

## La genialidad del Derecho Romano, una perspectiva desde el análisis económico del derecho

Juan Javier del Granado\*  
traducción: Maximiliano Marzetti\*\*

**Sumario:** 1. ¿Qué hace que el Derecho romano sea tan admirable? 2. Información asimétrica y *numerus clausus* en el Derecho. 2.1. Derecho romano de bienes. 2.1.1. Esferas privadas claramente delimitadas. 2.1.2. Gestión privada de los recursos. 2.2. Derecho romano de obligaciones. 2.2.1. Decisiones privadas de cooperación. 2.2.2. Decisiones privadas de cooperación que no requieren estipulaciones para toda eventualidad. 2.2.3. Cooperación privada en relaciones extracontractuales. 2.2.4. Cooperación privada entre desconocidos. 2.3. Derecho romano comercial y financiero 3. Medidas autosatisfactivas privadas en el Derecho procesal romano. 4. El Derecho romano y la recodificación del Derecho civil a la luz del análisis económico del Derecho

### 1 ¿Qué hace que el Derecho romano sea tan admirable?

El análisis económico del Derecho nos ayuda a entender por qué el Derecho romano es aún hoy digno de admiración e imitación: y en qué consiste la “genialidad” del Derecho romano.

A los fines de este artículo, entendemos por “Derecho romano” el sistema jurídico vigente en Roma en el período que se extiende desde aproximadamente el 300 a.C. hasta el 300 d.C. Con este trabajo no pretendo ni quisiera convertirme en ni parecerme a un tedioso historiador del Derecho.

---

\* Director del Centro Latinoamericano y del Caribe de Derecho y Economía, Escuela de Derecho de la Universidad pública George Mason; investigador, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

\*\* Doctorando en análisis económico del Derecho de la Universidad de Bolonia.

A la sazón de un científico pandectista alemán, permítanme que elija arbitrariamente algunas áreas del Derecho romano que son especialmente relevantes para el diseño de un sistema ideal de Derecho privado. Este artículo trata sobre la doctrina jurídica del *ius commune*. Asimismo, me referiré a algunas ideas de la filosofía griega que estimo importantes para entender el sistema jurídico romano. Como colofón, el sistema “ideal” basado en el Derecho romano será contrastado con los modernos Derechos civiles francés y alemán.

Sostengo la tesis que lo que hace admirable al Derecho romano es su cualidad de ser un sistema (cuasi) paradigmático de Derecho privado. Entender cómo funciona un sistema de Derecho privado sirve para entender cómo funciona la liberalización económica. El debate en torno al Derecho romano ilustra acerca de cómo un sistema de Derecho privado logra alinear los incentivos para que los individuos puedan (1) realizar esfuerzos (2) y compartir información. El Derecho romano privado también permite que individuos que enfrentan limitaciones de recursos y de incentivos, actúen (1) en su propio interés y también, cuando ello sea eficiente, (2) en interés de otros. Si no existiera un Derecho de obligaciones, no podría esperarse, de manera creíble, que los individuos actúen en interés de otros. Además, en este trabajo sostengo que si no existiera Derecho de bienes los individuos ni siquiera actuarían en interés propio.

Este artículo demuestra que lo que hace admirable al Derecho romano es su cualidad de ser un mecanismo de comunicación que permite que los individuos descentralicen la administración de recursos. El Derecho privado romano hace posible la descentralización del orden social y del mercado, sin la intervención externa del Derecho público o del Estado. El Derecho civil alemán reconoce el sistema privado, *Rechtsordnung*, como una fuente de Derecho subsidiaria (Berkowitz 2005.) Sin embargo, los estudiosos del Derecho no son capaces de definir con precisión qué es el orden jurídico privado. El análisis económico del Derecho provee la respuesta.

El presente trabajo se organiza de la siguiente manera: La segunda parte trata sobre el Derecho privado romano de propiedad, de las obligaciones, del comercio y de las finanzas. La tercera parte trata sobre los aspectos procesales del sistema jurídico romano. La cuarta y última parte sugiere cómo el análisis económico del Derecho puede ayudar a los estudiosos del Derecho civil latinoamericano a reorganizar el sistema de las Pandectas reformulando el Derecho civil para el siglo veintiuno.

## 2 Información asimétrica y *numerus clausus* en el Derecho

En esta sección voy a analizar cómo el Derecho privado romano hace que el esfuerzo individual, la cooperación y la intermediación comercial y financiera sean posibles y creíbles. Ello es posible porque el Derecho romano es un sistema de comunicación de información a la vez que un sistema de incentivos.

### 2.1 Derecho romano de bienes

#### 2.1.1 Esferas privadas claramente delimitadas

La literatura del análisis económico del Derecho enfatiza la importancia de contar con derechos de propiedad bien definidos. Sin embargo esta misma literatura no logra explicar cómo hace el Derecho para definirlos. Los individuos poseen información privada acerca de las cosas que están bajo su control fáctico. Los derechos de propiedad hacen que esta información se vuelva pública.

El Derecho romano sigue el principio de *numerus clausus* para establecer ciertos tipos de derechos de propiedad. Los juristas romanos concibieron a la propiedad como un sistema de un “número cerrado” de formas tipificadas. El Derecho civil romano reconoce la propiedad *ex iure Quiritum* y el Derecho pretoriano, la propiedad *in bonis habere*. Con la promulgación de la *Constitutio Antoniniana* en el 212 d.C., la cual extendió la ciudadanía romana a todos los habitantes del imperio, las formas tipificadas de adquirir la propiedad se unificaron. Hacia el final del período clásico, los términos *mancipium*, *dominium* y *proprietas* se usaban indistintamente para referir a la propiedad típicamente romana.

Mientras que la propiedad romana típica consistía en un haz, un atado de derechos, los juristas romanos también concibieron derechos de propiedad desatados, también en un “número cerrado” de formas tipificadas. Estos *iura in re aliena* eran limitados a *seruitutes praediorum*, *usus fructus* y *usus et habitatio*. En la sección 2.3 me referiré a otros derechos de propiedad como la *fiducia cum creditore contracta*, *datio pignoris* y *pignus conuentum*.

En las *seruitutes praediorum* los derechos de exclusión se hallan parcialmente separados de la propiedad a la que aluden; estando en cambio vinculados a la propiedad de un vecino, quien tiene título para impedir que el propietario-titular interfiera su paso o transporte de agua a través de la propiedad de este. Esta idea se asemeja a las modernas enseñanzas de la escuela de análisis económico del derecho, sin embargo, es consistente con la

concepción romana de que el derecho de paso no otorga a su titular un derecho positivo, a hacer, lo que claramente debió haber sido establecido como un derecho personal según la ley de las obligaciones (Inst. 8.1.15.). Se trataba, en síntesis, de un simple derecho negativo a no interferir con una acción. En consecuencia, las *servitutes praediorum* no son bienes personales (Dig. 33.2.1.) y siguen la suerte de la propiedad principal a la que tales derechos están vinculados. Asimismo, los juristas romanos reconocían que las *servitutes praediorum* sólo podían existir mientras se pudiera probar su utilidad a favor de la propiedad principal.

En el caso del *usus fructus* los derechos de uso y goce de los frutos que se hayan separado de la propiedad de una persona, se otorgan a favor de otra. Un caso especial representa el *usus et habitatio*, por el cual un individuo recibe derechos separados de uso sobre la propiedad de otro. Los juristas romanos no reconocieron el caso inverso. Los romanos pensaban que nadie puede disfrutar de los frutos de una propiedad si no se tiene título para el uso de dicha propiedad “*fructus quidem sine usu esse non potest*” (Dig. 7.8.14.) Después que los derechos de uso y goce han sido separados, el remanente de la propiedad se asimilaba a una cáscara vacía, *nuda proprietas*. Sobre ésta, el propietario conserva el derecho a disponer de ella. El propietario tiene título suficiente para disponer de su propiedad o de gravarla siempre y cuando no afecte al usufructuario y goza, además, de la facultad de aprovecharse de los frutos no recogidos por el usufructuario, amén de tener el derecho de controlar el uso que de su propiedad hace el usufructuario. Por la *nuda proprietas* que deja, el Derecho romano limita temporalmente la duración del *usus fructus* a la vida del usufructuario, así como materialmente se lo limita para cosas que no son fungibles, impidiéndose siempre que el usufructuario altere el destino económico del bien.

Los tipos que hemos analizado arriba eran exhaustivos. El Derecho privado romano solo aceptaba un “número cerrado” de formas típicas de derechos de propiedad atados entre sí en un haz y de derechos de propiedad desatados entre sí. El principio de *numerus clausus* sirve para que cualquier persona pueda comprender fácilmente qué derechos le concede la ley al titular de un dominio. El derecho de propiedad de un individuo es igual al derecho de propiedad de otro individuo, e igual al de todos los demás propietarios. En consecuencia, los individuos racionalmente esperarán, de acuerdo a su propia experiencia, que el mismo derecho de propiedad sea aplicable a otro bien y a todos los bienes.

Debo advertir al lector formado en el common law que el Derecho romano había unificado el sistema de propiedad, es decir, las reglas eran las mismas para cualquier tipo de propiedad. El Derecho romano evita de esta

manera el enfoque poco sistemático que se crea cuando existieran regímenes diferenciales para, por ejemplo, *res mobiles* y *res immobiles*. Si bien el Derecho romano reconoce las diferencias entre estos tipos de bienes, esta diferenciación se vuelve particularmente relevante luego de que la distinción entre *res mancipii* y *res nec mancipii* pierde importancia como consecuencia de la promulgación de la *Constitutio Antoniniana*. No obstante, el principio de *numerus clausus* se siguió aplicando a todos los tipos de bienes de igual modo.

