



# ROMA E AMERICA. DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

36/2015

ESTRATTO



**ROMA E AMERICA.  
DIRITTO ROMANO COMUNE**

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

*promossa da*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani - Università di Roma 'Tor Vergata'/ISGI - CNR

*Direttore:* Riccardo Cardilli

*in collaborazione con*

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma

*Responsabile:* Pierangelo Catalanò

Istituto Italo-Latino Americano (ILLA)

*Presidente:* Stephanie Hochstetter Skinner-Klee

*Segretario Generale:* Amb. Giorgio Malfatti di Monte Tretto

Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)

*Presidenza:* Alberto Merler

*Direttori della Rivista*

Antonio Saccoccio

David Fabio Esborraz

*Comitato scientifico*

*Presidente:* Sandro Schipani, 'Sapienza' Università di Roma (Italia)

Jorge C. Adame Goddard, Universidad Nacional Autónoma de México - UNAM (Messico); Tatiana Alexeeva, Università nazionale di ricerca 'Scuola Superiore di Economia' - sede di San Pietroburgo (Russia); Riccardo Cardilli, Università di Roma 'Tor Vergata' e CSGLA (Italia); Édgar Cortés Moncayo, Universidad Externado de Colombia (Colombia); Maria Floriana Cursi, Università di Teramo (Italia); Antonio Fernández de Buján, Universidad Autónoma de Madrid (Spagna); Fei Anling, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL (Cina); Giovanni Finazzi, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Roberto Fiori, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Enrico Gabrielli, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Alejandro Guzmán Brito, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Cile); Gábor Hamza, Università 'Eötvös Loránd' di Budapest (Ungheria); Huang Feng, Università Normale di Pechino - BNU (Cina); Jiang Ping, Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza di Pechino - CUPL (Cina); Rolf Knütel, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn (Germania); Giovanni Lobrano, Università di Sassari (Italia); Machkam Machmudov, Corte Costituzionale della Repubblica del Tagikistan; Judith Martins-Costa, Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasile); Carla Masi Doria, Università di Napoli 'Federico II' (Italia); Cesare Mirabelli, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Luis Moisset de Espanés, Academia Nacional de Derecho de Córdoba (Argentina); José C. Moreira Alves, Universidade de São Paulo - USP (Brasile); Noemí L. Nicolau, Universidad Nacional de Rosario - UNR (Argentina); Giuseppe Palmisano, Università degli Studi di Camerino e ISGI-CNR (Italia); Massimo Papa, Università di Roma 'Tor Vergata' (Italia); Aldo Petrucci, Università di Pisa (Italia); Ronaldo de Britto Poletti, Universidade de Brasília - UnB (Brasile); Norberto D. Rinaldi, Universidad de Buenos Aires - UBA (Argentina); Marcial Rubio Correa, Pontificia Universidad Católica del Perú - PUCP (Perù); Martin Josef Schermaier, Rheinische Friedrich-Wilhelms Universität Bonn (Germania); Xu Guodong, Università di Xiamen - XmU (Cina)

*In redazione:* Sabrina Lanni, Emanuela Calore, Roberta Marini, Caterina Trocini

*Collaboratori alla redazione:* Laura Formichella

In adesione alle direttive dell'ANVUR, la pubblicazione degli articoli proposti alla Rivista è subordinata alla valutazione positiva espressa su di essi (rispettando l'anonimato dell'autore e del revisore) da due (tre in caso di dissenso) valutatori scelti dalla Direzione della Rivista in primo luogo fra i componenti del Comitato dei valutatori, o, in alternativa, fra studiosi di provata fama. L'elenco completo dei valutatori è disponibile nella pagina *web* della Rivista.

Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme al testo da pubblicare, anche un *abstract* e alcune "parole chiave".

Hanno espresso valutazione positiva in ordine al presente volume:

Fabio Addis (Università di Brescia); Élise Frélon-Allouneau (Université de Poitiers); Guido Alpa ('Sapienza', Università di Roma); Mirra Alvarez (Universidad de Buenos Aires); Angela Carpi (Università di Bologna); Cosimo Cascione (Università di Napoli Federico II); Renzo Cavalieri (Università di Venezia Ca' Foscari); Gustavo Cerqueira (Université de Reims Champagne Ardenne); Stefano D'Andrea (Università della Toscana); Oliviero Diliberto ('Sapienza', Università di Roma); Romolo Donzelli (Università di Macerata); Giuseppe Falcone (Università di Palermo); Laurent Hecketsweiler (Université de Montpellier); Paola Lambri (Università di Padova); Francesco Lazzari (Università di Trieste); María del Carmen Lázaro Guillamón (Universitat Jaume I di Castellón); Giovanni Luchetti (Università di Bologna); Michele Lupoi (Università di Bologna); Fabio Marcelli (ISGI-CNR); Fabiana Mattioli (Università di Bologna); Elvira Méndez Chang (Pontificia Universidad Católica del Perú); Alberto Merler (Università di Sassari); Massimo Miglietta (Università di Trento); Martha Lucia Neme Villareal (Universidad Externado de Colombia); Luca Passanante (Università di Brescia); Juan Carlos Prado (Universidad de Las Américas, Quito, Ecuador); Javier Rodríguez Olmos (Universidad Externado de Colombia); Gianni Santucci (Università di Trento); Carlos Soriano Cienfuegos (Universidad Panamericana, Messico); Dalva Tonato (Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasile); Enrico Toti (Università di Roma Tre); Andrea Triscioglio (Università di Torino); José Luis Zamora Manzano (Universidad Las Palmas de Gran Canaria).

ROMA E AMERICA.  
DIRITTO ROMANO COMUNE

RIVISTA DI DIRITTO DELL'INTEGRAZIONE  
E UNIFICAZIONE DEL DIRITTO  
IN EURASIA E IN AMERICA LATINA

*promossa da*

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani  
Università di Roma 'Tor Vergata'/ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche

*in collaborazione con*

Unità di ricerca 'Giorgio La Pira'  
del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma  
Associazione di Studi Sociali Latino-Americani (ASSLA)  
Istituto Italo-Latino Americano (IILA)

36/2015

La Redazione è presso:

Centro di Studi Giuridici Latinoamericani  
Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI - CNR  
Via O. Raimondo, 18, 00173 Roma (Italia)  
Tel. 39 06 72592301; Fax 39 06 7233198  
antonio.saccoccio@unibs.it  
esborraz@juris.uniroma2.it  
<http://www.romaeamerica.it>

La Rivista segnala tutte le pubblicazioni ricevute dalla Redazione.  
I libri per segnalazioni vanno inviati alla Redazione della Rivista.

Le pubblicazioni continuative e periodiche per 'cambio' vanno inviate a:  
Biblioteca del Centro di Studi Giuridici Latinoamericani (stesso indirizzo della Redazione).

La Rivista pubblica un volume ogni anno.  
Abbonamento: Italia €86,00, Estero €125,00

Tutti gli ordini, eccettuata l'America Latina, vanno indirizzati a:  
STEM Mucchi Editore  
Via Emilia est - 1741 - 41122 Modena - Italia  
fax (39-059) 282628; tel. (39-059) 374094; c/c postale n. 11051414  
[info@mucchieditore.it](mailto:info@mucchieditore.it) - [info@pec.mucchieditore.it](mailto:info@pec.mucchieditore.it)  
[www.mucchieditore.it](http://www.mucchieditore.it)

per l'America Latina, le richieste vanno indirizzate a:  
Universidad Externado de Colombia  
Calle 12 n. 1-17 Est, Bogotá - Colombia - Fax (57-01) 2843769  
<http://www.uexternado.edu.co>

Registr. Trib. Modena n. 1372 del 24.2.1997 – S. Schipani dir. resp.

Volume realizzato presso il Centro di Studi Giuridici Latinoamericani dell'Università di Roma 'Tor Vergata'

issn 1125-7105

© STEM Mucchi Editore - Società Tipografica Editrice Modenese S.r.l.  
Pubblicità inferiore al 45 %  
Grafica e impaginazione, STEM Mucchi Editore (MO), stampa Editografica (BO)  
Finito di stampare nel mese di dicembre del 2015

La legge 22 aprile 1941 sulla protezione del diritto d'Autore, modificata dalla legge 18 agosto 2000, tutela la proprietà intellettuale e i diritti connessi al suo esercizio. Senza autorizzazione sono vietate la riproduzione e l'archiviazione, anche parziali, e per uso didattico, con qualsiasi mezzo, del contenuto di quest'opera nella forma editoriale con la quale essa è pubblicata. Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nel limite del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633. Le riproduzioni per uso differente da quello personale potranno avvenire solo a seguito di specifica autorizzazione rilasciata dall'editore o dagli aventi diritto.

con il contributo di



**Fondazione  
di Sardegna**

# INDICE

## STEGER CON NOI

PIERANGELO CATALANO		
<i>Hanns-Albert Steger con noi</i> .....	pag.	3
<i>Giornata di studi in onore di Hanns-Albert Steger. Identità latinoamericana e ruolo degli abogados (Università di Roma 'Tor Vergata', 19 dicembre 2012) [IGNAZIO CASTELLUCCI]</i> .....	»	11
RICCARDO CAMPA		
<i>Il latinoamericanismo di Hanns-Albert Steger</i> .....	»	15
IGNAZIO CASTELLUCCI		
<i>Identità latinoamericana e ruolo degli abogados secondo Hanns-Albert Steger</i> .....	»	25

## DIRITTO ROMANO, DIRITTO CINESE E CODIFICAZIONE DEL DIRITTO CIVILE

GIOVANNI LOBRANO		
<i>Res publica. Sui libri 21-45 di Tito Livio</i> .....	»	37
RICCARDO CARDILLI		
<i>Garantías personales y obligación</i> .....	»	79
ENRICO GABRIELLI		
<i>Garantía mobiliaria Dīyāquán y el problema del conflicto entre derechos reales de garantía</i> .....	»	101
ENRICO DEL PRATO		
<i>Autonomia e inderogabilità nelle successioni mortis causa: spigolature</i> .....	»	109
JUAN CARLOS HENAO		
<i>Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del sistema e nella formazione del giurista</i> .....	»	121

## CHANG'AN E ROMA

«*Chang'an e Roma: l'incontro delle due culture*». *Liqian - Xi'an 2013. Risultati operativi 2013* [PIERANGELO CATALANO - STEFANO PORCELLI]..... pag. 151

PIERANGELO CATALANO

*Popolo e legioni: tutto e parti di una costituzione popolare (a proposito della convergenza di Romani e Cinesi a Liqian)* ..... » 157

TATIANA ALEXEEVA

*Fondamenti romani (bizantini) dell'Impero russo ed aeternum foedus con l'Impero cinese (1689)*..... » 165

## TRADUZIONI DI OPERE GIURIDICHE IN CINESE

LARA COLANGELO

*L'introduzione del diritto romano in Cina: evoluzione storica e recenti sviluppi relativi alla traduzione e produzione di testi e all'insegnamento* ..... » 175

EMANUELE RAINI

*La traduzione dalle lingue straniere al cinese: l'introduzione dei diritti stranieri* » 211

## AMERICA LATINA

ALDO PETRUCCI

*Le condizioni generali di contratto e l'interpretazione contro l'autore della clausola fra passato e futuro* ..... » 225

IGNAZIO CASTELLUCCI

*Il Giurista, cuore del sistema nella tradizione romanistica latinoamericana ...* » 239

DANILO BORGES DOS SANTOS GOMES DE ARAUJO

*La società di capitali e d'industria come tipo societario autonomo nel sistema giuridico romanistico* ..... » 255

GIOVANNI F. PRIORI POSADA

*Panorama sobre las recientes modificaciones procesales civiles en América Latina: los Códigos de Bolivia y Ecuador*..... » 271

CAMILO ZUFELATO

*Os princípios gerais de direito processual como elo entre o novo código de processo civil brasileiro e os sistemas jurídicos romanista e ibero-americano* ..... » 287

ANDREA TRISCIUOGGIO

*Concesiones de bienes públicos y daños de los terceros: evolución histórica de la cláusula 'sine iniuria privatorum'* ..... » 287

