha dado lugar a un amplio estudio llevado a cabo por la pandectística romana sobre su proceso evolutivo desde la promulgación de la *Lex Duodecim Tabularum* que reguló un procedimiento bárbaro y violatorio de los derechos humanos del deudor. Esta investigación analizó la transformación de la *obligatio* arcaica y sometida a las formalidades *per aes et libram* del *nexum*, con imposición de sanciones que recaían en el cuerpo y libertad del deudor, hacia un procedimiento patrimonial gestado por la sanción de la *Lex Poetelia Papiria* que, según Tito Livio, significó una nueva libertad para los plebeyos. La metodología debidamente planificada, permitió la utilización de un enfoque cualitativo con un nivel de profundidad exploratorio descriptivo, y de métodos como el histórico dialéctico y el analítico sintético, lo cual facilitó el estudio desmembrado de las instituciones jurídicas. En todo caso, en esta revisión documental, se infirió que la *Lex Poetelia Papiria*, efectivamente marcó el momento en que la *obligatio* corporal y personal, derivada del derecho penal, se innova en una obligación cuyo *vinculum iuris*

afecta, ahora, en primer término, el patrimonio del deudor que, posteriormente, con el devenir de los siglos, estuvo sujeta a un procedimiento ejecutivo patrimonial, guiado por los *arbitria bonae fidei*, representado por la *bonorum venditio* como venta en masa de los bienes del deudor insolvente.

Palabras clave: *Obligatio*, deudor remiso, procedimiento patrimonial, *Lex Poetelia Papiria*, corporal.

Abstract

The Roman *obligatio* contained and defined in the Institutes of Justinian and in the Digest has given rise to an extensive study carried out by the Roman Pandectism on its evolutionary process from the promulgation of the *Lex Duodecim Tabularum* which regulated a barbaric procedure that violated the human rights of the debtor. This research analyzed the transformation of the archaic *obligatio*, subjected to the *per aes et libram* of the *nexum* formalities with the imposition of sanctions that fell on the body and freedom of the debtor, towards a patrimonial procedure generated by the sanction of the *Lex Poetelia Papiria* which, according to Titus Livy, meant a new freedom for the plebeians. The methodology, duly planned, allowed the use of a qualitative approach with a descriptive exploratory level of depth, and methods such as the dialectical historical and synthetic analytical, which facilitated the dismembered study of the legal institutions. In any case, in this documentary review, it was inferred that the *Lex Poetelia Papiria* effectively marked the moment in which the corporal and personal *obligatio*, derived from criminal law, was innovated into an obligation whose *vinculum iuris* now affects, first and foremost, the debtor's patrimony. Later, with the passing of the centuries, it was subject to a patrimonial enforcement procedure, guided by the *arbitria bonae fidei*, represented by the *bonorum venditio* as a mass sale of the insolvent debtor's assets.

Key words: *Obligatio*, defaulting debtor, estate proceeding, *Lex Poetelia Papiria*, corporal.

INTRODUCCIÓN

El estudio de las fuentes de las obligaciones romanas *-causae obligationum-*, evidencia que estas cruzaron una larga evolución que se extiende desde la embrionaria sociedad monárquica romana hasta la floreciente época clásica, en la que la *obligatio*¹ se consolida como un constructo jurídico con características muy peculiares a las de cualquier pueblo antiguo. Ya en la época clásica, *obligatio* fue

1 El sustantivo latino obligare es bastante antiguo; es posible que los etruscos lo hayan utilizado. Aparece en las comedias de Plauto, en particular en la comedia *Captivi* (Pérez, 2013), que recoge consideraciones generales sobre los elementos jurídicos romanos y áticos en el teatro latino, y significa -atar, amarrar, anudar-. Además, como asevera Rodríguez-Ennes (2010), se podía entender desde dos puntos de vista: "obligare rem, 'atar una cosa', 'darla en garantía' y obligare personam, 'imponer un deber a una persona'" (p. 693). Luego y, en contraste, con obligare surge el sustantivo latino obligatio, que es mencionado, por primera vez, por Cicerón en *Ad Brut*, 1, 183.

un término jurídico bastante conocido y refiere a una concepción unitaria como forma indiferenciada de garantía² -sin que se distinga que la sujeción material tenga por objeto una persona, *obligatio personae*, o una *res*, *obligatio rei*- para el veraz cumplimiento de cierta prestación.

Las fuentes enseñan que los romanos para referirse a la idea de obligación en el *Ius Quiritium*, utilizaban el vocablo *nexum*³, al hacer alusión al medio o negocio jurídico más antiguo para crear obligaciones. Probablemente, la primitiva sociedad romana, sin una fuerte actividad comercial, no necesitaba de garantías reales, debido a que esta protección para el acreedor era suficiente con las garantías personales, entre ellas, la *sponsio* o la *fideipromissio*, basadas en el principio quirite del respeto a la palabra del deudor, considerada sagrada (Díaz Bautista, 2010). No obstante el contrato verbal del *nexum* fue una forma de garantía real que recaía en el *corpore obligatus*, como una especie de *nexum immobiliare*⁴.

Al plantear esta investigación, en la que se quiere evidenciar el origen penal de la obligación, se confirma que esta institución jurídica ostenta, en la Roma antigua, varias fuentes y no, necesariamente el contrato como fuente primaria y genuina de la obligación. Esto obedece a que en Roma no era concebible que alguien dimitiera o renunciara al derecho de libertad del que gozaba, por ser ciudadano romano, para entregarse como *servus* a favor de otra persona. Pero el deudor remiso, es decir, quien no cumplía con la obligación de pagar a tiempo, se convertía en una especie de *captivitas*, valga decir, de prisionero por deudas, con lo que se proclamaba el *dominium* o propiedad del cuerpo del deudor y de su *patrimonium* a favor del acreedor, quien generalmente era un patricio. Por ello, se entiende, casi de manera unánime, que, en la época arcaica, no era preciso hablar estrictamente de *obligatio* o de *actio*, sino, preferiblemente, de relaciones de poder -*mancipium* (*manu capere*)-, en las que al deudor se le vulneraban todos sus derechos humanos, sin posibilidad de lograr salir de esta precaria situación, en la que el plebeyado sumido en las deudas era inducido a esta frágil condición jurídica.