Cada dominio posee límites claramente demarcados por el sistema legal. El autor alemán von Ihering (1968b, bk. 1 ch. 1.) nos explica la etimología legendaria del término “*Quirites*” que derivaría de los guerreros sabinos que portaban lanzas y que las usaban para delimitar la propiedad de modo que todos puedan verla. Los agrimensores romanos fueron maestros del arte de demarcar las propiedades usando *terminationes* como marcas visibles. El glosador Accursio elaboró otro principio para la demarcación, proyectando una vívida imagen. En una glosa a un texto romano que decía que el espacio por sobre la superficie de una propiedad debía dejarse libre de obstáculos (1969, sobre Dig. 18.2.1.) Accursio agregó que los límites de una propiedad se extienden como una columna que va desde los cielos hasta el centro de la tierra: “*cuius est solum eius est usque ad coelum et ad inferos.*”

Obviamente, los juristas romanos admitían que muchas cosas muebles tienen límites físicos. Las cosas corporeas poseen límites que podemos ver y tocar “*quae tangi possunt*” (Gai. Inst. 2.13.; 2.14.) Los romanos también comprendieron que muchas cosas se contienen a sí mismas, “*quod continetur uno spiritu*”, o se componen de muchas cosas unidas, “*pluribus inter se coherentibus constat*” (Dig. 41.3.30.), y hasta en algunos casos son indivisibles, “*quae sine interitu diuidi non possunt*” (Dig. 6.1.35.3.), como los animales o las joyas que perderían su valor si fuesen partidas.

A través del uso de las formas típicas y de los límites bien definidos, el Derecho privado romano redujo las asimetrías de información entre los titulares de dominio y el resto de la población. El sistema de Derecho privado romano minimiza la cantidad de información que los individuos deben manejar a efectos de saber cuál es la propiedad ajena, así como para conocer los alcances de la propiedad propia. No obstante, el sistema jurídico aun tiene que resolver el problema de definir claramente quién es el titular de cada propiedad. El ordenamiento jurídico privado también hace pública dicha información. El Derecho romano aportó una solución única para este problema.

El moderno sistema de registro, que determina en sus inscripciones quién es el titular de cada propiedad, es un medio de hacer pública esta información privada. Muchos ordenamientos jurídicos del mundo utilizan sistemas de registro para otorgar certeza en el dominio de propiedades de cierto valor.

Un sistema de registro de propiedades es demasiado costoso para ser usado para cualquier propiedad. Dado que la economía romana era eminentemente agrícola, *res mancipii* tales como la tierra, animales de tiro y carga, *servitutes praediorum* que transportaban agua de riego y los esclavos (Ep. Ulp. 19.1.) era consideradas propiedades valiosas. Para realizar las funciones que hoy cumplen los registros de la propiedad, los romanos desarrollaron solemnes y elaborados ritos en los que se usaban balanzas y medidas de bronce (Gai. Inst. 1.119.) para la enajenación privada de las *res mancipi*; el ritual de la *mancipatio* tenía como objetivo transmitir información al público sobre el cambio de titularidad de un bien. Como alternativa, el Derecho romano admitió que se lo substituya por una declaración pública, con una confirmación frente al pretor, *in iure cessio*. Para otros tipos de propiedad, el Derecho romano prefería recurrir a la memoria colectiva y, en última instancia, a la posesión para hacer pública la identidad del titular de un bien.

Debido a que los derechos posesorios eran de difícil protección, el Derecho romano también los protegió junto a la propiedad, tal como explica von Ihering (1968a). El propietario de un bien tiene derecho a reclamar protección al sistema jurídico. En cambio, el poseedor de hecho carece de tal título para reclamar protección legal. Sin embargo, también éste encontraba amparo legal. En el Derecho romano la *rei vindicatio* y las *actiones ad exhibendum et negativa* protegían el derecho del propietario y las *interdicta retinendae et recuperandae possessionis* el del poseedor. En conclusion, el ordenamiento jurídico romano ampara tanto a propietarios como a poseedores a fin de que sus intereses se alíneen con la conservación, administración, mantenimiento, aprovechamiento y desarrollo de los recursos.

### 2.1.2 Gestión privada de los recursos

La doctrina de las normas sociales despotrica contra la posibilidad de mezclar el Derecho y la moral. La escuela del análisis económico del derecho, en cambio, ha demostrado su utilidad (véase Cooter 1997.) No hay que pensar demasiado para darse cuenta que el Derecho privado crea esferas limitadas dentro de las cuales bien la planificación central (Coase 1937) bien las normas sociales pueden operar en un ambiente competitivo en el mercado. El Derecho romano de bienes, al definir la esfera de influencia en la cual el *dominus* podía actuar a su arbitrio (con las limitaciones que se verán más adelante) y protegiendo al poseedor que adquirió la cosa *nec vi, nec clam, nec precario*, reemplaza a la regulación pública de los recursos por la iniciativa privada. Dentro de los límites del *dominium* conforme a derecho o de la posesión que se encuentra legalmente amparada, el propietario o poseedor tiene facultades para administrar y disponer de sus recursos sin la interferencia de los terceros.

El Derecho romano no establece qué es aquello que el titular puede hacer o no con su propiedad. Tal decisión se deja al *arbitrium* del propietario. La propiedad incluye una serie de usos, facultades y atribuciones, tales como los derechos de uso y goce, de aprovechamiento de los frutos, de disposición y exclusión. Es el propietario quien decide qué hacer con su propiedad. Para el Derecho romano, la propiedad no le pertenece al individuo, como en el Derecho moderno; la propiedad pertenece a la unidad familiar, o más correctamente al jefe de dicha unidad. Analizaré el rol del *paterfamilias* en la sección 2.3.

Inteligentemente, el Derecho romano no define qué puede hacer o dejar de hacer el propietario en su propiedad; sin embargo, ello no significa que confiera derechos absolutos en favor del propietario (véase Mattei 1997, pp. 27-67.) Si el ordenamiento jurídico otorgase derechos absolutos, sin tener en cuenta las externalidades o costes externos, el uso que otros hacen de sus propiedades destruiría el valor que la mía tiene. En consecuencia, todos los derechos de propiedad perderían su valor, como explica von Ihering (1968a). Por lo tanto, el Derecho romano pone límites al uso de la propiedad a fin de controlar las externalidades o costes externos. Por ejemplo, el propietario de un departamento no podría abrir una fábrica de quesos, *taberna casearia*, que produzca olores nauseabundos y moleste a los vecinos a menos que hubiese adquirido una *servitus*; tampoco podría derramar líquidos que aneguen las propiedades vecinas (Dig. 8.5.8.5.) Dentro de estos y otros límites, el Derecho romano otorga al titular la decisión de qué hacer con la propiedad. La solución romana logra maximizar el valor de los derechos de propiedad de manera más satisfactoria que las doctrinas respectivas del common law y el Derecho civil. Ello se debe a que el Derecho romano limita las externalidades de la propiedad usando el Derecho de bienes. En contraposición, tanto el Derecho civil como el common law, recurren a doctrinas ajenas al Derecho de bienes para limitar los derechos de propiedad. La doctrina civilista del abuso del derecho, así como la doctrina del common law de la “*nuisance*”, pretenden reducir las externalidades negativas derivadas de los derechos de propiedad. Pero las doctrinas jurídicas ajenas al Derecho de bienes no permiten maximizar el valor de los derechos de propiedad; tales doctrinas se expresan de manera general y se aplican a una gran variedad de situaciones. En cambio, la solución romana se limita a determinados casos fácticos. En consecuencia, los límites que impone el Derecho romano a la propiedad son predecibles, por lo que las partes pueden anticipar sus necesidades y negociar las servidumbres que necesiten.

El Derecho romano vincula fuertemente la propiedad con un atado de derechos de tal manera que no pueden ejercerse separadamente. Idealmente, este haz de derechos reales recae en cabeza de un titular único. La *communio* no era bien vista por el Derecho privado romano. La propiedad romana consistía, entonces, en un atado de derechos sobre una cosa bajo la sujeción de una sola persona. Los romanos comprendieron que los derechos dentro de este haz de derechos se complementaban mutuamente. La propiedad habría perdido eficiencia si el atado de derechos hubiese sido desatado o fuesen puestos bajo la sujeción de titulares colectivos.

La tragedia de los comunes es un juego del tipo del dilema del prisionero generalizado con múltiples jugadores, en el cual cada jugador elige como estrategia dominante no cooperar. En consecuencia, un grupo de individuos no logra coordinar conductas; ergo no logra racionalizar el uso de un cierto recurso y el acceso irrestricto a dicho recurso lleva a la sobreexplotación y finalmente a la desaparición del mismo. Fue Demsetz (1967) quien incorporó este concepto al bagaje conceptual del análisis económico del derecho. La otra cara de la moneda fue desvelada por Heller (1998). La tragedia de los anticomunes es otro juego del tipo del dilema del prisionero generalizado con múltiples jugadores, en el que cada jugador elige como estrategia dominante no cooperar. Pero en este caso, el grupo de copropietarios no logra coordinar sus conductas de manera tal que eleva el costo de acceso al recurso de manera excesiva y como consecuencia el recurso compartido será subexplotado.

