

testimonio de este jurisconsulto, los *chirographa* y los *syngraphæ* obraban de una manera análoga precisamente á la estipulación y á la expensilación: no acreditaban una obligación preexistente, como, por ejemplo, una obligación procedente de una venta, de un arrendamiento, de un delito, ó de cualquier otra causa, á fin de poder probar su existencia, y ejercitar las acciones procedentes de tales actos; por el contrario, extinguían esta primera obligación con sus acciones, verificaban una novación de ella, y la reemplazaban con la obligación *litteris*. Era la obligación literal puesta al alcance de los *extranjeros*.

Es menester distinguir con cuidado de estos escritos todos aquellos que eran sólo instrumentos probatorios, bajo las diferentes calificaciones de *instrumentum*, *scriptura*, *libellus*, *charta*, *chartula*: todos los escritos de que ha dicho Gayo: «*Fiunt, ut quod actum est pereas facilius probari possit*» (1); y Constantino: «*Eadem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium*» (2). Siendo estas especies de escritos ó escrituras una seguridad que toman las partes interesadas para poder hacer la prueba de los hechos, pueden aplicárseles, y se les aplican frecuentemente, las expresiones generales de derecho romano *cavere* y *cautio*. En efecto, hallamos estas expresiones usadas por los jurisconsultos para designar la escritura probatoria en diversos contratos; por ejemplo, el depósito, la venta, la estipulación, la fideyusion, y frecuentemente también el instrumento de saldo ó finiquito destinado á acreditar el pago (3).—Pero *cautio* designa más especialmente la promesa escrita de pagar una suma determinada de dinero (*certa pecunia*), en la mayor parte de los casos, como consecuencia de un *mutuum* ya hecho ó que se ha de hacer. En este sentido, la palabra general *cautio* se particulariza en su significación, y se asemeja de tal modo á la de

(1) Dig. 22. 4. *De fide instrumentorum*; 4. f. Gay.

(2) Cod. 4. 21. *De fide instrum.* 15. const. de Justinian.

(3) Para el depósito véanse tres ejemplos de semejantes escritos: Dig. 16. 5. *Depositum*; 24. f. Papin; 26. § 1. f. Scev. «*L. Titius ita cavil, habeo apud me titulo depositi*»; y § 2. «*epistola cavil*».... etc., etc.—En materia de venta, Dig. 18. 2. *De lege commis.* 2. fr. de Pomp.... etc.—En materia de estipulación: Dig. 45. 1. *De verb. oblig.* 121. pr. fr. de Papin. «*ex ea parte cautionis*»; y 134. § 2. fr. de Paul.: *litteris suis præstatorum se cavent pecuniam*.—45. 2. *De duob. reis.* 11. §§ 1 y 2. f. Papin.: «*cum ita cautum inveniretur*».—Cod. 8. 58. *De contrah. stipul.* 1. const. de Sever. y Anton. «*Licet epistolæ..... additum non sit stipulatum esse eum cui Cavebatur*».—Para fideyusion: Cod. 8. 41. *De fidejuss.* 27. const. de Justinian. «*Cautionem faciat ostendens se fidejussorem extitisse*», etc., etc.—Para el finiquito: Dig. 46. 5. *De solution.* 5. § 3. f. de Ulp. «*si quis cavent debitori: in sortem et in usuras se accipere*».—Dig. 22. 5. *De probation.* 15. f. Modest.: «*Fideicommissa solvit, cautionem accepit*».—Cod. 8. 45. *De solution.* 6. const. de Gordian.: «*Universum se recepisse cavil*», etc., etc.

