

Estado era dueño del suelo, pero los soldados le cultivaban sin otra limitación ni condición que estar dispuestos para el servicio militar cuando la situación lo exigía. Aquella especie de servicio de guarnición, de régimen parecido al de las colonias militares de la frontera austro-turca, reemplazó al canon que pagaba el enfiteuta ordinario. Es indudable que en esto fundaron los reyes bárbaros el feudalismo. Habían visto funcionar la enfiteusis varios siglos, y muchos veteranos que guardaban la frontera tenían también origen, y acaso idioma, germánicos. La proximidad de modelo tan fácil de imitar explica por qué los reyes francos y lombardos quisieron asegurar los servicios militares dando á los soldados tierras; y por qué los beneficios tomaron en seguida tendencia hereditaria, á igual de la enfiteusis, que, aun sujeta al contrato original, pasaba casi siempre á los herederos del enfiteuta.

Es indudable que los beneficiarios, como después los señores de los feudos, debieron servicios poco propios de un colono militar, y nunca prestados por el enfiteuta. Aquel deber de respeto y gratitud al superior feudal, su ayuda para dotar á la hija y armar al hijo, la sujeción á su tutela en la menor edad y otros detalles debieron de copiarse de las relaciones establecidas en Roma entre el patrono y el libertado. Pero se sabe que los primeros beneficiarios acompañaban al soberano, lo cual, por brillante que parezca, envuelve notas de servidumbre. La persona que servía en su corte al soberano perdía algo de aquella libertad personal completa que constituye el privilegio más alto del propietario alodial.

CAPÍTULO IX

HISTORIA PRIMITIVA DEL CONTRATO

Pocas proposiciones generales relativas á este siglo son de tan fácil aceptación como ésta: «la sociedad actual se distingue de las anteriores principalmente por el gran lugar que ocupa el contrato en ella». Algunos de los fenómenos en que descansa esta proposición se señalan y comentan frecuentemente con elogio. Fácil es observar que en todos aquellos casos en que el derecho antiguo fijaba irrevocablemente la posición de un hombre desde la cuna, el moderno le permite crearla él mismo por contratos; las raras excepciones que aún existen de esta regla se denuncian á diario con apasionada indignación. Así, por ejemplo, la principal cuestión en la controversia aún reinante sobre la esclavitud de los negros es si el esclavo pertenece ó no á las instituciones del pasado y si la relación de obrero y patrono, única que admite la moral moderna, debe ó no estar determinada exclusivamente por contrato.

El reconocimiento de esta diferencia entre los siglos pasados y el presente forma la esencia de las investigaciones modernas más notables. Es indudable que la economía política, única rama de ciencias morales que ha progresado mucho en nuestro tiempo, no respondería á la realidad si el derecho imperativo siguiera completamente en el lugar que antes ocupaba, sin dejar á los hombres la facultad de imponerse reglas de conducta con una libertad desconocida anteriormente. Las personas versadas en la economía política tienden á considerar la verdad general de su ciencia como de carácter universal, y cuando pasan á las aplica-

ciones de arte se esfuerzan generalmente por aumentar el dominio de los contratos y reducir el derecho imperativo á lo indispensable para la ejecución de los mismos.

El impulso dado por estos pensadores comienza á notarse fuertemente en el mundo occidental. Los legisladores ya han casi confesado que no pueden seguir la actividad humana en sus descubrimientos, invenciones y manejo de capitales; y el derecho, aun en los países menos avanzados, tiende á ser una simple superficie en que se muevan reglas contractuales, de variación constante, sólo sometidas á él en la observancia de los principios fundamentales y en el castigo de la mala fe.