El vocablo “tragedia” refiere etimológicamente a lo inevitable, tal como era concebido en el teatro griego. El análisis económico del Derecho ha rescatado la importancia pedagógica de la tragedia (de los comunes) como ya lo había hecho el Derecho romano. Harding (1968) en un artículo de corte maltusiano atribuye su hallazgo un ignoto matemático decimonónico. Pero fue primero Aristóteles quien refuta la idea platónica de la propiedad común explicando que nadie se hará cargo de una cosa tenida en común (1988, bk. 2): “*ἴστα γὰρ πιμελε... ἃ τυγχάνει τ πλε...στων κοινῶν.*” Como el fragmento de Aristóteles, la tragedia de los comunes se volvió un lugar común en el Derecho romano. Fernando Vázquez de Menchaca (1934) también analizó la tragedia de los comunes en su tratado sobre el Derecho romano de propiedad escrito en el siglo dieciseis, análisis que tomó sin más Hugo Grotius (1950).

La propiedad romana resuelve las dos variantes del dilema del prisionero, al eliminar la necesidad de coordinación. El Derecho romano concede a un propietario único un atado de derechos sobre una cosa, oponibles contra todo el mundo. El propietario tiene derecho a usar, gozar y disponer de la cosa de su propiedad a su arbitrio; asimismo, tiene derecho a impedir a otros usar, gozar y disponer de su propiedad. Así, el propietario internaliza los

costos y los beneficios derivados del uso, goce y disposición de la propiedad. Y, sus incentivos se alínean con los de una adecuada gestión del recurso y es así porque puede poner precio a sus derechos. Cabe precisar que la facultad de poner precios a sus derechos deriva de la facultad de excluir a otros del uso, goce y disposición de la propiedad.

El *dominus proprietarius* tiene derecho a los recursos residuales de su propiedad. Contrariamente al caso de derechos desatados como el *usus fructus*, donde el *dominus usus fructus* no tiene derecho a los recursos residuales. Como los incentivos para el usufructuario no están perfectamente alineados, a largo plazo, con la eficiente gestión de los recursos, el Derecho privado romano requiere la emisión de una caución, la *cautio usufructuaria*, para garantizar la administración eficiente de la propiedad, de acuerdo al estándar jurídico del hombre razonable: “*et usurum se boni uiri arbitrato et, cum usus fructus ad eum pertinere desinet, restitutum quod inde exstabit*” (Dig. 7.17.19.1.) Por la misma razón, el Derecho romano requiere al *dominus usus* dar una *cautio usuaria*.

La caja de Edgeworth box representa gráficamente cómo las personas pueden beneficiarse con el intercambio. Los bienes poseen un valor de uso y un valor de intercambio. Los individuos no realizan intercambios para obtener lo que ya tienen. Pero, ¿cómo hacen los individuos para encontrar equivalencia entre cosas distintas a efectos de realizar un intercambio? Cabe destacar que este análisis también se lo debemos a los griegos. Aristóteles (1998 bk. 5) observó que los intercambios voluntarios son equivalentes aun cuando no sean iguales, “*καὶ Ἀναλογ...α μὴ καὶ στήτα.*” Sin embargo, un intercambio voluntario requiere más que la posesión de hecho, requiere el derecho de propiedad. De lo contrario, la asimetría de información existente entre poseedores, impediría toda posibilidad de intercambio. Cabe resaltar que aún una economía basada en la permuta requiere derechos de propiedad. A su vez, los derechos de propiedad permiten el surgimiento del mercado. Como expliqué arriba, los derechos de exclusión lógicamente preceden al mecanismo de los precios.

Para crear suficientes incentivos para la gestión eficiente de los recursos, el Derecho romano incorporó mecanismos institucionales que hicieron posible mantener la propiedad por largo tiempo. Los métodos para conservar los bienes eran la *accessio*, *novam speciem facere*, *confusio uel commixtio*, *usucapio* y *longi temporis praescriptio*. La doctrina civilista generalmente se refiere a estas instituciones de Derecho romano como modos de adquirir la propiedad. Sin embargo, instituciones tales como la *accessio*, *novam speciem facere*, *confusio uel commixtio*, *usucapio* y *longi temporis praescriptio* son, propiamente hablando, métodos para conservar la propiedad.

Con el correr del tiempo, las personas y las cosas cambian. Con el devenir del tiempo, la relación entre las personas y las cosas también cambia. El Derecho privado romano evita la *communio* entre copropietarios toda vez que sea posible. En el caso de la *accessio*, cuando una cosa de alguien se combina o se incorpora a otra cosa de alguien más, en lugar de establecer un régimen de *communio* entre copropietarios, el Derecho romano sujeta la cosa accesoria al *dominium* del titular de la cosa principal. Lo mismo sucede con la accesión causada por los ríos (Dig. 41.1.7.1.), con las hebras que conforman un paño (Inst. 2.1.26.), con las tinturas vertidas en los vestidos (Dig. 41.1.26.2.), con el marco de madera que contiene una pintura (Gai. Inst. 2.72.), con la escritura sobre un pergamino (Gai. Inst. 2.77.), los edificios construidos sobre un terreno (Dig. 41.1.12.) y con los cultivos sembrados en una parcela (Inst. 2.1.32.).

En la *novam speciem facere*, un individuo crea una cosa nueva, de una especie distinta, aplicando su trabajo a la cosa de otro. En vez de crear una *communio* entre copropietarios, el Derecho romano reputa *dominus* a quien modificó la cosa con su trabajo, a menos que los materiales puedan regresarse a su antiguo estado, “*si ea species ad materiam reduci possit*” (Inst. 2.1.12.). De manera similar sucede con el vino producto de la vid, el aceite prensado de las olivas y la harina molida de los granos de trigo; sin embargo no sucede análogamente lo mismo con el oro fundido para hacer un caliz, la lana con la que se confeccionó un vestido o el bote construido con la madera de otro (Gai. Inst. 2.79.).

En el caso de la *confusio uel commixtio*, la cosa de un individuo se fusiona con la de otro. Cuando la fusión ocurre por accidente o por voluntad de los propietarios de las distintas cosas, el Derecho romano permite la *communio* entre ellos. En todos los demás casos, siempre y cuando las cosas no puedan separarse, los copropietarios podrán pedir al *iudex* la división de la cosa nueva en proporción al valor de las cosas que previamente pertenecían a cada cual (Dig. 6.1.5.1.)

Con el correr del tiempo, las personas se trasladan, viajan, o fallecen. Las propiedades quedan vacantes y son ocupadas por nuevos poseedores. El Derecho romano privado pone coto al divorcio entre posesión y propiedad a través de instituciones tales como la *usucapio* y la *longi temporis praescriptio*. Mediante estas instituciones el poseedor adquiere el *dominium* sobre la propiedad de otro por el mero transcurso del tiempo (Dig. 41.3.3.; 44.3.3.). De esta manera, el sistema jurídico logra que cada propiedad sea administrada por un solo propietario, quien tiene interés y control sobre la propiedad. Además, el eventual otorgamiento de los derechos de propiedad al poseedor permite que sus incentivos se alineen con la gestión eficiente de los recursos. El Derecho romano da al poseedor un derecho en expectativa, de obtener la propiedad por el paso del tiempo.

A fin de reducir la asimetría de la información, el Derecho romano se articula alrededor de un “número cerrado” de derechos de propiedad tipificados, atados entre sí en un haz o desatados, con límites claramente demarcados por mojones o por la cosa en sí. Asimismo, el Derecho romano emplea mecanismos institucionales para mantener la propiedad a través del tiempo y evita, siempre que sea posible, situaciones de *communio* entre copropietarios. Cuando la copropiedad no puede evitarse, como sucede en la *communio incidens*, explicaré en la sección 2.2.3 cómo el Derecho romano privado transforma la *communio* en un cuasi contrato. De esta manera, el sistema jurídico crea un mecanismo de coordinación para la copropiedad.

## 2.2 Derecho romano de obligaciones

### 2.2.1 Decisiones privadas de cooperación

El Derecho romano funciona porque fomenta la toma de decisiones privadas de cooperación. La cooperación requiere de los compromisos creíbles. Un compromiso es creíble en tanto en cuanto un individuo racionalmente puede esperar que otro tenga incentivos suficientes para cumplirlo a futuro. El Derecho romano de obligaciones establece tales incentivos. De esta manera, el Derecho romano aumenta las expectativas de cooperación entre la población. Este es un resultado deseable, ya que la confianza entre las personas tiene un valor económico positivo.

El Derecho romano de obligaciones permite que los individuos se comprometan a realizar actos futuros. Al obligarse contractualmente, un individuo realiza un acto jurídicamente exigible. El acreedor adquiere el derecho a exigirle al deudor el cumplimiento de la prestación, haciendo que el compromiso futuro sea creíble desde el momento de su celebración. Si no existiera dicha responsabilidad, no tendríamos más remedio que recurrir a medidas extremas, como hizo Hernán Cortés. El conquistador español llegado a México en el siglo dieciseis, mandó quemar las naves que tenía ancladas en el puerto de Veracruz para cerrar definitivamente toda posibilidad de retirada a sus tropas.

Parte de la credibilidad del Derecho romano proviene de su distinción entre acciones *in rem* (véase lo dicho en la sección 2.1) y acciones *in personam* (véase Merrill y Smith 2001). De acuerdo al Derecho romano de obligaciones, si el deudor incumple, el acreedor puede obligarlo, a través de una *actio in personam*, a pagar una suma dineraria equivalente (pero nunca superior) al valor de la prestación debida. Aun cuando la obligación es incierta, la ley procesal establece que el *iudex* debe determinarla dinerariamente, tantam

pecuniam, sea lo que fuere lo que el demandado se hubiera comprometido a dar o hacer en favor del demandado, quidquid Numerius Negidius Aulum Agerium dare facere oportet. En consecuencia, cuando el cumplimiento se vuelve más costoso para el deudor que el valor de la prestación para el acreedor, el Derecho romano permite al deudor liberarse de su obligación pagando la indemnización correspondiente, de acuerdo a la regla omnis condemnatio pecuniaria (véase Zimmermann 1996, p. 772.). El contrato reestructura los incentivos futuros para el deudor y hace que su obligación sea creíble.