Del texto del profesor italiano Bonfante (1959), se desprende que el concepto de obligación debió haber aparecido, probablemente, en el campo de los delitos -*de delicti*-, en el que la responsabilidad penal implica el ineludible sometimiento del infractor, quien quedaba *obligatus*, valga decir, sometido a la víctima. Tanto el ladrón como el que pide prestado, quedan obligados con su propia persona, como

2 Entre ellos el clásico De Ruggiero (1930), quien señala la caracterización prendaria de la obligación, que generalmente derivaba de ocasionar un daño a otro y no repararlo.

3 Entre varias teorías que explican el origen del *nexum*, un segundo grupo de juristas, representados por Niebuhr (1830), Maynz (1913), Bonfante (1959) y Perozzi (1949), indican que este contrato verbal antiquísimo tiene un origen accesorio para garantizar una obligación. De esta manera el *nexum* se realizaba a través de una automancipatio, o de una mancipatio fiduciaria, subordinada al incumplimiento de la obligación por parte del deudor, como expone Carames-Ferro (1953).

4 Esta idea no es muy acertada, o al menos tuvo poca duración en el tiempo, ya que en el siglo II d.C., Pomponio 11, ad Sab., afirmaba en un fragmento que los compiladores justinianos insertaron, como regula iuris antiqui, en D. L.17.25, que era más garantía la real que la personal: Plus cautionis in re est quam in persona.

una especie de atadura del *corpus -corpus obnoxium-* respecto del acreedor. Más que tener un significado patrimonial, la obligación implica *ipso iure* un sometimiento personal *-obligatio personae-*. *Verbi gratia*, quien causa un daño corporal, fractura de un hueso *-membrum ruptum-* a un ciudadano romano o a un esclavo⁵ o celebra un préstamo de dinero, tomando en cuenta las formalidades *per aes et libram*⁶ del *nexum*, crea una dependencia de carácter físico entre acreedor⁷ y deudor.

Al justificar una investigación histórico-jurídica como esta, se parte de la idea de considerar relevante comprobar hasta qué punto la evolución de la obligación romana determinó que era esencial la patrimonialidad como requisito obligatorio de la *praestatio* en el marco del derecho privado romano, lo cual constituyó una transformación favorable a la condición del deudor insolvente, al permitir, en virtud del contenido jurídico de la *Lex Poetelia Papiria*, que el *debitor* pagara con sus bienes *-bona, pecunia, patrimonium-* y no con su cuerpo o libertad como lo expresaba la formalidad *per aes et libram* del *nexum*.

METODOLOGÍA

Como punto de partida metodológico, se consideró que la *Lex Poetelia Papiria* se instaura en la Roma republicana para mitigar los efectos inhumanos que traía consigo el *nexum* para el deudor remiso, por lo que en esta indagatoria se empleó un enfoque cualitativo al estudiar la *obligatio* como constructo jurídico que sufre una larga evolución, de la que se recolectaron vestigios indispensables para la obtención de datos necesarios para la investigación. Con un alcance descriptivo se hizo un acercamiento a institutos jurídicos relativamente desconocidos, como el alcance jurídico de esta *Lex*, el cambio que sufre la *obligatio* desde una postura eminentemente corporal hacia un contexto patrimonial, que mereció una revisión más compleja y con mayor profundidad que la hecha en los *syllabus* de la asignatura de Derecho Romano.

Por la complejidad de la investigación, se empleó el método histórico dialéctico, al considerar la transformación de la *Lex Poetelia Papiria* en un contexto jurídico, histórico, social y político en constante movimiento y en evolución perenne, que debió iniciarse en la Roma *urbe ab condita*, desarrollada desde su fundación en el año 754-753 a.C. como sociedad embrionaria hasta la cristalización de las instituciones jurídicas romanas de la época clásica (S. I al III d.C.), confrontadas con el progresivo desarrollo del *ius civilis* o derecho civil exclusivo de los ciudadanos romanos, en contraste, con el *ius gentium* o *ius praetorium* como derecho de los extranjeros o peregrinos, siendo un derecho menos formal y solemne, evidenciándose, una

5 Es de recordar que la iniuria sufrida por el esclavo, en palabras de Pugliese (1941), “fue por primera vez tomada en consideración en un especial Edicto del Praetor, el Edictum de iniuriis quae servis fiunt” (p. 11).

6 Es un negocio solemne, formal, de derecho civil, realizado de manera verbal, mediante el cual se realizaba el negocio deseado por las partes con el pronunciamiento de determinadas fórmulas verbales, frente a testigos idóneos, con la utilización de la balanza (libra) y de un pedazo de bronce (aes).

7 Se debe recordar al respecto que Gayo, en sus comentarios al Edicto Provincial (D. L.16.11), afirma: “Creditorum appellatione non hi tantum accipiuntur, qui pecuniam crediderunt, sed omnes, quibus ex quilibet causa debetur” (“no solamente son llamados acreedores los que prestaron dinero, sino también todos aquellos a los que por cualquier causa se les debe”).

vez más, la importancia de la Historia del Derecho *-historia nuntia vetustatis-*. Hubo la necesidad de recurrir también al método analítico sintético, como proceso intelectual inminente para el análisis separado de las instituciones jurídicas y lograr la reconstrucción sucinta del acontecimiento histórico que significó concebir la *obligatio* desde un punto de vista más humano, aplicado a los bienes del deudor y no a su cuerpo o libertad, lo que conllevó a un procedimiento judicial en contra de los bienes del deudor y, permitió que no se vulnerara su dignidad humana y se fueran garantizando progresivamente sus derechos humanos.