Los estudios sociales respecto de los fenómenos jurídicos están tan atrasados, que es natural no hallar estas verdades en los lugares comunes propagados acerca del progreso. Estos lugares comunes responden mas bien á los prejuicios que á las convicciones. La gran repugnancia de casi todos los hombres á creer progresiva la moral entra por mucho al discutir las virtudes de que depende el contrato; y así muchos niegan instintivamente que la buena fe y la confianza son más generales que en otro tiempo, y que hay algo en las costumbres contemporáneas igual á la fidelidad del mundo antiguo. Este prejuicio se fortalece de tiempo en tiempo por el nacimiento de fraudes no conocidos antes, de asombrosa complicación y de criminalidad irritante. Pero el mismo carácter de estos fraudes demuestra claramente que, para ser posible, han debido desarrollarse antes considerablemente las obligaciones morales que violan. La confianza que tiene y merece la mayor parte, es quien da á la menor facilidades para la mala fe; de suerte que los ejemplos de gran improbidad demuestran la escrupulosa honradez que reina generalmente en los asuntos y que en algunos casos favorece los impulsos criminales.

Si se buscan los datos del derecho sobre la historia de la moralidad, no en la parte de contratos, sino en la de delitos, hay que tener cuidado de leer correctamente. La sola forma de engaño en el antiguo derecho era el robo; y actualmente, el último capítulo del derecho criminal inglés es el que castiga los fraudes del mandatario. De lo cual no se deduce que los primeros romanos fuesen más morales que

nosotros, sino, por el contrario, que la moral grosera de entonces se ha refinado después; que se consideraba el derecho de propiedad como el único sagrado, mientras hoy merecen la protección de la ley penal los que nacen de un acto de confianza por parte de una persona.

Las definiciones de los jurisconsultos acerca de esto no son más exactas que las opiniones de la multitud. Las ideas de los jurisconsultos romanos son contrarias á la historia verdadera del progreso moral y jurídico. Llamaron ellos contratos *juris gentium* á los constituidos solamente por el vínculo de las partes; la expresión indica que, aunque sin duda fueron los últimamente conocidos en Roma, tenían más antigüedad que aquellos otros que podían anularse, tanto como por falta de consentimiento ó fraude, por la inobservancia de alguna formalidad técnica. Pero la antigüedad á que aludían los jurisconsultos era vaga, oscura é ininteligible, si no se la explicaba por el presente; y sólo cuando el lenguaje de los jurisconsultos fué adoptado, en época en que aún no se comprendían las formas de su pensamiento, fué cuando se estimó claramente que el contrato *juris gentium* era conocido de los hombres en el estado natural. Rousseau adoptó el error jurídico y el popular. En su disertación sobre la influencia de la ciencia y del arte en la moral, primera obra que llamó la atención y en la que formuló más en absoluto sus opiniones, cita muchas veces, como rasgos de la inocencia primitiva, borrados después por la civilización, la veracidad y la buena fe atribuidos á los antiguos persas; y más tarde halló en la doctrina del pacto social la base de todas sus especulaciones. El pacto social es la forma más sistemática del error que combatimos.

Esta teoría, que hicieron importante las pasiones políticas, se apoya totalmente en las especulaciones de los jurisconsultos. Cierto es que los ingleses famosos que primeramente la apoyaron, buscaban en ella ante todo su uso político; pero nunca hubieran tenido idea de ella á no haber sostenido tanto tiempo los políticos sus disputas en la lengua del derecho. Los autores ingleses de esta teoría comprendieron la amplitud especulativa por que fué tan simpática á sus herederos los franceses; sus escritos demuestran

que la creían capaz de explicar todos los fenómenos políticos. Ellos habían notado el hecho, ya visible en su tiempo, de que la mayoría de reglas positivas nacían de los contratos, y pocas del derecho imperativo; pero ignoraban la relación histórica de estos dos elementos de la jurisprudencia, ó no se cuidaban de ella. Más bien que para satisfacer sus gustos especulativos imaginaron la teoría de proceder de un solo origen todo derecho para refutar las que hacían derivar de Dios el derecho imperativo. En otro estado de inteligencia, la teoría no hubiese sido sino una ingeniosa hipótesis ó una fórmula verbal; pero su siglo estaba bajo el imperio de las supersticiones jurídicas. Tanto se había hablado del estado natural, que ya no resultaba paradoja, y fué fácil dar realidad visible y definida al origen contractual del derecho considerando el pacto social como hecho histórico.