El Derecho romano es un sistema que transforma las expectativas privadas que tienen las personas sobre el accionar futuro de otras en información pública. El Derecho romano permite a la gente saber claramente qué promesas podrán ser ejecutadas como contratos. De acuerdo al Derecho romano de obligaciones, los individuos pueden contratar (1) oficiando la ceremonia respectiva o bien (2) usando una forma típica. El sistema jurídico moderno, mutatis mutandis, mantiene los mismos mecanismos institucionales que creó el Derecho romano: ceremonias o formas típicas (véase la sección 2.1.). Mediante las formas típicas y la clara delimitación de las obligaciones, el Derecho romano privado reduce las asimetrías de la información entre las partes contratantes.

Los juristas modernos se preguntan si el Derecho romano arcaico requería la participación de las partes en una ceremonia que incluía el uso de una balanza y pesas de bronce, a fin de que el contrato sea ejecutable. Si dicha ceremonia alguna vez existió, su finalidad habría sido la de facilitar la identificación de la parte incumplidora en caso de que no cumpliera con su obligación. La ceremonia descrita establecía que las partes se hallaban ligadas, nexus (véase de Zulueta 1913). Sin embargo, en el Derecho romano clásico, la ceremonia más importante para celebrar un contrato vinculante era una secuencia de preguntas y respuestas orales, la stipulatio. Las partes se encontraban frente a frente y ante la presencia de testigos el reus stipulandi hacía la pregunta y el reus promittendi respondía, repitiendo los términos de la pregunta. Dare spondes? Spondeo. Dabis? Dabo. Promittis? Promitto. Fidepromittis? fidepromitto. Fideiubes? fideiubeo. Facies? faciam. (Inst. 3.15). El Derecho romano permite que se estipule una obligación unilateral, la que puede ser legalmente ejecutada como un contrato (véase la sección 2.3 más adelante para un análisis de las formas literales de contratación.)

En el Derecho romano clásico, las partes también podían decidir contratar usando uno de los “tipos cerrados” de contratos, sin necesidad de recurrir a complicadas ceremonias. Los tipos contractuales facilitan la contratación. Los estudiosos del análisis económico del Derecho han pasado

por alto que el principio de *numerus clausus* también existe en el Derecho de obligaciones (véase Merrill y Smith 2000). Las partes pueden celebrar un contrato consensual por el solo hecho de manifestar su voluntad. Las partes pueden celebrar un contrato real por el solo hecho entregar la cosa con la intención de contratar. Como Justiniano sentía una predilección por el número cuatro, el sistema de las Pandectas establece cuatro contratos consensuales, *emptio uenditio*, *locatio conductio*, *mandatus* y *societas*; y cuatro tipos de contratos reales, *depositum*, *mutuum*, *commodatum* y *pignus*.

Los contratos típicos son uno de los grandes logros del Derecho romano. Debido a que los contratos típicos tienen nombre también se los llama “nominados”. Por el simple hecho de referirse a un contrato por su nombre, las partes saben que han celebrado un pacto vinculante. Además, las partes contratantes son capaces de comprender claramente cuáles son las obligaciones que han asumido, sin necesidad de cláusulas detalladas. Por ejemplo, las partes que celebran una *emptio uenditio*, deben determinar cuál es el precio y cuál es la cosa. Sin embargo, la obligación del vendedor de responder por evicción, *euictionem praestare*, existe sin que sea necesario mencionarlo, ya que forma parte de las obligaciones típicas de la *emptio uenditio*. Las partes contratantes aceptan todas las obligaciones implícitas en el contrato de *emptio uenditio* al elegir dicha denominación.

El análisis económico del Derecho nos enseña que cuando una parte tiene mayor capacidad para anticipar contingencias y riesgos futuros que otra, difícilmente se logre una transacción mutuamente beneficiosa (Ayres y Gertnert 1992). El Derecho romano soluciona semejante problema al crear incentivos para que las partes hagan pública su información privada, a través de cláusulas estándar predefinidas (Ayres y Gertnert 1989). Fuera de lo que es esencial y típico del contrato, el Derecho romano permite que las partes pacten cláusulas libremente. Por ejemplo, en la *emptio uenditio* las partes contratantes pueden pactar que el vendedor no responderá por evicción a través de un *pactum de non praestanda euictione*. Caso contrario, el vendedor que tiene información privada que podría afectar la pacífica posesión del comprador, responde por evicción por omisión. El Derecho romano privado incentiva al vendedor para que revele información privada si quiere evitar la responsabilidad derivada de la aplicación de la cláusula estándar predefinida.

El Derecho romano permite modificaciones no esenciales a las formas típicas pero impide el cambio de las cláusulas esenciales de cada tipo contractual. Las partes contratantes no pueden utilizar la figura del *commodatum* a cambio de una *merces*, lo cual convertiría a dicha operación en algo distinto de un préstamo de la cosa a título gratuito. Los juristas romanos determinaron que dicha operación fuera exigida recurriendo a otra acción para

la locación de cosas, *ex locatione conductione* (véase Dig. 13.6.5 12.). De acuerdo al Derecho romano de obligaciones, cualquier contrato que no haya sido celebrado mediante el rito de la *stipulatio* o que no se adecúe a una de las formas tipificadas no será exigible legalmente. El Derecho romano es tajante en cuanto a que los pactos atípicos no serán exigibles, “*nuda pactio obligationem non parit*” (Dig. 2.14.7.4.).

### 2.2.2 Decisiones privadas de cooperación que no requieren estipulaciones para toda eventualidad

El Derecho romano de obligaciones establece una plena libertad contractual. Sin embargo, el principio de libertad contractual, si bien necesario, no es condición suficiente para la aparición de una economía de mercado descentralizada. El análisis económico del Derecho enseña que la redacción de un contrato completo, que contemple todas las posibles eventualidades es imposible y desaconsejable. Las personas en general (y los contratantes en particular) son incapaces de anticipar toda futura contingencia. El futuro es incierto. Además, negociar y redactar todas las cláusulas necesarias para resolver posibles contingencias y riesgos futuros es costoso. Contratantes racionales preferirán dejar fuera del contrato contingencias remotas. En vez de limitar la plena libertad contractual, el Derecho romano privado la suplementa, sin sustituirla. Así, completa contratos incompletos mediante (1) las formas típicas, (2) el principio *bona fides*, creación del Derecho pretoriano, y (3) las obligaciones cuasicontractuales. El Derecho romano funciona porque coadyuva a la toma de decisiones privadas de cooperación que no requieren la estipulación de toda posible eventualidad.

Los contratos romanos típicos se aproximan al contenido de los contratos completos. Como he dicho anteriormente, cada contrato nominado contiene obligaciones implícitas. Las obligaciones implícitas en cada contrato se refieren a eventualidades no estipuladas, que no obstante son posibles.

El *ius honorarium* se desarrolló “*adiuuandi uel supplendi uel corrigendi iuris ciuilibus*” (Dig. 1.1.7.); su evolución fue similar a la de las *Courts of Equity* en las jurisdicciones del common law. Ambas instituciones complementaron y mitigaron el rigor de la aplicación estricta de la ley. En la Roma clásica, el pretor tenía facultades para admitir la *exceptio doli* a pedido del demandado en el procedimiento; esta excepción obligaba al iudex a considerar la equidad del caso, *si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*. Lo contrario del *dolus* es la *bona fides* (Dig. 18.1.68.). Al exigir el cumplimiento de cualquiera de los cuatro contratos consensuales: *emptio uenditio*, *locatio conductio*, *mandatus* y *societas*, o del contrato real de *depositum*, el Derecho

pretoriano instruía al iudex a tener en cuenta otras cuestiones, más allá del cumplimiento estricto de las obligaciones por las partes, *quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulio Agerio dare facere oportet ex fide bona*.

Los juristas contemporáneos no han logrado explicar cabalmente el significado de la *bona fides*. El análisis económico del Derecho entiende que la *bona fides* permite que el Derecho romano de obligaciones complete contratos incompletos. Cuando las partes eran capaces de estipular todo el contenido de un contrato, la regla del *bene agere* requería que cada contratante cumpliera fielmente con las obligaciones expresamente contraídas, pero no más allá de ellas. Cuando las partes no eran capaces de estipular todo el contenido de un contrato, el Derecho romano no pretendían que las partes se comporten de manera altruista (véase Dig. 19.2.22.3.). Sin embargo, se esperaba que las partes fueran más allá de lo requerido en la mera letra del contrato. Las partes *bona fide* debían responder por eventualidades no estipuladas con ausencia de *dolus* o *culpa* y dentro de los límites de la previsibilidad “*non etiam improuisum casum praestandum esse*” (Cod. 4.35.13.).

Los juristas hodiernos tampoco se ponen de acuerdo acerca de cómo se aplicaba el principio de *bona fides*. El iudex decidía si las partes contratantes habían actuado *bonus uir* en el caso concreto. Las circunstancias de cada caso eran tan diferentes que el Derecho romano optó por una aplicación casuística, caso por caso, del *iudicia bonae fidei*, a diferencia del Derecho civil alemán que la agrupa en *Fallgruppen*. Si la *iudicia bonae fidei* pudiera ser reducida a grupos de casos, los juristas romanos habrían adoptado una solución basada en los tipos contractuales. La fórmula pretoriana instruye al iudex a tener en cuenta las circunstancias de cada caso concreto para valorar si cada parte contratante ha actuado *ex fide bona*.