## CONGRESSI LATINOAMERICANI DI DIRITTO ROMANO

Congresos latinoamericanos de derecho romano <i>tra due secoli: Panama 2000</i> [PIERANGELO CATALANO - ANTONIO SACCOCCIO] .....	pag.	319
<i>XII Congreso latinoamericano di diritto romano (dal Programa oficial)</i> [LAVINIA ROSA] .....	»	323
<i>Palabras de bienvenida de su Excelencia Mirtza Angélica Franceschi de Aguilera, Magistrada Presidenta de la Corte Suprema de Justicia</i> [MIRTZA ANGÉLICA FRANCESCHI DE AGUILERA] .....	»	329
PIERANGELO CATALANO, <i>Panama 2000 - XII Congreso Latinoamericano de derecho romano: 'el derecho romano como base de la legislación universal'...</i> .....	»	331
<i>Cronaca del XVIII Congreso Latinoamericano de derecho romano</i> [ANTONIO SACCOCCIO] .....	»	343
PIERANGELO CATALANO, <i>Panama 2013. Congreso Latinoamericano de derecho romano</i> .....	»	349

## GIURISPRUDENZA COMMENTATA

<i>Il problema della 'personalità' degli animali: l'esempio dell'orango Sandra</i> [PIETRO PAOLO ONIDA] .....	»	355
---	---	-----

## PAGINE SCELTE

<i>Pautas para interpretar el nuevo Código civil y comercial argentino</i> [AÍDA KEMELMAJER DE CARLUCCI] .....	»	367
<i>Nuevo Código civil y comercial de la Nación. Título Preliminar</i> .....	»	379

## DOCUMENTI

<i>Tavola di corrispondenza tra il nuovo Codice civile e commerciale argentino e le sue fonti italiane immediate e mediate</i> [DAVID F. ESBORRAZ] .....	»	397
--	---	-----

## INFORMAZIONI BIBLIOGRAFICHE

<i>Rec. a A. CALORE e A. SACCOCCIO (a cura di), Principi generali del diritto. Un ponte giuridico tra Italia e Argentina</i> [PIETRO PAOLO ONIDA] .....	pag.	421
---	------	-----



<i>Rec. a</i> É. CORTÉS MONCAYO, D.F. ESBORRAZ, R. MORALES HERVÍAS, S. PINTO OLIVEROS, G. PRIORI POSADA (a cura di), <i>Sistema jurídico romanista y subsistema jurídico latinoamericano. Liber discipulorum para el profesor Sandro Schipani</i> [CATALINA SALGADO RAMÍREZ].....	»	431
---	---	-----

## NOTIZIE

<i>Diritto romano e Cina: 25 anni di dialogo</i> [ALESSANDRO CASSARINO] .....	»	451
<i>Presentación de la traducción al castellano del libro del Profesor Filippo Gallo, Celso y Kelsen. Para la refundación de la ciencia jurídica</i> [MANUEL GRASSO] .....	»	453
<i>Congresso internazionale: «Nuovo codice civile argentino e il Sistema giuridico latinoamericano»</i> [D.F.E.] .....	»	454
<i>Moot Court Competition</i> [STEFANO LIVA] .....	»	457
<i>International Summer School - Comparing Italian and Chinese Legal Experiences: between Tradition and Innovation</i> [A.S.].....	»	457
<i>Collaboratori di questo volume</i> .....	»	459

# GARANTÍAS PERSONALES Y OBLIGACIÓN\*

RICCARDO CARDILLI

RESUMEN: El derecho romano ha asignado al concepto de obligación la capacidad de desempeñar la función de garantía personal de una deuda, superando el modelo arcaico de los rehenes. La legislación romana ha tratado de modificar la rigidez del régimen del '*oportere ex sponsione*' en función de la garantía personal. Los juristas romanos han modificado este régimen mediante la interpretación de esas leyes, para determinarlo como una obligación subsidiaria a la deuda principal en términos de accesoriedad. La regla más importante parece haber sido la limitación de la *durior condicio*, limitación obligatoria para los juristas romanos, que, en caso de ser violada, habría hecho que la garantía no fuese vinculada ya a la obligación principal y, por tal motivo, inválida.

ABSTRACT: Il diritto romano ha considerato il concetto di obbligazione come capace di adempiere alla funzione di garanzia personale di un debito, superando il modello arcaico degli ostaggi. La legislazione romana ha cercato di modificare la rigidità del regime dell'*oportere ex sponsione*' in funzione della garanzia personale. I giuristi romani hanno modificato questo regime mediante la loro interpretazione delle leggi, per fissarlo come una obbligazione correlata al debito principale in termini di accessorieta'. La regola più importante sembra essere stata la limitazione della *durior condicio*, limitazione obbligatoria per i giuristi romani, che, se violata, avrebbe reso la garanzia non più legata all'obbligazione principale e per questo invalida.

PALABRAS CLAVE: Derecho romano, tradición civilista, derecho de las obligaciones, garantías.

PAROLE CHIAVE: Diritto romano, tradizione civilistica, diritto delle obbligazioni, garanzie.

SUMARIO: 1. Solidaridad y garantía. – 2. La dificultad en el emerger de la función de garantía personal de un débito en la obligación de garantía. – 3. Solidaridad vs. Accesoriedad. – 4. Obligación de garantía y tipicidad: el limite inderogable de la '*durior causa*'. – 5. Conclusión.

\* Una versión de neto corte romanista del presente trabajo fue publicada en *Studi in onore di Corbino*. La traducción al castellano del original en italiano estuvo a cargo de Luis Carlos Sánchez Hernández (Universidad Externado de Colombia).

## 1. *Solidaridad y garantía*

En el derecho romano la garantía por incumplimiento de un débito encontró satisfacción en el esquema jurídico de la “obligación”, adoptando posteriormente la calificación de “garantía personal” de la deuda<sup>1</sup>. Las denominadas garantías personales del débito, desde el derecho romano hasta los códigos civiles modernos, han asumido numerosas formas tipificadas en diversas maneras, y han dado vida a una proliferación negocial ‘atípica’. A simple título ejemplificativo recuerdo, en el derecho romano, la promesa solemne de la *sponsio*, la *fidepromissio*, la *fideiussio*, el mandato de crédito, el *constitutum debiti alieni*, etc.; en el derecho italiano actual, la fianza civil, la fianza *omnibus*, el mandato de crédito, el llamado contrato autónomo de garantía, las garantías bancarias ‘a primer requerimiento’, las pólizas de garantía, etc.; en el derecho chino, por ejemplo, la fianza general y la fianza solidaria como están reguladas en la *Ley sobre garantías* de 1995, arts. 6 ss.

En la tradición romanista, la especificidad de cada una de las particulares disciplinas tipificadas, sean codificadas o surgidas en la praxis bancaria, nunca ha puesto en discusión el uso de la estructura de la obligación como efecto unitario de dichos negocios, considerándolo el esquema idóneo para representar el mínimo común denominador conceptual y para satisfacer adecuadamente la función de garantía del débito ajeno que persiguen estos negocios; colocándose como una vía alternativa a las garantías reales, las cuales satisfacen la función de garantía sometiendo los bienes del deudor a un derecho real limitado en cabeza del acreedor del débito garantizado.

También China parece mirar con favor la elección de valores que en esta materia realiza nuestra tradición jurídica. En la Ley sobre garantías de la República Popular China de 1995, de hecho, el modelo típico de garantía personal que se codificó fue el de la fianza general (保证)<sup>2</sup>, definida en su art. 6 como el «Negocio [行为]<sup>3</sup> mediante el cual el fiador y el acreedor acuerdan que el fiador, sobre la base de lo convenido, se obligue a cumplir un débito ajeno o a asumir una responsabilidad ajena, en el caso de que el deudor no cumpla la obligación propia»<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Para una primera referencia bibliográfica, E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907; ID., *Nachträgliches zu den Anfängen der römischen Bürgschaft*, en ZSS, 28, 1907, 398 ss.; ID., *Principal and Surety in Classical Roman Law*, en BIDR, 1948, 207 ss. = *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz, 1963, 287 ss.; L. MITTEIS, *Über die Herkunft der ‘stipulatio’*, en *Festschrift Bekker*, 1907, 107 ss.; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftstipulationen*, Weimar, 1932; ID., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn, 1990, 29 ss.; G. SEGRÈ, *In materia di garanzia personali*, en BIDR, 47, 1934, 497 ss.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell’obbligazione*, Roma, 1940; G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino, 1966<sup>3</sup>, 179 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, Padova, 1962; M. TALAMANCA, *Alia causa e durior condicio come limite dell’obbligazione dell’adpromissor*, en *Studi in onore di G. Grosso*, 3, 1968, 117 ss.; ID., voz *Fideiussione (parte storica)*, en *Enc. del Diritto*, XVII, 326 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Oxford, 1992, 114 ss.; F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet*, Milano, 1999, 11 ss.; V. MANNINO, *Questioni di diritto*, Milano, 2007, 111 ss.; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen*, München, 2009, 92 ss.; L. PARENTI, *In solidum obligari*, Napoli, 2012, 165 ss.

<sup>2</sup> *Baozheng*.

<sup>3</sup> *Xingwei*.

<sup>4</sup> Trad. libre de la versión en italiano en *Leggi tradotte della Repubblica Popolare cinese*, II, trad. di L. FORMICHELLA, A. PETRUCCI, G. TERRACINA, M. TIMOTEO, E. TOTI, Torino, 2003.

Como es sabido, la fianza romana reemplazó la originaria diversidad de esquemas, asumiendo el rol de esquema-modelo de las garantías personales del débito, contrato que se caracterizaba por su forma verbal y cuyo origen se encontraba en las más antiguas *sponsio* y *fidepromissio*<sup>5</sup>.

A diferencia de lo que sucede en el ámbito de las obligaciones solidarias, las obligaciones que surgen en el derecho romano del contrato verbal de la *fideiussio* asumen características peculiares respecto a una obligación normal, distinguiéndose de ella por el vínculo de accesoriedad de esta obligación respecto al débito principal garantizado.

Esto no es una cuestión baladí, pues una de las características que distingue el modelo romanístico de contrato del angloamericano (y también el de los sucesivos desarrollos de la tradición romanística hasta las codificaciones modernas) es precisamente el particular efecto jurídico que produce el contrato romano, es decir, la obligación<sup>6</sup>. En este sentido, si bien en el derecho romano la función de garantía perseguida mediante el uso del esquema de la obligación requería como condición indefectible la conclusión de un contrato típico *verbis* (*sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*), el particular régimen de la obligación de garantía tuvo desde el inicio sus peculiaridades. De un lado, la obligación de garantía era más adecuada que el esquema de la obligación solidaria, satisfaciendo de mejor manera el interés que el fiador tenía en comprometerse con la sola finalidad de garantizar la obligación principal; de otro lado, se demostraba adecuada a satisfacer la expectativa que el acreedor tenía en el cumplimiento de la obligación principal. En sustancia, era una solución jurídica acorde a las exigencias que debía satisfacer en las relaciones de asunción de deudas.

Lo anterior produjo con el paso del tiempo, desde el derecho romano hasta los códigos civiles, una ruptura entre el acto típico que el derecho romano elaboró para este fin y el efecto jurídico del mismo, convirtiéndose la obligación de garantía, con prescindencia de su fuente (sea un contrato, una promesa unilateral o una ley), en el paradigma concreto de las garantías personales del débito.

En el derecho italiano actual, la riqueza de fuentes negociales presentes en el régimen normativo existente (Código civil y leyes especiales) o introducidas por la praxis negocial bancaria, encuentra como único común denominador la denominada “obligación que nace de la fianza”, la cual tendría el mismo contenido que la obligación solidaria pero conservando como nota esencial el carácter de obligación accesoria al débito garantizado<sup>7</sup>.

Esta particular manera de ser de la obligación de garantía atrajo el interés de los juristas romanos, quienes decidieron cualificar su naturaleza, en clave de analogía, como ‘acce-

<sup>5</sup> Para un cuadro general del tema cfr. M. TALAMANCA, voz *Fideiussione (parte storica)* cit., 326 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 114 ss.; V. MANNINO, *Questioni* cit., 111 ss.

<sup>6</sup> Para un análisis más profundo de la cuestión, me permito remitir a mi escrito *Considerazioni ‘storico-dogmatiche’ sul legame tra contratto e obbligazione*, en *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli, 2006, 1 ss.

<sup>7</sup> Esto resulta particularmente evidente en la elaboración del *genus* de la “obligación que nace de la fianza” como sinónimo de obligación de garantía; sobre el derecho italiano cfr. P. TARTAGLIA, *I negozi atipici di garanzia personale*, Milano, 1999, 17 ss.

sión' de una cosa a otra principal (Gai. 3,126: *Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re*<sup>8</sup>).