La sumisión en la historia progresiva de los derechos de la plebe romana conllevó una exhaustiva revisión documental, que implicó examinar la doctrina clásica o pandectística del derecho romano en textos, artículos científicos, fuentes documentales genuinas y repositorios jurídicos, para precisar la pasmosa rigurosidad de la legislación *decenviri*, es decir, la legislación plasmada en la Ley de las XII Tablas del año 450 a.C., para todos aquellos deudores insolventes que, frente al incumplimiento de la obligación, se veían sometidos a un *corpus obnoxium*⁸ favorable al acreedor, quien ostentaba un poder absoluto sobre el cuerpo del deudor, pudiendo disponer de él como lo considerara más adecuado, según la Ley de las XII Tablas.

Del análisis histórico documental efectuado, se evidenció, la ineludible fuerza generada por el vínculo persona de la obligación *-vinculum personae-*, al cual hace alusión Biondi (1956), establecida entre el *debitor* y el *creditor* en el *ius quiritium* o derecho primitivo romano como efecto del surgimiento de una *obligatio*, generalmente, derivada de un daño causado a otro, que se convertía en una ligadura personal *-obligatio personae-* que fue perdiendo su efecto jurídico a medida que la sociedad romana y sus instituciones crecían. En este contexto, se advierte que, del estudio de las fuentes obligacionales, según opiniones difundidas por la pandectística, fue necesaria una progresiva evolución de estas, que seguramente, se inician en el campo delictual, ya que no requerían de una cultura jurídica difundida en la sociedad, como sí era necesario en el ámbito contractual. La obligación se generaba por el daño ocasionado a una persona, el cual debía ser reparado por el sujeto activo de este, quien se convertía en una especie de deudor frente a la víctima, pagando con su propio cuerpo o libertad; lo que significaba una violación de sus derechos humanos al no permitírsele pagar con sus bienes, es decir, de manera patrimonial.

En el derecho primitivo, asegura Solarte (2004), las consecuencias que se presentaban con ocasión de la comisión de un delito, en un principio, fueron entendidas dentro del campo religioso como una venganza divina⁹. Los Colegios de los

8 Situación severísima en la que se encontraba el deudor al incumplir la obligación en el tiempo convenido, que facultaba al acreedor a disponer del cuerpo del deudor o de su libertad y que lo imposibilitaba para seguir trabajando o produciendo para saldar la deuda, ya que se sometía a una especie de semi-esclavitud por deudas.

9 Se imponía al ofensor un *piaculum* como ofrenda propicia para aplacar la ira deorum, como indica Torrent (2015). Algunas fuentes, de tiempo de Augusto, dejan entrever que a veces el *piaculum* no era suficiente ante conductas delictivas más graves *-scelus inextinguibile-* imponiendo al ofensor pagar su culpa con su propia persona ofrendada a los dioses romanos *-consecratio capitis-* aplacando su muerte la ira divina, y a veces se adicionaban todos sus bienes *-consecratio capitis et bonorum-*.

Pontífices¹⁰ consideraban que los dioses fungían como verdaderos árbitros al imponer las sanciones, según la gravedad del acto ilícito. Como sostiene Ortega, el delincuente o sujeto activo era “la víctima de la expiación” (1988, p. 23). Una vez superada esta mixtura entre el *ius* y el *fas*, es decir, entre el derecho civil humano y el derecho religioso, -en una época en que la religión embecía profundamente el Derecho-, este elemento religioso permitió el carácter corporal de la pena, pudiendo, en algunas oportunidades el acreedor encadenar al deudor que no cumplía con su obligación, para hacerlo responsable con su propio cuerpo, en *addictio debitoris*, sometimiento corporal, como lo expone la Tabla II, intitulada *de iudiciis* o -de los juicios-, de la Ley de las XII Tablas *-Lex Duodecim Tabularum-*, recogida en el Cuadro 1:

Cuadro 1.

Procedimiento para el deudor remiso, Tabla II -de iudiciis-

Tabula III	Tabla III
<ol style="list-style-type: none"> 1. Aeris confessi rebusque iure iudicatis XXX dies iusti sunt. 2. Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito. 3. Ni iudicatum facit aut quis endo eo in iure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus XV pondo, ne maiore, aut si volet minore vincito. 4. Si volet suo vivito. Ni suo vivit, qui eum vinctum habebit, libras farris endo dies dato. Si volet plus dato. 5 (Aulo Gelio, 20 I 46:) Erat autem ius interea paciscendi ac nisi pacti forent habebantur in vinculis dies LX. Inter eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comitium producebantur, quantaque pecuniae iudicati essent, praedicabatur. Tertiis autem nundinis capite poenas dabant, aut trans Tiberim peregre venum ibant. 6. Tertiis nundinis partis secanto. Si plus minusve secuerunt ne fraude esto. 	<p>Confesada la deuda [en dinero] y juzgadas las cosas en derecho, haya un plazo legal de 30 días. Luego, que se le prenda. Llévase al tribunal ante el magistrado que regirá el litigio. Si no cumple lo sentenciado ni nadie lo avala ante el tribunal, que lo lleve consigo [el acreedor], lo ate con cuerda o con cadenas de, como máximo, 15 libras o si quiere, de menos. Si lo quiere, viva de lo suyo. Si no, el que lo tiene encadenado le dará una libra de grano al día. Si quiere, le dará más. Sin embargo, aún quedaba el derecho a avenirse y, si no, lo tenían encadenado sesenta días. Durante ellos, por tres mercados seguidos, se le llevaba al comicio ante el pretor y se anunciaba la cuantía de su condena. Al tercer mercado se ejecutaban las penas capitales o iban a venderlo al otro lado del Tíber, como extranjero. Al tercer mercado, que se corten los pedazos. Si no resultan iguales no sea fraude.</p>

Nota: Celestino (2018) *Lex Duodecim Tabularum*.

El significado simbólico de este procedimiento, al cual hace referencia Aulo Gelio, al comentar que “no tiene noticias de que medida tan bárbara hubiera sido nunca llevada a la práctica” (Aulo Gelio, 2001, pp. 48-52), permite concluir que en el antiguo derecho romano la sanción que se imponía al incumplimiento de la *obligatio* da la idea de castigo, de severidad corporal. Autores como Bonfante (1959), Arangio Ruiz (1964), Iglesias (1972), entre otros, discurren que el origen de la *obligatio* se encuentra confundido con el derecho penal y que este castigo, del cual hace referencia la Ley Decenviral del año 450 a.C., es parte de la evolución de la pena en el campo delictual.