Nuestra generación se ha desprendido ya de estos errores jurídicos, parte por la desaparición del estado intelectual que los dió origen, y parte porque ya no se formulan teorías sobre tales puntos. La ocupación favorita de las inteligencias de hoy para responder á aquellas investigaciones sobre el origen de la sociedad, consiste en el análisis de ésta, según aparece á nuestros ojos; sólo que, aun sin apelar á teorías, este análisis degenera á veces en pura curiosidad, haciendo incapaces á los que le emprenden de comprender estados sociales distintos de los suyos; y el error de juzgar los hombres de otro tiempo por la moralidad de ahora, es igual al de creer que todos los engranajes de la sociedad moderna tienen su contramarcha en las sociedades primitivas.

Ideas semejantes ocupan gran espacio, hábilmente disfrazadas, en libros históricos escritos á la moda actual. Así se encuentran sus huellas en el dominio del derecho, donde frecuentemente es alabado el apólogo sobre los trogloditas, de las *Cartas persas* de Montesquieu. Estos trogloditas eran un pueblo donde se hizo sistema la violación de los contratos y que fué destruido por completo. A través de la moral del autor, como crítica de una herejía antisocial del siglo xvii y del nuestro, nada hay que reprochar en el apólogo; pero sería error grave y contrario á la historia del derecho suponer indispensable para la vida social, como en las ci-

vilizaciones avanzadas, el carácter sagrado de los contratos y de las promesas. De hecho, aun en ese mismo apólogo, los trogloditas fundaron Estados prósperos y poderosos, sin cuidarse de los vínculos contractuales.

Hay que notar ante todo que, en las sociedades primitivas, el hombre apenas crea para sí derechos ni obligaciones: las reglas á que obedece nacen, primero de la condición en que ha nacido, y después de las órdenes dictadas por el jefe de la casa. En este régimen hay poco lugar para los contratos. Interpretando bien los testimonios históricos, los miembros de una familia no pueden contratar entre sí, ni la familia está obligada nunca por los vínculos que forme cualquiera de sus miembros inferiores. Una familia puede contratar con otra, un jefe con otro; pero este asunto tiene iguales naturaleza y requisitos que la venta de un inmueble, y el descuido de una fórmula anula la obligación. El deber positivo que resulta de que un hombre cuente con la palabra de otro, es una de las conquistas más lentas de una civilización en marcha. Ni el derecho ni los demás documentos históricos muestran sociedad alguna en que falte el contrato por completo; pero la idea de él, en un principio, es evidentemente rudimentaria. En cualquier texto antiguo fidedigno, el hábito intelectual de obligarse á las promesas es todavía imperfecto; y se mencionan sin censura y á veces con aprobación actos de evidente perfidia. Así, en la Iliada, la hipocresía de Ulises aparece como una virtud, igual que la prudencia de Nestor y la bravura de Aquiles.

En el derecho antiguo es aún más clara la diferencia entre la forma primitiva y la adelantada del contrato. Nada hay, al principio, semejante á la intervención de la ley para obligar á cumplir una promesa: lo que sanciona la ley no es la promesa, sino las solemnidades. Estas tienen tanta y más importancia que la promesa misma; el delicado análisis que el derecho perfeccionado aplica á las condiciones individuales en que se acuerda un contrato, lo aplican los antiguos á las palabras y signos que entran en la ceremonia. Ninguna obligación es eficaz si se omiten ó disponen mal las fórmulas; pero si éstas se cumplen, nadie puede litigar sino por violencia ó fraude en la promesa.