En Italia, el jurista Santoro-Passarelli, en sus *Dottrine generali del diritto civile*, prefirió expresar dicha accesoriedad, mediante su asimilación al fenómeno de la pertenencia a la cosa principal<sup>9</sup>.

El problema del régimen típico de la obligación de garantía es históricamente complejo. En el derecho romano, con la Novela 4 del 535 d.C. (§1: *Si quis igitur crediderit et fideiussorem ... acceperit, is non primum mox adversus ... fideiussorem... accedat, ... sed veniat primum ad eum qui aurum accepit debitumque contraxit*<sup>10</sup>), el emperador Justiniano estableció la previa excusión del deudor principal (*beneficium excussionis*)<sup>11</sup>. Esta prioridad, según la cual se debe primero ejecutar al deudor principal y luego, si no se satisfizo la totalidad del crédito, se puede accionar contra el garante, no fue acogida en muchos ordenamientos del sistema jurídico romanista (incluido el derecho italiano actual), en los cuales se extendió a la fianza 'civil' los efectos naturales de la solidaridad pasiva, lo cual evidencia una mayor severidad del régimen jurídico de la fianza en favor del interés del acreedor. El enervamiento de la ejecución previa del deudor principal, lleva a que el *beneficium excussionis*, deje de ser un elemento natural para ser un elemento accidental del contrato de garantía personal, convirtiéndose en una característica del contenido típico del contrato con menor resistencia en el tiempo.

En Italia la transformación histórica es evidente, basta confrontar el art. 1907 del Código civil del Reino de Italia de 1865 («Il fideiussore non è tenuto a pagare il creditore se non in mancanza del debitore principale, il quale deve preventivamente essere escusso, eccetto che il fideiussore abbia rinunciato al beneficio dell'escussione o sia obbligato in solido col debitore: in questo caso l'effetto della sua obbligazione si regola cogli stessi principii stabiliti riguardo ai debiti in solido») con el art. 1944 del Código civil italiano de 1942 («Il fideiussore è obbligato in solido col debitore principale al pagamento del debito. Le parti però possono convenire che il fideiussore non sia tenuto a pagare prima dell'escussione del debitore principale. In tal caso il fideiussore, che sia convenuto dal creditore e intenda valersi del

<sup>8</sup> Trad. cast.: «Pues como la del coestipulante, la obligación de éstos es también accesorio de la obligación principal, y en lo accesorio no se puede contener más que en la cosa principal».

<sup>9</sup> F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1986 (rist. 9ª ed.), 83: «La nota comune dell'accessorietà, nella varietà di atteggiamenti della stessa nelle singole ipotesi, è che un rapporto è subordinato ad un altro rapporto e, nei limiti della subordinazione, ne segue le sorti, mentre quelle del rapporto principale sono indipendenti dalle sorti del rapporto accesorio, il quale però, come rapporto distinto, per quanto subordinato, è suscettibile di vicende proprie, atte ad influire sul nesso di accessorietà. Si produce per i rapporti giuridici una situazione analoga a quella che si verifica per il vincolo fra cosa principale e pertinenza».

<sup>10</sup> Trad. cast.: «Así pues si alguno hubiere dado a crédito, y hubiere recibido fiador ... y no se dirija él primeramente contra ... el fiador... ni prescindiendo del deudor sea molesto para los fiadores, sino dirijase primero contra el que recibió el dinero y contrajo la deuda».

<sup>11</sup> Sobre el *beneficium excussionis* cfr. con discusión de la bibliografía sobre el tema F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet* cit., 93 ss. Debe resaltarse que el *beneficium* parece insertarse en un más amplio movimiento de política del derecho en favor de los garantes, no introduciendo una nueva regla, sino una excepción a la regla de la solidaridad entre el garante y el deudor principal.

beneficio dell'escussione, deve indicare i beni del debitore principale da sottoporre ad esecuzione. Salvo patto contrario il fideiussore è tenuto ad anticipare le spese necessarie»).

También en China, la *Ley sobre garantías* distingue entre fianza general (art. 17, en el cual se estableció una forma atemperada de *beneficium excussionis*) y la fianza solidaria (art. 18 sin tal *beneficium*). Sin embargo, el modelo típico general en realidad no es el de la fianza general, sino el de la fianza solidaria, según lo establecido en el art. 19 de dicha ley («El fiador es responsable solidariamente siempre que las partes no hayan convenido el tipo de fianza o no lo hayan hecho en manera clara»)<sup>12</sup>.

## 2. La dificultad en el emerger de la función de garantía personal de un débito en la obligación de garantía

Para los juristas acostumbrados a razonar con las categorías de los códigos civiles de tradición romanista, es un dato indiscutible de la realidad jurídica que la función de garantía personal de un débito debe encontrar satisfacción dentro de la estructura de la obligación. A diferencia de las garantías reales del débito, las garantías personales deben adoptar la forma de una obligación. Este resultado dogmático, codificado en los ordenamientos de base romanística, en realidad no es la única solución que existía en el derecho romano, sin embargo, es una conquista del derecho romano, pues con fatiga, la particular función de garantía personal de un débito encontró una adecuada expresión en la forma de la obligación accesoria y – a partir de un cierto momento – subsidiaria al débito garantizado.

En efecto, en origen la garantía personal no asumía la forma de la obligación de garantía sino directamente la de garante personal por un hecho objetivo bajo el aspecto de un rehén. *Vades y praedes* eran inicialmente rehenes de la persona que esperaba un cierto resultado del comportamiento de otro sujeto, el cual, a su vez, no estaba necesariamente obligado. Según una parte de la doctrina, esta solución estaría fuertemente condicionada por la posición de soberanía y autonomía del *pater familias* romano, a quien solo podía exigirse indirectamente el cumplimiento de una determinada prestación, y esta 'autonomía' habría impuesto la necesidad de un mecanismo de coacción psicológica indirecta mediante el rígido esquema de los rehenes<sup>13</sup>. Así, el problema se entrelaza con el problema mucho más complejo del origen de la obligación.

El encuentro entre la garantía personal y el esquema de la obligación se debe al uso arcaico de la *sponsio* (promesa solemne de dar una suma cierta) en función de garantía de una deuda ajena. A este fin el contrato verbal de la *sponsio* era particularmente adecuado, pues tendía a vincular al promitente por un resultado objetivo incluso en el caso de un com-

<sup>12</sup> Para una primera referencia acerca de la Ley china sobre garantías cfr. A. PETRUCCI, *La legge sulla garanzia delle obbligazioni della Repubblica Popolare Cinese*, en *Diritto del commercio internazionale*, 10-4, 1996, 873 ss.

<sup>13</sup> Sobre el particular cfr. M. TALAMANCA, voz *Fideiussione* cit., 322-326; V. MANNINO, *Questioni* cit., 115 ss.

portamiento propio, lo cual facilitaba su extensión a las exigencias de garantizar un débito ajeno<sup>14</sup>.

Veamos las etapas más significativas de la adaptación de la disciplina jurídica para dar relevancia a la particular función de garantía que la obligación civil, nacida de la *sponsio* (*oportere ex sponsione*), en estos casos tendía a satisfacer:

Gai. 4,22: *Postea quaedam leges ex aliis quibusdam causis pro iudicato manus iniectio in quosdam dederunt: sicut lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo depensum esset, non solvisset sponsori pecuniam; item lex Furia de sponsu adversus eum, qui a sponsore plus quam virilem partem exegisset; et denique complures aliae leges in multis causis tale actionem dederunt*<sup>15</sup>.

Si por un lado las XII Tablas demuestran un protagonismo de la *manus iniectio iudicati* (poder de agredir a la persona condenada en juicio), como un procedimiento de agresión ritual contra el *pater familias* y con base en la ley pública, por otro lado, el largo *excursus* de Gayo en 4,22-25 nos da noticia de una extensión de dicho modelo de poder de agresión, a otras situaciones y sujetos que por definición no habían sufrido una condena judicial<sup>16</sup>. Esta extensión fue realizada mediante leyes públicas, coherente con el significado que las *legis actiones* habían adquirido, como acciones fundadas en leyes públicas, sucesivo a aquel más antiguo (antes de las XII Tablas) de acciones rituales mediante palabras y gestos solemnes<sup>17</sup>. El fundamento jurídico unitario (*iudicatum*) de la *manus iniectio* decenviral es un dato presupuesto en las hipótesis post-decenvirales, en las cuales la posición jurídica de la persona condenada en juicio (*iudicatus*) es solo evocada, para excluir su presencia en concreto, dada la ausencia en ellas de una condena judicial.

Estas leyes públicas que introducen una *manus iniectio pro iudicato*, por una parte amplían el título jurídico del poder de agresión sobre una persona, a situaciones que por definición no están fundadas en una condena judicial; y por la otra, modifican el régimen al introducir términos de cumplimiento más largos, pues ya no son los 30 días (*dies iusti*) de

<sup>14</sup> M. TALAMANCA, voz *Fideiussione* cit., 326-329. Dicha particularidad del régimen de la *sponsio* condujo a L. MITTEIS, *Über die Herkunft der Stipulation* cit., 107 ss., en particular 109 ss., a considerar que también la *sponsio* era en origen una forma de heterogarantía y, solo en un segundo momento, un negocio de autogarantía. Esta hipótesis, sin embargo, esta fundada sobre bases textuales que pueden ser interpretadas también en una manera que permite concluir que el desarrollo fue a la inversa. Cfr. E. LEVY, *Nachträgliches zu den Anfängen der römischen Bürgerschaft* cit., 398 ss.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 16 ss.

<sup>15</sup> Trad. cast.: «Sucesivamente, algunas leyes concedieron para otras causas este procedimiento de ejecución personal contra particulares, como si se hiciera en virtud de una sentencia; así la ley Publilia, en favor del *sponsor* que ha pagado por el deudor garantizado, en el caso que éste no reintegrase al *sponsor* en los seis meses siguientes la cantidad que en su lugar había abonado al acreedor. Asimismo, la ley Furia, reguladora de las fianzas, contra el que hubiera hecho pagar a un *sponsor* en mayor proporción que le correspondía. Para concluir, otras muchas leyes otorgaron tal tipo de acción en numerosos casos».

<sup>16</sup> Sobre las cuestiones que este texto de Gayo pone en relieve, para una discusión más amplia, que tiene en cuenta también una amplia bibliografía en la materia, me permito reenviar a Damnatio *e oportere nell'obbligazione*, Napoli, 2016, 162 ss.

<sup>17</sup> Sobre este problema cfr. C. CASCIONE, '*Lege agere*' e '*poena capitis*': *qualche spunto ricostruttivo*, en '*Turis vincula*'. *Studi Talamanca*, 1, 511 ss.

las XII Tablas en los cuales la persona condenada podía pagar la suma de la condena para evitar la ejecución personal.

Gayo recuerda como primera hipótesis de *manus iniectio pro iudicato* la introducida por la Ley Publilia, la cual estableció una *legis actio per manus iniectioem pro iudicato* a favor del garante (*sponsor* que asumía una verdadera obligación solidaria con el deudor principal) que hubiera pagado el débito al acreedor, y contra el deudor principal, cuando éste no le hubiera restituido la suma pagada en los siguientes seis meses (*lex Publilia in eum, pro quo sponsor dependisset, si in sex mensibus proximis, quam pro eo dependsum esset, non solvisset sponsori pecuniam*).

La particularidad de este régimen se encuentra en la imposibilidad del ejecutado de promover un juicio declarativo (*manum sibi depellere*), ampliándose, en cambio, el riguroso régimen del poder de agresión contra el condenado en juicio (*manus iniectio iudicati*), pero reconociendo un término de cumplimiento más amplio respecto de los 30 días ‘justos’ (*dies iusti*) previstos en las XII Tablas.