La concepción religiosa de la penalidad dio paso a la institución de la *venganza privada*, según la cual la persona lesionada podía hacer justicia por

10 Sin duda, el aspecto religioso fue fundamental en la vida del pueblo romano, como en todos los pueblos de la antigüedad, como analiza ampliamente Fustel de Coulange (1999). Particularmente en Roma, dice Gil-Osuna (2020), la religión estuvo estrechamente ligada a la vida institucional del Estado. Los representantes del culto formaban parte de la organización política de la ciudad y tenían carácter de magistrados: El Rey fungía como Pontifex Maximum y para asuntos religiosos se auxiliaba en los patricios con dignidades sacerdotales que componían el Colegio de los Pontífices, de los Augures y de los Feciales.

sus propios medios, “causando otro daño al agresor” (Oderigo, 1973, p. 340), sin intervención directa del Estado y, pudiendo infligir, lícitamente, al ofensor un daño igual o superior al sufrido. En tal virtud, Von Ihering (2001), afirma lo siguiente:

la venganza privada como justicia privada no conoce otro límite que el grado puramente accidental y arbitrario de sobreexcitación del individuo ofendido, que en lugar de oponerse a la fuerza de la injusticia no hace más que duplicarla, añadiendo a la que ya existe una injusticia nueva (p. 95).

Con firmeza se afirma que esta justicia privada *-privata vindicta-* cedió su puesto a la ley del orden jurídico, para evitar el caos social imperante, lo cual explica los ligeros y aislados vestigios¹¹ de esta era antiquísima del derecho romano. Los legisladores de la Ley de las XII Tablas, conscientes de la crudeza de esta venganza privada¹², impusieron una limitación a esta amplia libertad de venganza, que fue la Ley del Talión o *lex talionis*, principio jurídico de justicia retributiva en el que la norma imponía un castigo que se equiparaba con el crimen cometido. Esta ley no sólo hace referencia a una pena equivalente, sino también a una pena idéntica. El adagio más famoso con el cual se la conoce es “ojo por ojo, diente por diente”¹³ (Éxodo, 21:23-25) aparecida en el Éxodo veterotestamentario como regla del *par pari refertur*¹⁴, o como castigo por reciprocidad.

El *Ius Quiritium* vigente en la época monárquica dejaba a iniciativa de los particulares las ofensas recibidas, abandonando su punición a la venganza privada; en definitiva, primaba la Ley del Talión, en ocasiones atemperada por “un rescate económico” (Manfredini, 1977, p. 72), el *webrgeld*¹⁵ establecido y reglamentado por la ley y la costumbre entre las tribus guerreras de Alemania, recuerda Melchor y Lamanette (1877), lo que demuestra el carácter personal y corporal de la pena. Solo en los pocos casos en que el daño causado constituía una vulneración de

11 Estos rasgos históricos o vestigios son: “El marido que sorprende in fraganti al cómplice del adulterio lo mata en su legítima cólera, el derecho posterior le asegura la impunidad ante este evento; la legislación decenviral permite dar muerte al ladrón que delinque durante la noche, y hasta durante el día si procura defenderse: en ambos casos se adjudica a la víctima el ladrón aprehendido in fraganti -furtum manifestum- como adjudicatus (Gayo, III, 189); para ciertas lesiones corporales -membrum ruptum- la ley se pronuncia en la aplicación de la Ley del Talión” (Rein, Kriminalrecht, citado por Von Ihering, p. 36)

12 Las penas corporales, la muerte entre ellas, se imponían en la comisión de delitos más graves, como los incendios provocados intencionalmente en la agricultura, castigados con la crematio. La muerte, expresa Solarte (2004), “podía ser provocada de diversas maneras, dependiendo del delito de que se tratara y podía consistir en la decapitación con hacha, el ahorcamiento, el lanzamiento del reo desde la roca Tarpeya...” (p. 699).

13 El Pentateuco de la Biblia lo repite “vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, herida por herida, hueso por hueso, cardenal por cardenal” (Éxodo, 21: 23-25; Levítico, 24:18-20; Deuteronomio, 19: 21). Este principio de reciprocidad exacta en la pena fue utilizado con bastante claridad según el contenido jurídico-religioso del Código de Hammurabi (1792 a.C.)

14 Regla de conducta que significaba en el derecho antiguo hebreo el pagar de la misma forma con lo que se ha recibido, el devolver con la misma moneda.

15 Voz alemana que, en derecho germánico, dentro de la composición y en el proceso de atenuación de la venganza privada, significaba la cantidad de dinero y otros bienes que el agresor o los suyos entregaban a la víctima o a sus parientes, según escalas fijadas (Enciclopedia-jurídica.com)

la *pax deorum*¹⁶ reaccionaba el pueblo romano -*populus romanus*- por sí mismo contra el reo, para apaciguar la ira divina y restaurar las metódicas relaciones entre hombres y dioses. Esta compensación que se podía proponer entre la comisión de un delito, de carácter privado, y el pago de una suma de dinero, se le denominó *composición voluntaria*, la que se entablaba entre el ofensor y la víctima para reparar pecuniariamente el valor del daño causado.

Ineficientes fueron los resultados positivos de esta *compositio*, pues la víctima abusaba en sus exigencias, al no ser equivalentes al daño sufrido. Esto dio lugar a que el Estado interviniera en la administración de justicia, ya que ahora le correspondía a la comunidad fijar el monto por reparación del daño causado, denominándose *composición legal*. Se trata del acto que se realizaba cumpliendo estrictamente las formalidades del *negotium per aes et libram*, mediante las cuales el ofensor -*debitor*- se obligaba frente a la víctima -*creditor*- a pagar en un tiempo determinado, y en caso de incumplimiento comprometía su propia persona en garantía del crédito, de acuerdo con las formalidades del *nexum*¹⁷ y de la *mancipatio*.

