

TITULO DEL ARTICULO.- “EL COMERCIO MARÍTIMO Y SU INFLUENCIA EN LAS FORMAS DE GARANTÍA”¹.

Publicado en la Revista “Novos Estudos Jurídicos”, revista Semestral do Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da UNIVALI UNIVERSIDADE DO VALE ITAJI - ITAJAI (SANTA CATARINA) BRASIL - VOL. XI, número 2, JUL-DEZ 2006, pp. 375-384, ISSN 1413-2117. Revista indexada n° CSA Social Science Collection. San Diego- USA.

Summarium.-

1. A. LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO.

1. A. 1 *La praxis epi lysei.*

1. A. 2. *El enechyron.*

1. A.3. *La hypothêkê.*

1. A. 4. *La apotimema.*

1. B.- Dificultades de la evolución y desarrollo de estas formas de garantía.

1. B. 1.- El Principio de la *anepafia.*

1. B. 2.- La movilidad de las garantías como factor de desarrollo de la práctica comercial marítima.

2.- LA CUESTIÓN DE LA POSIBLE INFLUENCIA DE ESTAS FORMAS DE GARANTÍA EN EL DERECHO ROMANO POSTERIOR.

RESEÑA DEL CONTENIDO.-

La producción industrial o agrícola, y la propia vida comercial fueron en la mayoría de las ocasiones elementos subordinados o secundarios a las propias conquistas militares romanas, pero fueron los comerciantes griegos quienes siglos antes habían establecido las bases de un rudimentario derecho comercial con su política de establecimiento de colonias en todas las riberas del Mediterráneo, aunque también es verdad, que fue Roma quien a la postre se hizo con todas las rutas terrestres, primero, y después marítimas de todo el Mediterráneo.

En esta aportación se tocan entre otras cuestiones, la de cómo se obtenían nuevos fondos para los nuevos negocios, o cómo pagar nuevas inversiones, o cómo se garantizaban las propiedades ya existentes, poniéndolas en relación con las figuras de garantía en el Derecho Griego antiguo.

¹ **COMUNICACIÓN PRESENTADA EN EL IX CONGRESO INTERNACIONAL Y XII IBEROAMERICANO DE DERECHO ROMANO: “EL DERECHO COMERCIAL DE ROMA AL DERECHO MODERNO”. UNIVERSIDAD DE LAS PALMAS DE GRAN CANARIA 1, 2, y 3 de Febrero de 2.006**

“EL COMERCIO MARÍTIMO Y SU INFLUENCIA EN LAS FORMAS DE GARANTÍA”.

Sabido es que la expansión territorial de Roma, una vez libre de la amenaza cartaginesa², fue en su mayor parte una expansión terrestre mas que marítima, al menos en sus primeros estadios, hasta el punto que solo cuando esta ocupación territorial lo fue de todas las riberas del Mediterráneo se pudo hablar de *Mare Nostrum*. La producción industrial o agrícola, y la propia vida comercial fueron en la mayoría de las ocasiones elementos subordinados o secundarios a las propias conquistas militares, al menos durante los siglos III y II a. C³.

Fueron los comerciantes griegos quienes siglos antes habían establecido las bases de los lazos comerciales con su política de establecimiento de colonias en todas las riberas del Mediterráneo, siendo el idioma (el *koiné*) elemento difusor de cultura y vehículo de entendimiento.

También es verdad, que fue Roma quien a la postre se hizo con todas las rutas terrestres, primero de *Latium*, y después marítimas de todo el Mediterráneo, en tanto que Roma no podía resignarse, según Carcopino⁴, a renunciar a lo mejor de todo este desarrollo. Por ello, se arrogó el derecho de financiarlo y dirigirlo y se reservó el gozar antes que nadie de las riquezas que se creaban. Esto nos plantea la cuestión de:

¿Cómo se obtenían nuevos fondos para nuevos negocios, para pagar nuevas inversiones o se garantizaban las propiedades ya existentes?. Para ello vamos a examinar someramente los antecedentes de las figuras de garantía en el Derecho Griego antiguo.

1. LOS ANTECEDENTES EN EL DERECHO GRIEGO ANTIGUO.

1. A.1 La *praxis epi lysei*.

²W. KUNKELL, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona 1989, pp. 51 ss.