Claramente se ve en la historia del derecho la transfor-

mación sufrida por aquellas ideas hasta llegar al contrato moderno. Primero se dispensaron partes del ceremonial; después se simplificaron las otras y pudieron ser omitidas; luego empezaron á hacerse sin ceremonias ciertos contratos; y de éstos dependen la actividad y la energía de las relaciones sociales. Separado poco á poco de las formalidades, el vínculo mental vino á ser elemento único de interés para el juriconsulto. Los romanos llamaron pactos ó convenciones á estos vínculos mentales manifestados por actos; y desde que se vió en ellos el nudo del contrato, la jurisprudencia tendió á suprimir formas y ceremonias. Sólo se conservaron las necesarias para garantizar la autenticidad y probar que se obra seriamente y con deliberación. Así se desarrolló plenamente la idea del contrato, ó, como dicen los romanos, fué éste absorbido por el pacto.

Es muy instructiva la historia de estos cambios en Roma. Conocida es de todos los versados en latinidad histórica la palabra con que se designaba primeramente el contrato, *nexum*, como los contratantes *nexi*; expresiones dignas de anotarse por la singular dureza de la metáfora que expresan. La idea de quedar atados los contratantes por un fuerte lazo ó cadena, influyó hasta el fin del derecho romano sobre los contratos, y desde allí se ha mezclado con las ideas modernas.

¿Qué significa este *nexum* ó lazo? La definición de los anticuarios latinos: «*omne quod geritur per aes et libram*», ha dado lugar á muchas perplejidades, y requiere explicación. Se sabe que el cobre y la balanza son los instrumentos de la emancipación antigua, solemnidad con que se transmitía la propiedad de los bienes de primera clase en Roma; y así ocurre la dificultad de que la definición citada confunde los contratos y las transmisiones; dos cosas, no sólo distintas, sino opuestas en la filosofía del derecho. El derecho perfeccionado distingue claramente ambas cosas en el *jus in re* y el *jus ad rem*: las transmisiones crean el *jus in re*, ó derecho de propiedad, y los contratos el *ad rem* ú obligación; cómo, pues, pueden ser ambas cosas comprendidas en la misma expresión general? Esta dificultad y otras análogas dependen de suponer erróneamente en una sociedad aún no formada una facultad perteneciente á un estado intelectual avanzado:

la de distinguir en el pensamiento ideas confundidas en la realidad. Se sabe que hubo un estado social en que las transferencias y los contratos se confundían de hecho; y no se separaron estas concepciones hasta que se adoptaron formas distintas de transferir la propiedad y de obligarse.

Conocemos bastante el antiguo derecho romano para imaginar el modo de transformarse las ideas y el lenguaje en la infancia del derecho. El cambio se efectuó por el paso de lo general á lo especial; las antiguas ideas y especulaciones se fueron especializando poco á poco. Una idea jurídica antigua respondía, no á una sola, sino á muchas ideas modernas: una expresión jurídica designaba igualmente varias cosas que en el derecho moderno tienen nombres especiales. Examinando la historia del derecho en su último grado, se ve que las ideas subordinadas se han ido separando poco á poco, y que los nombres generales se han sustituido por otros especiales. La antigua idea no se ha borrado, pero comprende sólo algunas de las ideas que antes comprendía, como permanece el antiguo nombre, pero respondiendo sólo á una de las funciones que designaba en otro tiempo.

Muchos ejemplos hay de este fenómeno. Así, el poder patriarcal parece imaginado con el mismo carácter para todo, y designado con solo un nombre. El mismo poder ejercía el ascendiente sobre la familia que sobre los bienes, los ganados, los esclavos, la mujer ó los hijos. Sin asegurar su primitivo nombre en Roma, parece que fué el de *manus*, á juzgar por las frases relativas á aquel poder en que entra dicha palabra. Pero á medida que aquel derecho progresó, se especializaron el nombre y la idea, distinguiéndose poco á poco la diferencia del poder según su distinto objeto. El poder sobre los bienes materiales y los esclavos se llamó *dominio*; sobre los hijos, *potestad*; sobre las personas cuyos servicios ha transmitido su ascendiente, *mancipium*; sobre la esposa, *manus* todavía. No acabó completamente la antigua palabra, pero sólo designaba ya una especialidad del poder que antes designaba por entero.