Esta hipótesis es particularmente sugestiva para el tema que aquí se examina, pues evoca el originario régimen de la solidaridad pasiva concretada a través de la *sponsio*, la cual no lograba (a diferencia de la más reciente *fideiussio*) dar relevancia, a nivel negocial, a la accesoriidad de la garantía personal respecto del débito principal<sup>18</sup>. En realidad los dos *sponsores*, el ‘principal’ y el ‘garante’, estaban vinculados por una obligación civil de dar una suma cierta (*dari oportere*) respecto del acreedor estipulante. El vínculo entre las dos obligaciones civiles (*oportere*) provenía del haber pronunciado en las palabras solemnes del promitente de la segunda *sponsio* (aquella en garantía del débito principal) la promesa de obligarse a dar la ‘misma’ prestación (*idem dari oportere*). Esta promesa del promitente-garante de pagar la ‘prestación idéntica’ evidenciaba un vínculo funcional entre dos posibles cumplimientos, y producía el efecto excepcional de extinguir la obligación, cuando alguno de los dos pagara, también respecto del otro, sin que ello determine una diferencia estructural o de contenido entre los dos *oportere ex sponsione*, salvo por el hecho de condicionar la *sponsio* en garantía a la conclusión válida de la *sponsio* principal.

La *lex Publilia* constituye el primer momento de la emersión de un régimen jurídico particular conexo a la obligación civil que liga al *sponsor*-garante con el acreedor (obligación que tiene por objeto la misma prestación de aquella del promitente principal). La relevancia de la particular posición jurídica del *sponsor*-garante resulta evidente, si se tiene en cuenta que, por una parte, tiene la capacidad de extinguir también la obligación para el deudor principal, y por otra, que no tiene instrumentos jurídicos de regreso respecto de él, dada la rigidez de la obligación civil nacida de la promesa solemne (*oportere ex sponsione*) que lo vincula unilateralmente solo con el acreedor.

Así, la *lex Publilia* es en sustancia la consecuencia de una dificultad dogmática que tenían los juristas de la época: aquella de dar relevancia jurídica a la verdadera naturaleza de la segunda promesa solemne en función de garantía de la obligación principal. La solución que se encontró para darle el ropaje de relación jurídica accionable (y no meramente con-

<sup>18</sup> Sobre este punto me permito remitir a aquello que tuve modo de analizar en ‘*Idem dari oportere*’ e ‘*in solidum teneri*’, en esta revista 28/2009, 88 ss. Sobre el tema de las obligaciones solidarias ver el análisis de L. PARENTI, ‘*In solidum obligari*’ cit., 166 ss.



finado a relaciones de amistad o parentesco entre el garante y el deudor principal), cuando el deudor principal no restituya el débito pagado por el garante en los 6 meses siguientes al pago, fue la de vincular el deudor principal directamente (es decir sin necesidad de una previa condena judicial) a un poder de agresión personal (*manus iniectio*), como si hubiere habido realmente una condena en esos términos a favor del garante.

El modelo de la persona condenada en juicio (*iudicatus*), que fue asumido como parámetro de referencia – aun en ausencia de una condena – en la hipótesis regulada por la *lex Publilia*, expresa una particular posición de tensión por la amenaza de una inminente agresión personal contra el sujeto condenado, tensión que no se concreta en los 30 días ‘justos’ de las XII Tablas, en los cuales se debe respetar el juicio y pagar para evitar la definitiva ejecución personal, sino que se amplía a 180 días.

La distancia entre este esquema jurídico (*manus iniectio pro iudicato*) y el de la obligación es neto. En efecto, en el *oportere ex sponsione* la responsabilidad a la cual se expone el deudor se concreta en una *actio in personam* en forma de *iudicis postulatio*, al final de la cual el promitente podría ser condenado y sucesivamente ejercer contra él el procedimiento ejecutivo de la *manus iniectio iudicati*. En cambio, es evidente que la posición jurídica de la persona condenada (*iudicatus*) expresa una excepcional tensión respecto de la responsabilidad personal, proyectándose en tiempos más reducidos; por otra parte, el débito no es el convenido por las partes, sino aquel establecido en la sentencia de condena del proceso declarativo<sup>19</sup>.

En consecuencia, la *lex Publilia* representa un momento histórico en el cual se verifican las dificultades estructurales de la obligación civil nacida de una promesa solemne, respecto a su adecuación a la función de garantía de la segunda promesa solemne. Antes que nada cabe señalar que la misma es una ley pública, que interviene en el ámbito del normal desenvolvimiento del *ius civile* arcaico (guidado por la *interpretatio pontificum* de los *mores* y por el rol central de la ley de las XII Tablas)<sup>20</sup>. Su emanación expresa la dificultad de los juristas-sacerdotes de la época de lograr un resultado análogo por vía interpretativa. De hecho, vincular a alguien como garante solo era posible, por un lado, a través de la figura del rehén (*vades, praedes, vindices*), para el cual – por decirlo de alguna manera – el cumplimiento de la prestación principal actúa más como precio de rescate del rehén que como cumplimiento de un deber; por otro lado, a través del esquema más refinado de la promesa solemne (*sponsio*), con el cual es posible colocar junto al ‘deudor’ principal un garante (sin una inmediata responsabilidad).

La garantía potencial expresada a través de la obligación civil (*oportere ex sponsione*) habría satisfecho adecuadamente al acreedor respecto a la seguridad del cumplimiento, sin necesidad de vincular inmediatamente al ‘garante’ tomándolo como rehén. Sin embargo, el esquema, por su típica estructura tradicional, no logra dar una importancia adecuada a la

<sup>19</sup> Sobre estos problemas, me permito remitir a lo que tuve oportunidad de precisar en ‘*Damnus esto*’ e ‘*manus iniectio*’ cit., 116 ss., y a la bibliografía que allí se señala.

<sup>20</sup> Fundamental para una revisión conceptual del modelo actual de la relación entre derecho (positivo) e interpretación (externa a la producción del derecho), con el fin de comprender la compenetración entre *ius* e *interpretatio* en la producción del derecho romano, cfr. F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, 9 ss.

función de garantía con carácter accesorio<sup>21</sup>. A diferencia de la *fideiussio* romana que emergerá durante la era cristiana, en la cual la tipicidad causal está dada precisamente por la naturaleza accesoria de la garantía, haciendo de ella un elemento estructural y condicionando la validez de la fianza a la validez y eficacia del débito principal, en la obligación civil *ex sponsione* la promesa del *sponsor*-garante está ligada a la del *sponsor*-deudor principal mediante el *idem* (*idem dari spondes? spondeo*), sin que por ello se produzca una relación de accesoriidad entre los dos *oportere*. La elaboración por parte de los pontífices de una *conceptio verborum* para la *sponsio* en garantía basada en el *idem*, sirve exclusivamente a evitar la formación de dos obligaciones autónomas e independientes, objeto de autónomas pretensiones del acreedor<sup>22</sup>.

La ley Publilia rompe por primera vez con la satisfacción exclusiva del acreedor en términos de solidaridad entre el deudor principal y el garante (los juristas romanos describían la estructura en términos de *in solidum* entre los dos promitentes). Se trataba de dos *oportere ex sponsione* puestos uno junto al otro, con la misma prestación, ambos hacia el mismo 'acreedor', ligados únicamente mediante el vínculo funcional producido por el *idem dari* de la segunda promesa. Lo anterior parece producir dos consecuencias: la primera, quien cumpla primero extingue también la obligación del otro; la segunda, en este contexto aún más importante, el nacimiento de una forma de solidaridad de naturaleza accesoria (a diferencia de la "correalidad" que imponía la *unitas actus*), cuya característica era aquella de condicionar la validez y eficacia de la estipulación de garantía, no ya a la existencia de la obligación principal, sino a la existencia de la estipulación principal, sin perjuicio de que efectivamente nazca una obligación a cargo del *sponsor* principal<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Sobre la importancia del arquetipo del *oportere ex sponsione* para la historia de la obligación, remito a mi análisis en *Archetipi dell'oportere nell'oportere ex sponsione*, en AA.VV., '*Obligatio*'-obbligazione. *Un confronto interdisciplinare*, bajo el cuidado de L. CAPOGROSSI COLOGNESI y M.F. CURSI, Napoli, 2011, 1 ss. y, ahora, *Damnatio e oportere* cit., 61-81.

<sup>22</sup> Este punto fue destacado especialmente por E. LEVY, *Sponsio* cit., 30: «durch das Wörtchen 'idem' (seltener 'id') haben die Römer mit einem Schlage sowohl die vielfältigen und die Teilhaftung ausgeschlossen wie auch auch den notwendigen Zusammenhang mit die anderen Stipulation hergestellt». Sobre la importancia del *idem*, cfr. A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen* cit., 73-75.

<sup>23</sup> Esta es la tesis de W. Flume expresada en su disertación sobre *Studien zur Azessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar, 1932, 5 ss., quien resalta la *dissimilis condicio* entre *sponsor-fidepromissor* de un lado y *fideiussor* del otro, con base en lo afirmado en Gai. 3,119 *nam illi* [scil. *sponsor* e *fidepromissor*] *quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus*. La tesis fue retomada por el mismo autor en *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn, 1990, 29 ss., «Die Sponsions- und Fidepromissionsbürgschaft ist bezogen auf die Hauptstipulation als Rechtsakt im Gegensatz zu der fideiussio, die auf die materielle Hauptverbindlichkeit bezogen ist. Dies ist die eindeutige Aussage von § 119 und § 119a, daß die Hauptstipulation die Grundlage der Sponsions- und Fidepromissionsbürgschaft ist, quamvis ipse qui promiserit non fuerit obligatus, während nach § 199a Grundlage der fideiussio die civilis oder naturalis obligatio des Hauptschuldners ist» (33); «Für die Sponsions- und Fidepromissionsbürgschaft kommt es nur darauf an, daß der Inhalt der Verpflichtung durch die Hauptstipulation bestimmt wird. Dafür ist jedoch notwendig, daß die Hauptstipulation als stipulatio gegeben ist, kommt es aber nicht darauf an, ob der Promittent der Hauptstipulation aus dieser verpflichtet ist ...» (31). De otro lado, esta tesis ha encontrado resistencia en G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 512 ss. quien acentúa el contraste entre el *interdum* de Gai. 3,119 y Gai. 3,126 relativo a la prohibición de un *plus debere* para todos los tipos de *adpromissio* (*sponsio*, *fidepromissio*, *fideiussio*) respecto de la obligación principal. Al respecto, es oportuno destacar lo afirma-

Esta rígida estructura de la ‘solidaridad’ accesoria, determina claramente un problema, no tanto en las relaciones con el acreedor pues en todo caso él será satisfecho, sino en las relaciones entre el promitente principal y el *sponsor*-garante. El segundo *sponsor* que interviene para reforzar la garantía que tiene el acreedor respecto del deudor principal, una vez pagado el débito, se encuentra sin instrumentos de regreso contra el primer *sponsor*, respecto del cual no puede repetir pues no le hizo a él una *datio* de la suma debida, ni está vinculado a él mediante un *oportere ex sponsione*.

En consecuencia se presenta un problema jurídico y social que no encuentra una solución a través de los normales esquemas jurídicos existentes en el *ius* de los siglos IV-III a.C., y los pontífices, particularmente, se encontraban frente al problema de darle cuerpo a la verdadera causa de la promesa solemne, la de garantizar el débito principal, creando un derecho de regreso contra el deudor principal para recuperar la suma pagada por el garante. Dado que entre los dos promitentes, el deudor principal y el garante, no hay ninguna ‘relación jurídica’ reconocida por el *ius civile*, ni la misma se puede deducir por vía de la *interpretatio*, se recurrió a una ley pública.

Tiene un gran significado que la *lex Publilia de sponsu* esté dirigida a dar relevancia jurídica a la relación entre los dos *sponsores*, a pesar de no reconocer entre ellos una obligación civil fundada en la ley<sup>24</sup> – a diferencia de la expansión de la obligación que surge de la fianza *ex lege* en el derecho moderno –, sino que prefirió expandir el modelo de la directa ejecución mediante la *manus iniectio* en la forma de ‘*pro iudicato*’.