³La tendencia al comercio de los romanos fue, a diferencia de los griegos que descansaba casi exclusivamente en las vías marítimas, favorecida por el desarrollo de las carreteras o *vías romanas*. Esta red de carreteras llegó a estar terminada aproximadamente a finales del siglo II después de C. En varios frentes. Por una parte, una red que seguía las fronteras; una segunda, que bordeaba las costas mediterráneas, y finalmente, toda una serie de vías transversales que enlazaban las redes anteriores.

Al final, la vía normal del comercio en el Imperio continuó siendo la marítima, tanto más cuanto que el transporte de mercancías por tierra se veía obstaculizado por las deficiencias del transporte, incapaz de trasladar grandes cargas, a diferencia de los navíos y las instalaciones portuarias que estaban bastante mejor preparados para ello. CAMACHO EVANGELISTA, *Derecho Publico Romano*, Granada 2001-2002, pp. 264 ss.

⁴CARCOPINO, *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del imperio*, Roma 1939 (reimpresión 2005), p. 209 ss.

En la *praxis epi lysei*, figura parecida a la romana de la *fiducia cum creditore*, el propio acreedor se convertía en propietario de la cosa que había sido ofrecida en garantía, al menos hasta que se produjera el pago por parte del deudor, lo que significaba según Arangio Ruiz⁵, que el acreedor se convertía en dueño exclusivo desde el día del contrato, dejando al deudor el goce en precario.

Precisamente, sobre esta figura de la *praxis epi lysei*, recoge el profesor Paoli⁶ unas referencias epigráficas, donde se reconoce a un acreedor como propietario y dueño de la cosa que había sido entregada en garantía⁷.

En el referido texto⁸, dicho acreedor reconoce que tiene el dominio y la posesión continuada de la cosa objeto de la garantía:

Dicho fragmento se documenta sobre el *horos* situado en el propio suelo, indicativo de que

“La casa y el terreno están gravados por un montante de ochocientas dracmas, de tal forma que el acreedor es el propietario y dueño, de acuerdo con el contrato que se conserva en casa de Dínias Eunomeo”⁹.

1. A. 2. El *enechyron*.

El llamado *enechyron*, consistía en una figura en la cual se producía la entrega efectiva de la posesión al acreedor, pudiendo esta recaer sobre muebles e inmuebles, aunque sin una precisa diferenciación de las cosas objeto de la garantía, considerándose en algunos aspectos similar a la figura del *pignus datum* romano.

Sin embargo, a decir de Kreller¹⁰, no parece que las diferencias entre ambas formas de garantía, -la entrega de la posesión en el *enechyron*, la retención de la propiedad por parte

⁵ ARANGIO RUIZ, *Arch. giur.*, IV, 23 (1932).

⁶ PAOLI, “Studi di diritto attico”, *Publ. Firenze* 9 (1930), pp. 344 ss.

PAOLI, “Sul diritto pignoratizio attico”, *ASDGR*, Milano 1976, pp. 393-407.

PAOLI, “La datio in solutum nel diritto attico”, *ASDGR*, Milano 1976, pp. 409-434.

PAOLI, “La scienza del diritto attico e le sue possibilità”, *Civiltà moderna*, IV (1932), pp. 210 ss.

PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova 1933, p. 1 ss.

⁷ PAOLI, “Studi di diritto attico...”, op. Cit. p. 153.

⁸ Que está recogido en el epígrafe *IG, II, 1139*.

⁹ *horos khoriou kai oikias hypokeimenon oktakosion drakhmon hoste ekhein kai kratein ton themenon kata tas synthekas para Deiniai Eunomei*”. Transcripción y traducción por cortesía de D. Cirilo García Villarubia, catedrático de griego.

¹⁰ KRELLER, “Formula fiduciae und Pfandedikt”, *ZSS*, 62 (1942), p. 143.

Sobre la misma cuestión, vid. LONGO, “Fiducia cum creditore”, *Centen. Codificaz.*, (Pavia), p. 795.

BELLOCCI, “La tutela della fiducia nell’epoca repubblicana”, *Studi Senesi*, 85 (1973), p. 321.

del acreedor en la *praxis epi lysei*- estuviera tan marcada como ocurría en Derecho Romano con la *fiducia cum creditore* y el *pignus datum*¹¹.