Los contratos incompletos son problemáticos y costosos, debido al costo intrínseco de la información, cuando la razón (*causa*) del contrato es precisamente la mejor posición de una parte contratante para adquirir información privada. Sólo en estos casos de información asimétrica, la regla del *bene agere* del Derecho romano subordina los intereses de una parte a los de la otra. Los juristas romanos razonaron de esta manera creando obligaciones cuasicontractuales de manera subsidiaria para estos casos de contratos incompletos.

### 2.2.3 Cooperación privada en relaciones extracontractuales

Otra faceta del Derecho romano que facilita la cooperación tiene que ver con las relaciones extracontractuales. En general, las personas que actúan en

beneficio de otras supuestamente lo hacen cuando existen relaciones especiales entre ellas, a pesar de que no tengan un acuerdo explícito. Los juristas romanos refieren a cierto tipo de obligaciones que surgen casi como consecuencia de un contrato, *quasi ex contractu*. Haciendo una analogía con el sistema de contratos típicos (como hemos visto en la sección 2.2.2 de este artículo) los romanos concebían un “número cerrado” de cuasicontratos típicos, *negotiorum gestio*, *tutela uel curae gestio*, *communio incidens* e *indebitum solutum*.

En la *negotiorum gestio*, una persona se hace cargo de un negocio en interés de otra. El Derecho romano requiere que el *negotiorum gestor* actúe en interés de otra persona (Dig. 3.5.3.10.); terminada su gestión deberá rendir cuentas de sus acciones al *dominus negotii* así como también devolver los frutos que hubiera percibido como resultante. Debido al problema del conflicto de interés (que también reconoce el Derecho moderno) se prohíbe que una persona tenga un interés privado en la gestión de negocios que realiza a favor del *dominus negotii*. La orientación del Derecho romano que favorece la cooperación le impone límites realistas; evitándose así lo que podría parecer a simple vista soluciones cooperativas pero que en realidad son acciones encaminadas a interferir con la propiedad de otro. Para evitar cualquier intervención oficiosa por terceros, el Derecho romano requiere cierta utilidad que justifique la necesidad de meterse en los asuntos de otro “*non autem utiliter negotia gerit, cui non necessaria uel quae oneratura est*” (Dig. 3.5.9.1.). Esta limitación se traduce en la prohibición del reembolso de los gastos incurridos por el *negotiorum gestor*, mientras que se lo hace responsable por *culpa levis* y *casus fortuitus* (Dig. 3.5.11.). En la *tutela uel curae gestio*, una persona se hace cargo de los negocios de otra que es menor o demente. El tutor debe velar por los intereses de su tutelado como si fueran suyos propios (Dig. 26.7.15.). En los casos en los que los intereses del tutor no están alineados con los de su tutelado, el Derecho romano privado requiere una cautela, *cautio, rem pupilli saluam fore*, en garantía de la diligente gestión de los negocios (Inst. 1.24).

El Derecho romano también crea obligaciones cuasicontractuales en la *communio incidens*, por la que varias personas se transforman en copropietarios de una cosa común sin que el ordenamiento jurídico privado pueda evitarlo (véase sección 2.1) y en la *indebitum solutum*, donde una persona se enriquece injustamente a costa de otra.

Todas las obligaciones cuasicontractuales son *iudicia bonae fidei*. La fórmula pretoriana instruye al iudex a rever las circunstancias de cada caso a efectos de decidir si una persona ha actuado como *bonus uir*. Además, en el Derecho romano clásico, las violaciones de obligaciones cuasicontractuales

acarreaban una especie de estigma que hoy se reserva para los condenados por delitos penales (véase Peter Garnsey 1970). Así, además de la responsabilidad jurídica, el Derecho romano impone un castigo a la reputación, *infamia*.

También existe otra categoría de obligaciones que se originan en una situación casi como un delito, que los juristas romanos llamaron *quasi ex delicto*. Los juristas romanos concibieron un “número cerrado” de obligaciones cuasidelictuales. El Derecho romano establece un régimen de responsabilidad objetiva (o *strict liability*, como se la conoce en el common law) para el caso de un iudex que hace suyo un caso sometido a su juzgamiento, *qui litem suam fecerit*; de un armador naval, titular de una taberna o dueño de un establo cuyos empleados roben o dañen la propiedad de un cliente, *furtum uel damnum in nauí aut caupona aut stabulo*, así como también para el propietario de una casa desde la que se arrojasen o vertiesen objetos, *deiectum uel effusum*, a la calle y de un edificio en el que se ha colocado o pende un objeto, *positum uel suspensum*, que cae y obstruye el tráfico.

#### 2.2.4 Cooperación privada entre desconocidos

Una de las funciones primordiales de cualquier sistema jurídico es la de promover comportamientos responsables. Una manera de definir tal comportamiento es teniendo en cuenta el interés ajeno, pero sin requerir altruismo, lo que sería demasiado para un sistema jurídico. El Derecho romano fomenta la cooperación entre personas que se benefician mutuamente, aún cuando dichas personas no se conocen ni tienen ninguna relación, y mucho menos han celebrado ningún acuerdo entre ellas.

El Derecho moderno utiliza el Derecho penal y el ministerio público para imponer la cooperación entre los desconocidos. Sin embargo, la inercia burocrática es un obstáculo contra la eficiencia del sistema. El Derecho romano es más eficiente para lograr la cooperación interpersonal, ya que fomentaba a las personas a que inicien acciones legales contra los responsables de un daño, sin intervención del ministerio público.

El Derecho romano protege la propiedad y las personas a través del Derecho civil en vez de recurrir al Derecho penal. En el Derecho romano la responsabilidad por daños intencionales (con *dolo malo*) es materia de delitos civiles. El Derecho romano consideraba delitos civiles muchos daños que hoy día el Derecho moderno considera delitos penales (particularmente contra la propiedad y las personas). Una gran cantidad de conductas, entre las que figura la sustracción involuntaria de la propiedad del control de su legítimo dueño, *inuito domino*, constituye *furtum* o si fuera hecho con violencia,

*rapina*. Al igual que en el Derecho moderno, la sustracción de propiedad creyendo por error que pertenecía a uno no constituía delito (Dig. 47.2.21.3.). En el Derecho romano la *iniuria* abarca muchos delitos contra la persona, según la categorización del Derecho moderno. Igual que sucede en el Derecho moderno, dicha ofensa no incluía los daños ocasionados negligentemente durante una competencia deportiva (Dig. 47.10.3.3.).

Para el Derecho romano la responsabilidad por daños intencionales (con dolo malo) es materia de delitos civiles. El delito civil de daños contra la propiedad, *damnum iniuria datum*, evolucionó de un sistema de responsabilidad objetiva a uno de responsabilidad subjetiva (*culpa*). Los economistas del Derecho se extrañan de semejante cambio. La determinación de la responsabilidad objetiva (*strict liability*) es para para el iudex más simple que establecer el estándar de cuidado que corresponde aplicar en cada caso concreto. Además, la producción de pruebas acerca de la inadecuación de las precauciones aumenta los costos del litigio. Sin embargo, los estudiosos del análisis económico del Derecho pasaron por alto las asimetrías de información que atiende el ordenamiento jurídico privado. Una sentencia judicial condenando civilmente por *damnum iniuria datum*, con *culpa*, hace pública la información privada sobre estándares de cuidado eficientes en distintas situaciones particulares. Quien corta ramas de un árbol y no grita para advertir a los transeuntes que pasan por debajo es responsable por la muerte de un esclavo, “*si is in publicum decidat nec ille proclamavit*” (Dig. 9.2.31.) El granjero que decide quemar arbustos y malezas un día ventoso es responsable por el daño que causa a la cosecha de su vecino, “*si die uentoso id fecit, culpa reus est*” (Dig. 9.2.30.3.) La función del sistema jurídico, que actúe como sistema de comunicación para superar la información asimétrica, explica por qué los juristas romanos se apartaron de la regla de la responsabilidad objetiva y favorecieron la responsabilidad subjetiva, definiendo así de manera pública estándares de cuidado diferentes para cada situación específica.

### 2.3 Derecho romano comercial y financiero

El Derecho romano funciona porque complementa al mercado. El mercado opera con la intermediación de la oferta y la demanda a través del mecanismo de precios. Los economistas clásicos suelen asumir que los mercados se equilibran sin esfuerzo. Sin embargo, los economistas del Derecho saben mejor. Para que los mercados logren funcionar eficazmente, los intermediarios deben primero crear dichos mercados mediante operaciones de intermediación comercial y financiera. Los creadores de mercados son intermediarios que mantenían un inventario para el abastecimiento del

mercado y transan bienes comerciales y financieros a través del tiempo y el espacio. Los creadores de mercados tienen capacidad financiera para comprar cuando otras personas quieren vender y para vender cuando otras personas quieren comprar, y se llevan un diferencial entre el precio de venta y el de compra por su intervención.