Desde el punto de vista de este trabajo, considero que se deba evidenciar que el primer resultado de importancia que emerge, es el hecho de que la función de garantía perso-

do por M. TALAMANCA, *Alia causa* e ‘*durior condicio*’ cit., 136 s.: «È noto che non costituisce *durior condicio* l’assunzione di un’obbligazione civile (e quindi azionabile) di garanzia nei confronti di un’obbligazione principale che sia soltanto naturale e quindi sprovvista di azione. È stato osservato trattarsi di un’apparente anomalia, ma è evidente che questa constatazione serve a ben poco. A me sembra che anche ciò sia indicativo nel senso sopra accennato: la *sponsio* e la *fidepromissio* erano efficaci a prescindere dall’efficacia della stipulazione principale cui accedevano: il problema per esse non si poneva neppure. Onde la problematica riguardo al *plus* o *minus debere*, ove sorta in ordine alle due più antiche forme di *adpromissio*, non poteva in alcun prender in considerazione quella non *durior* direi, ma *durissima condicio* del garante che fosse obbligato quando il debitore principale non lo fosse, o lo fosse senza poter essere convenuto in giudizio. Quando s’introdusse la *fideiussio*, e con questa la rilevanza dell’esistenza di un’*obligatio* principale, ancorché *naturalis*, la precedente impostazione in tema di *plus* o *minus debere*, derivante dalle caratteristiche della *sponsio* e della *fidepromissio*, non viene mutata, ond’è che si arriva alla situazione, apparentemente anomala, ma spiegabilissima dal punto di vista storico, di un *fideiussor* che non può obbligarsi per un sesterzio in più del debitore principale, altrimenti incorrerebbe in un *plus debere* con la conseguenza della nullità totale dell’*adpromissio*, ma ben può obbligarsi, civilmente e con piena responsabilità, nel caso il debitore principale sia obbligato *naturatiler tantum*».

<sup>24</sup> Se podría especular acerca de las razones que impidieron a la *interpretatio pontificum* introducir un *oportere* a título de regreso entre co-*sponsores*. Los pontífices se encontraban, a mi manera de ver, confinados dentro de la poderosa jaula estructural de los principios fundamentales de los *mores* del *ius civile*, entre los cuales además de la *potestas* del *pater familias*, se encuentra como esquema alternativo fundamental el *oportere ex sponsione*. La ausencia de una *sponsio* entre los *duo rei promittendi* impide, no solo que la función de tutela de ella encuentre tutela, sino también que los pontífices no logren expandir el modelo del *oportere ex sponsione* basándose en una ley pública, pues es un esquema jurídico fundamental e inderogable del *ius civile*. Por lo tanto, en el IV seculo a.C. los pontífices no creían poder expandir el modelo del *oportere* basándose en una ley, sin embargo optaron por crear una nueva *causa* de *manus iniectio*.

nal de un débito no haya encontrado originariamente una satisfacción adecuada en las relaciones entre el deudor principal y el garante en los términos del régimen propio del esquema utilizado para la obligación, sino que haya tomado el camino más arduo de la expansión del modelo de ejecución personal extrajudicial del deudor principal reconocida en favor del garante.

Sobre la emersión de la particular causa de la *sponsio* de garantía, Gai. 4,22 recuerda otra ley pública (La ley Furia *de sponsu*), a través de la cual se introdujo una forma embrionaria de *beneficium divisionis* entre co-garantes, reconociendo a cada uno una *manus iniectio* extrajudicial (*pro iudicato*) contra el acreedor, cuando él hubiera exigido a un garante el cumplimiento de una cuota del débito superior a aquella que le correspondía dividiendo la entidad global del débito entre el número de co-garantes (*pars virilis*). También en este caso el problema está condicionado por el contexto histórico-jurídico que impedía que negocialmente emergiera, en el ámbito de una obligación de garantía, una prestación divisible en cabeza de cada co-garante, respecto de la entidad unitaria de la prestación principal.

La ley Furia representa nuevamente el síntoma de la necesidad de hacer emerger la función de garantía dentro de la rígida estructura de la promesa solemne (*sponsio*), tanto es así que se estableció mediante una ley una *manus iniectio pro iudicato* contra el acreedor de un débito garantizado por varios garantes, cuando cobrara la suma entera a uno de ellos, más no la cuota viril correspondiente. Esto demuestra, a mi modo de ver, dos cosas: 1) que aun en la época de la *lex Furia* y también – como se verá a continuación – de la *lex Appuleia*, anterior a aquella, las antiguas formas de *adpromissio*, es decir la *sponsio* y la *fidepromissio*, no habrían logrado en vía cautelar realizar una delimitación de la cuota viril modulada sobre la base de nuevas *conceptiones verborum*; 2) que en todo caso, aunque en abstracto eran imaginables según las técnicas cautelares de la jurisprudencia del siglo III-II a.C., las *conceptiones verborum* encontraban en el modelo cautelar tradicional del *idem dari* una forma de natural resistencia en la praxis favorable a los acreedores<sup>25</sup>, pudiendo el acreedor, en el marco del *agere in personam* ejercido contra uno de los garantes, pretender *iure civili* la totalidad de la suma garantizada. Precisamente esta ‘inequidad’<sup>26</sup> estaba ligada a la estructura rígida de la *adpromissio*, pues la *conceptio verborum* habitual para asumir la *adpromissio*, en las formas más antiguas de la *sponsio* y de la *fidepromissio*, estaba basada en el *idem dari* mas no explícitamente en una *pars* de la prestación garantizada, por lo tanto solo podía surgir *iure civili* una responsabilidad del garante por la entera prestación prometida en la *sponsio* principal.

<sup>25</sup> Esta me parece la razón más coherente que pudo haber inducido a la votación de las leyes públicas en la materia. Sin desconocer que para P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit., I, 14 s. la anomalía de las numerosas leyes en la materia, respecto al normal desenvolvimiento del derecho privado republicano, podría atribuirse a un, justamente denominado, ‘moralismo político-social’, como es el caso de las *leges sumptuariae* y de las *leges fenebres*, lo cual indicaría una especial atención a proteger la condición del deudor, sin embargo, considero que la existencia de estas leyes demuestra sobretodo una dificultad del régimen, la cual está condicionada precisamente por la imposibilidad de conseguir por vía negocial una *divisio pro parte* de la totalidad de la prestación debida por cada uno de los co-garantes. Sobre este punto reenvío al análisis en el § 4.

<sup>26</sup> De «Unbilligkeit» habla puntualmente E. LEVY, *Sponsio* cit., 58. En cambio, sobre los criterios de justicia que orientarían la disciplina de la *lex Appuleia*, cfr. L. PARENTI, ‘*In solidum teneri*’ cit., 193.

Justamente sobre este punto, que colocaba al acreedor en una posición de ventaja y arbitrio, pues podía elegir libremente agredir al garante que quisiera, se trata de introducir mediante una ley una limitación a dicha libre elección y una consecuente igualdad de los garantes en las *partes viriles*. El carácter 'obligatorio' para el acreedor de respetar la división en partes *pro capite* del débito garantizado, era perseguido solo indirectamente *ex lege Furia*, previendo la sujeción del acreedor que haya obtenido la totalidad de la suma a una *manus iniectio pro iudicato* en favor del garante; lo cual revela que la ley no era capaz de producir *ipso iure* la divisibilidad de la prestación de los co-garantes.

La *ratio* político-social que subyace tras la divisibilidad introducida indirectamente *ex lege Furia* es la de favorecer a los garantes mediante una división proporcional de su prestación, con el fin de evitar abusos por parte del acreedor conexos a la rigidez de la *sponsio* en garantía.

En materia de introducción *ex lege* de un régimen particular de la obligación de garantía, antes de la introducción de la fianza (final del siglo I a.C.), es relevante otra noticia reportada por Gayo:

Gai. 3,122: *Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Apuleia quendam societatem introduxit. nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit. quae lex ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur*<sup>27</sup>.

También en este caso, la necesidad de dar relevancia mediante una ley a las relaciones internas entre los co-garantes es una consecuencia de la rigidez originaria del esquema de la obligación de garantía. Respecto a la ley Publilia del siglo IV a.C., resulta relevante que la extensión de la disciplina de la ley Apuleya del siglo III a.C. incluye también la *fidepromissio*, estipulación de garantía no solo utilizable por los ciudadanos romanos como la *sponsio*, sino abierta a todos los hombres, como expresión de aquel derecho romano, el *ius gentium*, fundado en la *fides bona*<sup>28</sup>. De esta evolución queda un rastro en las palabras solemnes pronunciadas por las partes para la conclusión del contrato, en las cuales se sustituyó, en la formulación de la *fidepromissio*, el civilista *idem dari spondes? Spondeo*, por una fórmula en la cual sobresale el rol de la *fides* (*idem dari fidepromittis? fidepromitto*) (Gai. 3,115).

El dato significativo que recuerda Gayo es que fue precisamente la *lex Appuleia* la que rompió el rígido régimen de solidaridad existente entre los *adpromissores* e introdujo acciones que permitirían al garante, que *plus sua portione solverit*, recuperar respecto a los otros co-garantes el exceso pagado (*quae lex [scil. lex Appuleia] ante legem Furiam lata est, quo tempore in solidum obligabantur*).

<sup>27</sup> Trad. cast.: Además, la ley Apuleya introdujo una especie de sociedad entre los *sponsores* y los *fidepromissores*, pues si alguno de ellos pago más de su porción, estableció acciones contra los otros por aquello que dio de más. Esta ley se promulgó antes de la ley Furia, en aquel tiempo en que se obligaban por el total.

<sup>28</sup> Sobre la extensión a la *fidepromissio* en la *lex Appuleia* y sobre la importancia de la mención de la *fides* en su *conceptio verborum* cfr. F. DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., 23 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni* cit., 11 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 120; L. PARENTI, *In solidum teneri* cit., 188-192.

La afirmación resulta significativa y decisiva. Ella indica que aun en la tradición en la cual Gayo operaba, la transformación sustancial del régimen de la obligación de garantía asumida por varios garantes (de la solidaridad a la divisibilidad) era atribuible a la *lex Appuleia*, de pocos años anterior a la *lex Furia de sponsu*.

La manera en la cual esto está relacionado con la disposición no es fácil de comprender. Una parte de la doctrina ha considerado que también en este caso la *quidam societas inter sponsores et fidepromissores* tendría relevancia a través de un régimen sancionatorio *ex post* vinculado a una *manus iniectio pro iudicato* contra los demás co-garantes, en manera similar a la *lex Furia*<sup>29</sup>. Otra parte de la doctrina, en cambio, da relevancia a la omisión de toda referencia a la *lex Appuleia* en Gai. 4,22, y considera que la extensión de la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* en función divisoria habría permitido, como para la *divisio en partes del consortium ercto non cito*, la división en *pars virilis* de la prestación garantizada<sup>30</sup>.

Al respecto debe señalarse que a diferencia del *idem dari* de las antiguas formas de *adpromissio*, la modulación de los *verba* en la *fideiussio* (introducida en Roma a fines del siglo I a.C.), expresa la maduración en la técnica cautelar de los juristas romanos de una diversa capacidad dogmática de vincular la prestación del garante con el contenido de la obligación principal (*idem fide tua esse iubere? fide iubeo*), permitiendo superar el rigidísimo vínculo de la correspondencia entre la naturaleza verbal de la obligación principal y la naturaleza verbal de la obligación de garantía, insuperable en el caso de la *sponsio* y de la *fidepromissio*. Lo anterior permite ampliar la fianza en función de garantía a cualquier tipo de obligación (verbal, literal, real, consensual, pretoria, natural). Esto, en un plano de valoración más refinado, permitió también el cambio de óptica desde la prestación prometida en la estipulación principal – la que aún resuena para la *sponsio* y la *fidepromissio* – al contenido de la obligación principal (Gai. 3,119-119a)<sup>31</sup>.

Finalmente debe mencionarse la *lex Cornelia de sponsu*, de datación incierta, pero en todo caso sucesiva a la *lex Cicereia*<sup>32</sup>, la cual es recordada en:

<sup>29</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con 'demonstratio' e la loro origine*, citado en *Rivista*, Camerino, 1970, 93, nt. 3.

<sup>30</sup> J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *La législation romaine sur le cautionnement*, en *RHD*, 4<sup>ème</sup> S., 39, 1961, 501 ss., en particular, 504; M. TALAMANCA, voz *Fideiussione* cit., 327, nt. 33.

<sup>31</sup> *Nam illi [sponsores y fidepromissores] quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus... Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur.* [Trad. cast.: «Efectivamente, aquellos no tienen entrada a ninguna obligación si ésta no es verbal, aunque a veces el mismo que ha prometido no quedará obligado... El *fideiussor*, por su parte, puede intervenir en todas las obligaciones, es decir, obligaciones que hayan sido contraídas por la cosa, o por las palabras, o por los documentos escritos, o por el consentimiento. E incluso no importa que la obligación a la que se adhiera sea civil o natural»].