No cabe duda que un tipo de prenda al modo griego o *enechyron*, en la cual la posesión quedara en manos del acreedor no podría utilizarse, al menos en tal configuración, ni como medio de garantía, ni como medio para facilitar la obtención del crédito en el comercio marítimo, ya que claramente el *naukteros*, quedaría sin los medios que le permitieran hacer frente al pago en el momento del vencimiento, como podría ser la propia nave y el utillaje de navegación.

No obstante, Amelotti-Migliardi¹² comenta un caso de *enechyron*, recogido en un papiro inédito del año 237 a. C., de la colección *Genovese*, donde Menelaos, *naukteros* al mando de una embarcación con una capacidad de transporte de unos 5.000 *artabes*, en el año décimo del reinado de Ptolomeo III Eugertes constituye una garantía de este tipo sobre la nave en favor de Nysios, obligándose a transportar el grano a Alejandría.

1. A..3. La *hypothêkê*.

Algunos textos literarios, así como algunos discursos de oradores, aluden a una forma de garantía en la cual no se producía la pérdida de la posesión por el deudor, a la cual se le llaman *hypothêkê*. Se trataba de una convención o pacto, similar al *pignus conventum* romano, en virtud de la cual el acreedor llegado el momento del vencimiento, si el deudor no pagaba, podía tomar posesión de aquellos bienes que en la constitución de la garantía hubieran quedado sujetos o asignados a ella. Tal figura de la *hypothêkê* está recogida en algunos pasajes de oradores como Jenofonte¹³ y de otros como Lisias¹⁴.

Según Paoli¹⁵, la llamada *hypothêkê* mas que un tipo de garantía, es en origen un pacto o convenio añadido a un *enechyron* anterior, por el cual se autorizaba al deudor a mantener sobre ciertos bienes una cierta posesión, pero facultando al acreedor a volver a obtener la posesión, en caso de impago del crédito. Esto supondría tener que volver a restituir la posesión al acreedor a partir del vencimiento y ello de forma continuada, al menos hasta que el deudor no pague.

La conclusión posible es que no sería, en una primera configuración una forma de garantía propiamente dicha, sino una cláusula añadida a un posible *enechyron*, en virtud de la cual

¹¹ ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana", *RDP*, 313 (1943), pp. 213-223.

¹² AMELOTI-MIGLIARDI ZINGALE, "Una dichiarazione di *naukteros* del 237 a. C. in un papiro inédito della collezione Genovese", *SODALITAS*, 6 (1984).

¹³ *Hell. IV, 4, 31*.

¹⁴ *De bonis Aristoph., 25*.

¹⁵ PAOLI, "Studi di diritto attico...", op. Cit., pp. 144 ss.

se desvía la necesidad de la posesión del acreedor a manos del deudor en su constitución, por cuanto que de no hacerse así, la cosa objeto de la garantía según los términos habituales tendría que haber sido entregada al acreedor.

Un caso de este tipo ha sido recogido por Paoli en sus “*Studi...*”¹⁶.

Un triarca llamado Demos, había recibido en consignación del rey de Persia una copa de oro en reconocimiento de haber prestado destacados servicios, así como credencial como alto funcionario del reino. Este tal Demos, quiere darla en prenda a un colega para que le proporcione por breve tiempo una cierta suma. El texto dice así:

*“Demos, hijo de Pirilampes, que estaba equipado con un trirreme para hacerse a la mar rumbo a Chipre, me pidió que fuera en busca de Aristófanes, diciendo que recibió del Gran Rey como credencial una copa de oro. Y desea recibir a cambio de ella 16 minas, con el fin de poderlas gastar en la Triarquía; y que cuando vuelva de Chipre, la desempeñará devolviendo o dando a cambio 20 minas”*¹⁷.

Demos, en realidad lo que quería es dar en prenda la copa de oro, pero de forma tal, que el acreedor no se convirtiera en el poseedor de la misma. Lo que quizás resulta más claro al añadir a continuación:

*“Pues, de no haber sido por la idea de empeñar la copa, hubiera aceptado inmediatamente aquella credencial con mucho gusto”*¹⁸.