chirographum, que nos parece que llega á ser sinónima de ella. Ya en el lenguaje de los jurisconsultos romanos las dos palabras se confundían á veces (1). Una constitución imperial de Alejandro Severo califica de obligación la *cautio* (2). En fin, en tiempo de Arcadio, Honorio y Teodosio se nos presenta por estos príncipes como medio de formar la obligación *litterarum* (3). El *codex accepti et expenssi* y los *nomina*, tanto *arcaria* cuanto *transcriptilia*, han caído en desuso. Los mismos *syngraphæ*, aunque proceden del derecho de gentes, no aparecen ya. Los *chirographa* se presentan todavía algunas veces en su denominación, hasta en el cuerpo del derecho de Justiniano; pero tienen por palabra sinónima la *cautio*, entendida como promesa escrita de pagarnos una cantidad determinada, las más veces por causa de *mutuum*. *Cautio* es verdaderamente la denominación reconocida y casi siempre usada (4). Pero ¿cuáles eran los efectos del *chirographum*, así transformado, ó de la *cautio* su sinónima? Esto es lo que importa adivinar. Más de una vez se ha ridiculizado á Justiniano con motivo de su obligación *litterarum*, imaginada, según se dice, por él, en honra de la antigua división de los contratos. Fácil será convencernos de que los redactores de la Instituta de Justiniano no inventaron nada; y que lo que verdaderamente hicieron fué tomar el contrato *litteris*, tal como en sus transformaciones había llegado hasta ellos, tal como en su tiempo existían en

(1) Dig. 15. 6. *Commodat.* 5. § 8. fr. de Ulp. «*Si tibi codicem commodavero, et in eum chirographum debitorem tuum cavere feceris*».

(2) Cod. 50. 4. *De non numerat. pecun.* 7. const. de Alejand. «*Si quasi accepturus mutuum pecuniam adversario cavitis: que numerata non est, per conditionem obligationem repetere.... potestis*».

(3) Cod. Teod., lib. 2, tit. 4. *De denuntiatione vel editione rescripti.* 6. const. de Arcad., Honor., y Teod. «*Si quis debiti quod vel ex fenore, vel mutuo data pecunia sumpsit exordium, vel ex alio quolibet titulo, in litterarum obligationem, facta cautione, traslatum est*».—Es precisamente lo que Gayo nos dice del antiguo contrato *litteris*: la traslación ó conversión de una obligación primitiva en una obligación literal.—Añádase el lib. 2, tit. 27. *Si certum petatur de chirographis* en el mismo código.

(4) Véanse algunas citas que presentan la palabra *chirographum* en el cuerpo de derecho de Justiniano. Primero en los fragmentos de los jurisconsultos: Dig. 22. 5. *De probation.* 24. f. Modest. «*Chirographum cancellatum*»; y 51. f. Scev.—44. 4. *De doli excepti.* 17. pr. f. Scev.—Véanse además los fragmentos de los dos mismos jurisconsultos citados, p. 511, n. 5.—Después en las constituciones imperiales: Cod. 50. 4. *De non numerat. pecun.* 5. const. de Alejand. Sever.—8. 45. *De solution.* 14. «*Chirographum acceptæ pecuniæ*», 15, 18, 22 y 25. «*Chirographum condicere*»: todas las constituciones de Diocl. y Maxim.—En cuanto á la palabra *cautio*, usada en el sentido indicado: Dig. 2. 14. *De pactis.* 2. § 1. f. Paul.—15. 5. *De constitut.* 24. f. Marcel.—22. 5. *De probation.* 25. § 4. fragmento de Paul., casi reproducido en una constitución de Justin. Cod. 50. 4. *De non numerat. pecun.* 15.—En el código de Hermogeniano, en el tit. *De cautâ et non numerata pecunia*, en una constitución de Marco Aurelio.—En fin, en el código de Justiniano, todo el título 50. 4. *De non numerat. pecun.*, desde la const. 1, de Severo y de Antonino, hasta la última de Justiniano.

la sociedad y en la práctica de los negocios. Ya Teófilo nos lo decia en estos términos: «*Invenias tamen et hodie, si diligentius inspicias, in communi vita versari quandam litterarum obligationem, sed quæ aliam formam aliamque figuram habeat*» (1). Algunas explicaciones acerca de nuestro párrafo nos lo van á demostrar.