<sup>32</sup> Sobre la obligación impuesta por la ley Cicereya (Gai. 3,123) de *praedicere palam et declarare* el número de *adpromissores* que había recibido en garantía de la obligación principal. La falta de *praedictio* legitimaba a los *adpromissores* a *praeiudicium postulare*. Según F. GALLO, voz *Pubblicità (dir. rom.)*, en *E.D.*, XXXVII, 966 ss. en particular 971, «l'esigenza di *praeiudicium postulare* si presentava ogni qual volta non tutti i garanti dichiarati fossero risultati assunti». Sobre este punto cfr. A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen* cit., 118 s.; L. PARENTI, '*In solidum obligari*' cit., 218 ss.

Gai. 3,124: *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est. Qua lege idem pro eodem apud eundem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditae pecuniae quam in XX milia; et quamvis sponsores vel fidepromissores in amplam pecuniam, velut si sestertium C milium <se obligaverint, tamen dumtaxat XX tenentur>*<sup>33</sup>.

Se fija así un límite *ex lege* a la prestación objeto de una obligación de garantía, la que no podrá superar – en un mismo año – veinte mil sestercios<sup>34</sup>. Es fundamental que Gayo precise que tal límite legal se debe respetar aunque el *sponsor*-garante o el *fidepromissor* se hayan obligado por una suma superior. Esto significa que el límite *ex lege* transformaba *ipso iure* en divisible la prestación del garante, aunque se hubiera estipulado por la suma entera. Como ha sido afirmado por la doctrina más autorizada, dicho efecto habría determinado que, a diferencia de la *lex Furia*, «per la *lex Cornelia* il garante risponde, *iure civili*, per una parte dell'obbligazione principale»<sup>35</sup>.

Como se verá en el § 4, este indicio asume gran importancia con relación al problema de la superación, en la praxis negocial, del modelo rígido del *idem dari* en las *conceptiones verborum* de las más antiguas formas de *adpromissio*, a favor de la asunción de una prestación predelimitada a la *pars virilis* en la obligación de garantía, respecto a la entera prestación de la obligación principal.

Con el mismo fin de la *lex Furia*, de convertir la obligación de garantía de los co-fiadores en una obligación *pro quota* respecto al acreedor, fue emitida una *epistula* por el emperador Adriano, dirigida a constreñir al acreedor a reclamar a cada fiador solo la cuota del débito que resulta de la división de la totalidad de la suma garantizada entre el número de fiadores (Gai. 3,121)<sup>36</sup>.

De esta manera, se fijó un principio jurídico en materia de obligaciones de garantía, el cual será luego calificado en la tradición romanística sucesiva como el *beneficium divisionis* entre los co-garantes.

Si se observa la fisonomía del régimen jurídico de la obligación de garantía de un crédito ajeno, que en el derecho romano se diseñó paso a paso, emerge una fuerte dialéctica entre las rígidas consecuencias de la estructura elegida para reglamentar la garantía personal (*oportere ex sponsione*), y la necesidad de modelar específicamente dicha obligación teniendo en cuenta la especial función de garantía para la cual la obligación fue asumida por el garante.

En particular, a la mencionada rigidez puede atribuirse la naturaleza solidaria de la obligación accesoria de garantía y la originaria irrelevancia de las relaciones internas entre los

<sup>33</sup> Trad. cast.: «El beneficio de la ley Cornelia, sin embargo, es común a todos. Por esta ley se prohíbe que una misma persona se obligue en un crédito pecuniario con una suma superior a veinte mil sestercios, por un mismo deudor, frente a un mismo acreedor, en un mismo año; y aunque los *sponsores* o los *fidepromissores* se obligasen en más dinero, como por ejemplo por cien mil sestercios <serán considerados obligados, sin embargo, hasta veinte mil>».

<sup>34</sup> Sobre esta ley y la discusión de la bibliografía precedente, cfr. L. PARENTI, 'In solidum obligari' cit., 235 ss.

<sup>35</sup> M. TALAMANCA, 'Alia causa' e 'durior condicio' cit., 133.

<sup>36</sup> *Item liberum est creditori a quo velit solidum petere. Sed nunc ex epistula divi Hadriani compellitur creditor a singulis qui modo solvendo sint partes petere.* [Trad. cast.: «Y así hay libertad para el acreedor para pedir la suma total a quien quiera. Pero ahora en virtud de una epístola de Adriano, de consagrada memoria, el acreedor esta compelido a pedir por partes a cada uno de los *fideiussores*, a condición que sean solventes»].

co-garantes. Al contrario, en cambio, a la necesidad de adecuar el régimen jurídico de este tipo de obligación a su función de garantía, se pueden mencionar el *beneficium divisionis* en las relaciones entre los co-garantes y el *beneficium excussionis* en la relación entre el deudor y el fiador, instrumentos introducidos por leyes y rescriptos imperiales con el fin de hacer emerger un vínculo accesorio de garantía respecto de la obligación principal.

### 3. Solidaridad vs. Accesoriedad

La relación entre solidaridad y accesoriedad representa en el mediano y largo plazo la fuerza de resistencia de la estructura asumida (*oportere ex sponsione*) como adecuada al fin (garantizar un débito ajeno) y su tipificación como esquema específico de obligación que, a pesar de hacer parte del *genus* 'obligación', tiene especificidades en su régimen.

Es precisamente en la definición de este específico régimen de las obligaciones de garantía, que la jurisprudencia romana de los siglos I d.C. a III d.C. afirmó explícitamente la naturaleza accesorio de la misma.

*In primis*, la obligación de garantía no presupone en las más antiguas formas de *adpromissio* (*sponsio* y *fidepromissio*) la existencia de una obligación principal, sino la celebración de una estipulación principal dirigida a un *certum dari*.

Gai. 3,119 recuerda el caso de la mujer o el pupilo que habían celebrado una *sponsio* sin autorización del tutor, o el caso de quien había prometido dar luego de su muerte<sup>37</sup>, hipótesis en las cuales *ipse qui promiserit non fuerit obligatus*. En manera similar el CcIt/1942 en el art. 1939 establece que «La fideiussione non è valida se non è valida l'obbligazione principale, salvo che sia prestata per un'obbligazione assunta da un incapace».

En cambio, en el caso de la fianza la existencia de la obligación principal es el fundamento de la validez y eficacia de la obligación de garantía, con una amplia gama de hipótesis que incluyen también la obligación natural (Gai 3,119a)<sup>38</sup>.

Con relación a la extinción sobrevenida de la obligación principal y la consecuente extinción de la obligación de garantía, las fuentes recuerdan la imposibilidad sobrevenida de la prestación del débito principal, como causa de extinción de la obligación de garantía contraída mediante fianza, así como el recurso a la *actio de dolo* como remedio destinado a sancionar comportamientos dolosos de los garantes encaminados a producir el perecimiento fortuito.

<sup>37</sup> *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velit si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit.* [Trad. cast.: «Efectivamente, aquellos no tienen entrada a ninguna obligación si ésta no es verbal, aunque a veces el mismo que ha prometido no quedará obligado, como si por ejemplo, una mujer o un pupilo hubieran prometido sin la autorización del tutor o cualquier otra persona promete dar después de su muerte»].

<sup>38</sup> *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. Ac ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur.* [Trad. cast.: «El fideiussor, por su parte, puede intervenir en todas las obligaciones, es decir, obligaciones que hayan sido contraídas por la cosa, o por las palabras, o por los documentos escritos, o por el consentimiento. E incluso no importa que la obligación a la que se adhiera sea civil o natural»].



D. 4,3,19 Papinianus: *37 quaest.: Si fideiussor promissum animal ante moram occiderit, de dolo actionem reddi adversus eum oportere Neratius Priscus et Iulianus responderunt, quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur*<sup>39</sup>.

La necesidad de recurrir al instrumento residual de la *actio de dolo* en relación con la conducta del fiador que mata al animal objeto de la obligación principal, demuestra como la extinción *ipso iure* de la obligación de garantía por la sobrevenida extinción de la principal, fuese un efecto automático (*quoniam debitore liberato per consequentias ipse quoque dimittitur*), ni siquiera frente al comportamiento doloso del fiador que hizo imposible la prestación del débito principal. El parecer de Neracio Prisco y Juliano presuponen el carácter ineludible de este efecto en el caso de la fianza, y por ello se hace necesario recurrir a la *actio de dolo* por parte del acreedor principal contra el fiador por el dolo cometido<sup>40</sup>.

Otra hipótesis tiene que ver con el problema de la extinción automática de la obligación de garantía por la extinción de la obligación principal como consecuencia de la *litis contestatio* de la obligación principal, efecto civil *ipso iure* que se producía en el ámbito del *certum dare oportere* en las *legis actiones* y luego en la *condictio* del procedimiento formulario (Gai. 3,180). Ello podía producir para el acreedor un daño considerable cuando el deudor principal condenado en juicio declarativo resultaba insolvente. La superación de dicho límite se produjo mediante la elaboración de una particular fianza (denominada *fideiussio indemnitis*), por medio de la cual al garante se imponía el deber de pagar la diferencia entre el valor del débito reclamado en juicio y aquel que el acreedor lograba recibir (Celsus 6 dig. D. 12,1,42 pr.)<sup>41</sup>.

#### 4. Obligación de garantía y tipicidad: el límite inderogable de la 'durior causa'

Un principio inderogable que caracteriza el régimen de las obligaciones de garantía estructurado por los juristas romanos, es la prohibición de asumirla *in duriores causas* respecto de la obligación principal.

Gai. 3,126: *In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum fidepromissorum fideiussorum quod ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is pro quo obligantur. At ex diverso ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re*<sup>42</sup>.

<sup>39</sup> Trad. cast.: «Si antes de incurrir en mora hubiere matado el fiador al animal prometido, respondieron Neracio Prisco y Juliano que debe darse contra él la acción de dolo, porque, liberado de la obligación el deudor, consiguientemente también él queda libre».

<sup>40</sup> Sobre este fragmento cfr. DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., I, 181 s.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit., 124 y nt. 68.

<sup>41</sup> Cfr. M.A. FENOCCHIO, *Ricerche in tema di 'fideiussio indemnitis'*, en SDHI, 77, 2011, 257 ss.

<sup>42</sup> Trad. cast.: «La condición de todos, de los *sponsores*, de los *fidepromissores*, de los *fideiussores*, es también igual en un aspecto jurídico, a saber, que no pueden obligarse de manera que deban más que debe aquel por el que se obligan. Pero, por el contrario, pueden obligarse de manera que deban menos, como dijimos para la persona del co-estipulante. Pues como la del co-estipulante, la obligación de éstos es también accesoria de la obligación principal, y en lo accesorio no se puede contener más que en la cosa principal».

Gai. 3,113: *Item minus adstipulari potest, plus non potest. Itaque si ego sestertia X stipulatus sim, ille sestertia V stipulari potest; contra vero plus non potest. Item si ego pure stipulatus sim, ille sub condicione stipulari potest; contra vero non potest. Non solum autem in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur; plus est enim statim aliquid dare, minus est post tempus dare*<sup>43</sup>.

D. 46,1,8,7 Ulpianus 47 ad Sabinum: *Illud commune est in universis, qui pro aliis obligantur, quod, si fuerint in duriores causam adhibiti, placuit eos omnino non obligari: in leviores plane causam accipi possunt, propter quod in minorem summam recte fideiussor accipietur. Item accepto reo pure ipse ex die vel sub condicione accipi potest: enimvero si reus sub condicione sit acceptus, fideiussor pure, non obligabitur*<sup>44</sup>.

Reiteradamente la doctrina ha buscado conciliar la perspectiva del *plus/minus debere* con la de la *durior causa*. El diverso punto de vista ha sido percibido también como indicio de una contraposición entre la concepción clásica y la justiniana. En realidad, como ha sido reconocido por la doctrina más autorizada, la diferencia de perspectiva entre el *plus/minus debere* de Gayo y la *durior causa* de Ulpiano refleja una diferencia conceptual que evoca un debate jurisprudencial al respecto. La lógica de las Instituciones de Gayo, retomada también en las Instituciones de Justiniano (J. 3,20,5)<sup>45</sup>, resuelve «il problema della variazione tra il contenuto del negozio principale e quello della obbligazione di garanzia (o dell'*adstipulatio*) più dal punto di vista dell'oggetto in senso stretto dell'obbligazione che da quello del contenuto del negozio obbligatorio, in cui rientrano gli elementi accidentali quali sono il termine e la condizione»<sup>46</sup>.