Naturalmente, el deudor Demos, debía de llevar a cabo su viaje a Chipre y volver directamente del mismo para poder pagar las veinte minas, pero en su viaje debería de poder mostrar la copa de oro como credencial del gran rey y acreditativo de su cargo. Quizás por esta razón, la propuesta es realizada a Aristófanes, ya que más que el valor intrínseco de la copa, lo que busca Demos es asegurarse una vía financiera, pero sin tener necesidad de llegar al extremo de vender la copa.

Esto es lo que le lleva a buscar la garantía que representa la prenda de la copa, pero sin la necesidad de desprenderse de la misma, lo que en cambio sí ocurriría en caso de venta. Venta por otra parte, que el deudor Demos no habría podido llevar a cabo, sin cometer además de un delito de apropiación indebida y sobre todo desde el punto de vista diplomático y político una grosera e incorrecta impertinencia.

Una última figura nos queda por referir brevemente.

¹⁶ PAOLI, “*Studi di diritto attico...*, op. Cit., p. 159, n. 3.

¹⁷ *Demos, gar ho Purilampous, trierarchon eis Kypron, edeethe mou proselthein autoi, legon hoti elabe <men> symbolon para basileos tou megalou phialen Khrysen... <Bouletai de> labein ekkaidaka mnas epi autei, hin' ekhoi analiskein eis ten trierarkhian; epeide de eis Kypron aphikoito, lysesthai apodous eikosi mnas.* Traducción y transcripción por cortesía de D. Cirilo García Villarubia.

¹⁸ *epeide hedist' <an> anthropon agein eudis ekeino to symbolon.*

1. A. 4. La *apotimema*.

Aparte de las figuras anteriores, existía una forma especial de garantía, la *apotimema*, de aplicación tanto para el caso de garantizar la devolución al pupilo por parte del tutor de los bienes del patrimonio pupilar, como así mismo, para el supuesto de garantizar la restitución de la dote en caso de disolución del matrimonio.

Dada su especificidad poco útil nos resulta a nuestro estudio.

1. B.- Dificultades de la evolución y desarrollo de estas formas de garantía.

Por tanto, de las figuras anteriores, es evidente que solo el *enechyron* en su modalidad de pacto hipotecario era interesante a los efectos de la obtención del crédito para favorecer la práctica comercial sobre todo marítima.

Para ello era preciso que se permitiera el libre desplazamiento de la cosa aunque estuviera gravada, sin que por ello el acreedor viera peligrar su crédito. Para conseguir esto, era necesario que el deudor pudiera tener la disponibilidad material de la cosa, si bien al mismo tiempo sometido una especial coacción jurídica y psicológica que impidiera que volviera a constituir garantía sobre una cosa que ya estaba previamente gravada.

Para conseguir esta última finalidad se hizo necesaria la consagración como principio jurídico indiscutible el de la *anepafia*¹⁹, y como consecuencia, el establecimiento de una sanción correlativa a la prohibición de utilizar la cosa para la obtención de nuevos créditos, al menos mientras no estuviera libre de la anterior garantía.

1. B. 1.- El Principio de la *anepafia*.

En virtud el principio de la *anepafia*, nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa, aunque le perteneciera, y por tanto, no podía volver a disponer de ella como libre, mientras estuviera sujeta a la posible reclamación de otro.

Ello implicaba, en el caso de la utilización del pacto de *hypothêkê*, la prohibición de volver a constituir garantía sobre cosa ya gravada²⁰. Si bien, un cumplimiento estricto del principio de la *anepafia* podría hacer suponer que la cosa estaría libre de posibles reclamaciones por cuanto que la propia ley ya obligaba al deudor con la prohibición de negociar nuevos créditos sobre una misma cosa, ello estaría condicionado en su eficacia, por la necesidad del establecimiento de un efectivo régimen de notificaciones y de

¹⁹ Este principio por el cual nadie puede servirse de una cosa como medio de garantía o de obtención de crédito, aunque le perteneciera y tuviera la disponibilidad material, salvo que tal cosa sea *anepafos*, esto es libre de reclamación de otro. BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano", *TDR*, Barcelona 1997, p. 68, n. 6.