Olim scriptura fiebat obligatio, quæ nominibus fieri dicebatur; quæ nomina hodie non sunt in usu. Plane si quis debere se scripserit quod ei numeratum non est, de pecunia minime numerata post multum temporis exceptionem opponere non potest; hoc enim sæpissime constitutum est. Sic fit ut hodie, dum queri non potest, scriptura obligetur, et ex ea nascitur condictio, cessante scilicet verborum obligatione. Multum autem tempus in hac exceptione, antea quidem ex principalibus constitutionibus usque ad quinquennium procedebat. Sed ne creditores diutius possint suis pecuniis forsitan defraudari, per constitutionem nostram tempus coarctatum est, ut ultra biennii metas hujusmodi exceptio minime extendatur.

Para comprender la decadencia gradual del contrato *litteris*, y su transicion al estado en que lo hallamos en tiempo de Justiniano, es preciso ascender hasta los tiempos de los jurisconsultos clásicos, y ver nacer y desarrollarse una institucion que ha acabado por modificarle profundamente.

De la excepcion non numeratæ pecuniæ.

Si en un escrito, no ya que forma obligacion *litteris*, sino en un simple escrito probatorio (*cautio*), entregado al acreedor como instrumento de prueba, hace alguno constar que es deudor de tal ó cual persona, por causa de compra, arrendamiento, sociedad, daño cau-

(1) Paráfrasis de Teófilo, *hic*.

sado ó cualquier otro hecho, ¿cuál es la causa de la obligacion? Únicamente el hecho mencionado, y el acreedor no tiene otra accion que la producida por este hecho; la accion *empti, locati, pro socio, damni injuria*, ó cualquiera otra, segun el caso. Mas si hallándose las cosas en este estado, el deudor, á pesar del escrito que de él procede, niega la existencia del hecho mencionado, ¿sobre quién recaerá la obligacion de la prueba? Sobre el deudor. No porque un escrito lo ligue y produzca obligacion por sí mismo, sino porque este escrito contiene por su parte una confesion y un reconocimiento del hecho obligatorio, á cuya confesion hay que atenerse: «*Tunc enim stare eum oportet suæ confessioni*», á ménos que por medio de pruebas evidentes, y que consistan tambien en escritos (*evidentissimis probationibus, in scriptis habitis*), se establezca y acredite la no realidad del hecho mencionado. Tal es la decision que nos da el juriconsulto Paulo, y que hallamos reproducida en una constitucion del emperador Justino (1).—Mas si el escrito destinado á formar prueba (*cautio*) se halla extendido confusamente (*indiscrete loquitur*), sin precisar distintamente el hecho obligatorio, entónces no contiene una declaracion ó confesion bastante; y como por sí mismo no forma obligacion, toca al acreedor probar que se le debe y por quién se le debe: «*Tunc eum in quem cautio exposita est, compelli debitum esse ostendere, quod in cautionem deduxit*.» Es tambien decision del mismo juriconsulto (2).

Esto es por lo que respecta á los escritos simplemente probatorios (*cautiones*). Supongamos ahora que haya intervenido una forma civil de obligacion, y para no producir la menor duda, upongamos una estipulacion ó una expensilacion (*nomen transcriptitium*): segun el estricto derecho civil, importa poco que haya ó no una causa preexistente: desde el momento que han tenido lugar las palabras ó la escritura requeridas, la obligacion existe; el deudor está ligado *verbis* ó *litteris*; el acreedor tiene la *condictio*.—Pero sabemos que el derecho pretoriano y la jurisprudencia llegaron en auxilio del deudor, y si ha prometido, si se ha obligado sin motivo por medio de la escritura, le conceden, para defenderse contra la accion del acreedor, una excepcion (la excepcion *doli mali*, ó una excepcion extendida ó redactada *in factum*). Así no es ya tan cierto que las

(1) Dig. 22. 5. De probation. 25. § 4. f. Paul. — Cod. 40. 50. De non numerat. pecun. 15. const. de Justin.