De ello resultó indubitablemente que, en el curso de las luchas entre las dos clases sociales, el *nexum* terminara por convertirse en un arma que el patriciado utilizó para asegurar firmemente su predominio social sobre la plebe:

La situación de la plebe no había mejorado notablemente a pesar de las reformas de Tarquino el Antiguo y de Servio Tulio. Los plebeyos continuaron excluidos de los cargos públicos y religiosos y del disfrute de los más elementales derechos. El monopolio patricio, sobre todo del ager publicus, constituía un privilegio irritante que culminó en una sangrienta contienda. Las leyes crediticias, además, resultaban insostenibles para los plebeyos, pues, compelidos a prestar el servicio militar (...) no podían dedicarse al cultivo de las tierras, (...) por lo que recurrieron a los patricios en busca de obtención de créditos. Estos compromisos contraídos, en situación desigual, no podían ser cumplidos puntualmente, lo cual dio lugar a que los patricios los hicieran responsables de su propio cuerpo o con su libertad. (Gil-Osuna, 2020, p. 123)

Este es el contexto social de la Roma del siglo V a.C., cuando los plebeyos protagonizan una cruenta lucha social (año 494 a.C.) en pro de los mismos derechos y oportunidades que ostentaban los patricios. Paralelamente, la *obligatio* también seguía su curso hacia un proceso judicial más benéfico y ecuánime para el *debitor*, que difícilmente podía sobrevivir a los compromisos crediticios que lo agobiaban. El derecho decenviral debió tomar un destino distinto del compromiso corporal hacia la humanización de la pena¹⁸ para convertirla en un procedimiento ejecutivo

16 La religión romana, como pilar fundamental, se articula en torno al cultus deorum, el culto a los dioses. Cuando estos se encuentran en un estado de equilibrio con la sociedad romana, afirma González (2020), el devenir de los acontecimientos es propicio para Roma. La impiedad quiebra el orden cósmico y rompe la *pax deorum*, la paz de los dioses y para restablecerla aquella ha de ser identificada y expiada.

17 Equivalía a una verdadera condena contra el deudor que autorizaba al acreedor para usar contra él, una vez vencida la deuda, la *damnatio* pronunciada y proceder al final del plazo legal de treinta días al ejercicio de la *legis actio per manus iniectioem*, en la que en caso de falta de pago o de la presentación de un *vindex* o fiador, concluía con la conducción del deudor a la prisión privada o doméstica del acreedor por un nuevo plazo de sesenta días (Carames-Ferro, 1953).

18 Como la percibe Ferrajoli (1995) proveniente del garantismo, esto es “de la tutela de los derechos fundamentales, aún contra los intereses de la mayoría: la inmunidad de los ciudadanos contra la arbitrariedad

de carácter patrimonial, lo que se inicia con la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria* del año 408 de Roma, es decir, el 326 a.C.

DISCUSIÓN

De la revisión documental se deja entrever que la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, (s. IV a.C.), obedece a múltiples razones. No obstante, se quiere precisar que el *carácter obligacional* prevalece en la doctrina romanística, debido a que el *nexum*, representa, entre las diversas instituciones del *ius quiritium*, la más repugnante e indignante al derecho de igualdad que debe existir en la sociedad, como bien se reflejaba en la *polis* griega¹⁹. En Roma solo la clase plebeya soportaba los rigores y consecuencias de la *negotiorum nexi*, valga decir, las crueles consecuencias del *nexum*; por el contrario, el patriciado era privilegiado y difícilmente incurría en insolvencia, ya que, al ser miembros de la *gens*, podían ser auxiliados económicamente por los demás miembros.

La metamorfosis institucional de la *obligatio* que conlleva a constituirse como un *iuris vinculum*²⁰, que, tendría lugar con el surgimiento de la *Lex Poetelia Papiria* que dejó sin efecto el negocio verbal del *nexum* (Rodríguez-Ennes, 2010). Las circunstancias que provocaron el advenimiento de esta *Lex* en el seno romano son informadas por el historiador latino Tito Livio, en tiempos de Augusto, quien relata de manera dramática:

Un joven de óptima familia, debido a la situación económica desastrosa de su padre, fue constreñido a caer en manos de un usurero; éste, vicioso y privado de escrúpulos, intentó estuprar al deudor nexus (es decir, al hijo), ut florem aetatis fructum adventicium crediti ratus; y frente a su desdén y a su resistencia optó por desnudarlo ferozmente. La víctima denunció a su libidinoso acreedor. Por todo ello, suscitó la indignación de los presentes ante la injuria sufrida, quienes lo acompañaron tumultuosamente a la curia, llamando a los cónsules, impetrando su intervención. (Cap. 28, Libro VIII)

De este crudo acontecimiento surgen, como consecuencia, dos medidas, arbitradas por los magistrados y el senado, de manera unánime: la primera, medida de seguridad y policía, consistente en la detención y encarcelamiento del usurero, que atentó a la *pudicitia*²¹, y, como segunda providencia, una propuesta de ley que

de las prohibiciones y de los severos castigos, la defensa de los más débiles mediante reglas del juego iguales para todos, la dignidad de la persona del imputado" (p. 335).

19 Ninguna proposición de las polis helénicas es tan poderosa como el descubrimiento de la isonomía, esto es, de acuerdo a Alponete (2012), la igualdad ante la ley, el fundamento mismo de la democracia, la convivencia vinculada al Derecho, a la Ley, que predominaba en la Atenas helénica. Ya que según se desprende de lo dicho por Tito Livio (3,31,8) y Dionisio de Halicarnaso (Ant. Rom., 10.51.5), los romanos se informaron muy bien del derecho que regía las ciudades de la Magna Grecia.

20 "Obligatio es iuris vinculum quo necessitate adstringimur, alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura" (Institutas, de obligationibus, III, 13.), que traduce: "La obligación es un vínculo jurídico que nos constriñe en la necesidad, de pagar alguna cosa, según el Derecho de nuestra ciudad" (Gutiérrez-Alviz, 1982, p. 496).

