

NOTAS SOBRE EL ASEGURAMIENTO DE OBLIGACIONES EN LA LEGISLACION JUSTINIANEA *

El complejo panorama de las garantías personales en el Derecho Romano clásico resulta bastante modificado en la época justinianea. La *adpromissio* o fianza estipulatoria, en sus dos manifestaciones (*sponsio* y *fideipromissio*)¹, desapareció al desnaturalizarse la *stipulatio* como negocio solemne genuinamente romano; lo mismo hay que decir de otras formas de garantía indirecta como la estipulación penal con promesa de tercero² o la estipulación de indemnidad³. En cambio, la *fideiussio* ascendió en importancia hasta convertirse en la forma normal de garantía personal, que suplanta sistemáticamente en la Compilación a la *adpromissio*⁴; pero tampoco entonces era ya igual la configuración de la *fideius-*

* Para evitar dificultades tipográficas hemos recurrido al sistema, siempre imperfecto, de transliterar los vocablos y frases en griego, siguiendo las reglas que da F. GALIANO, *La transcripción castellana de los nombres propios griegos*, 1961, págs. 8 y 9, aunque sin apurar el rigor, puesto que la colocación de un signo de cantidad sobre las vocales largas junto a los acentos seguiría planteando problemas en la corrección de pruebas. Por esta razón, cuando se transliteran frases griegas, se hace mención en una nota, a la página y la línea de la edición manejadas del Corpus Iuris para que el lector pueda hallarla, si lo desea, en su grafía original.

1. No admiten la clasicidad del término *adpromissio* SCHULZ, *Derecho Romano clásico* (trad. esp. 1960) n.º 843, pág. 473, ni SOLAZZI, *Nè accessiones nè adpromissores*, BIDR 38 (1930) 1 y sigs.

2. Vid. infra nota 41.

3. D. 12,1,42 pr.; 45,1,116; 46,2,6 pr.; 46,3,21, impropriamente llamada *fideiussio indemnitalis*. Vid. GONZÁLEZ SÁNCHEZ, «*Fideiussio indemnitalis*»: *¿Forma de fianza o promesa de garantía?*, *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez*, págs. 193 y sigs.

4. D'ORS, *Derecho Privado Romano*, 1977, parág. 448 n.º 1, pág. 494. FREZZA, *Le garanzie personali*, 1962, pág. 33.

sio, pues, de una parte, la desaparición del efecto consuntivo de la *litis contestatio*⁵ y, de otra, la implantación del beneficio de excusión⁶, vinieron a convertirla en una garantía subsidiaria y no solidaria como antaño⁷. Otros modos clásicos de garantía personal como el *mandatum pecuniae credendae* siguen subsistiendo, aunque sus diferencias con la *fideiussio* sean ahora mínimas⁸. El *receptum argentarii* perdió su carácter abstracto y desapareció, asimilándose al *constitutum debiti alieni*⁹, aunque su función de garantía bancaria aparece en las fuentes con el nombre de *antiphónesis*¹⁰. Además aparecen en la legislación justiniana otras formas de garantía personal de neta tradición griega como la *bebaiósis*¹¹ del vendedor o la *alleleggye*, afianzamiento recíproco con efectos próximos a la solidaridad pasiva¹².

5. *CJ.* 8,40,28 Just. 531. Para Schulz, cit. *supra* n. 1, n.º 865, pág. 479, la opinión según la cual se consumía en Derecho clásico la obligación principal como consecuencia de la *litis contestatio* con el *fideiussor* es doctrina muy extendida, pero que carece de apoyo en textos fidedignos; mantiene que, en tal caso, sólo se consumía la acción contra el fiador, mientras que la *litis contestatio* con el reo principal consumía la acción contra el fiador. En el mismo sentido, SIBER, *Römisches Privatrecht*, 1928, pág. 297, n. 12. En contra SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, BIDR 42(934)529, y LEVY, *Principal and surety in classical Roman Law*, BIDR 55-56(1951)207 y sigs.

6. *Nov.* 4 del 535.

7. Antes de la *Nov.* 4 podía el acreedor dirigirse contra el fiador sin necesidad de demandar antes al deudor principal; *D.* 17,1,56 pr.; 46,1,51,3; *CJ.* 8,40(41),2-3;5;19-21;23. Todavía hoy el C. c. español, art. 1.834, permite demandar conjuntamente a ambos, aunque haciendo excusión a la hora de ejecutar.

8. Según VAN DER WAL, *Manuale Novellarum Justiniani*, 1964, pág. 94, n. 5, siguiendo a Levy, no se practicaba el mandato de crédito en el siglo VI, empleándose este término como indicativo de garantía en general; sin embargo, en la pág. 104, n. 2, parece admitirlo para la garantía recíproca. Las *Novs.* hablan de *mandatores*, con grafía griega: *Novs.* 4,1-2; 136,1; 163,2, en esta última, de Tiberio II, aparece el concepto englobado bajo el término genérico de *omologia*.

9. *CJ.* 4,18,2 Just. 531; *I.* 4,6,8.

10. *Novs.* 4,1-3; 136,1; 163,2; Ed. 9.

11. *Nov.* 4,2. Con un sentido muy genérico aparece este término en *D.* 26,3,1 pr.; 27,1,6,8; 27,1,13,1; 27,2,23,12; *CJ.* 1,1,7,17.