²⁰ Respecto de los antecedentes de la prohibición de volver a gravar una cosa, ya previamente gravada, vid., RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, p. 9 ss. RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, 4 (1971), Tübingen, p. 173 ss.

advertencias en la contratación privada, amén de la necesidad de dejar patentes todas aquellas incidencias que afectaran a los bienes.

La cuestión, bastante interesante, es que se va imponiendo la necesidad de dar publicidad sobre los gravámenes a fin de impedir la duplicidad de los mismos sobre los bienes. Y si bien es cierto que ya en la Grecia antigua, existía un régimen de notificaciones sobre inmuebles²¹, aunque lo fuera de una forma meramente pasiva mediante la utilización de determinadas marcas -los conocidos *horoi*- en los fundos rústicos, o en los edificios urbanos, aparte de otras formas privadas de intercambios de señales, como las piezas de monedas u otros objetos entre los participantes y testigos.

Estas formas primitivas de publicitar las transacciones, que en origen era un simple medio para poder acreditar la operación efectuada, llega en su momento a sustituir la transferencia real de la posesión de los bienes, por una forma más gráfica de dar publicidad a los terceros mediante su reflejo escrito en los propios *horoi*, y después mediante una inscripción ante un magistrado²² que va a cumplir con ello una nueva finalidad. De esta forma, los *horoi* cuya función originaria no era precisamente la de notificar una prohibición, sino de advertir de la titularidad o de la existencia de un gravamen²³, acabaran asumiendo con esta formalización ante el magistrado, una función análoga a la de una inscripción o registro del gravamen²⁴.

Ejemplo de ello es el caso ya referido, recogido por Paoli²⁵, en donde la notificación se documenta sobre el *horos* situado en el propio suelo, pero el *contrato que se conserva en casa de Dínias Eunomeo*".

A pesar de las prohibiciones legales, la violación del principio de la *anepafia* debió de ser cosa frecuente, puesto que, aunque el potencial acreedor pudiera presumiblemente conocer la existencia de la carga anterior, también pudiera ser que, a pesar de ello, el deudor estuviera tentado de tratar de llevar a cabo una nueva convención que le permitiera obtener un nuevo crédito.

²¹BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la ..., op. Cit. p. 68.

²²Esta magistratura, *arkhe*, era la encargada de hacer inscribir (*anagrafesthai*) los contratos y las resoluciones judiciales a decir de FERNÁNDEZ DEL POZO (FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la propiedad en las sociedades antiguas*, Madrid 1993, p. 158, n. 394). Sobre dicha magistratura, vid., GEORGUODI, *Manieres d'archivage et archives de cités*, Cahiers de Philologie, Presses Universitaires de Lille, p. 244; y GERNET, "Sur L'obligation contractuelle dans la vente hellénique", *RIDA*, 2 (1953), p. 234.

²³PAOLI, *Studi...*, p. 185, n. 2.

²⁴FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la...*, op. Cit., p. 159.

²⁵PAOLI, "Studi di diritto attico...", op. Cit. p. 153.

1. B. 2.- La movilidad de las garantías como factor de desarrollo de la práctica comercial marítima.

No obstante el anterior principio de la *anepafia*, una incesante práctica comercial marítima, acaba por reconocer en favor del acreedor, en caso de impago por el deudor, el derecho a vender la cosa, una vez que tuviera la posesión de la misma, dándosele el nombre de *embateusis* o *embateia*.

La innovación introducida está en que dicha venta llevaba aparejada la posibilidad de distraer del producto de la misma, el importe del crédito no satisfecho. Algo que en el Derecho Ático antiguo es conocido como *hiperechonta* o *hiperochae*²⁶, lo cual tiempo después también se recoge en el Derecho Romano: el *superfluum* o remanente del valor del bien.

Y puesto que, era posible por voluntad de las partes, la introducción de la cláusula o *hypothêkê*, que permitiera sustraer al acreedor del régimen de la continuidad posesoria, dicha práctica avoca a la derogación de hecho del principio de la *anepafia*, con lo cual al final, éste deja de ser considerado como una disposición de orden público.

