

# Un estudio de Partsch sobre Koschaker

El *Rechtsgeschichtlich Institut* de la Universidad de Friburgo, de Brisgovia, ha editado una interesantísima recopilación de trabajos que titula «Aus Nachgelassenen und Kleineren Verstreuten Schriften», de José Partsch, muerto tempranamente el 30 de Marzo de 1925. A los que cultivan la investigación romanística y, sobre todo, a los que trabajan en el estudio del Derecho griego, es sobradamente conocida la personalidad de Partsch. Ello nos excusa de su presentación. El prólogo de esta meritísima publicación del Instituto de Historia del Derecho de la Universidad de Friburgo va firmado nada menos que por Otto Lenel, el célebre autor de «Das aedictum perpetuum» y por Fritz Pringsheim, joven y brillante profesor de la Facultad, que explica en el actual semestre de invierno un curso de exégesis de Digesto. Con la gran solvencia científica de los prologuistas queda perfectamente garantizada la calidad de la obra.

Entre los magníficos trabajos recopilados hay uno que va a ocupar por el momento nuestra atención. Es un análisis fino, eruditísimo, de la obra de Koschaker sobre la fianza en el Derecho babilónicoasirio. El subtítulo de la obra de Koschaker es «Aportación a la teoría del débito y de la responsabilidad».

\* \* \*

Sabido es que en el Derecho primitivo la promesa del deudor no engendra en él responsabilidad alguna. Este principio que V.

Amira, Puntschart, Gierke, creían propio de los Derechos del Egipto faraónico, del Derecho griego y del germánico, es reivindicado por Koschaker para el Derecho babilónicoasirio. También precisa en la ordenación jurídica de este pueblo que una cosa o una persona funcionen como objeto de responsabilidad. La fianza es la forma principal en este Derecho antiquísimo de garantizar la responsabilidad corporal de una persona. Primeramente es un tercero extraño a la relación debitoria el que afianza. Luego va abriéndose paso la idea de que sea el propio deudor quien afiance su obligación, el deudor pasa a ser fiador de sí mismo y *responde* de este modo de su promesa debitoria.

En las fuentes babilónicas y en las asirias de los siglos VIII y VII antes de J. C. el fiador es designado como «protector», como «alivio» del deudor, como «mano» de éste. En los formularios asirios de la fianza, el fiador es el «señor de la mano» (*amēl gātā, bēl gātā, bēl gātāti*) y la constitución de la fianza se lleva a efecto por el acto de estrechar la mano. Nos hallamos, sin duda, frente a un acto simbólico que en las fuentes de Derecho primitivo ofrece una cierta uniformidad, pues la afirmación de que el verbo latino *promittere* haya sido originariamente un *manum promittere* adquiere cada día mayor consistencia. La interpretación filológica de los textos babilónicos concernientes a la fianza expresan la misma idea de intervención «en favor de» que expresa la preposición alemana *für* o la española *por*.

En cuanto al contenido jurídico del símbolo y de las palabras que aparecen consignados en las fuentes, no es otro que la conceptuación del fiador como objeto de indemnización (*Ersatzobjekt* de los alemanes), en el caso en que el deudor no cumpla o en el caso en que no se produzca el resultado prometido. La uniformidad terminológica puesta de relieve por Partsch es sorprendente. En efecto: la voz sánscrita *pratibhu* significa fiador, y descompuesta en sus elementos integrantes nos hallamos con que *prati* denota equivalencia, igualdad, resarcimiento del daño por la indemnización, y *bhu* es un verbo igual a ser, devenir. Por eso las versiones inglesas de los comentarios hindúes a los libros de los sabios traduce libre, pero acertadamente, la palabra *pratibhu* por «hombre de indemnización». Y lo mismo podemos decir de la voz griega *prognos* o *proegnos*, de la alemana *fürstand*, de la voz vi-

cessor de las fuentes longobárdicas. Todas ellas ofrecen una significación muy parecida a las palabras babilónicas *nâhis puti*, que equivalen a «dar la mano por», es decir, a la prestación de fianza.