12. *Nov.* 99 del 539. Ha suscitado abundantísima literatura; vid. FUENTESECA, *Sobre la Nov. 99 de Justiniano y la supuesta fideiussio mutua*, AHDE 20(1950)242 y sigs.; CANTARELLA, *La fideiussione reciproca*, 1965.

Todas estas formas de garantía personal seguían manteniendo, de acuerdo con la tradición romana, su carácter accesorio, pues, aunque el Derecho Romano conformaba al garante como un deudor, en cierto modo, solidario del reo principal¹³, no dejaba de distinguir nítidamente entre obligación garantizada y obligación de garantía, que venía a ser como un añadido de la primera. Cuando Justiniano estableció el beneficio de excusión llevó, a cambio de limitar la tradicional solidaridad, hasta sus últimos extremos lógicos la idea de accesoriedad que se encontraba ya en formulaciones mucho más remotas¹⁴.

No parece, sin embargo, indiscutida esta accesoriedad en las antiguas formas de fianza estipulatoria; un pasaje de Gayo¹⁵ afirma que para los *sponsores* y *fideipromissores* no importa que quien ha hecho la promesa, es decir el deudor principal, no quede obligado; y pone como ejemplos los de la mujer o el pupilo *sine tutoris auctoritate* o la promesa para después de la muerte, discutiéndose si puede garantizarse con estas formas la promesa del esclavo o el extranjero¹⁶. La cuestión es si lo que Gayo afirma para las garantías adpromisorias es una regla general de independencia entre ambas obligaciones¹⁷, o bien se trata de casos excepcionales

13. Vid. *supra* n. 7. Tampoco se trata de una verdadera solidaridad como atinadamente pone de relieve PASTORI, *Oservazioni intorno alla «sponsio» romana*, SDHI 14(1948)221, basándose, entre otros argumentos, en que la acción de regreso se da tan sólo a favor del *sponsor*.

14. Excluye una posible influencia greco-egipcia BORTOLUCCI, *La fideiussio-
ne nell'Egitto greco-romano*, BIDR 17(1905)265.

15. *Gai.* 3,119.

16. Para la *fideiussio* señala *Gai.* 3,119a, que el garante puede obligarse por un esclavo, ya sea una persona extraña quien recibe el fiador, ya el mismo dueño del esclavo por algo que éste le debe.

17. Para SCHULZ, cit. *supra* n. 1, n.º 850, pág. 475, y «*Condictio indebiti und die Accessorietät der «sponsio» und «fideiussio»*», IVRA 3(1952)17, la estipulación del *sponsor* era accesorio de la principal, pero no la obligación resultante y por esto cuando se extinguía la obligación principal, exceptuando los casos de pago y *acceptilatio*, subsistía no obstante la obligación del deudor accesorio; también lo da por seguro para la época más antigua y como regla general, DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, SDHI 6(1940)134.

en que quiebra el mecanismo de accesoriedad¹⁸; pero ello no afecta a la argumentación de este trabajo, pues en la época de Justiniano era la *fideiussio* la forma general de garantía y su carácter accesorio es patente en los textos de la Compilación sin que tuviera trascendencia para la *praxis* jurídica bizantina elucidar cuáles de estos fragmentos se referían originariamente a la *fideiussio*, y cuáles habían sido redactados para la *sponsio* o la *fideipromissio* y después interpolados. Así, el *fideiussor* no queda obligado cuando no nace la obligación para el deudor principal¹⁹, queda liberado cuando se libera el deudor principal²⁰, su obligación se extingue cuando la deuda principal desaparece por confusión²¹, o por novación²², o por *litis contestatio* antes de que ésta perdiera su efecto consuntivo²³, la mora del deudor afecta al garante²⁴ y se tiende a conceder al *fideiussor* las excepciones que corresponden al deudor principal²⁵.

18. FREZZA, cit. *supra* n. 4, págs. 35 y sigs. especialmente 59 a 62, cree que el fundamento de estas excepciones no es la idea de *naturalis obligatio*, sino la existencia de un negocio *iuris civilis* calificado inválido para hacer surgir la obligación del reo principal, pero válido para sostener la del garante; distinción, como se ve, extremadamente sutil. PASTORI, cit. *supra* n. 13, mantiene el principio de accesoriedad y la excepcionalidad de estos casos. También muy claramente SEGRÈ, cit. *supra* n. 5, pág. 518.

19. D. 46,1,29.

20. D. 4,2,10,1; 46,3,43; 46,4,16 pr. También cuando la obligación es natural y se extingue por *solutio*, D. 15,1,50,2; 46,3,38,2; 46,3,84. En cambio, la deuda del *fideiussor* subsiste en los casos en que la deuda principal no se extingue, pero falta el soporte subjetivo para la misma por muerte del deudor sin heredero, D. 16,3,1,14; 26,7,32 pr.; 46,3,95,1, o *capitis deminutio* del mismo. D. 2,8,5 pr.; 27,3,7,1; 46,1,60, o *restitutio in integrum* de la deuda, D. 4,4,13 pr.; 46,1,25.