21 Como insiste Valerio Máximo, es un memorable atentado a la castidad e inocencia de un menor, Fact. Et dict. Mem. Libri, 6,1,9.

culminó con la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, que trajo como beneficio al deudor, la canónica abolición de la ejecución *in personam* por deudas. Esto significó la abrogación del *nexum*, dotando de verosimilitud el pasaje de Tito Livio que expresa: “*pecuniae creditae bonae debitoris, non corpus obnoxium esset*”, al que sigue el inciso “*ita nexi soluti*” (Tito Livio, 8,28,8), que en buen castellano quiere decir -que sean los bienes, y no el cuerpo del deudor, los que respondan por su deuda-. Por su parte, Cicerón agrega: “*omnia nexa civium liberata*” (Cic. *De re publi.* 2,34,59).

La *lex* romana frente a preceptos contenidos en la legislación griega, mesopotámica o egipcia aumentó su rigurosidad, ya que hizo del deudor y de todo su grupo familiar una especie de garantía prendaria de crédito, por el cual la persona del deudor y de sus descendientes se convertían en cosa propiedad del acreedor, perdiendo, de cierta manera su individualidad: “*noxus, noc sus*” (Melchor y Lamanette, 1877, p. 26). El deudor y sus descendientes sufrían una especie de *capitis deminutio magna*, debido a que no se les consideraba ciudadanos romanos y hombres libres, lo que daba lugar a una clase social, poco definida, que se ubicaba entre el *servus* y el ciudadano romano que gozaba de libertad.

De esta manera, siguiendo el método histórico, no se llega a ningún epígrafe relativo a la protección jurídica crediticia, sin recurrir a la larga evolución de la *obligatio*. A este respecto, Betti (1969) señala que, el genuino compromiso de la *praestatio* se consume en la acción procesal, ya que este deber jurídico no se puede exigir de manera independiente. Dicho de otra manera, posterior a la *Lex Poetelia Papiria*, la exigencia de la condena:

la condemnatio oportere, produjo la transición desde la obligación principal a la obligatio iudicati. El acreedor tenía sólo una expectativa de condena que, verificada, producía subrogación conducente a exigir aquello que se había determinado judicialmente; valga decir, la condena producía un efecto sustantivo: el nacimiento de una obligación pecuniaria como consecuencia de la primera, que subordinaba la principal. (Betti, 1969, p. 331)

El siglo V y comienzos del siglo IV a.C., en plena República romana, la conmoción social o el conflicto, como lo denomina Homo (1958), va a desarrollarse bajo la forma de reiteradas y violentas convulsiones sociales y de transacciones sucesivas a favor de la plebe. Las causas de los movimientos sociales, que desembocan, entre otras medidas de los magistrados, en la promulgación de la *Lex Poetelia Papiria*, según Kovaliov (1964), “son distintas en cada período, pero en general se pueden sintetizar en tres cuestiones esenciales: igualdad de derechos políticos, legislación sobre deudas y derecho de acceso a la tierra comunal -*ager publicus*-” (p. 76). De acuerdo con Celestino (2018) este conjunto de exigencias y reivindicaciones plebeyas estaban dirigidas a lograr la igualdad de derechos que traía consigo aspectos sociales, jurídicos y políticos. De importancia, para este estudio, son las exigencias en el ámbito social, que reclamaban la condonación de múltiples deudas, sometidas a altísimos intereses y las consecuencias inhumanas del *nexum* para el deudor remiso.

Del mismo modo, Biscardi (1991), entiende que esta *lex* significó una revolución conceptual en la historia de la *obligatio*, cuyo resultado trajo como consecuencia la coincidencia de hecho entre las figuras del *debitor* y del *obligatus*, de modo que *debitum* y *obligatio personae* quedaron desde ese momento compenetrados y el deudor respondía del *debitum* con sus propios bienes, proporcionándole el carácter de vínculo jurídico, con carácter imperativo o *-vinculum iuris-*.

Esta *lex* trajo como consecuencia el eximir al acreedor del derecho de proceder inmediatamente a la *manus iniectio* contra el deudor que no cumplía con su *obligatio*, sin la intervención previa del magistrado. En otros términos, como asegura Carames-Ferro (1953), la *Lex Poetelia Papiria* quitó su fuerza ejecutiva al *nexum*, disponiendo que este no dispensaría nunca al acreedor de la necesidad de seguir contra el deudor, ante el magistrado, un juicio previo a la ejecución o *manus iniectio*. Al respecto, Fernández-Barreiro (1994), asegura que el cambio de procedimiento ejecutivo se debe a la influencia de la *jurisdictio* pretoriana, “que utiliza como medio coactivo la *missio in bona* en vez de la arcaica *manus iniectio*; y, justamente en esta reforma procesal se halla el elemento que permite contemplar la *obligatio personae* como una relación jurídica de naturaleza y régimen patrimonial” (p. 45), en avenencia con la introducción innovadora de la *Lex Poetelia Papiria*.

En este sentido, el verdadero procedimiento contra los bienes del deudor como proceso ejecutivo del patrimonio del deudor, guiado por los árbitros nombrados por los pretores, según el derecho pretoriano *-arbitria bonae fidei-*, fue recién introducido por el pretor Publio Rutilio Rufo (107 a.C.). La misma *cessio bonorum* o cesión de bienes a favor del acreedor fue, introducida por la *Lex Iulia iudiciorum privatorum*²², considerada como un beneficio procesal concedido a los intereses del deudor, que supone el acomodamiento final de este procedimiento ejecutivo a la novedosa noción patrimonial de las obligaciones. Esto significó, además, que el *nexum* no produciría, en lo sucesivo, otros efectos que los que derivarían de una *obligatio* contraída por cualquier otro medio, como la *stipulatio*.