En el Derecho griego el fiador se hallaba, en cierto modo, a cubierto por la acción de reembolso que le correspondía contra el deudor principal. Gierke y Amira han difundido la opinión según la cual en el Derecho germánico el fiador tiene un derecho de prenda sobre la persona o el patrimonio del deudor principal. En este Derecho la constitución de la fianza se realizaba por el rito de la vara. En las fuentes longobárdicas el acto constitutivo de la fianza es descrito del siguiente modo: el deudor entrega una vara al acreedor y éste a su vez la entrega al fiador; por la aceptación de la vara nace en este último (según la interpretación de los germanistas) el derecho de instar la ejecución contra el deudor principal, porque, según Gierke (1) y Buch (2), con el símbolo del poder doméstico el fiador adquiere la facultad de dirigirse contra el patrimonio del deudor, o, si se prefiere la opinión de Amira (3), porque la toma de la vara por el fiador equivale a la aceptación por éste del mandato del deudor, surgiendo naturalmente de esta relación de mandato en el mandatario el derecho a ser indemnizado por el mandante de los perjuicios que el mandato le ocasione. Se origina, según esta opinión, una *actio mandati contraria*, o lo que los alemanes llaman con expresión más concisa el derecho a la *Schadloshaltung*.

Los documentos babilónicos y asirios contienen a este respecto, según Partsch, una rica serie de sugerencias. El fiador en estos documentos es llamado, como queda dicho, «señor de las manos». Koschaker halla en las más antiguas fuentes jurídicas babilónicas que el fiador aprehende o libera las manos del deudor, asidas por las del acreedor. En documentos del tiempo de Amisadugas se evidencia que en la ejecución instada por incumplimiento de la prestación debida se produce una intercesión semejante a la del *vindex*. Por este rito, luego que la mano o las manos del deudor son liberadas, realiza la prestación el intercedente. Piensa el autor

(1) «Schuld u. Haftung», 273 y sig., 288 y sig.

(2) «Die Übertragbarkeit von Forderungen im deutschen mittelalterlichen Recht.» Breslau, 1912, p. 92 y sig.

(3) «Der Stab.», 145 y sig. «Die Wadiation», p. 24 y sig.; p. 35 y sig.

que esta intercesión se produce como el acto de la *manum depellere* en la acción ejecutiva de la *manus injectio*. En el libro IV, 21-25 de las Instituciones de Gayo se describe ésta de modo lapidario: «Qui agebat—escribe—sic dicebat: *Quod tu mihi iudicatus sive damnatus es sestertium x milia, quandoe (según Eisele quando te) non solvisti, ob eam rem ego tibi sestertium x milium indicati manum inicio*, et simul aliquam partem corporis eius prendebat: nec licebat iudicato *manum sibi depellere* et pro se lege agere, sed vindicem dabat qui pro se causam agere solebat.» «El deudor perdía, dice Wenger (1), por la manus injectio la posibilidad de defenderse... El vindex que eventualmente intervenía por él debía pagar inmediatamente o impugnar el débito y con ello paralizar el proceso de la manus injectio.» En los documentos del tiempo de Amisadugas se describe este hecho de la intercesión del siguiente modo: El acreedor tiene asidas las manos del deudor con las suyas, y el que intercede desase las manos del deudor. Sin embargo, en fuentes del tiempo de Amurabis, nada indica que el acreedor tenga asidas las manos del deudor y parece muy probable que el intercedente realice un acto muy semejante a la manum depellere del Derecho romano. La primera forma podía interpretarse como un acto simbólico por el que el deudor quedaba liberado al quedar desasido por el intercedente, quien a su vez quedaba obligado frente al acreedor por el hecho de ofrecer la mano a éste. Pero si se acepta que el fiador del documento del tiempo de Amurabis funciona de modo idéntico al vindex romano, surge, como muy atinadamente piensa Partsch, una grave dificultad. En efecto: ¿cómo discernir en aquel tiempo el vindex que se subroga en la responsabilidad del deudor liberando a éste de la ejecución, de aquel otro que verifica esta liberación ilegítimamente, de quien las fuentes romanas dicen que *vi exemit*? Sea de ello lo que quiera, resulta incontrovertible que el fiador libere al deudor de la ejecución del acreedor, surgiendo por ello la subrogada responsabilidad del vindex. El intercedente que toma las manos del deudor y las libera de las del acreedor obra de modo muy semejante al fiador griego que recibe al deudor de manos del acreedor; y precisamente, confirmando poderosamente este punto de vista, Koschaker, en la página 62 del

(1) «Inst. des römischen Zivilprozess». München, 1925, p. 216.

libro que comentamos, se refiere de modo expreso a los documentos neobabilónicos en que se menciona la entrega del deudor al fiador.