21. D. 46,1,21,3; 46,1,38,1; 46,1,71 pr.; 46,34,8; 46,3,38,5; CJ. 8,42(43),2; Alex. 232.

22. CJ. 8,40(41),4 Antonino 213.

23. PS. 2,17,16; Gai. epit. 2,9,2; LRBurg. 14,7; CJ. 5,57,2 pr. Alex. 225; 8,40(41),15,1 Gord. 239.

24. D. 19,2,54 pr.; 22,1,24,1; 45,1,88; 46,1,58,1; 68,1; 46,6,10; 50,8,3,1.

25. En general: I. 4,14,4; CJ. 8,35,11 Diocl. Max.; D. 44,1,7,1 con ejemplificación; D. 44,1,19; incluso contra la voluntad del reo principal, D. 46,1,32. En casos concretos: *exceptio pacti*, D. 2,14,21,5; 2,14,27,1-2; 17,1,29 pr.; 34,3,5 pr.; 46,3,95,12; indirectamente al referirse a la *transactio* que era un *pactum*, D. 2,15,7,1; 46,1,68,2; *exceptio doli*, D. 17,1,29 pr.; 46,1,15 pr.; 49 pr.; CJ. 4,30,12,15; *exceptio* S. C. Valleiani, D. 16,1,16,1; 19,5; *exceptio* S. C. Macedoniani,

Sin embargo la garantía personal en la tradición helénica funcionaba con mecanismos diferentes²⁶. El *eggyetés* o garante griego no contraía una obligación accesoria de la del deudor principal, sino que avalaba un comportamiento ajeno que podía no constituir una obligación, siendo, por tanto, incoercible. El *eggyetés* vendría obligado a cumplir, en caso de que aquel en cuyo favor se hizo la garantía, no observase el comportamiento previsto (*ou poieîn*), incluso cuando este incumplimiento fuese involuntario o cuando hubiese quedado liberado de su promesa por otra causa que no fuese la realización de lo prometido. Garantizaba un resultado con independencia de la posición de aquel por el cual se prestaba la garantía²⁷. La *eggye*, por tanto, era un aseguramiento subsidiario pero no accesorio, y se podía aplicar a toda clase de obligaciones.

D. 14,6,7,1;9,3; *exceptio legis Cinciae*, D. 39,5,24; *exceptio libertatis onerandae causae*, D. 44,1,8; *exceptio iurisiurandi*, D. 12,2,28,1; además, se añaden en D. 44,1,7,1 *las exceptiones, rei iudicatae vel in iudicium deductae, quod metus causa*, y la que se da por la *circumscriptio* de un menor de veinte años.

26. *Ulp.* 47 ad Sab., D. 46,1,8 pr.=l. 3,2,7, no inserta entre las fórmulas griegas equivalentes a *fideiubere* el verbo típico de la garantía helénica: *eggyômai*, sino *té emê pistei keleúo, légo, thélo o bouilomai*, e igualmente *phemi*.

27. BEAUCHET, *Histoire du Droit Privé de la République Athénienne*, 1897, t. 4, pág. 462. FREZZA, cit. *supra* n. 4, págs. 285 y sigs.; resumidamente H. J. WOLFF, *Griechisches Recht*, s. v. *Recht*, en *Lexikon der antike Welt* (Artemis), 1965, pág. 2527: *Der Bürge haftete, wenn der garantierte Erfolg ausbleibt, gegen ihn stand eine gesetzlich geregelte Klage (dike eggýés) zur Verfügung, die in Athen nach Jahres frist verjährte*. PARTSCH, *Griechisches Bürgschaftsrecht*, 1909, reimpr. 1966, mantiene la independencia del garante griego respecto a la obligación del deudor principal, a diferencia de los garantes romanos que prometían lo mismo que el garantizado (págs. 27 y sigs.), rechazando por ello que la *eggye* fuese un supuesto explicable con los conceptos de la doctrina germánica, tan en boga en aquel tiempo, de *Schuld* y *Haftung* (págs. 54 y sigs.). CANTARELLA, cit. *supra* n. 12, pág. 48, alude a la obligación del *eggyetés* de pagar él mismo la suma garantizada e impagada ...*ovvero, quando il comportamento garantito fosse infungibile, e nel caso che egli non fosse riuscito a indurre il debitore principale a tenerlo, a pagare una somma commisurata al danno provocato dal mancato verificarsi di questo comportamento*; más adelante puntualiza, siguiendo a Partsch, que el garante griego, a diferencia del romano, no prometía un *idem* junto al deudor principal, sino prometía cumplir una determinada prestación, a veces la:

e incluso a comportamientos que no constituyesen obligación. Por el contrario, las garantías personales romanas sólo podían asegurar el cumplimiento de obligaciones y no de todas clases.