<sup>43</sup> Trad. cast.: «También se puede co-estipular menos, pero no más. Y así, si yo estipulara diez mil sestercios, él puede co-estipular cinco mil sestercios; pero, por el contrario, no puede co-estipular más. Asimismo, si yo estipulara puramente, él puede estipular bajo condición; sin embargo, al contrario no puede. Y el más y el menos no sólo se entiende en cuanto a la cantidad, sino también en cuanto al tiempo, pues dar alguna cosa al instante, es más, y dar después de un tiempo, es menos».

<sup>44</sup> Trad. cast.: «Esto es común para todos los que se obligan por otros; pero si hubieren sido dados para una obligación más gravosa, se determinó que de ninguna manera quedaban ellos obligados, mas pueden ser admitidos para una obligación más leve; por lo cual válidamente se admitirá fiador para una suma menor. Asimismo, habiendo sido aceptado puramente el deudor, puede aquel ser admitido desde termino o bajo condición; porque si el deudor hubiere sido aceptado bajo condición, y el fiador puramente, no se obligará».

<sup>45</sup> *Fideiussores ita obligari non possunt, ut plus debeant, quam debet is quo pro obligantur: nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis nec plus in accessione esse potest quam in principali re. at ex diverso, ut minus debeant, obligari possunt. itaque si reus decem aureos promiserit, fideiussor in quinque recte obligatur: contra vero non potest obligari. item si ille pure promiserit, fideiussor sub condicione promittere potest: contra vero non potest. non solum enim in quantitate, sed etiam in tempore minus et plus intellegitur. plus est enim statim aliquid dare. minus est post tempus dare.* [Trad. cast.: «Los fiadores no pueden obligarse de modo que deban más de lo que debe aquel por quien se obligan; porque su obligación es accesoria de la obligación principal, y no puede haber en lo accesorio más que en lo principal; mas, por el contrario, pueden obligarse de modo que deban menos. Así, pues, si el deudor principal hubiere prometido diez áureos, el fiador se obliga válidamente por cinco, pero al contrario no puede obligarse. Igualmente, si aquel hubiere prometido puramente, puede el fiador prometer bajo condición, pero no puede al contrario: pues no sólo en la cantidad, sino también en el tiempo se considera el más y el menos; y es más dar en el acto alguna cosa, y menos darla después de cierto tiempo»].

<sup>46</sup> M. TALAMANCA, '*Alia causa*' e '*durior condicio*' cit., 125.

La rigidez del esquema *plus/minus* utilizado por Gayo evidenciaría una aporía en su razonamiento, cuando incluye en el *plus debere in tempore* la hipótesis del garante obligado en manera pura y simple respecto de un negocio principal sometido a condición. En realidad, la posición del garante en este caso es más onerosa, no porque debe de manera inmediata algo que el deudor principal deberá dar después, sino porque debe una cosa respecto de una obligación principal que es solamente eventual. La insatisfacción por enmarcar dentro del *plus debere in tempore* una obligación de garantía cuando la obligación principal está sometida a condición, evidenciaría la imposibilidad para Gayo, conforme al estado de evolución jurisprudencial, de utilizar un criterio más adecuado, como el de la *durior causa*<sup>47</sup>.

La constatación, no obstante, de que el mismo Gayo en sus *libri verborum obligationum* (D. 46,1,70 pr.-2) conoce el criterio de la *durior/levior condicio/causa* y lo usa vinculándolo al criterio del *plus/minus*, demostraría, como bien lo ha evidenciado Talamanca, que en el momento de la redacción de las *Institutiones* (a diferencia del momento de los *libri verborum obligationum*) Gayo no conocía aún el nuevo y más refinado criterio de la *durior-levior condicio/causa* introducido por Juliano<sup>48</sup>. Parece en todo caso – y más allá de la efectiva relación temporal entre el Gayo de las *Institutiones* y el de los *libri verborum obligationum* – que la perspectiva que emerge de las *Institutiones* de Gayo está influenciada por los contenidos conceptuales de la tradición del género literario propio de los *libri iuris civilis*, que debían remontarse a la jurisprudencia anterior a Juliano.

Este indicio debe vincularse a otro que ya emergió a lo largo de este trabajo: la estructura cautelar de la *adpromissio*, en las formas más antiguas de la *sponsio* y la *fidepromissio*, donde el protagonismo del *idem dari* excluía indudablemente un *plus/minus debere* del *adpromissor* e impedía además una configuración *pro parte* de su prestación en presencia de otros garantes.

El límite insuperable del *idem*, en *plus* o en *minus*, se encuentra en la base de las leyes antes vistas, las cuales imponían, por vías heterónomas, la divisibilidad de la prestación en caso de co-garantes. Precisamente es la regulación *ex legibus* antes mencionada, la que construye paso a paso un régimen peculiar para la obligación de garantía, que introdujo una praxis negocial modelada sobre *conceptiones verborum*, no ya construidas sobre el *idem*, sino sobre una *pars* de la *pecunia promissa* en la estipulación principal.

Probablemente debe atribuirse a la praxis negocial introducida por la *lex Furia*, la maduración de las *conceptiones verborum* divisibles para la *sponsio* en garantía, en interés del acreedor que quiera sustraerse al mecanismo sancionatorio de la *manus iniectio pro iudicato*, modeladas sobre una suma inferior a la de la promesa de la *sponsio* principal<sup>49</sup>.

Sobre la elaboración de *verba* adecuados para indicar la prestación divisible en la promesa en garantía, podría pensarse, más allá de una *interrogatio* del acreedor del siguiente

<sup>47</sup> M. TALAMANCA, 'Alia causa' e 'durior condicio' cit., 126 s.

<sup>48</sup> M. TALAMANCA, 'Alia causa' e 'durior condicio' cit., 151-153.

<sup>49</sup> Esta es la hipótesis de M. TALAMANCA, 'Alia causa' e 'durior condicio' cit., 133 s., quien considera además que el límite cuantitativo de los 20.000 sestercios anuales de la *lex Cornelia* presupone, más no induce, la maduración de una praxis negocial de garantías divisibles, por cuanto «semberebbe strano, infatti, che la legge ponesse un limite all'assunzione delle garanzie personali, il quale nel caso non certo infrequente di obbligazioni principali superiori al limite legislativo, non potesse che essere violato, ciò che sarebbe necessariamente accaduto, se l'*adpromissio* parziale non fosse stata ancora riconosciuta» (133).

tenor: *ex iisdem decem, quinque dari spondes?*<sup>50</sup>, en formulaciones más refinadas tales como *quod Titius mihi decem spondit, de eadem pecunia quinque dari spondes?*<sup>51</sup> o *quod Titius mihi decem spondit, de eadem pecunia partem virilem dari spondes?*<sup>52</sup>, y en una época sucesiva a la *lex Cornelia*, en una *conceptio* que tiene en cuenta el límite legal de los 20.000<sup>53</sup>.

Lo anterior confirmaría que la perspectiva inicial de la relación entre la prestación del deudor principal y la del *adpromissor* era exclusivamente en términos de *plus/minus debere*. La resistencia del criterio del *plus/minus debere* se adapta perfectamente a la variación cualitativa del objeto de la prestación, siendo el criterio más antiguo elaborado por la jurisprudencia para superar el uso del arcaico *idem dari* propio de la *sponsio* solidaria, y el nacimiento de una *sponsio* con función de garantía que tiene por objeto una *pars virilis*.

Al respecto, según mi punto de vista, no se ha prestado una particular atención a la figura del *plus debere*, la cual no encuentra ninguna conexión con las fórmulas concebibles: ni en el *idem dari spondes*, ni en la praxis negocial de *adpromisiones* con relación a una porción del débito principal, en el cual sería imaginable solo un *minus debere*. Es decir, ¿en qué sentido el *adpromissor* podía asumir cuantitativamente un objeto de la prestación mayor?

Una posible explicación podría derivar del hecho que la praxis negocial inducida por la *lex Furia* – que imponía al acreedor el respeto de la *pars virilis*, so pena de padecer una *manus iniectio pro iudicato* ejercida por el *adpromissor* que había pagado la suma entera – podía determinar la celebración de una estipulación de garantía por una suma mayor a la *pars virilis*, aún más si se tiene en cuenta, con base en lo que Gayo afirma en Gai. 3,121, que la determinación de las *viriles partes* se realizaba en el momento en el cual la prestación podría ser requerida judicialmente por el acreedor (*Item sponsor et fidepromissor lege Furia biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore quo pecunia peti potest, in tot partes*

<sup>50</sup> Esta es la propuesta de F. DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., I, 118. El autor no parece acoger, en cambio, la idea que el nacimiento de una garantía divisible sea conducente al nacimiento de la fianza, por cuanto la *conceptio 'id fide tua esse iubes?'* se coloca en un nivel más evolucionado de la técnica cautelar, en la cual emerge con mayor nitidez la relación con el contenido de la obligación principal, respecto a la resistencia del modelo del *eadem res* de las formas antiguas de *adpromissio* ligadas a la prestación prometida. Cfr. M. TALAMANCA, '*Alia causa' e 'durior condicio'*' cit., 135, nt. 40.

<sup>51</sup> Una formulación verbal de este tipo es recordada para el caso de la fianza en Iav. 10 *epist.* D. 46,1,42: *Si ita fideiussorem accepero: 'quod ego decem credidi, de ea pecunia mille modios tritici fide tua esse iubes?'* Con las debidas adaptaciones puede pensarse que era idónea también para la *sponsio* y para la *fidepromissio*.

<sup>52</sup> Una formulación de este tipo, que parece fuertemente condicionada por el sintagma legislativo (por primera vez aparece con seguridad en la *lex Furia de sponsu*, mientras en el caso de la *lex Appuleia* Gaio se refiere a *portio*), se encuentra en una fianza recordada en un *responsum* de Papiniano, l. 3 *reast.* D. 46,1,51 pr.: *Inter eos fideiussores actio dividenda est, qui solidum et partes viriles fide sua esse iusserunt. Diversum erit verbis ita conceptis: 'solidum aut partem virilem fide tua esse iubes?' tunc enim ab initio non nisi viriles partes singulos debere conveniet.*

<sup>53</sup> Como aquella de la fianza del 3 de octubre del 45 de TP Sulp. 54 = TP 52 *scriptura exterior*: ll. 3-6: *M(arcus) L(ollius) P(hilippus) scripsi me accepisse mutua et | debere C(aio) Sulpicio Cinnamo HS ((I)) ((I)) millia num(mum) | [ea]q[ue] H[S] viginti millia nummum, quae s(upra) s(cripta) s(unt), | p(roba) r(ecte) d(ari) stipulatus est C(aius) Sulpicius Cinnamus, spondit[i] | M(arcus) L(ollius) P(hilippus). Actum Puteolis.* Sobre este documento cfr. P. GRÖSCHLER, *Die tabelle-Urkunden aus den pompejanischen und Herkulanensischen Urkundensammlungen*, Berlin, 1997, 153; G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'Archivio dei Sulpicii*, Roma, 1999, I, 144; A. STEINER, *Die römischen Solidarobligationen* cit., 165 s.

*diducitur inter eos obligatio et singuli in viriles partes obligantur*<sup>54</sup>). Lo mismo podría decirse respecto al límite de los 20 mil sestercios impuesto por la *lex Cicereia*. Por lo tanto, se podría pensar en un *plus debere*, no referido al objeto de la prestación de la estipulación principal, sino a los límites legales que paulatinamente fueron impuestos a la entidad de la obligación del garante.

Este esquema elaborado por la jurisprudencia romana entre el siglo I a.C. y el siglo I d.C. constituye la perspectiva exclusiva para valorar la relación entre estipulación en garantía y estipulación principal, con la dificultad evidente de trasladar de manera forzada la diferenciación de aspectos relativos al contenido de la obligación del deudor principal y del garante, a variaciones meramente cuantitativas del objeto de la prestación.

La superación de esta perspectiva inicial se debe a Juliano, quien con base en la valoración de diversas hipótesis de fianza, elabora el concepto de *durior condicio* como límite inderogable de la obligación del fiador. Tal límite habría sido superado, configurándose una *durior condicio*, en los casos de: a) prestación única de la obligación principal y prestaciones alternativas de la obligación de garantía (D. 46,1,8,8-11 Ulp. 47 *ad Sab.*); b) lugar de cumplimiento diferente de aquel de la obligación principal (D. 46,1,16,1-2 Iul. 53 *digestorum*).

En particular, vale la pena en esta sede detenerse a analizar el caso de la prestación única del débito principal y de prestaciones alternativas a cargo del fiador o de *electio* reconocida diversamente al acreedor, al deudor y al garante.