(2) Dig. 22. 5. De probation. 25. § 4. f. Paul.

palabras ó la escritura consagradas obliguen por sí mismas: en el fondo es preciso ascender á una causa primera de obligacion, es preciso que esta causa exista realmente, pues de lo contrario la obligacion, aunque subsistente segun el estricto derecho civil, queda sin efecto.—Sin embargo, un punto capital separa todavía este caso del anterior: negando el deudor que haya habido una causa real para la promesa ó para la escritura, ¿sobre quién recaerá la obligacion de la prueba? Sobre el deudor. Porque las palabras ó la escritura lo ligan; se defiende contra la accion por medio de una excepcion: segun un principio general, el que opone una excepcion debe probar los hechos en que se apoya: «*Qui excipit probare debet quod excipitur*», segun las palabras de Celso: «*Reus in exceptione actor est*», segun la expresion más elegante de Ulpiano (1).

Aquí, sin embargo, se produjo con el tiempo en el derecho romano una nueva é importante distincion. Si la promesa verbal ó la obligacion *litteris* han tenido lugar por causa de un *mutuum* ó préstamo de dinero, y el deudor pretende que no se le ha entregado el dinero, tiene, segun la aplicacion de la regla anterior, para defenderse contra la accion, una excepcion de dolo, que expresada y redactada de hecho, toma el nombre particular de excepcion *non numerata pecunie*. Mas un fragmento de los antiguos jurisconsultos y un párrafo especial de las Institutas de Gayo y Justiniano nos muestran positivamente la aplicacion de esta excepcion al caso de la estipulacion (2). No la hallamos mencionada por los antiguos *nomina* que resultan de la expensilacion, á causa del desuso en que cayeron estos *nomina*, y de la desaparicion ó interpolacion de los fragmentos que á ellos se referian; pero aparece en muchos pasajes, con relacion á la obligacion *litteris* contraida por *chirographa* (3).—Por lo demas, si esta excepcion hubiese quedado en la

(1) Dig. 22. 5. *De probat.* 9. f. Cels.—44. 1. *De exception.* 1. f. Ulp.

(2) Gay. Com. 4. § 116: «Si stipulatus sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeratus, nec numeraverim.... placet per exceptionem doli mali te defendi debere.»—Dig. 44. 4. *De doli mali except.* 2. § 3. f. Ulp.: «Si crediturus pecuniam, stipulatus est, nec credit...., dicendum erit nocere exceptionem.» Ibid. 4. § 16. f. Ulp.—Despues de haber dicho que no se da contra los ascendientes ó los patronos, ni excepcion de dolo, ni ninguna otra que atente á su consideracion, sino que la acepcion, en caso semejante, debe extenderse en hecho (*in factum*), añade el jurisconsulto en forma de ejemplo: «Ut si forte pecunia non numerata dicatur, obijciatur exceptio pecunie non numerata.»—Instituta, lib. 4, tit 13, § 2. «Si quis quasi credendi causa pecuniam stipulatus fuerit, neque numeraverit.... placet per exceptionem pecunie non numeratae te defendi debere.»—Véase tambien Cod. 4. 50. *Non numerat. pecun.* 9. const. de Dioclec. y Maxim.

(3) Código Teodosiano 2. 27. *Si certum velatur de chirographis.*—Código de Justiniano, 4. 50. *Non numerat. pecun.* 5. const. de Alejand.