\* \* \*

Pero la fianza tiene un doble aspecto: el aspecto de promesa obligatoria y el de la responsabilidad que lleva aparejada, es decir, el aspecto del *Schuld* y el de *Häftung*.

Entre las formas de fianza del Derecho babilónico surge primamente la llamada por los alemanes *Gestellungsbürgschaft* o fianza de presentación. En esta forma, el fiador promete únicamente que el deudor permanecerá en el lugar del cumplimiento. Si cuando procede el fiador *presenta* al deudor, la obligación del primero queda agotada. Si, por el contrario, el fiador no presenta al deudor en tiempo oportuno, hay indicios documentales que permiten asegurar que el acreedor puede hacer presa en el fiador, si ese éste no ofrece al acreedor el pago de una suma.

Y con esto vamos a ocuparnos de otra forma de garantía, la garantía de pago. En ella el fiador declara querer presentar al deudor a su debido tiempo para que el propio deudor realice la prestación, prometiendo, en caso contrario, el fiador realizarla él mismo. En este caso el fiador es llamado «fiador para el pago».

Sin embargo, del estudio pacientísimo de las fuentes induce Koschaker que originariamente el fiador babilónico, lo mismo que el griego y el germánico, responde únicamente de que el deudor, como objeto de ejecución, no se sustraiga al acreedor. Por eso el poder de aprehensión sobre el deudor reconocido al fiador (*Zugriffsmacht*).

Por la constitución de la fianza pierde el acreedor probablemente el derecho de aprehender al deudor.

Esta concepción de la fianza va aparejada a la tesis del mismo Koschaker, según la cual la ejecución personal precipitaba en un estado de esclavitud irremisible. Si el fiador consigue liberarse de su responsabilidad por la presentación del deudor, el acreedor recibe con el cuerpo de éste una como indemnización por el resultado jurídico que la obligación hacía esperar y que no se produjo. Sólo paulatinamente va abriéndose paso la idea de que por la promesa de cumplimiento es posible al fiador realizar él mismo la prestación, aun después de originarse su responsabilidad por la

no presentación del deudor. En principio no era así. Partsch dice textualmente: «Luego que el deudor se sustrajo al acreedor y que dejó de producirse el resultado garantido, no puede primitivamente el fiador realizar la prestación aunque ésta sea de carácter fungible» (1).

En general, con carácter absoluto, es arriesgado afirmar que la garantía por el pago del deudor es una formación jurídica más reciente que la garantía de presentación. «El fiador griego, como el germánico, dice Partsch, *promete que el deudor pagará*, ya en aquél estadio del desenvolvimiento jurídico, en que la responsabilidad por la presentación figura en plano relevante, *Vordergrund*.» La aportación de Koschaker no excluye que esto ocurre también en el Derecho babilónico. En efecto: este autor admite que en la deuda solidaria el codeudor es fiador del otro codeudor, garantiza que este otro *pagará* el total del débito.

En la fianza de presentación el fiador responde únicamente por la presentación del deudor. El *prognos tu somatos* de la tabla de Heraclea no puede entenderse, según Partsch, como responsable con su cuerpo; responde de que el cuerpo del deudor sea entregado al acreedor. Sólo por la entrega del deudor queda libre, lo mismo que el fiador babilónico.

Esto, piensa Partsch, pudiera explicar la solución negativa a la cuestión que Scaevola se plantea en el fr. 62, t. 1, l. XLVI D.: «Si fideiussor—dice—creditori denuntiaverit, ut debitorem ad solvendam pecuniam compelleret, vel pignus distraheret, isque cessaverit, an possit eum fideiussor doli mali exceptione summovere? Respondit, non posse.»

Interesantísimos resultan los estudios de Koschaker sobre la responsabilidad solidaria, la cual, según él, es una fianza recíproca. La responsabilidad del deudor correal en la época justinianea corresponde al patrón helénico. En éste la responsabilidad solidaria surge sin necesidad de acudir a la fianza recíproca. El fin práctico de la institución es crear una responsabilidad plural, de modo que el acreedor pueda exigir de todo deudor el importe íntegro del débito, y en forma que la prestación realizada por uno de los deudores libere a los demás. Koschaker, estudiando las fuentes del

(1) *Burgschaftsrecht*, I, 22, 195.