El Derecho romano sustenta la creación de los mercados a través del Derecho de bienes y de obligaciones. Los principales pueden reducir los costos de agencia ya sea alineando sus intereses con los de sus agentes o a través de la supervisión de sus agentes. Los principales incurren en costos de monitoreo para evitar que los agentes oculten ciertos actos. Para facilitar la intermediación financiera que permite trasladar el ahorro a la inversión, el Derecho romano contempla la creación de formas típicas de derechos reales de garantía en la propiedad de otro, como la *fiducia cum creditore contracta*, *datio pignoris* y *pignus conuentum*. El análisis económico del Derecho enseña que el bien dado en garantía debe ser más valioso para el deudor que para el acreedor, a fin de alinear sus incentivos. Sin embargo, los deudores tendrán menos posibilidad de entregar la posesión de sus bienes más valiosos. La *pignus conuentum* es muy útil, ya que por intermedio de ésta el deudor da un bien en garantía sin transferir la posesión de éste al acreedor. Además, el Derecho romano de obligaciones contempla la creación de garantías personales por una persona, distinta del deudor, que responde con su patrimonio y, permite que las personas celebren contratos de *fideiussio* a través de una simple *stipulatio* verbal: “*Quod mihi debet, id fide tua esse iubes? Fideiubeo.*” El análisis económico del Derecho enseña que una persona, distinta del acreedor, mejor ubicada para monitorear a un deudor a bajo costo, mediante la estipulación de una obligación personal accesorio de garantía reduce los costos de monitoreo del acreedor y los costos de capital del deudor (Katz 1999).

Además, como dije anteriormente, las formas típicas para los contratos reales y consensuales en el Derecho romano de obligaciones facilitan en gran medida el comercio y la actividad financiera. Otra institución de suma utilidad para los negocios es el *depositum apud sequestrem*. Para casos en que la resolución de una disputa o el cumplimiento de una condición estuviese pendiente, las partes interesadas podían entregar un bien al *sequester* (“*escrow agent*” es el término equivalente en el common law) para que éste los guarde (Dig. 16.3.17.). Una vez que la controversia se haya zanjado o la condición fuese cumplida, el *sequester* debe entregar el bien recibido a la parte vencedora.

Los romanos también usaron la *stipulatio* verbal combinada con un *pactum fiduciae* para realizar una *donatio sub modo*. Como parte de la *donatio inter vivos*, el donante impone una condición al beneficiario para que este realice una conducta determinada o distribuya los fondos de cierto modo (Cod. 8.55.). La utilidad de la *donatio sub modo* (“trust” es el término equivalente en el common law) radica en que el donante puede estipular lo que desee y hasta insertar una *stipulatio poenae* (véase la sección 3 más adelante) para garantizar que el beneficiario cumpla con sus designios. Si el beneficiario no cumple con la carga, la *donatio* se revoca. Una variante de la forma verbal, más útil en transacciones comerciales, es la variante contractual literal. Para el Derecho romano simples anotaciones en el *codex expensi et accepti* no alcanzan para crear obligaciones vinculantes, “*nuda ratio non facit aliquem debitorem*” (Dig. 39.5.26.). Un depósito bancario, *ratio mensae*, o un préstamo bancario, *pecunia foenerare*, se convierten en vinculantes sólo luego de la entrega del dinero, para el caso de un contrato real. Las transacciones bancarias generalmente incluyen un interés, lo que no requiere mención expresa en la *stipulatio*; la inclusión de un interés compuesto, *annatocismus coniunctus*, fue una práctica corriente durante el período romano clásico. Además, los banqueros o *argentarii* realizaban subastas con sus clientes creando mercados, diseñando sistemas de pujas tales que premiaban a los mejores y más altos postores, “*melior autem condicio adferri uidetur, si pretio sit additum*” (Dig. 18.2.5.). También recibían cartas de crédito, *receptum*, para garantizar los pagos de los clientes (Dig. 13.5.26.).

El Derecho romano privado conocía otras instituciones relacionadas con el comercio y las finanzas que servían de apoyo al mercado. Los juristas hodiernos debaten si realmente existió un Derecho romano comercial y financiero. Algunos autores argumentan que el *ius mercatorium* recién apareció en la edad media, entre el 500 y 1500 A.D. Estos autores no se dan cuenta que sí existió un Derecho romano comercial y financiero, pero no como un ámbito separado sino como parte integrante del Derecho civil. Los ordenamientos jurídicos hodiernos tratan separadamente al Derecho comercial y financiero, *lex specialis*, del Derecho civil, *lex generalis*. El Derecho romano privado era es más coherente e inclusivo y no acepta tales distinciones.

Con similar miopía algunos autores modernos no llegan a ver que la esclavitud fue una institución económica. El Derecho de esclavitud es un componente importantísimo del Derecho romano comercial y financiero. El Derecho romano mejoró las condiciones de la esclavitud creando incentivos

para un eficiente trabajo de los esclavos. En términos generales, la esclavitud es una institución legal ineficiente (amén de opresiva e inhumana). El Derecho privado romano, al otorgarle al esclavo la posibilidad de administrar su propio *peculium* y eventualmente de comprar su manumisión logró que la esclavitud se vuelva a la vez un poco menos ineficiente y menos opresiva.

Como se dijo más arriba, según el Derecho romano sólo el *paterfamilias* puede ser titular de propiedad. Sin embargo, si el *paterfamilias* debiese ocuparse de toda transacción en nombre de los *filiifamilias* y los esclavos, esto sería agotador y consumiría demasiado tiempo. Por lo tanto, el Derecho romano permite que los *filiifamilias* y los esclavos administren su propio *peculium*. El *peculium* es, en efecto, propiedad del *paterfamilias*. Sin embargo, el interés personal y las normas sociales crearon una convención en la sociedad romana que obligaba al *paterfamilias* a respetar los *peculia* de *filiifamilias* y esclavos. Esta limitación al poder del *paterfamilias* le beneficia. Sin dicha limitación podría pensarse que algunos *filiifamilias* díscolos se sientan motivados al parricidio. De modo similar, la limitación impuesta al *paterfamilias* de respetar los *peculia* ayuda a alinear sus propios intereses con los de sus esclavos. Careciendo de toda expectativa de manumisión un esclavo no tendría incentivos para esforzarse y beneficiar al *paterfamilias* con su trabajo o para compartir información con él. Como dice Virgilio: “*nec spes libertatis erat nec cura peculi*” (1977, pm. 1, 1.32).

Sin embargo, hay que admitir que el Derecho romano adolece de una grave falencia: carece de un sistema eficiente para regular situaciones de agencia. Es cierto que el Derecho romano conocía el contrato consensual de *mandatus*, que es una forma indirecta de agencia, pero no es un substituto cabal de la representación directa. El *mandatarius* sólo podía actuar en su propio nombre, aún cuando realizaba negocios en interés de un tercero. Sin embargo, cabe destacar que los romanos conocieron una forma imperfecta del contrato de agencia: tanto los *filiifamilias* como los esclavos podían actuar en nombre del *paterfamilias*. Si bien esta solución no es bien vista hoy día, ya que el *paterfamilias* gozaba de un poder enorme sobre sus agentes (pudiendo inclusive disponer de ellos), por este mismo poder omnímodo sobre aquéllos, el apoderamiento que hacía en favor de esclavos y *filiifamilias* para actuar en su nombre reducía los costos de agencia.

El Derecho privado romano clásico contaba con sofisticadas instituciones jurídicas comerciales y financieras. El Derecho romano admitió la responsabilidad limitada y creó otros mecanismos compatibles para incentivar el revelado de información privada, fomentando de esta manera al comercio y la intermediación financiera.

A través del *peculium* se introduce la responsabilidad limitada en el Derecho romano. Como se dijo, tanto los *filiifamilias* como los esclavos podían administrar su *peculium* con independencia. El Derecho romano limita la responsabilidad patrimonial por obligaciones incurridas por el *filiifamilias* y los esclavos hasta el monto del *peculium* (véase Dig. 15.1.). Si el *filiusfamilias* o el esclavo cometían un delito, el *paterfamilias* tenía la opción de entregar al *filiusfamilias* o esclavo en cuestión en vez de pagar la sanción. En ambos casos, el ordenamiento jurídico limitaba la responsabilidad del *sui generis* al *peculium*.

El *peculium* de un *filiusfamilias* o esclavo podía incluir cualquier *res in patrimonio*. Para el Derecho romano, aún los esclavos podían tener a su vez a otros esclavos, *serui uicarii*, que pasaban a formar parte de su *peculium*. De tal manera, el Derecho romano permite que el *paterfamilias* tenga una *taberna* u *officina*, poniendo dicho negocio en el *peculium* de un *filiusfamilias* o esclavo (Dig. 14.4.). Como dice Horacio, “*Vulcanus ardens uisit officinas*” (2004, pm. 1.4., l. 8.). La responsabilidad limitada permite una economía en donde la administración se separa de la inversión. El Derecho romano comercial y financiero alinea los incentivos de *paterfamilias*, *filiifamilias* y esclavos, afectando el *peculium* al interés del *filiifamilias* o esclavo, descontando los gastos por el costo del capital del *patrimonium*. La cantidad y variedad de *tabernae* existentes en la economía romana es amplísima, incluyendo bancos, *tabernae argentariae*, cantinas, *tabernae deuersoriae*; flotas de navíos, *naues instructae* o *societates exercitorum*, sociedades constituidas para la recaudación de impuestos y construcción de obras públicas, *societates publicanorum*; fabricas de quesos, *tabernae caseariae* y fábricas de ladrillos *officinae lateribus* (véase Soriano Cienfuegos 2007).

La responsabilidad limitada es la regla en los negocios romanos o *negotiationes* tenidos en *peculia*. Sin embargo, el Derecho romano también permitía que los individuos se apartaran de dicha regla para hacer sus negocios. Por ejemplo, el *paterfamilias* que no desea acogerse a un régimen de responsabilidad limitada puede elegir responder ilimitadamente con todo su patrimonio por sus deudas indicando, mediante un cartel visible colocado dentro de su establecimiento, que el negocio se encuentra bajo su administración directa (Dig. 14.3.11.3.).