regla general ántes expuesta por las excepciones; es decir, si negando el deudor la entrega ó numeracion de las especies, hubiese quedado sometido á la obligacion de probar que dicha entrega no habia tenido lugar, nada de nuevo hallariamos en esto. Pero se introdujo una regla absolutamente particular, derogatoria de los principios comunes, á saber: que en este caso especial y en virtud de la denegacion del deudor tocara al acreedor probar que realmente habia tenido lugar la numeracion de las especies. El motivo que parece dar para esto una constitucion de los emperadores Diocleciano y Maximiano, es que racional y directamente no se prueba una negacion (1). Pero la explicacion mucho más fundada y concluyente es que la intervencion de la promesa verbal, ó de la promesa por *chirographum* por razon de préstamo, solia tener lugar entre los romanos ántes de la numeracion de las especies; que en esto hallaba el acreedor una ocasion frecuente y fácil de fraude; que alejándose cada vez más del estricto derecho civil, se consideraron sucesivamente ménos las palabras y la escritura, y más cada vez la realidad del *mutuum*: de tal manera que se acabó por exigir del acreedor la prueba de esta realidad. Lo que principió probablemente por las simples *cauciones* ó escritos probatorios de un *mutuum* (2), se aplicó en seguida á los *chirographa* y á las estipulaciones motivadas por préstamo de dinero. Fué éste un gran paso hácia la decadencia de la obligacion civil, contraida por escrito y aun por palabras; porque, yo pregunto, ¿qué venia á ser en este caso el contrato *litteris* ó el contrato *verbis*? ¿No podria decirse con verdad, hallándose así las cosas, que no eran ya la escritura ni las palabras, sino sólo la numeracion de las especies lo que obligaba?—Sin embargo, esta obligacion que el acreedor tenia de probar la numeracion de las especies no se le impuso sin límites. Por las constituciones se fijó un tiempo á aquel que hubiese hecho la promesa, ya *verbis*, ya *litteris*, para provocar la contestacion en esta materia (*legitimum tempus, — legibus definitum tempus; — tempus intra quod hujus rei querela deferri debet; — jure delata constestationibus tempora*) (3). Este

(1) Cod. 4. 50. *De non numerat. pecun.* 10. const. de Dioclec. y Maxim. «Cum inter eum, qui factum adseverans, onus subiit probationis, et negantem numerationem (cujus naturali ratione probatio nulla est) et ob hoc ad petitionem ejus rei necessitatem transferentem, magna sit differentia.»

(2) Cod. 4. 50. *De non numerat. pecun.* 3. const. de Anton. «Si ex cautione tua: licet hypotheca data conveniri cœperis: exceptione opposita, seu doli, seu non numeratae pecunie, compellitur petitor probare pecuniam tibi esse numeratam: quo non impleto, absolutio sequetur.»

(3) Cod. 4. 50. *De non numerat. pecun.* 8. const. de Alejand. — 6. const. de Dioclec. y Maxim.

tiempo, como vemos en una constitucion de Marco Aurelio y en el código Hermogeniano, y como nos lo muestra el mismo Justiniano, era de cinco años (1). El deudor debia en este plazo, ya oponer la excepcion *doli mali* ó *non numerata pecunia*, si el acreedor dirigia contra él la accion, ya principiar él mismo la agresion, y promover la contestacion de otra manera, como, por ejemplo, procediendo por *condictio* para hacerse restituir su *chirographum* (2), si el acreedor, á fin de ganar tiempo, permaneciese inactivo: Pasado esté plazo sin contestacion no se exigia ya del acreedor una prueba que el lapso de tiempo habria hecho cada vez más diffeil; el silencio del deudor era considerado como una confesion, como un reconocimiento de la numeracion de las especies: la promesa verbal, el *chirographum*, ó áun la *cautio*, recobraban ó adquirian toda su fuerza obligatoria, sin que hubiese ya motivo para inquietarse ni averiguar si el dinero habia sido contado ó no (3).—Tales eran los efectos de la excepcion *non numerata pecunia* y de su extincion. Esta excepcion, por otra parte, se aplicaba únicamente al caso en que la promesa se fundase en un préstamo de consumo (*pecunia credita*); en los demas casos se permanecia bajo las reglas generales (4).

Se ve ahora por esta exposicion histórica cómo la excepcion *non numerata pecunia*, con todas sus reglas derogatorias, vino á variar la naturaleza de la obligacion *litteris*, y áun de la estipulacion motivada por un préstamo de consumo; como desde entónces el *chirographum* y la *cautio* han manifestado tendencia á confundirse, y cuál es el estado á que llegaron bajo el imperio de Justiniano. ¿Se quiere deducir de aquí que en tiempo de este Emperador no habia ya contrato *litteris*? Pues entónces será preciso decir lo mismo del contrato *verbis*, que tiene lugar para el préstamo de consumo, porque la

notable, en que se trata de este plazo para el caso de estipulacion.—Código Teodosiano, 2. 27. *Si certum petatur de chirographis*. 1. const. de Honor., Teod. y Const.