Derecho babilónico, halla que el codeudor funciona frente al acreedor común como fiador de su codeudor. Pero esta opinión de Koschaker ofrece un punto vulnerable. En efecto: para Koschaker el acreedor tiene derecho a exigir de cada deudor el total importe, no obstante deber cada deudor su parte respectiva en el débito. Pero he aquí la objeción: admitir que el deudor debe tan sólo su parte respectiva y negar que el acreedor deba darse por satisfecho con la prestación de ésta, constituye una dificultad insuperable si no se recurre a la relación interna entre los deudores para explicar esa antinomia conceptual, y aun así...

Interesantísimos los datos que confirman la descomposición de la obligación en sus dos elementos integrantes: débito y responsabilidad. También en el Derecho babilónico hallamos rastros de *Schuld* y *Haftung*. Ambos elementos confluyen luego en la *autofianza* del deudor.

La promesa debitoria abstracta, lo que los alemanes llaman *Verpflichtungsschein*, aparece también en este Derecho antiquísimo en el documento llamado *wultim*, que significa, como la palabra latina *obligatio*, vínculo o atadura. En él se menciona el importe del débito, se designan el acreedor y el deudor, expresándose que la deuda carga sobre este último, se enuncia la promesa debitoria. Es una promesa abstracta, porque no se indica la causa de obligar. También el *wultim* revela la sujeción de una persona por el negocio de responsabilidad. El lenguaje jurídico babilónico, según Koschaker, posee un término técnico para designar el crédito, el aspecto activo de la obligación (denominación poco precisa); en cambio, carece de vocablo que exprese la deuda del deudor (*Leistungssollens* de los alemanes).

Esta promesa de obligación escrita y abstracta, que es el *wultim*, entraña la corporal responsabilidad del deudor; es decir, que por efecto del *wultim* está obligado a ponerse a disposición del acreedor para su propia ejecución. Koschaker llega a la interesantísima conclusión de que el *wultim* originariamente era la autofianza del deudor, coincidiendo así en orden al Derecho babilónico con la opinión que Mitteis sostuvo para la *stipulatio* romana de la época clásica.

En nuestra opinión Partsch ahonda más en la verdadera esencia del *wultim*. Concibe este documento como confesión de un préstamo ficticio, siendo tal confesión, y no la autofianza, el punto ori-

ginario de la responsabilidad. Sólo una dificultad debilita la opinión de Partsch. Koschaker hace referencia a la garantía de evicción en la venta de esclavos, esta garantía constituye una fianza y esta forma de fianza es denominada *wiltim* en una ley neobabilónica. Este testimonio parece dar la razón a Koschaker, porque sólo resulta explicable cuando el *wiltim* se considere como fianza.

Interesante es también la garantía prendaria en la venta neobabilónica de esclavos. La estipulación de garantía obliga al vendedor en el Derecho babilónico lo mismo que en el romano. Son frecuentes en las ventas las cláusulas de este tenor: «Si se entablare reclamación sobre el esclavo, el vendedor, luego que haya apartado esta reclamación (*bereinigen*=depurar) lo entregará al comprador.» Es decir, que el vendedor promete la futura defensa y garantiza la posesión después de vencer en el litigio sobre la propiedad de lo vendido.

También es usual en el Derecho babilónico la asunción de la garantía de evicción por un tercero. Es corriente celebrar el contrato de compraventa a presencia de quien pudiera alegar derecho sobre la cosa vendida. La fórmula es: el contrato se celebró a presencia de A (ma asâbi sa A). Es decir, que, como interpretan Kohler y Peiser, la persona que pudiera reclamar la cosa interviene como testigo en el negocio de venta. Sin embargo, no es ésta una fórmula genuinamente específica del Derecho babilónico; ya Partsch hace notar que en los Derechos griego y egipcio intervienen los parientes con derecho a reclamar como covendedores. Puede tratarse aquí de un verdadero *seundus auctor* que comancipa, y en tal caso la función que le incumbe no puede, en realidad, diferir mucho de la que corresponde al tercero, que asume la garantía por la evicción.

El sabrosísimo estudio de Partsch es una tentadora invitación a la lectura del libro de Koschaker.

JOSÉ SANTA CRUZ TEIGEIRO,

Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia y  
Pensionado en Alemania por la Junta para Ampliación de Estudios.