Para que se existan las inversiones hacen falta los mercados. Las personas nunca saben de antemano cuando necesitarán comprar o vender. Consecuentemente, sólo invertirán en los bienes comerciales y financieros si los corredores hacen que los mercados sean transparentes para que las personas puedan comprar y vender con confianza cuando necesiten. Además, nadie tendrá interés de negociar o invertir a menos que existan precios

definidos por el mercado. Los precios de mercado deberán reflejar las valuaciones de utilidad y escasez de los bienes, haciendo pública esta información privada de manera transparente. Una de las principales razones por las cuales la inversión se raciona o limita tiene que ver con las asimetrías de la información, y que consiste en que una de las partes de un negocio conoce más acerca de los bienes comerciales y financieros. Dicha asimetría en la información privada deprime los mercados, en la medida en que hace más costosa la intermediación comercial y financiera, pues hay que dedicar más esfuerzo y tiempo para conseguir la información que se necesita para realizar una inversión con un grado adecuado de confianza, o para poder evaluar el riesgo asumido. Además de la importancia del Derecho de bienes y de obligaciones para incentivar la divulgación de la información privada, el Derecho romano cuenta con otras instituciones jurídicas comerciales y financieras para coadyuvar a tal fin.

La esclavitud, como se explicó arriba, disminuye los costos de agencia. Los esclavos, a su vez, son una especie de paquete accionario vivo transmisible. La venta de un esclavo que posee una *taberna* u *officina* en su *peculium* es equivalente a la venta del negocio. Junto con el contrato consensual de *societas* se usaron los *serui communes* para juntar a inversores racionalmente ignorantes, sin perder por ello la protección de la responsabilidad limitada.

En consecuencia, las regulaciones de los ediles en el mercado de esclavos van más allá del acceso a una mano de obra calificada y sirven para solucionar problemas de información asimétrica. El edil requiere al *uenaliciarius*, y a todo aquél que venda un esclavo en un mercado secundario, que revele, *pronuntiatio*, al momento de la venta, *in venditione*, cualquier información privada que pudiese afectar la valuación del esclavo o de los bienes tenidos en su *peculium*. Además los ediles establecieron la responsabilidad objetiva (“*strict liability*”) para situaciones en las que no se cumpla con la carga de la divulgación o por contradecir una garantía expresa, *dictum promissumue* (Dig. 21.1.1.1.). Sin embargo, la mención de cualidades subjetivas o los elogios exagerados, *nudam laudem*, de un esclavo o el negocio estaban permitidos (Dig. 21.1.19.). Además, el Derecho romano permite que el comprador de un esclavo o negocio entable una acción legal contra el propietario mayoritario, *cuius maior pars aut nulla minor est*, de un *seruus communis* (Dig. 21.44.1.). El análisis económico del Derecho enseña que un sistema que fomenta la divulgación ex ante de la información privada representa mejor protección para los creadores de mercados que un sistema que imponga sanciones ex post a quienes comercien con información privilegiada (Manne 1996).

### 3 Medidas autosatisfactivas privadas en el Derecho procesal romano

El Derecho romano considera un litigio ante un iudex un contrato privado, *litis constitutio*. Las partes pactan ante el pretor que cumplirán la sentencia que dicte el iudex. A fin de poder demandar o defenderse judicialmente, las partes deben celebrar una *stipulatio* ante el pretor. Este nuevo contrato, *litis constitutio*, operaba la novación de la obligación anterior que había sido la causa de la acción, defensa o reconvencción, sin que importara su naturaleza. Consecuentemente, luego de la *litis constitutio* la obligación preexistente dejaba de existir. Podría decirse que el sistema procesal romano, bajo la dirección del pretor, operaba como un moderno sistema de arbitraje privado.

En el Derecho romano las parte en litigio tiene facultad para usar medidas autosatisfactivas para ejecutar la *sententiae*. Amén de constituir un medio para la ejecución de *res iudicata*, las medidas autosatisfactivas de parte pueden, a su vez, originar otras acciones legales. Cualquier acreedor cuyo reclamo no fuera legalmente exigible y que, sin derecho, puso manos sobre el deudor, *manus iniectio*, o tomó alguna propiedad del deudor en prenda, *pignoris capio*, podía ser hecho responsable por el duplo del monto en cuestión, *in duplum*. Los deudores que eran objeto de reclamos válidos preferían pagar la deuda antes que ir ante el pretor, como explica von Ihering (1968b, bk. 1, ch. 1). En consecuencia, *manus iniectio* y *pignoris capio* son medios privados de autosatisfacción para el cobro de deudas que operan sin intervención de la autoridad curul.

Si el deudor incumple su obligación, el iudex debe calcular el valor que dicho incumplimiento representa para el acreedor. Sin embargo, calcular “*quanti ea res est*” (Dig. 13.3.4; la expresión corresponde a Bulgarus 2007, Cod. Cod. 2.6.6.) va a ser difícil. En tal caso, el Derecho romano permite que sean las mismas partes las que se pongan de acuerdo de manera privada sobre el monto de la indemnización mediante una *stipulatio poenae*. La solemnidad de la ceremonia con la que se celebra este contrato verbal anoticia a las partes que se trataba de un contrato legalmente exigible. Además, las *stipulationes poenarum* sirven también para hacer exigibles prestaciones de difícil ponderación pecuniaria (Zimmermann 1996, p. 97.). Muchos juristas hodiernos pasan por alto aquello que justificaba las *stipulatio poenae*, que los daños derivados de expectativas incumplidas suelen ser mucho mayores que el monto de la obligación.

En vez de mantener un ministerio público que interponga acciones públicas, el Derecho romano admite la recaudación de impuestos y ejecución de deudas públicas a través de sujetos privados. Las *societas publicanorum* podían adquirir derechos para percibir impuestos y cobrar deudas valiéndose de las medidas autosatisfactivas descriptas arriba.

#### **4 El Derecho romano y la recodificación del Derecho civil a la luz del análisis económico del Derecho**

América Latina debe adecuarse a la mundialización. Para ello, todos los países de la región deberán contar con economías competitivas. Desgraciadamente, los países latinoamericanos que liberalizaron y privatizaron sus economías en los 1990s olvidaron que sus ordenamientos jurídicos habían sido previamente socializados y constitucionalizados durante gran parte del siglo veinte, bajo la influencia de la sociología jurídica francesa (cónfer Duguit 1901) y otras escuelas socializantes. Los ordenamientos jurídicos de tal extracción no se adaptan bien a las presiones económicas. A fin de tener éxito, las reformas económicas en América Latina deben complementarse con el análisis económico del Derecho.

Propugnar un retorno al Derecho romano es la mejor vía para introducir el análisis económico del Derecho en los países de tradición civilista a efectos de reprivatizar y desconstitucionalizar el maltrecho Derecho latinoamericano. El sector privado no puede existir en el vacío jurídico. El Derecho privado permite que la iniciativa privada se convierta en el motor de la economía.

El análisis económico del Derecho romano aconseja la adopción de un sistema de Pandectas, congruente con la tradición del Derecho civil. En vez de clasificar las instituciones jurídicas de acuerdo a las personas, las cosas y los modos de adquirir la propiedad, el análisis económico del Derecho sugiere una nueva taxonomía del derecho. Todo el Derecho privado debe ser unificado. El Derecho civil y el comercial deben unirse. Los modos de conservar la propiedad deben situarse en el libro de las cosas. Por razones que nada tienen que ver con el Derecho romano clásico, en los países de Derecho civil existe reticencia para aceptar clasificaciones de la propiedad que salgan del paradigma clásico. Nuevas formas de propiedad, como por ejemplo derechos mineros, industriales y propiedad intelectual, deben incorporarse al nuevo libro de bienes. Las nuevas formas contractuales, incluyendo contratos financieros y modernas formas de seguros, deben incorporarse al libro de obligaciones. El análisis económico del Derecho demuestra cómo la expansión del sistema subsidiario de obligaciones cuasi contractuales en el Derecho romano se apoyó en el principio de *bona fides*. También sugiere la despenalización de muchas conductas penalizadas, en favor de los delitos civiles. Un título de Derecho comercial y de la intermediación financiera debería añadirse al libro de obligaciones. Es importante incorporar un libro de Derecho procesal a la estructura de las Pandectas. Reincorporar el Derecho procesal al Derecho privado, o sea, privatizar el proceso, es un método eficaz de mejorar el funcionamiento del ordenamiento jurídico latinoamericano.

A continuación, enumeraré algunas otras cuestiones para tener en cuenta. El Derecho romano carecía de Derecho laboral. Los contratos de trabajo eran voluntarios, se los trataba como a cualquier contrato de locación, *locatio conductio*. El Derecho romano carecía de Derecho del consumidor. Cuando los emperadores empezaron a intervenir en el sistema jurídico, el Derecho privado creó nuevas formas para escapar de las severas restricciones impuestas por el Derecho público, como fue el paso del *fidepromissio* al *fideiusso* (véase Zimmermann 1996, p. 121.). El Derecho romano carecía de Derecho de la competencia. El Derecho de la competencia pretende fomentar la concurrencia en el mercado mediante la intervención estatal. Ello encierra una especie de paradoja, puesto que la mayor cantidad de limitaciones a la competencia son creadas precisamente por la intervención estatal. El Derecho romano carecía de Derecho de regulación. Los *iuris prudentes* romanos prefirieron dejar que el mercado se autoregule.