La cuestión de qué obligaciones podían ser aseguradas en Derecho Romano con cada una de las formas de garantía personal, se revela como notablemente espinoso²⁸. La repetida afirmación de que la *fideiussio* servía para garantizar toda clase de obligaciones²⁹, hace referencia, evidentemente, a la forma de originarse éstas, que no tenía que ser forzosamente *verbis* como en la *adpromissio*, pero no al contenido. Ningún problema ofrece la obligación de *dare* cuando fuese de dinero, supuesto más frecuente de entonces y de hoy, pero tampoco cuando fuese de un *incertum*³⁰. Lo problemático son las obligaciones de *facere*, y no porque de suyo fuesen radicalmente ingarantizables³¹, sino porque ello estaba en función de la fungibilidad de la prestación prometida. Los garantes romanos se hacían deudores de lo mismo que el deudor principal; en la *adpromissio* prometía el afianzador la misma promesa (*id quod Titius promissit*), en la *fideiussio* prometía el fiador el mismo objeto que debía el deudor principal (*id quod Titius debet*). La pregunta *idem facies?* en la fórmula de la *fideiussio*³², aunque no en la de la *sponsio*, viene a indicar, de una parte, la accesibilidad de la garantía *fideiussoria* a la obligación de hacer,

misma debida por el deudor principal, a veces distinta, pero sustitutiva de ésta en caso de incumplimiento de éste; añade que esto es aplicable no sólo al Derecho griego, sino al del Egipto greco-romano.

28. TALAMANCA, *Enciclopedia del diritto*, s. v. *fideiussione*, t. 17, pág. 331, habla sobre este punto de *...notevoli problemi, non forse ancora sufficientemente rischiarati*.

29. *Gai.* 3,118;119;119a; *I.* 3,20,1; *D.* 46,1,1; 46,1,8,1-2;6.

30. *Gai.* 4,137; *D.* 45,1,75,16;8-9.

31. SEGRÈ, cit. *supra* n. 5, pág. 542, mantiene que la *sponsio* podía garantizar una *stipulatio in faciendo*, del mismo modo que se podía prometer *in solidum* un *facere*, pero siempre que fuera fungible. En el mismo sentido FREZZA, cit. *supra* n. 4, pág. 42.

22. *Gai.* 3,115.

33. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgerschaftstipulationen*, 1932, pág. 63, mantiene la accesibilidad de la *fideiussio* romana a las obligaciones con prestación de hacer infungible, pero esta opinión ni parece fundada ni se suele admitir. En sentido contrario, SEGRÈ, cit. *supra* n. 5, pág. 542, y FREZZA, cit. *supra* n. 4, págs. 42 y 43.

pero, de otra, la necesidad de que el *fideiussor* prometa un *facere* idéntico al del reo principal³³, como sucedía para los co-obligados *in solidum*³⁴.

Pero la fungibilidad de la prestación no es un concepto rígido, sino postulado por la naturaleza misma de lo prometido y por la voluntad de las partes al establecer la deuda. De ahí que los textos referentes a la *fideiussio* que garantiza un *facere*, establezcan premisas como la de que los dos obreros que prometen una obra, o el obrero fiador del que la prometió como reo principal, han de ser *eiusdem peritiae*³⁵, que cuando el deudor se obligó a realizar él mismo ciertas prestaciones como fabricar una nave, edificar una *insula*, o cavar una fosa, no se libera si las hace el fiador *non consentiente stipulatore* pues *...inter artifices longa differentia est et ingenii, et naturae, et doctrinae, et institutionis*³⁶. Con estas salvedades se quiere hacer ver que la garantía personal sólo es viable para obligaciones de hacer con prestación fungible, es decir, que puede ser asumida por el fiador³⁷. Las prestaciones no fungibles no pueden ser objeto de garantía en el sentido técnico, pues los *fideiussores*, como afirma Hermogeniano³⁸, tienen que prometer algo por sí mismos, *non alias tenentur, quam si se daturos vel facturos promittant*; no dice aquí el jurista si lo que el fiador ha de hacer tiene que ser idéntico a lo debido por el deudor principal, pero si se pone el texto en relación con el *idem facies?* gayano, hay que interpretarlo en tal sentido, a menos que se piense en un grave relajamiento de las categorías técnicas en el pensamiento de Hermogeniano por un posible influjo de la *eggye* oriental³⁹.

Las obligaciones de hacer con prestación infungible podían, no obstante, ser aseguradas por otros medios indirectos; nadie podía

34. D. 10,2,44,8; 45,1,72 pr.; 85,3.

35. *Iul.* 22 dig. D. 45,2,5. SEGRÈ, cit. *supra* n. 5, pág. 544, cree que se refería a las *operae fabriles* del liberto y considera interpolada la referencia al *fideiussor* y el requisito de la *eiusdem peritiae*.

36. *Ulp.* 7 disp. D. 46,3,31.

37. La cuestión llega en los mismos términos hasta el Derecho moderno, vid. LACRUZ, LUNA, DELGADO, *Elementos de Derecho Civil*, t. 2, vol. 3, páginas 320-321.

38. 7 iur. epit. D. 46,1,65.