Por este ejemplo se comprende la naturaleza del lazo histórico que unía los contratos y las transmisiones. Sin duda, primeramente, una sola ceremonia, *nexum*, se empleaba en

todos los asuntos solemnes, y las mismas formas servían para transferir los bienes que para el contrato. Separadas después ambas ideas, llega una época en que ocurre un doble cambio. El asunto realizado con el cobre y la balanza para la transmisión de bienes, empieza á llamarse *mancipatio*. El que tiene por objeto el contrato, empieza á llamarse *nexum*.

Hablar de varias ideas jurídicas confundidas en otro tiempo en una sola, no es decir que una sea más antigua que las otras, ni negar que predomine sobre ellas después de formadas. Al continuar una idea jurídica largo tiempo abarcando distintas concepciones, para las que sólo se emplea una expresión, consiste en que los cambios prácticos del derecho primitivo se realizaron siempre mucho antes de que se les notara y diera nombre. Aunque el poder patriarcal no distinguiera al principio los distintos objetos que comprendía, es indudable que el ejercido por los padres sobre los hijos fué el origen de la antigua concepción de este poder, y que, igualmente, el primer uso del *nexum*, sobre todo para los que se servían de él, fué el dar solemnidad á la enagenación de bienes. Una desviación de sus funciones primitivas hizo quizá al *nexum* aplicable en los contratos; pero tan pequeña fué la innovación, que no debió ni de notarse. Así quedaron el antiguo nombre por no sentirse necesidad de otro nuevo, y la antigua idea, por falta de motivo para entrar á examinarla.

Un ejemplo claro de esto lo ofrece la historia del testamento. Sólo á fuerza de ser distinta de las otras transmisiones de propiedad llegó á diferenciársela; y aun así, pasaron siglos hasta que se descartó del testamento la mancipación solemne, para mirar en él solo la voluntad del testador. La historia del contrato no es tan clara como la del testamento, pero hay datos para creer que fué al principio un nuevo empleo del *nexum*, y que sólo se separaron cuando se vió la gran importancia práctica de la separación. Esto es sólo una conjetura sobre el desarrollo del contrato, pero no produce violencia.

Tómese la venta al contado como tipo normal del *nexum*: un esclavo, por ejemplo. El vendedor lleva el esclavo; el comprador las barras que hacen de moneda, y un tercero,

el *libripens*, la balanza. Se entrega al comprador el esclavo, con ciertas formalidades; y el cobre, pesado por el *libripens*, al vendedor. Durante la ceremonia ha habido *nexum* y las partes eran *neai*; una vez terminada, termina el *nexum* y pierden las partes su nombre. Demos un paso en la historia del comercio; supongamos que el esclavo ha sido entregado, pero no pagado el precio. En este caso, el *nexum* ha acabado para el vendedor con la entrega de la cosa, pero sigue para el comprador hasta que acaba el asunto. Luego el *nexum* significaba ya la trasmisión del derecho de propiedad y á la vez la obligación personal del deudor por el precio. Adelantemos más: representémos una ceremonia puramente formal en que nada se entrega ni se paga, y habremos llegado al punto de más alta actividad comercial: la compra venta con plazo.

Es muy importante el hecho de que el vulgo y los jurisconsultos hayan mirado tanto tiempo el contrato como una venta incompleta. Los trabajos del siglo XVIII sobre el estado natural pueden resumirse en la proposición de que «en la sociedad primitiva la propiedad no era nada y la obligación lo era todo», y se ve que la realidad de los hechos más bien prueba lo contrario. Por otra parte, la misión histórica de la trasferencia y del contrato envuelve un hecho que sorprende á veces como un enigma al erudito y al jurista: la uniforme y extraordinaria severidad del derecho antiguo con los deudores y las extrañas facultades conferidas al acreedor. La prolongación artificial del *nexum* para dar plazo al deudor, demuestra su posición ante la opinión y el derecho. El estado del deudor era una anomalía, y la suspensión del pago un artificio y una violación de las reglas. Por el contrario, se miraba favorablemente al que cumplía toda su parte de contrato; y nada más natural que dar facilidades para cumplir una formalidad que, en derecho estricto, no debía diferirse nunca.