Las doctrinas del Derecho civil francés y alemán del abuso del derecho contradicen las limitaciones a la propiedad existentes en Roma. Los juristas del siglo diecinueve interpretaron un pasaje de Gayo sobre el maltrato a los esclavos, “*male enim nostro iure uti non debemus*” (Gai Inst. 1.53.) diciendo que el propietario no puede usar su derecho con *dolus* o con intención de dañar a otro (BGB §226). La sociología jurídica francesa torpemente extendió esta doctrina a situaciones por completo diferentes a través de la llamada “función social de la propiedad” (véase Duguit 1901). El Derecho civil debe limitar el uso de la propiedad para evitar externalidades o costos externos que destruyan el valor de la propiedad y de propiedades de terceros; otras limitaciones son contraproducentes. Permítanme ser claro: La propiedad sirve una función privada, no una función social. El Derecho privado debe dejar al propietario todas las decisiones sobre el uso de su propiedad. La supuesta “función social de la propiedad” debe considerarse destructiva. Asimismo, los contratos sirven una función privada, no una función social. Las decisiones privadas sobre la cooperación deben dejarse al arbitrio de las partes. Estas doctrinas decimonónicas desnaturalizan el ordenamiento jurídico privado.

La rigidez contractual es otro problema moderno que encuentra su solución en el Derecho romano. Los contratos típicos son insuficientes dada la variedad de decisiones privadas de cooperación. Por lo tanto, la cooperación social se verá disminuida salvo que las personas tengan la facultad de celebrar los contratos atípicos. Los contratos atípicos en el Derecho romano se formalizaban recurriendo a la forma verbal de la *stipulatio*, con ciertas solemnidades. Esta manera alternativa de contratar ha sobrevivido en el Derecho civil a través de los instrumentos notariales. Sin embargo, el Derecho civil moderno ha olvidado la atipicidad de los contratos notariales. Por lo

tanto, el Derecho civil ha perdido la flexibilidad que el Derecho romano otorgaba a las partes con la *stipulatio*. La doctrina jurídica del *ius commune* hace que los contratos atípicos sean legalmente exigibles. El comentarista Bartolus (1544, Dig. 44.4.2.3.) interpretó mal la parte del texto que menciona que la *stipulatio* requiere una *causa* (“*consideration*” es el término empleado en el common law) atribuyéndole el sentido de que los contratos con *causa* son legalmente exigibles aún sin las solemnidades requeridas por la *stipulatio*. Si bien los contratos atípicos son, en teoría, también legalmente exigibles; en la práctica moderna los escribanos públicos tratan que los contratos atípicos calzen dentro del molde de un contrato típico. En muchos casos, lo que hacen los escribanos es reescribir contratos siguiendo las pautas de un contrato típico. Una mejor alternativa sería seguir la práctica romana de los *tabelliones*; por la que se hacían públicas las obligaciones que las partes habían acordado en un contrato atípico, sin que fuera necesario cambiar los términos del mismo. Un ejemplo de cómo el Derecho civil moderno ha perdido la flexibilidad de la *stipulatio* es el *pactum fiduciae* para realizar *donatio sub modo*. Desgraciadamente en las jurisdicciones de Derecho civil, los contratos comerciales tipificados que se asemejan al *trust* anglosajón, donde éste es permitido, encorsetan a las partes a modos de contratación comercial demasiado rígidas, cuando no totalmente inflexibles.

El Derecho civil y el common law son bastante parecidos en lo que hace a la defensa y protección de la libertad contractual. Lo que distingue al common law es su sistema de obligaciones cuasi contractuales. El desarrollo del *ius honorarium* en cual el pretor formuló el principio de *bona fides* es paralelo al desarrollo histórico de las *Courts of Equity* o *Chancery Courts* en las jurisdicciones de common law; fueron éstas las que crearon las obligaciones cuasi contractuales llamadas “*fiduciary duties*”. El Derecho latinoamericano debe avanzar en tal dirección, por ejemplo, siguiendo el modelo del Derecho civil alemán con su expansión del alcance del principio de *bona fides* (BGB §242, §138, §157, §826). Tal expansión del principio de *bona fides* cumple una función similar a las “*fiduciary duties*” del common law (véase Wieacker 1956). Sin embargo, el Derecho civil alemán ha extendido el alcance de la *bona fides* hasta un punto tal en el que restringe la libertad contractual. El *Fallgruppen* en el cual el principio de *bona fides* opera es demasiado amplio.

Sin dudas, el mayor riesgo que enfrenta el Derecho latinoamericano hodierno es la tradición alemana de constitucionalización del Derecho privado, la llamada doctrina del *Mittelbare Drittwirkung*, de la eficacia indirecta de los derechos fundamentales en el Derecho privado. La misma es hecha posible por la existencia de *Generalklauseln* que requieren la observancia de *bona fides* en

el Código Civil Alemán. El Derecho alemán expande el principio de *bona fides* en demasía al otorgarle a los jueces la contraproducente facultad de interferir con las decisiones privadas de las partes en relación al contenido de los contratos. En este aspecto, quizás el Derecho civil francés sea un mejor modelo a seguir para el Derecho latinoamericano, ya que ha sido menos proclive a restringir la libertad contractual.

Enfrentar los problemas de los sistemas jurídicos de América Latina es una empresa que requiere un delicado equilibrio, empresa para la cual los juristas del pasado han demostrado no estar a la altura. Sin embargo, es hora de enfrentar este desafío. El Derecho romano, combinado con el análisis económico del Derecho, ofrecen las mejores guías para la creación de un nuevo ordenamiento jurídico privado para el siglo veintiuno.

### Citas

- Accursius. 1969. *Accursii Glossa in Digestum vetus*. Venecia Augustae Taurinorum.
- Aristóteles. 1988. *La política*. Cambridge: Cambridge University Press.
- \_\_\_\_\_. *Nicomachean ethics*. 1998. Oxford: Oxford University Press.
- Ayres, Ian and Robert Gertner. 1989. Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules. *Yale Law Journal*. 99:87-130.
- \_\_\_\_\_. 1992. Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules. *Yale Law Journal*. 101:729-73.
- Bartolus. 1544. *Digesti noui in partem commentaria*. Lugduni: Vincentius à Portonariis.
- Berkowitz, Roger. 2005. *The Gift of Science: Leibniz and the Modern Legal Tradition*. Cambridge, MA: Harvard University Press.
- Bulgarus. 2007. *De arbitris et iudicibus*. Editado por Kenneth Pennington. <http://faculty.cua.edu/Pennington/Law508/BulgarusDeArbitris.htm>.
- Coase, Ronald. 1937. The Nature of the Firm. *Economica*. 4:386-405.
- Cooter, Robert. 1997. Normative Failure Theory of Law. *Cornell Law Review*. 82:947-979.
- Demsetz, Harold. 1967. Toward a theory of property rights. *American Economic Review*. 57: 347-359.
- de Zulueta, Francisco. 1913. The Recent Controversy over Nexum. *Law Quarterly Review*. 29:137.
- Die Epitome Ulpiani des Codex vaticanus Reg. 1128*. 1928. Bonn: Juristische Texte für Vorlesungen und Übungen.
- d'Ors, Álvaro. 1980. Hacia un nuevo Derecho Común, en *Nuevos papeles del oficio universitario*. Madrid: Ediciones Rialp.
- Duguit, Leon. 1901. *L'Etat: Le Droit Objectif et la Loi Positive*. Paris: Fontemoing.

- Gaius. 2005. *Institutiones*. Edited by Kenneth Pennington. <http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/Roman%20Law/GaiusInstitutesEnglish.htm>.
- Garnsey, Peter. 1970. *Social Status and Legal Privilege in the Roman Empire*. London: Oxford University Press.
- Gordley, James. 1991. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*. Oxford: Clarendon Press.
- \_\_\_\_\_. 2006. *The Foundations of Private Law*. New York: Oxford University Press.
- Grotius, Hugo. 1950. *De jure belli ac pacis libri tres*. Tübingen: Mohr.
- Hardin, Garrett. 1968. The Tragedy of the Commons. *Science*. 162:1243-1248.
- Heller, Michael. 1998. The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets. *Harvard Law Review*. 111: 621–88.
- Horacio. 2004. *Odas y éposos*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- Katz, Avery Wiener. 1999. An Economic Analysis of the Guaranty Contract. *University of Chicago Law Review* 66:47-116.
- Manne, Henry. 1966. *Insider Trading and the Stock Market*. New York: The Free Press.
- Mattei, Ugo. 1997. *Comparative Law and Economics*. Ann Arbor: University of Michigan Press.
- Merrill, Thomas y Henry Smith. 2000. Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle. *Yale Law Journal*. 110: 1-70.
- \_\_\_\_\_. 2001. The Property/Contract Interface. *Columbia Law Review*. 108:773-852.
- Soriano Cienfuegos, Carlos. 2007. *Banca, navegación y otras empresas en el Derecho romano*. México, D.F.: Editorial Porrúa.
- Triboniano. 2007. *Corpus iuris civilis*. Editado por Juan Javier del Granado. [http://derecho.itam.mx/itam-ilacde/corpus\\_iuris\\_civilis.html](http://derecho.itam.mx/itam-ilacde/corpus_iuris_civilis.html).
- Vázquez de Menchaca, Fernando. 1934. *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*. Valladolid: Talleres Cuesta.
- Virgilio. 1977. *Eglogas*. Cambridge, Inglaterra: Cambridge University Press.
- von Ihering, Rudolph. 1968a. *Der Besitzwille*. Aalen: Scientia-Verlag.
- \_\_\_\_\_. 1968b. Geist des römischen rechts, auf den verschiedenen stufen seiner entwicklung. Leipzig: Scientia-Verlag.
- Watson, Alan. 1995. *The Spirit of Roman Law*. Atenas, GA: University of Georgia Press.
- Wieacker, Franz. 1956. *Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242*. Tübingen: J.C.B. Mohr.
- Zimmermann, Reinhard. 1996. *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Clarendon Press.