Con el tiempo, según Biscardi²⁷, se utiliza en la práctica comercial marítima la posibilidad de poder vender el producto que transporta la nave, y con ello sufragar el importe del crédito solicitado, lo que acabó por incorporarse a la convenciones de *hypotithenai*, o pactos por los cuales se designaban sobre qué bienes puede tomar posesión el acreedor en caso de impago de su crédito. A dichos pactos se le solía añadir una cláusula en virtud de la cual se expresaba que dichos bienes podían venderse para resarcir al acreedor de su crédito, en vez de la modalidad anterior, según la cual, el acreedor habría de permanecer con ellos en su poder en la espera de un posible rescate por el deudor.

Todo ello nos induce a pensar que no pudo utilizarse otro tipo de garantías mas que los pactos referidos (*hypotithenai*), bien, porque en el caso de la *enechyron*, por su entrega efectiva de la posesión al acreedor imposibilitaba continuar al deudor con la utilización de la cosa; bien en la *praxis epi lysei*, por que el propio acreedor se convertía en propietario de la misma cosa ofrecida en garantía, al menos hasta el pago de la deuda; o bien a la postre,

²⁶Existe un texto de TRIFONINO, recogido en D.20.4.20 (*TRYPHONINUS, Lib. VIII Disputationum*), donde se utiliza el termino *hyperocha*, y en dos ocasiones en el mismo fragmento:

querebatur, si post primum contractum tuum, antequam aliam pecuniam tu crederes, eidem debitori Seius credidisset quinquaginta, et hyperocham huius rei, quae tibi pignori data esset, debitor obligasset, dehinc tu eidem debitori crederes forte quadraginta, quod plus est in pretio rei, quam primo credidisti, utrum ei ob quinquaginta, an tibi in quadraginta cederet pignoris hyperocha finge, Seium paratum esse offerre tibi summam primo ordine creditam?. Dixi, consequens esse, ut Seius potior sit in eo, quod amplius est in pignore, et oblata ab eo summa primo ordine credita, usurarumque eius, postponatur primus creditor in summam, quam postea eidem debitori creditit.

Según MIQUEL se trata del único texto del Digesto en donde aparece la palabra *hyperocha*. MIQUEL, “El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico”, *AHDE* 29 (1959), p. 264.

²⁷BISCARDI, “El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la..”, Op. Cit., p. 70.

porque el principio de la *anepafia*, imponía directamente la prohibición de negociar nuevos créditos sobre la misma cosa.

Fue necesario que desaparecieran todos estos obstáculos, para que la posibilidad de seguir utilizando la cosa que garantizaba el crédito pudiera facilitar una práctica mercantil, en su mayor parte marítima. La razón habría que buscarla en que, en tal caso, el acreedor que fuera poseedor fácilmente podría estar tentado en reintegrarse de su deuda con la cosa, sobre la cual tiene ya la posesión, con lo cual sería difícil que éste la cediera a otros acreedores que también tuvieran derechos de crédito sobre el mismo deudor.

Aparte de la dificultad no menor de la imposibilidad de poder el deudor hacer frente al pago de la deuda si se ve privado de los medios para llevar a cabo el pago.

De todas formas, un obstáculo importante era también la prohibición de la *epidaneizein*, esto es, el préstamo de dinero con la garantía de la nave o de las mercancías transportadas. Lo que era fácilmente vulnerado mediante el simple expediente de expresar que *el deudor se sometía expresamente a la voluntad del acreedor en cuanto al valor y cuantía de los bienes que garantizaban la deuda*²⁸, y de esta manera obviar la necesidad de expresar una equivalencia entre el importe de la garantía y el valor de los bienes que la cubren.

2.- LA CUESTIÓN DE LA POSIBLE INFLUENCIA DE ESTAS FORMAS DE GARANTÍA EN EL DERECHO ROMANO POSTERIOR.

¿Es posible que tales figuras tuvieran repercusión siglos después en el Derecho romano?. La cuestión de la influencia de estas formas de garantía en el Derecho Romano, es una cuestión sumamente compleja, y sobre la cual solo se pueden apuntar algunas conjeturas de diversa índole, jurídica, económica o sociológica.