39. Los grecismos en el lenguaje de Hermogeniano han sido puestos de relieve por LIEBS, *Hermogenians Iuris Epitomae*, 1964, pág. 106.

prometer una prestación ajena porque era *inutilis*, pero se admitió, no sin escrúpulos y vacilaciones por parte de los juristas, que podían entenderse en el sentido de que lo prometido era cuidar de que el otro hiciese o no hiciese algo ⁴⁰, o pagar una pena si el otro no observaba el comportamiento previsto ⁴¹, o responder (*praestari*) ⁴², o pagar el *id quod interest* derivado del perjuicio causado ⁴³. En este círculo se inscriben las estipulaciones sobre situaciones fácticas, como ausencia de vicios o existencia de cualidades ⁴⁴, o la cláusula de ausencia de dolo en las estipulaciones pretorias ⁴⁵. Lo que sucede es que estos aseguramientos en que uno promete algo sobre un comportamiento ajeno no eran garantías ni se les denomina así en las fuentes, porque lo prometido por éste, llámesele, pseudo-garante, es distinto de la conducta que se espera de aquel en cuyo favor se presta la caución. La construcción dogmática de esta figura es la de obligaciones asumidas directamente por el que las prometía, pero sometidas a la condición suspensiva del hacer o no hacer ajeno ⁴⁶; de ahí que el beneficiado por el comportamiento ajeno no tuviese nunca la *libera electio* entre deudor y garante, característica de las garantías personales prejustinianas: ni cuando la conducta asegurada con promesa de otro fuese una prestación obligacional, ni menos cuando no lo fuese. Estas promesas no eran *sponsiones* ⁴⁷ ni *fideipromisiones*, ni siquiera *fideiussiones*; sin embargo sí que eran asimilables a la *eggye* griega.

40. D. 45,1,38 pr.; 83 pr.; I. 3,19,3.

41. I. 19,3,21; D. 45,1,38,2.

42. D. 21,2,31.

43. D. 45,1,81 pr.

44. D. 2,14,50; 21,2,31; 50,16,174.

45. LENEL, EP. págs. 514 y sigs.

46. Paul. 74 ed. D. 44,7,44,6, se pregunta ante un caso de estipulación con pena añadida a cargo del propio promitente, si hay dos estipulaciones, una pura y otra condicional. Concluye que existiendo la condición de la segunda no es que se extinga la primera, sino que se transfiere a la otra *quasi novatio prioris fiat*. Vid. también D. 46,1,16,1.

47. Conjetura BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, BIDR 65(1962)107-108, que para el Derecho arcaico fuese la garantía diferente, y más próxima a la *eggyé*, porque su misión sería imponer una responsabilidad por el incumplimiento de una prestación propia o ajena no coercible, haciendo de este

Es indudable que la tradición de la *eggye* helénica debió pervivir en la mentalidad jurídica de las provincias orientales del Imperio, en pugna con la idea romana del garante obligado a un *idem* y sometido al más férreo sistema de accesoriedad; hasta es posible que las restricciones a la accesoriedad apuntadas por Gayo para la fianza estipulatoria⁴⁸, le llamasen especialmente la atención si es cierto que enseñaba Derecho en una provincia oriental⁴⁹. A este respecto resulta sospechoso el empeño de algunos textos bizantinos por señalar expresamente la nulidad de la garantía prestada para asegurar el cumplimiento de obligaciones que se declaran resueltas por imperio de la ley, o comportamientos que se prohíben o se consideran incoercibles; probablemente se trata de menciones intencionadas para alejar una torcida interpretación basada en la tradición helénica de independencia entre la conducta asegurada y su aseguramiento. Es cierto que también en el Digesto se señala la invalidez de la garantía como consecuencia de la desaparición de la obligación principal⁵⁰, pero se trata de casos concretos en que la decisión del jurista hubo de acomodarse al supuesto de hecho; generalmente se pregunta por la liberación del garante como consecuencia de la ineficacia de la obligación principal; sin embargo, resulta forzado cuando se legisla en términos generales y se declara a ciertas personas libres de sus promesas, hacer hincapié en la consiguiente cancelación de las garantías. Pero sobre todo hay que tener presente que los supuestos más significativos se refieren, además, a garantes de obligaciones de hacer personalísimo, como es la actividad de las actrices y las prostitutas; es decir, que se trata de aseguramientos de un comportamiento ajeno judicialmente incoercible; todo esto es anómalo, como ya se ha visto para la tipología de las garantías personales romanas.

Entrando en el análisis de los textos en concreto hay que tener presente que probablemente vendría en la Antigüedad aparejada la actividad teatral con la prostitución, ya que ambas aparecían, a

modo indirectamente obligatoria una prestación que no lo era; incluye en esta categoría la *pignoris capio* (Gai. 4,29).

48. Vid. *supra* n. 15.

49. Opinión muy extendida que arranca de MOMMSEN, *Gaius als Provinzialjurist*, 1859.

50. Vid. *supra* n. 20, 21, 22, 23.

veces, englobadas en las mismas reglas⁵¹; y, aunque no fuera así necesariamente, la desenvoltura de las costumbres entre la gente dedicada al espectáculo hacía que se les considerase como un sector socialmente marginado y carente de honorabilidad contra el que se han dirigido las invectivas de los moralistas hasta tiempos muy recientes. Actores y actrices estuvieron en Roma situados en un *status* jurídico inferior⁵². La legislación de los emperadores cristianos trató de proteger a las mujeres impidiendo que se les obligase contra su voluntad a permanecer dedicadas al teatro o a la prostitución⁵³, o intentó mitigar su marginación cuando abandonaban estos oficios⁵⁴. Esta tendencia culmina con las disposiciones de Justiniano que se van a examinar y que, como fácilmente

51. *CJ.* 1,4,14 León sin fecha.