(1) Código Hermogeniano. *De cauta et non numerata pecunia*. «Ex cautione exceptionem non numerata pecunia, non anni, sed quinquennii spatio defecere, nuper censuimus.» Const. de Marc. Aurel.—Código de Justiniano. 4. 30. *De non numer. pecun.* 14. pr. const. de Justiniano.

(2) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 7. const. de Alejand.—4. 5. *De condicti. indeb.* 3. const. de Dioclec. y Maxim.—4. 9. *De condict. ex lege*. 4. const. de Dioclec. y Maxim.—0 para hacerse dejar libre por aceptacion, si se tratase de promesa verbal: 8. 41. *De fidejuss.* 13. const. de Gordian.

(3) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 8. const. de Alejand., «*sin vero legitimum tempus excessit..... omnimodo debitum solvere compellitur.*» —14. pr. const. de Justin. «*ut eo elapso, nullo modo querela non numerata pecunie introduci possit.*»

(4) Cod. 4. 30. *De non numer. pecun.* 5. const. de Alejand. «*Ignorare autem non debes, non numerata pecunia, exceptionem ibi locum habere, ubi quasi credita pecunia petitur..... etc.*» —Así no tendria lugar en el caso en que la obligacion hubiese sido transferida a *persona in personam*. 6. const. de Alejand.,—ni para el caso de transaccion. 11. const. de Dioclec. y Maxim

regla es la misma en este caso para un contrato que para otro. La verdad es que en definitiva, ni el *chirographum*, ni la promesa por estipulacion en préstamo de dinero, no producen ya por sí mismas obligacion eficaz, á no ser al cabo del tiempo fijado; y que Justiniano toma el contrato *litteris* tal como encuentra que habia llegado á su tiempo. Una comparacion entre los términos empleados por el Emperador y los que se hallan en la Instituta de Gayo á propósito de los *chirographa*, nos probará que son efectivamente *chirographa* los que, alterados por la sucesion de los tiempos y por las instituciones que acabamos de exponer, han pasado en la Instituta de Justiniano (1). Vemos suficientemente en el texto cómo el Emperador redujo á dos años contínuos el plazo quinquenal en otro tiempo de la excepcion. Una constitucion especial, inserta en el Código, arregla detalladamente esta materia: conviene observar en ella el medio que se da al deudor de hacer perpétua su excepcion, denunciándola al acreedor en el plazo fijado y con ciertas formas (2).

TITULUS XXII.

DE CONSENSU OBLIGATIONE

TÍTULO XXII.

DE LA OBLIGACION POR EL SOLO
CONSENTIMIENTO.

Sigamos el orden histórico. Despues de los contratos formados al principio por la mancipacion (*per aes et libram*), y posteriormente por la prestacion de la cosa (*re*), lo que forma el tronco y la raiz de los contratos del derecho civil; despues de los dos contratos que de éstos se han derivado, el contrato *verbis* y el contrato *litteris*, en los cuales la obligacion se contrae por palabras ó por escritos, cuyo espíritu consiste en tener realizada la antigua formalidad *per aes et libram*, y de ligarse como si ella hubiese tenido lugar; pasemos á los cuatro contratos derivados del derecho de gentes, á los cuales ha dado entrada el derecho civil de los romanos, y que en nada, ni por la accion, ni por las palabras, ni por la escritura, se refieren á la formalidad Quiritaria de la mancipacion *per aes et libram*, pero que se fundan en el simple consentimiento de las partes (véase pág. 147 y sig.).—Estos contratos son cuatro únicamente: la venta (*emptio-venditio*), el arrendamiento (*locatio-conductio*), la sociedad (*socie-*

(1) Así, al modo que dice Gayo: «*Litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet si eo nomine stipulatio non fiat.*» (Gay. Com. 5. § 154; de la misma manera las Institutas de Justiniano dicen: «*Si quis debere se scripserit quod si numeratum non est... cesante scilicet verborum obligatione.*» La reproduccion es evidente.

(2) Cod. 4. 30. *De non numerat. pecun.* 14. const. de Justinian.—Principalmente el § 4.—Una excepcion análoga tiene tambien lugar en materia de dotes.