Así, desde el punto de vista jurídico, no cabe duda de la influencia del *principio de la anepafia*²⁹, según el cual nadie podía reutilizar como medio de garantía una misma cosa, aunque le perteneciera, lo cual dificultaba el volver a disponer de ella como libre, en tanto estuviera sujeta a la posible reclamación de otro. Así ocurría en el caso del *pignus datum* romano con la prohibición de volver a entregar en garantía una cosa ya gravada, lo que en Roma llevó aparejado durante bastante tiempo la sanción del crimen *stellionatus*³⁰. De

²⁸Con lo cual podía darse en la práctica que el valor real de los bienes fuera muy superior a la de la deuda pretendidamente cubierta. BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la...", op. Cit., p. 71.

²⁹BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la ...", op. Cit., p. 68, n. 6.

³⁰Es interesante destacar la monografía de GAROFALO, L., *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova 1992. Reseñada por MENTXAKA en *LABEO*, 42 (1996), 3, Napoli. Donde pone de manifiesto el estado de "abandono" en el que se ha encontrado este crimen hasta fechas recientes. Sobre el delito de *stellionatus* se puede consultar el excelente trabajo de MENTXAKA, "Stellionatus", *Bulletino dell'Istituto di diritto romano (BIDR)*, vol. XXX (XCI coll.), Milano, pp. 277 ss. En dicho artículo se recogen como antecedentes dos publicaciones sobre la materia, como son la de VOLTERRA, *stellionatus*, *Studi sassaresi*, vol. VII, (1929), Sassari, pp. 107 y ss.; y el de ZILLETTI, *Annotazioni sul crimen stellionatus*,

hecho en Derecho Romano, en el desarrollo posterior de esta figura del *pignus*, la influencia griega marcó su impronta sobre la propia terminología latina: *pignus o hypotheca*.

Incluso en el caso del *pignus conventum*, la extensión objetiva de una nueva garantía solo podía recaer sobre algo, que ya en Grecia era conocido como *hiperechonta o hiperochae*, lo cual también acogido en el Derecho Romano con la denominación de *superfluum* o remanente del valor del bien.

Desde el punto de vista económico y sociológico, la costumbre prohibía a quien aspirase a cargo público el haber ejercido el comercio hubiese sido comerciante³¹, e incluso se prohibía toda especulación económica y comercial a los senadores. Así la *Lex Claudia* (ann. 218 a.C.) prohibía a los senadores ejercer el comercio marítimo con naves que excedieran de 300 ánforas, a pesar de que no siempre se cumplían las leyes en la práctica. Esto es lo que nos dice Cicerón cuando ataca los latrocinios de Cayo Verres, quien obtuvo de los mamertinos que le regalasen una nave, afirmaba con ironía que tal vez era porque “*las antiguas leyes que prohibían tener naves a los senadores son antiguas y están muertas*”³².

Ello conducía a que solo se permitiera este tipo de actividad para aquellos caballeros que pertenecientes al orden ecuestre, destinasen sus patrimonios al transporte marítimo y a otros negocios financieros, en vez de a la actividad política o militar.

De ahí que, es fácil explicar el porqué de la escasa legislación romana en materia de comercio, siendo el Derecho Mercantil Romano un producto casuístico de magistrados y jurisconsultos, y quizás el motivo de la adopción de algunas figuras helenísticas sobre comercio y préstamos de dinero³³.

En conclusión, sobre la cuestión de si estas formas de garantía pudo influir de una manera precisa en el desarrollo de las garantías romanas, es posible que probablemente lo hizo de forma patente en la utilización terminológica de algunas de las figuras o conceptos

Archivo jurídico “Filippo Serafini”, (AG), vol. CLXI (1961), Modena, pp. 72 y ss.

³¹Criticando incluso a los magistrados que tuviesen un padre *mercenarius* o que lo hubiese sido antes. GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, MADRID 2.001, p. 22

³²*La lex Iulia repetundarum*, concedía exenciones de los impuestos municipales a las naves de no menor cabida de cinco mil modios, pero ello no regia para los senadores, ya que según el jurista SCAEVOLA, *no pueden tener naves en virtud de la ley Julia de las concusiones*. GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas...*, op. Cit., p. 22.