52. La *lex Iulia de maritandis ordinibus*, *D.* 23,2,44 pr., prohibía el matrimonio de actores de teatro y sus hijos con personas de la clase senatorial y sus descendientes hasta el tercer grado. El año 336, Constantino *CJ.* 5,27,1 castiga con la pérdida de su dignidad a los senadores y otros altos cargos que hubiesen querido tener en el número de los legítimos a los hijos habidos, entre otras, con actrices o hijas de ellas. La *Nov.* 4 de Marciano, del 454, parcialmente reproducida en *CJ.* 1,14,9; 5,5,7, aparece como una aclaración a la disposición de Constantino, pero dando por sentado que aquélla prohibía el matrimonio entre las altas dignidades y las mujeres *humiles vel abiectae*, entre las que se hallaban las *scenicæ*, aunque no las ingenuas pobres. Dos constituciones de Arcadio y Honorio de los años 393 y 394, *CTh.* 15,7,11-12, prohíben a las actrices de mímica el empleo de gemas y ciertos tejidos lujosos, así como el hábito de las vírgenes dedicadas a Dios, e impiden a las mujeres cristianas relacionarse con músicos.

53. Constantino, *CTh.* 15,8,1, dispuso el año 343 que a las mujeres cristianas prostituidas sólo las podían rescatar los eclesiásticos y los cristianos. Teodosio y Valentiniano, *CTh.* 15,8,2=*CJ.* 1,4,12; 11,41,6, año 428, prohibieron a los padres o dueños prostituir a las hijas, a las esclavas y a las personas pobres asalariadas. Una constitución de León (457-467), *CJ.* 11,41,7 prohíbe, como la anterior, el lenocinio; la esclava prostituida puede ser reivindicada por cualquiera. La citada constitución de León sin fecha, *CJ.* 1,4,14, prohíbe llevar contra su voluntad a otra persona a la vida de meretriz o escénica.

54. *CTh.* 15,7,1-2 Valentiniano, Valente y Graciano 371 y 381; *CTh.* 15,7,4 y 15,7,8-9 Graciano, Valentiniano y Teodosio 380 y 381. Una constitución de Justino de los años 520-523, *CJ.* 5,4,23, establece para las escénicas que han abandonado el teatro, y para sus hijas en todo caso, que podrán contraer matrimonio legítimo con las personas con quienes está prohibido, solicitando un rescripto imperial, aunque estaban dispensadas de ello las que ya habían recibido alguna dignidad del príncipe, clara alusión a Teodora

se puede suponer, debieron estar inspiradas por la influencia de la emperatriz Teodora, antigua actriz⁵⁵, pero que no carecen de antecedentes en la legislación anterior. Estas normas están redactadas en griego, clara señal de que sus primordiales destinatarios eran los habitantes de la parte oriental del Imperio⁵⁶, y presentan una particularidad que no se hallaba en sus precedentes: la alusión a la figura de un garante (*eggeytés*) que asegura la permanencia de estas mujeres en su actividad. Son estos *eggyetai* quienes confieren interés desde el punto de vista rigurosamente técnico-jurídico a unas disposiciones que, a primera vista, destacan solamente por su valor histórico y anecdótico, o como expresión de unas concepciones éticas o sociales.

El primer ejemplo lo suministra una constitución del año 534, dirigida por Justiniano a todos los obispos del orbe, y recogida en C. J. 1,4,33. En el prefacio asegura el Emperador haber hecho una constitución según la cual se prohíbe arrastrar contra su voluntad a una mujer libre o esclava a la escena o a la orquesta⁵⁷, o que, queriéndose apartar de ella, se le impida, o, y ésto es lo que ahora interesa, se demande a los garantes que por ésto mismo, es decir por asegurar la permanencia de las mujeres en la actividad escénica, prometieron una cantidad de dinero determinada (*τοὺς eggyetàs τοὺς αὐτὲς hos hyper autoὺ τοῦτου chrysiou rhetòn omologésantas apaitéin*)⁵⁸. El parág. 1 ordena a los presidentes de las provincias y a los obispos de las ciudades que prohiban lo realizado en contravención de esta norma y hagan comparecer a los infractores confiscando sus bienes y expulsándolos de la ciudad. Prevé el parág. 2 la hipótesis, reveladora de lamentables corrupciones, de

con quien iba a desposarse el sucesor Justiniano. La *Nov.* 117,6 de Justiniano suprimió, el año 542, incluso este rescripto, exigiendo tan sólo instrumento dotal cuando se tratase de altas dignidades.

55. SPRUIT, *L'influence de Théodora sur la législation de Justinien*, RIDA 24(1977)390 y sigs.; RUBIN, *Das Zeitalter Justinians*, 1960, págs. 98 y sigs.

56. ZILLIACUS, *Zum Kampf der Weltsprachen im öströmischen Reich*, 1935, págs. 28 y 29.

57. No aparece claro cuál sería esta constitución que se dice promulgada por el propio Justiniano (*epoiesámetha diátaxin*). La edición de KRUEGER del *CJ.*, 1954, pág. 47, no da indicación alguna. El único precedente claro de esta norma es la const. de León recogida en *CJ.* 1,4,14.