La materia de la obligación romana, es definida con *sapientia* por el jurisconsulto Paulo en el Digesto, al decir que toda obligación comporta un dar, hacer o un no hacer *-dare, praestare vel non facere oportere-* (*Digestum, de Obligationibus et Actionibus*, XLIV, 7,3), como lo expresan hoy la mayoría de los Códigos Civiles latinos²³. Como advierten Windscheid (1887) y Dernburg (1902) la *praestatio*, objeto propio de la obligación, tiene, al menos por regla general, valor pecuniario: *in commodum creditoris*, para utilidad y provecho del acreedor, siempre que la causa se expusiera al magistrado competente. Esto significaba, en la época clásica, según Uría (1984), que, si el *creditor* ganaba la causa, el magistrado,

22 Ley de relevante interés procesal, promulgada por el emperador Augusto, en el año 17 a.C. como parte de una revisión del sistema de procedimiento romano. Abolió por completo las acciones legislativas, siendo reemplazadas por el procedimiento de formulación. (Tesouro, historia Antigua y Mitología, 2020).

23 Código Civil ecuatoriano, Art. 1454. Definición de contrato. “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, (...)”. Código Civil colombiano, Art. 1495. Definición de contrato o convención. “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, (...)”. En idéntico sentido el Código Civil español, Art. 1088: “ Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

después de haber oído a ambas partes, y según su prudente arbitrio, transformaba, por decirlo de algún modo, el *debitum* que incumbía al *debitor*, por razón de su *obligatio*, en cierta cantidad de dinero que debía recibir *in integrum* el acreedor victorioso.

CONCLUSIONES

Como se evidenció, el carácter delictual que tenía primigeniamente la *obligatio* conduce a expresar, inevitablemente, que la valoración e interpretación de la pena también fue cambiando con el transcurso del tiempo, aun cuando en la época clásica del derecho romano siguió cumpliendo una función expiatoria por la falta cometida; no obstante, su carácter pecuniario o patrimonial y su índole de derecho privado. Se puede apreciar como el derecho clásico, con grandes influencias del *ius gentium*, estima la *poena* a imponerse en un múltiplo (duplo, triple o cuádruplo del valor de la *res* o *damni infecti*) como factor de cálculo del daño ocasionado y no como función indemnizatoria. Ya en tiempos del derecho justiniano el pago impuesto como pena o sanción sí cumplió una función de reparación del daño, para lo cual se protegía al *creditor* -víctima- con *poenales furti*; acciones penales que imponían al ladrón una pena pecuniaria a favor de la víctima, *actiones reipersecutorias* en restitución de las cosas hurtadas, o el pago de los daños y perjuicios correspondientes.

Es de advertir que, en esta larga y progresiva evolución, el constructo jurídico *obligatio* fue concebido como exclusivo del derecho civil -*ius civile*-, al lado de otros conceptos propios de los ciudadanos romanos como la *hereditas*, *dominium*, *heres*, *stipulatio*. El *ius gentium*, como derecho propio de los peregrinos o extranjeros, no incluyó dentro de su *iurisdictio* la propiedad concebida según algunos magistrados -*dominium honorarium*-, o el heredero concebido según el nuevo derecho -*heres honorarium* o *praetorius*-. El compromiso o atadura de una persona frente a otra por el *novus* derecho pretoriano -*iure praetorium*- no incluía las consecuencias del *nexum*, y no se expresaba con las palabras *obligatio* u *obligare*, sino, como recuerda Rodríguez-Ennes (2010), con los vocablos *debere* o *adstringere*, que abarcaban deberes de todo género. Posteriormente estas diferencias fueron arrojadas por el derecho civil del emperador Justiniano.

A partir de la discusión planteada por los autores analizados, se está en condiciones de afirmar que se presencia una de las reformas más importantes que ha tenido lugar en la historia de las instituciones jurídicas del pueblo romano, relativa a la *obligatio*, que sufrió una transformación evolutiva del carácter estrictamente personal de la responsabilidad corporal del deudor remiso, que afectaba su integridad física y su inviolable derecho de libertad, hasta convertirse en un procedimiento netamente patrimonial, en virtud del procedimiento ejecutivo que el *ius gentium* diseñó y que culminó con el procedimiento de la *bonorum venditio*²⁴ mitigado, en el año 118 a.C. Dicho procedimiento permitió la venta en

24 Venta infamante de todos los bienes del deudor insolvente. Institución propia del Derecho pretoriano que permitía la venta en masa y en pública subasta de los bienes del deudor insolvente, que se llevaba a cabo tomando en cuenta un procedimiento ejecutivo.

masa del patrimonio del deudor, por lo que, en adelante era, más beneficioso para el deudor remiso al conferirle la posibilidad de recurrir a la venta en detal de sus bienes o *-distractio bonorum*²⁵-. Esta tuvo sus orígenes en tiempos de Diocleciano (284-305 d.C.), tras la supresión del sistema formulario, tal como sucede en el derecho procesal civil actual en que el dinero contado *-pecunia numerata-* viene a ser el elemento normal de las transacciones que han de contener un valor patrimonial. No debe olvidarse que Justiniano, por medio de la Constitución del año 531, introdujo el *moratorium*, que significó un plazo de cinco años para el deudor, una alternativa más humana planteada a los acreedores para reemplazar la cesión o venta de los bienes del deudor, tal como se acordó en la C.7,71,8-*Imp. Iust. A. Iuliano P.P.*

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alponte, J. (2012) La igualdad ante la ley: la isonomía. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM*, Libro Lecturas Filosóficas (La lucha por los Derechos Humanos y el Estado de Derecho). Recuperado de: [file:///C:/Users/USER/Downloads/la-igualdad-ante-la-ley-la-isonomia%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/USER/Downloads/la-igualdad-ante-la-ley-la-isonomia%20(1).pdf)
- Arangio-Ruiz, V. (1964). *Historia del Derecho romano*. Instituto Editorial Reus, S.A.
- Betti, E. (1969). *Teoría general de las obligaciones*. Editorial Revista de Derecho Privado.
- Biondo, B. (1956). *Istituzioni di diritto romano I*. Edic. 2. Padova.
- Biscardi, A. (1991). *Dottrina romana dell'abbligatio rei*. Editore Giuffrè.
- Bonfante, P. (1959). *Instituciones de Derecho romano*. Instituto Editorial Reus, S.A.
- Carames-Ferro, J. (1953). *Curso de Derecho romano. (Instituciones de Derecho privado: Obligaciones y Sucesiones)*. Editorial Perrot.
- Celestino, M. (2018) *La Ley de las XII Tablas*. Universidad Pontificia de Salamanca.
- Código Civil. Ley del 21 de marzo de 1804 (Francia).
- Código Civil. Real Decreto de 24 de julio de 1889 (España).
- Código Civil. Ley 57 de 1887 (Colombia).
- Código Civil*. Oficio N° 0110-CLC-CN-05 del 10 de mayo de 2005 (Ecuador).
- De Coulange, F. (1999). *La ciudad antigua*. Panamericana Editorial.