³³El Derecho mercantil romano es producto de iniciativas de los magistrados (que protegieron normas consuetudinarias o provinciales) y de los jurisconsultos, que interpretaban el Derecho antiguo para hacerlo aplicable al comercio. De este modo se llegó a permitir al hijo de familia y al esclavo que practicasen el comercio bajo la responsabilidad del jefe de familia. Así mismo, se adoptaron normas helénicas sobre comercio marítimo, sobre los préstamos de dinero, sobre la responsabilidad del transportista, etc. CAMACHO EVANGELISTA, *Derecho Publico ...*, op. cit., pp. 264 ss.

ya aplicados anteriormente por los comerciantes griegos, pero sin perder de vista que las figuras romanas arrancan de instituciones genuinamente latinas.

Tales cuestiones, pertenecen mas al ámbito de la especulación o de la conjetura y tendrán estoy seguro, voces mas autorizadas en su tratamiento.

Prof. Dr. LUIS MARIANO ROBLES VELASCO, Universidad de Granada, 2006

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ARTÍCULO.-

- 1 W. KUNKELL, *Historia del Derecho Romano*, Barcelona 1989, pp. 51 ss.
- 2 CAMACHO EVANGELISTA, *Derecho Publico Romano*, Granada 2001-2002.
- 3 CARCOPINO, *La vida cotidiana en Roma en el apogeo del imperio*, Roma 1939 (reimpresión 2005),
- 4 ARANGIO RUIZ, *Archi. giur.*, IV, 23 (1932).
- 5 PAOLI, "Studi di diritto attico", *Publ. Firenze* 9 (1930), pp. 344 ss.
- 6 PAOLI, "Sul diritto pignoratizio attico", *ASDGR*, Milano 1976, pp. 393-407.
- 7 PAOLI, "La datio in solutum nel diritto attico", *ASDGR*, Milano 1976, pp. 409-434.
- 8 PAOLI, "La scienza del diritto attico e le sue possibilità", *Civiltà moderna*, IV (1932), pp. 210 ss.
- 9 PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova 1933, p. 1 ss.
- 10 KRELLER, "Formula fiducia und Pfandedikt", *ZSS*, 62 (1942), p. 143.
- 11 LONGO, "Fiducia cum creditore", *Centen. Codificaz.*, (Pavia), p. 795.
- 12 BELLOCCI, "La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana", *Studi Senesi*, 85 (1973), p. 321.
- 13 ARIAS RAMOS, "La doctrina de la *conventio* y el origen de la hipoteca romana", *RDP*, 313 (1943), pp. 213-223.
- 14 AMELOTI-MIGLIARDI ZINGALE, "Una dichiarazione di *naukleros* del 237 a. C. in un papiro inédito della collezione Genovese", *SODALITAS*, 6 (1984).
- 15 RABEL, *Die Verfügungsbeschränkungen des Verpfänders, besonders in den Papyri*, Leipzig, 1909, p. 9 ss.
- 16 BISCARDI, "El régimen de la pluralidad hipotecaria desde la jurisprudencia clásica hasta Justiniano", *TDR*, Barcelona 1997.
- 17 RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, 4 (1971), Tübingen.
- 18 FERNÁNDEZ DEL POZO, *La propiedad inmueble y el registro de la propiedad en las sociedades antiguas*, Madrid 1993.
- 19 GERNET, "Sur L'obligation contractuelle dans la vente hellénique", *RIDA*, 2 (1953), p. 234.
- 20 MIQUEL, "El rango hipotecario en el Derecho Romano Clásico", *AHDE* 29 (1959), p. 264.
- 21 GAROFALO, L., *La persecuzione dello stellionato in diritto romano*, Padova 1992.
- 22 MENTXAKA, "Stellionatus", *Bulletino dell'Istituto di diritto romano (BIDR)*, vol. XXX (XCI coll.), Milano, pp. 277 ss.
- 23 VOLTERRA, *stellionatus*, *Studi sassaresi*, vol. VII, (1929), Sassari, pp. 107 y ss.
- 24 ZILLETI, *Annotazioni sul crimen stellionatus*, *Archivio giuridico "Filippo Serafini"*, (AG), vol. CLXI (1961), Modena, pp. 72 y ss.
- 25 GARCÍA GARRIDO, M.J., *El comercio, los negocios y las finanzas en el mundo Romano*, MADRID 2.001.
- 26 MENTXAKA, "Stellionatus", *Bulletino dell'Istituto di diritto romano (BIDR)*, vol. XXX (XCI coll.), Milano, pp. 277 ss.