58. *Ibid.* pág. 47, 1.ª columna, líneas 29-31.

que sea el propio presidente de la provincia quien coaccione a las mujeres para que se dediquen al teatro, en cuyo caso ellas mismas o sus garantes sólo podrán recurrir a los obispos quienes se opondrán a la injusticia del magistrado⁵⁹ y podrán, en caso necesario, acudir al Emperador para que imponga la pena correspondiente remarcando, además, que las garantías quedarán para siempre canceladas y los garantes indemnes (*tôn eggyôn kathápax lyoménon kai tôn eggyetôn azemíon phylattoménon*)⁶⁰. Se insiste, pues, por dos veces en la ineficacia de la garantía prestada al ordenar que no se puede demandar al garante y que la garantía queda cancelada. El resto de parág. autoriza el matrimonio de las mujeres apartadas de la escena y sus hijas, incluso con personas de las supremas dignidades sin necesidad de rescripto imperial⁶¹, y concluyen los parágs. 4 y 5 señalando que esta misma constitución se inserta en el libro 5, pero que era conveniente dirigirla a todos los obispos.

En efecto, en CJ. 5,4,29 se repiten los mismos argumentos, también en griego, aunque con redacción diferente. Aquí no se puntualiza que los garantes han prometido una suma de dinero, sino, simplemente, que garantizan que ellas no abandonarán la escena (*autôn eggyas perì toû mekéti ahistasthai skenês*)⁶². Otra discrepancia es que en el parág. 2, además de declarar canceladas las garantías, se dispone que si algo hubiere sido exigido a los garantes, recibirán éstos el doble (*ei ti apeitêthesan doûnai hoi eggyetai, diplâ lambanêtosan*)⁶³; la construcción en futuro de esta frase parece indicar que no se descarta la posibilidad de que se exija el pago a los garantes, a pesar de ser ineficaz la obligación de permanencia de la actriz. El parág. 3 dispone que si también se ha cobrado algo a las mujeres, recibirán el doble, encargándose de ejecutar esto el presidente y el obispo. El parág. 4 declara ilícito exigir desde el principio a las mujeres que se dediquen al teatro garantías de no abandonarlo. El parág. 5 autoriza a los obispos

59. De acuerdo con la tendencia de la política justinianea a convertir a los obispos en fiscalizadores de la administración civil, cfr. CJ. 1,4,26.

60. Ed. cit. *supra* n. 57, pág. 47, 2.ª columna, líneas 9-10.

61. Vid. *supra* n. 54.

62. Ed. cit. *supra* n. 57, págs. 198, 1.ª columna, líneas 18-19.

63. *Ibid.* líneas 29-30.

a oponerse al presidente cuando sea éste el que coaccione a las mujeres, y a defender del daño a los garantes (*azemious phyláttein toús eggyetás*) ⁶⁴, en caso de resistencia del presidente, debe el obispo denunciarlo para que éste y el magistrado sean depuestos, confiscados sus bienes y relegados a perpetuidad. Los parágrafos 6 y 7 autorizan igualmente el matrimonio sin necesidad de rescripto y el 8 advierte que aquellas que contrajeran matrimonio y después pasen nuevamente a la condición de escénicas no sólo perderán la cualidad de ingenuas, sino que no podrán recabar el auxilio de la constitución de Justino ⁶⁵, pues cometen delito de estupro.

Muy arraigada debía estar la práctica de exigir alguna garantía a las mujeres de la farándula puesto que el mismo Justiniano promulga el 1 de septiembre de 537, tres años después, la Nov. 51, dirigida a Juan, Prefecto del Pretorio por segunda vez. Comienza el prefacio recordando la constitución que se acaba de referir por la que se prohíbe exigir a las escénicas garantes de que permanecerán en tan impío trabajo, sin oportunidad de hacer penitencia, amenazando con penas a los que exijan tales garantes y declarándolos libres. Pero, señala, se ha recurrido a otro camino que lleva a una impiedad mayor, ya que consiste en exigirles juramento de que nunca dejarán aquella ocupación, con la cual las pobres mujeres se ven coaccionadas ante el temor de transgredir su juramento. El Emperador declara que este juramento no es vinculante, sino, al contrario que debe incumplirse, y prevé en el cap. 1 una pena de diez libras de oro a los que lo exijan; esta multa se entregará a la mujer para que se retire a una vida digna; en el parág. 1 se vuelve a establecer una sospechosa sanción cuando sea el mismo presidente quien haya exigido este juramento.

Dedicada a la prostitución está la Nov. 14 dirigida por Justiniano a los habitantes de Constantinopla el 1 de diciembre del 535. Su rúbrica dispone que no haya lenones (*pornóbóskoi*) en ningún lugar de la república romana. Comienza la Nov. aludiendo a antiguas leyes de anteriores emperadores que prohibían el lenocinio ⁶⁶. El tratamiento legal dado aquí a la prostitución es muy si-

64. Ibid. 2.^a columna, líneas 1-2.

65. Vid. *supra* n. 54.

66. Vid. *supra* n. 53.

milar al que ya se ha visto para las actrices; pero el Emperador carga las tintas en el prefacio con una descripción realista: los lenones recorren las provincias engañando a las jóvenes, a veces de menos de diez años, prometiéndoles calzado y vestido, y las recluyen en la ciudad donde las explotan, manteniéndolas en la miseria y lucrándose con todas las ganancias que ellas obtienen de su prostitución. Se hace también referencia a la invasión que sufre la ciudad, pues esta actividad, que antes se limitaba a los puntos extremos, se extiende en el momento de redactar la constitución por todos sitios, incluso junto a los lugares del culto. El cuadro muestra que con el paso de los siglos no ha mejorado la condición humana en cuanto a explotación de la miseria y la ignorancia.