25 En el desarrollo del Derecho romano, significó la venta al por menor, al detal de los bienes del deudor insolvente. En el Derecho clásico, la *distractio bonorum* fue admitida excepcionalmente; mientras que en el Derecho justinianeo se convirtió en regla general esta venta que se confiaba al curador que nombraba en magistrado (UniversoJus.com, 2020)

- De Ruggiero, R. (1930) *Istituzioni di diritto civile III*. Giuseppe Principato.
- Dernburg, H. (1902) *System Des Römischen Rechts*. De Gruyter.
- Díaz-Bautista (2014). Origen y evolución de las garantías reales en Roma. En Pedro D. Coneso, José Martínez, Celso Sánchez, Carlos Molina y Lucía García (Eds.), *Antigüedades in progress... Actas del I Congreso Internacional de jóvenes investigadores del Mundo Antiguo* (pp. 409-418). Universidad de Murcia. Recuperado de: <https://www.um.es/cepoat/publicaciones/wp-content/uploads/2017/05/17-DIAZ-CIJIMA-I.pdf>
- Enciclopedia Jurídica. Edición 2020. (Fecha de consulta 20-junio-2022). <http://www.enciclopedia-juridica.com/inicio-enciclopedia-diccionario-juridico.html>
- Fernández-Barreiro, A. (1994). Las fuentes de las obligaciones en relación con el sistema de acciones en el derecho clásico. En *Derecho Romano de Obligaciones*, en homenaje a José Luis Murga (pp. 29-48). Editores: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Editorial Trotta.
- Gelio, A. (2008) *Noches áticas*. Libro 3. Alianza Editorial.
- Gil-Osuna, B. (2020). *Eximias Instituciones de Derecho romano*. Consejo de Publicaciones de la Universidad de los Andes.
- González, C. (2020). *La ruptura de la pax deorum: la impiedad en la República romana (siglos III-I a.C.)*. Universidad de Zaragoza. Recuperado de: <https://zagan.unizar.es/record/94731/files/TAZ-TFG-2020-1829.pdf>
- Gutiérrez-Alviz, F. (1982). *Diccionario de Derecho romano*. Reus, S.A.
- Homo, L. (1958). *Las instituciones políticas romanas. De la ciudad al Estado*. UTEHA.
- Iglesias, J. (1972). *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*. Ediciones Ariel.
- Ihering, R. V. (2001). *El Espíritu del Derecho romano*. Granada-España: Editorial: Editorial Comares
- Kovaliov, S. (1964). *Historia de Roma*. Editorial Futuro.
- Manfredini, L. (1977). *Contributi allo studio della iniuria in età repubblicana*. Milano.
- Maynz, C. (1913). *Curso de Derecho Romano*. Tría.
- Melchor y Lamanette, F. (1877). *La penalidad en los pueblos antiguos y modernos. Estudio histórico*. Imprenta de la Revista de Legislación.
- Niebuhr, B. (1830) *Histoire romaine*. Traduit de l'allemand sur la 3ème édition par P.A. Alter. FALTA EDITORIAL.
- Oderigo, M. (1973). *Sinopsis de Derecho romano*. Ediciones Depalma.
- Ortega, A. (1988). *De los delitos y las sanciones en la Ley de las XII Tablas*. Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Málaga.

Pérez, M. (2013) El elemento jurídico en las comedias de Plauto. Especial referencia a *Captivi*. En Henricus Dal Covolo (Ed.), *Studia et documenta Historiae et Iuris* (pp. xx-xx). Pontificium Institutum Utriusque Iuris. Luteran University Press.

Perozzi, S. (1949). *Istituzioni di Diritto romano*. Padova.

Pugliese, G. (1941) *Studi sull'iniuria*. Giuffrè.

Rodríguez-Ennes, L. (2010). En torno al Derecho romano de obligaciones. *Anuario da Facultade de Dereito*, N° 5, pp. 693-710. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1217469>

Solarte, A. (2004). Los actos ilícitos en el Derecho romano. *Vniversitas*, 107, 692-746.

Tesaurus. Historia Antigua y Mitología. (Fecha de consulta 20-junio-2022). Recuperado de: <https://www.tesaurohistoriaymitologia.com/es/sobre-tesauro>

Torrent, A. (2015) Derecho Penal Romano I. Épocas Monárquica y Republicana. En *Fundamentos Romanísticos del Derecho contemporáneo*. N° 70, pp. 11-42. Recuperado de: https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-R-2021-A0004100072

UniversoJus (Fecha de consulta 20-junio-2022). *Distractio bonorum*. Recuperado de: <http://universojus.com/definicion/distractio-bonorum>

Uría, J.M. (1984) *Derecho Romano*. Vol II. Universidad Católica del Táchira-Venezuela.

Windscheid, B. (1887). *Lehrbuch des Pandektenrechts*. Frankfurt a M: Literarilche Anftalt.

Fuentes históricas y literarias

Cicerón en *Ad Brut*, 1, 183; *De re publi*. 2,34,59.

Dionisio de Halicarnaso. *Ant. Rom.*, 10.51.5

Gayo, comentarios al Edicto Provincial (D. L.16.11)

Institutas Iustiniani, de obligationibus, III, 13.

Tito Livio *Ab urbe condita*, Cap. 28, Libro VIII