D. 46,1,8,8-11 Ulpianus 47 *ad Sab.*: 8. *Si qui Stichum stipulatus fuerit, fideiussorem ita acceperit: 'Stichum aut decem fide tua iubes?'; non obligari fideiussorem Iulianus ait, quia durior eius fuit condicio, utpote cum futurum sit, ut mortuo Sticho teneatur. Marcellus autem notat non ideo tantum non obligari, quia in duriozem condicionem acceptus est, sed quia et in aliam potius obligationem acceptus est: denique pro eo, qui decem promiserit, non poterit fideiussor ita accipi, ut decem aut Stichum promittat, quamvis eo casu non fit eius durior condicio.* 9. *Idem Iulianus ait: si is qui hominem aut decem dari stipulatus fuerat, fideiussorem ita acceperat: 'hominem aut decem, utrum ego velim?' non obligavit eum, quia durior eius condicio facta est.* 10. *Contra autem si is, qui hominem aut decem, utrum ipse stipulator volet, stipulatus est, recte fideiussorem ita accipiet: 'decem aut hominem, utrum tu voles?' fit enim, inquit, hoc modo fideiussoris condicio melior.* 11. *Sed et si reum sic interrogavero 'Stichum et Pamphilum?'; fideiussorem 'Stichum aut Pamphilum?', recte interrogem, quia levior fideiussoris condicio est*<sup>55</sup>.

<sup>54</sup> Trad. cast.: «Asimismo, el *sponsor* y el *fidepromissor* en virtud de la ley Furia se liberan de la garantía después de dos años, y la obligación se divide entre ellos en tantas partes cuantos fueran en número en aquel tiempo en el que el dinero podía ser pedido, y cada uno responderá por partes iguales».

<sup>55</sup> Trad. cast.: «8. Si alguno hubiere estipulado el esclavo Stico, y hubiere recibido así fiador "encomendadas a tu fianza el esclavo Stico o los diez", dice Juliano que no se obliga el fiador, porque se hace más gravosa su condición, como quiera que sucedería que quedaría obligado, muerto Stico. Pero observa Marcelo, que no se obliga no solamente porque fue admitido para una condición más gravosa, sino también porque fue admitido más bien para otra obligación; finalmente, respecto al que hubiere prometido los diez, no se podrá recibir fiador de modo que prometa los diez o el esclavo Stico, aunque en este caso no se hace más dura su condición. 9. El mismo Juliano dice, que si el que había estipulado que se diera un esclavo o la suma de diez, hubiere recibido así fiador "¿el esclavo o los diez, según yo quiera?", no lo obligará porque se hizo más dura su condición. 10. Mas, al contrario, si el que estipuló un esclavo o la suma de diez, según el mismo estipulante quisiera, recibirá válidamente fiador de este modo: "¿la suma de diez o el esclavo según

Juliano reconocía la *durior condicio* del fiador – y como consecuencia la invalidez de la obligación de garantía – en la constatación de que en el caso de muerte fortuita del esclavo prometido (causa de extinción del débito principal), el garante, habiendo prometido alternativamente diez, estaba igualmente obligado a pagar. En este caso, debe resaltarse que la constatación de la *durior condicio* no parece emerger al momento de la celebración de la estipulación principal, sino al momento de su tutela, en caso de perecimiento fortuito del único objeto de la prestación principal. Solo en aquel momento tiene sentido decir que el fiador se encuentra en una condición ‘más dura’, dado que, mientras el deudor principal se liberó de su obligación, el fiador no, pues aún continúa obligado a pagar los diez.

Para Juliano sería también un caso de *durior condicio* la fianza para una obligación alternativa cuya elección corresponde al acreedor, y que garantiza una obligación principal igualmente alternativa, pero cuya elección es del deudor. En cambio, sería una *melior condicio* del fiador cuando la obligación principal es alternativa y la elección es del acreedor, mientras en la obligación alternativa de la fianza la elección le corresponde al fiador. Lo mismo sucede cuando la obligación principal es cumulativa (*Stichum et Pamphilum*) y la de la fianza es alternativa (*Stichum aut Pamphilum*)<sup>56</sup>.

El límite de la *durior causa/condicio* desarrollado por Juliano es la mejor expresión del vínculo de accesoriedad, mas no de autonomía, de la obligación de garantía, respecto al débito principal al cual accede. Este límite demuestra la fuerte actualidad de las problemáticas relacionadas con la mayor o menor autonomía de la obligación de garantía, señalando los verdaderos confines del contenido típico de la obligación de garantía que, tras pasados, rompen el nexo funcional que vincula las dos obligaciones (principal y de garantía), convirtiendo la obligación de garantía, respecto a la prestación de la obligación principal, en una verdadera y propia obligación autónoma, en la cual la causa de la obligación convierte típico el contrato celebrado (aunque sea atípico en el sentido que no se encuentra dentro de los tipos codificados) pero no típica la obligación de garantía (conforme al régimen jurídico coherente con ella).

Es esto lo que en definitiva aseveraba Marcelo en su comentario al ya analizado parecer de Juliano en D. 46,1,8,8, cuando, respecto al reconocimiento de Juliano de la *durior condicio* en el caso de obligaciones de garantía con prestaciones alternativas con relación a un débito principal único, precisó que la obligación para el fiador no puede considerarse que nació, no tanto por la *durior condicio* del contenido de su obligación de garantía (como quería Juliano), sino porque se trataría de la asunción por parte del fiador de una *alia obligatio*, por lo tanto una obligación diferente y autónoma<sup>57</sup>, que no tendría alguna justifica-

tú quieras?” porque se hace, dice, de este modo mejor la condición del fiador. 11. Pero aunque yo hubiere interrogado así al deudor: “¿el esclavo Stico y Pánfilo?”, interrogaré bien al fiador así: “¿el esclavo Stico o Pánfilo?”, porque es más ligera la obligación del fiador».

<sup>56</sup> Acerca de estos fragmentos cfr. F. DE MARTINO, *Le garanzie personali* cit., I, 114-116; M. TALAMANCA, ‘*Alia causa*’ e *durior condicio*’ cit., 181 ss.

<sup>57</sup> Para F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, Napoli, 1959<sup>2</sup>, 138 s., esto expresaría un principio diverso a aquel propuesto por Juliano, «precisamente il principio della identità dell’obbligazione di garanzia e di quella garantita». Más compleja se presenta la posición de M. TALAMANCA, ‘*Alia causa*’ e ‘*durior condicio*’ cit., 188, nt. 134, quien precisa que: «la portata del limite dell’*alia causa* varia a seconda dell’ampiezza che assumono gli schemi concorrenti del *plus-minus debere* e della *durior-levior condicio*: onde,

ción admisible (es decir, sería un pago sin causa), perdiendo aquel nexo funcional necesario (*alia causa*) con la obligación principal.

Emerge así, del debate entre los juristas clásicos, una complejidad de modelos para valorar la relación entre obligación de garantía y obligación principal: un modelo, por decirlo así, cuantitativo, a través del cual se niega la validez de la obligación de garantía cuando es asumida en un *plus* del objeto de la prestación de la obligación principal (criterio del *plus/minus debere*); un modelo cualitativo, expresado por el criterio del límite de la *durior condicio/causa* diseñado por Juliano, y finalmente, el modelo de la identidad y accesoriadad funcional de la obligación de garantía respecto a la obligación principal, expresado por el criterio de la *alia causa*.

### 5. Conclusión

El modelo romano impone ser valorado en toda su complejidad, puesto que los límites inderogables antes mencionados indican la capacidad de lectura de los juristas romanos de la realidad económica de las garantías personales del débito, donde resulta necesario precisar el vínculo de naturaleza accesoria que liga la obligación de garantía con la obligación principal. Otros elementos típicos de la obligación de garantía, como la subsidiariedad expresada por el beneficio de excusión preventiva del deudor principal, así como el carácter parcial expresado en el beneficio de división del débito principal en cuotas viriles entre los co-garantes, expresan ámbitos de contenido natural y/o accidental – mas no esencial – de la obligación de garantía, al punto que, conforme a las políticas del derecho que emergieran en las diversas épocas, el régimen de las obligaciones de garantía ha tenido diversas configuraciones.

Los juristas de hoy tienen la tarea de custodiar estos límites heredados de la tradición romanística, y de examinar minuciosamente la praxis de las garantías personales ‘atípicas’, con el fin de no confundir la maduración de nuevos tipos contractuales en la materia, con el respeto del contenido típico de la obligación de garantía que se considera connatural a ella. La tarea es ardua, pues la praxis bancaria tiende a utilizar la libertad de celebrar contratos atípicos para producir obligaciones que, adoptando la forma exterior de obligaciones de garantía, en la sustancia son verdaderas y propias obligaciones autónomas y no accesorias respecto del débito principal.

in generale, con l'introduzione del primo, tale limite va inteso come quello per cui fra obbligazione principale e quella di garanzia non vi debba esser neppure una coincidenza parziale: col passaggio al criterio della *durior condicio* varia – come nel caso in esame – l'ambito entro il quale questa parziale coincidenza si viene riconoscendo. Onde non può affermarsi, in astratto, che l'uno o l'altro giurista sia un seguace dello schema della *durior condicio* o di quello dell'*alia causa*, ché essi vanno, necessariamente, adoperati entrambi, a seconda della struttura della fattispecie, e soltanto sussiste soltanto una zona, chiamiamola grigia, in cui vi può esser dissenso, e dissenso v'è stato, per quel che sappiamo, fra Marcello e Giuliano, se non si sia ancora nell'ambito del limite dell'*alia causa* o si possa già passare a valutare il caso sotto il profilo della *durior condicio*».

La Rivista *Roma e America. Diritto romano comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Eurasia e in America Latina* è promossa dal Centro di Studi Giuridici Latinoamericani della Università di Roma 'Tor Vergata' / ISGI del Consiglio Nazionale delle Ricerche, in collaborazione con l'Unità di ricerca 'Giorgio La Pira' del Consiglio Nazionale delle Ricerche / 'Sapienza' Università di Roma, l'Istituto Italo-Latino Americano (IILA) e l'Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA).

La Rivista propugna lo studio e la diffusione del diritto romano (*ars boni et aequi*) costituito *hominum causa*, come strumento di pace tra i popoli. Essa si dedica in particolare ai temi dell'unità e dell'unificazione del diritto, e del diritto dell'integrazione, in Eurasia e in America Latina.

Si considera innanzitutto il periodo di 'inizio' (*principium*) del sistema giuridico romanistico, dalla fondazione di Roma alla compilazione del Digesto (*templum iustitiae* secondo Giustiniano) in 'Costantinopoli nuova Roma', e, sottolineandone il carattere già originariamente eurasiatico, se ne seguono gli sviluppi dovuti alla teoria 'Mosca terza Roma'.

Nello studio del sistema (e dei singoli ordinamenti statali che con esso si confrontano) viene dato risalto all'America Latina, in quanto Europa e America Latina «formano una sola area spirituale, culturale, giuridica ed anche in certo modo sociale, economica e politica che la scienza giuridica romana saldamente cementa ed unifica. *Unitas et pax orbis ex iure*» (G. La Pira). Il diritto romano dà al sottosistema giuridico latinoamericano il fondamento della sua unità, della sua identità (e resistenza) e del suo universalismo.

L'origine eurasiatica, e quindi mediterranea, del diritto romano rafforza l'esigenza del confronto con le grandi realtà geopolitiche continentali (in primo luogo la Repubblica Popolare Cinese), intercontinentali (il BRICS) e con gli altri grandi sistemi giuridici (in primo luogo il diritto musulmano).

Hanno collaborato a questo numero della rivista:

TATIANA ALEXEEVA

RICCARDO CAMPA

RICCARDO CARDILLI

IGNAZIO CASTELLUCCI

PIERANGELO CATALANO

LARA COLANGELO

DANILO BORGES DOS SANTOS

GOMES DE ARAUJO

ENRICO DEL PRATO

ENRICO GABRIELLI

JUAN CARLOS HENAO

GIOVANNI LOBRANO

PIETRO PAOLO ONIDA

ALDO PETRUCCI

STEFANO PORCELLI

GIOVANNI F. PRIORI POSADA

EMANUELE RAINI

CATALINA SALGADO RAMÍREZ

ANDREA TRISCIUOGGIO

CAMILO ZUFELATO

con un contributo di