Desde la perspectiva jurídica interesa prestar atención al hecho de que algunos de estos alcahuetes, además de celebrar contratos por escrito, exigen también garantes (*tinàs dè autôn eggyetàs apaitên*)⁶⁷, con lo que aparece aquí, como en el caso anterior, un garante de un comportamiento de otro personalísimo e infungible. El parág. 1 de esta Nov. prohíbe arrastrar a las mujeres a esta actividad y admitir estos contratos o exigir garantes, disponiendo la expulsión para los que prostituyeren mujeres contra su voluntad, y una multa de diez libras de oro para quienes proporcionen el local conscientemente; se ordena que se devuelva a ellas toda caución (*aspháleia*) prestada con ocasión de esta actividad. También en este caso es significativo que se haga expresa mención a la posibilidad de que en el futuro algunos realicen escrituras o acepten garantes (*ei dè kai tis syggraphèn tò loipòn epì tou:ois. tolméseie labeîn é eggyetén*)⁶⁸, y sobre todo que se advierta que, de producirse así, no obtendrán utilidad alguna de ellos, pues el garante no estará obligado (*kai gàr ho mèn eggyetès énochos ouk éstai*)⁶⁹. De nuevo se hace la innecesaria salvedad de que si en el futuro se acepta una garantía para asegurar un comportamiento que por disposición legal se declara ilícito, y por tanto no exigible, no queda obligado el garante, afirmación que sería superflua de seguirse inquebrantablemente el principio de accesoriedad.

67. Novs. ed. de SCHOELL y KROLL, 1954, pág. 106, línea 16.

68. Ibid. pág. 107, línea 42, pág. 108, líneas 1-2.

69. Ibid. pág. 108, líneas 3-4.

Finalmente, la Nov. 163 de Tiberio II, del año 575, ordena la remisión de tributos atrasados e impagados por los habitantes de ciertas regiones del Imperio como medida de liberalidad basada en la difícil situación económica de los contribuyentes. En el cap. 2.º se prohíbe a los diversos funcionarios y encargados de la administración fiscal cobrar los impuestos condonados o que dolosamente acepten avales bancarios, fianzas o cauciones (*kai antiphonéseis é eggyas kai omologías laboúsi doleràs*)⁷⁰; quizá el temor a que se constituyan aseguramientos de obligaciones ya condonadas se deba a que se pudiesen éstos interpretar como obligaciones independientes con arreglo a la tradición helénica, y se exigiese el pago a los garantes. Es decir, que las *eggyai* se interpretasen como tales, no como *fideiussiones* romanas, y no se considerase extinguida la obligación del *eggyetés* como consecuencia de la condonación de la deuda del garantizado; y que las *antiphonéseis* o garantías bancarias no se interpretasen como los *constituta debiti alieni* causales del Derecho Romano, sino como las *katharai antiphonéseis*, puras y abstractas, como el viejo *receptum argentarii* romano, de las que hablaba Justiniano en E. 9,1.

Los ejemplos anteriores pueden ser reveladores de una especial preocupación de Justiniano y su sucesor por mantener incólume el principio de accesoriedad en toda suerte de aseguramientos personales por comportamiento ajeno, quizá en contra de una *praxis* en la que influía aún la herencia de la *eggye* griega como la obligación independiente de la conducta del principal obligado. Se podrá objetar que estas referencias a la ineficacia de la garantía cuando el deudor principal no queda obligado, no son más que minuciosidades superfluas propias del lenguaje autocrático de los emperadores bizantinos que tratan de preverlo todo en forma exhaustiva. Pero también es cierto que la propia naturaleza de esta garantía, en sentido amplio y atécnico, por el comportamiento de escénicas y meretrices, encaja en el esquema de la *eggye*, pero no de la *fideiussio romana*⁷¹, y que el temor a que en futuro se exija algo a los garantes revela un cierto trasfondo helénico.

70. Ibid. pág. 750, línea 22.

71. Por más que el Authenticum y los traductores modernos interpreten *eggye* y *eggyetés* por *fideiussio* y *fideiussores*.

Esta reacción de los emperadores, aparte de las clarísimas motivaciones éticas que la inspiran, concuerda con deseo de mantener la romanidad que para ellos era el sustento mismo del poder⁷² y se inscribe en una cierta tendencia, patente en Justiniano, contra los negocios abstractos que pueden dar lugar a situaciones injustas⁷³.

ANTONIO DÍAZ BAUTISTA
Universidad de Murcia

72. Const. *Tanta* pr.; const. *Summa* pr.; Nov. 24 pr. 1; Nov. 30,11,2; RUBIN, cit. *supra* n. 55, pág. 126.

73. Ejemplos: CJ. 4,18,2 (del 539) que considera absurdo e injusto permitir que se obtenga lo indebido con la *actio recepticia*; CJ. 4,30,14 pr. (del 528) dispone que el plazo para *exceptio non numeratae pecuniae* no corra para los menores; Ed. 9,1, en que señala los peligros de las garantías bancarias (*antiphonéseis*) puras, es decir, sin indicación de causa.