Así la palabra *nexum*, que significaba al principio transmisión de propiedad, vino á significar contrato; de tal modo que se inventó un término especial, *mancipium*, para la transmisión efectiva de la propiedad. Entonces, separados de las transmisiones los contratos, acabó el primer período de la historia de éstos; pero aún faltaba mucho para llegar

al tiempo en que la promesa de las partes fuese más sagrada que las formalidades para hacerla. Para conocer los cambios ocurridos en este intervalo, conviene detenerse en un punto realmente extraño á nuestro objeto: el análisis del contrato, según los juriconsultos romanos.

Este análisis, la más hermosa prueba de su sagacidad, baste decir que lo fundaban en la diferencia de la obligación y el pacto. Bentham y Austin suponen condiciones esenciales de un contrato: 1.º la manifestación del que se obliga, sobre la *intención* que tiene de hacer ó consentir lo contratado; 2.º la manifestación del otro contrayente, sobre su *creencia* de que el contrato será cumplido. Estos principios son virtualmente los mismos de los juristas romanos; pero, á los ojos de éstos, el producto de esas manifestaciones era solamente un pacto. El pacto era el resultado del acuerdo de dos personas sobre un punto; para ser además contrato, se necesitaba que el derecho añadiese una obligación. Un contrato era un pacto, más una obligación. Mientras faltaba ésta, el pacto se llamaba *nudo*. ¿Qué era la obligación? Los juristas romanos la definían: *juris vinculum quo necessitate adstringimur, alicujus rei solvenda*. Así se unen la obligación y el *nexum* en la metáfora común que expresan, y se ve claramente la historia de una idea particular. Obligación es el lazo ó *cadena* con que el derecho une á las personas á consecuencia de actos voluntarios. Entre los actos que producen la obligación, están principalmente el contrato y el delito, el pacto y la falta; aunque hay otros varios que producen la misma consecuencia, sin haber en esa clasificación exactamente. Conviene añadir que el pacto no creaba la obligación por necesidad moral: era la ley, en la plenitud de su poder, quien la añadía al pacto; lo que importa anotar especialmente porque algunos intérpretes modernos del derecho civil, con ideas particulares de moral ó metafísica, han sostenido doctrinas diferentes.

La imagen del *vinculum juris* se halla en todo el derecho romano de contratos y delitos. Unidas las partes por la ley, la cadena sólo se rompe por una *solutio*, expresión también figurada, equivalente, en parte nada más, á pago. La permanencia del lenguaje figurado explica una particularidad de aquella fraseología: que la palabra obligación significaba

derecho y deber al par; como derecho de recibir una suma y deber de pagarla. Conservada enteramente la metáfora de la cadena legal, no se dió preferencia á un fin sobre otro.

En el derecho romano perfeccionado, casi siempre acompañaba la obligación al pacto, produciéndose el contrato, que era el fin apetecido. Pero llama la atención la época intermediaria, en que se necesitaba aún más que el consentimiento para nacer la obligación, época de la famosa clasificación de los contratos en verbales, escriturarios, reales y consensuales, careciendo de eficacia todos los demás. El sentido de esta clasificación se comprende con sólo distinguir la obligación del pacto.

Cada clase de contratos se designaba por las formalidades necesarias á más del consentimiento. En el verbal se necesitaban ciertas fórmulas verbales después de acordado el pacto; en el escriturario la inscripción en un libro de cuentas; en el real la entrega de la cosa sobre que versaba. En suma: dos contratantes habían de estar de acuerdo en todo caso; pero si no hacían más, ni se obligaban uno á otro, ni podían exigirse el cumplimiento del pacto, ni la reparación por incumplimiento. Sólo cuando se cumplían las formalidades determinadas se completaba el contrato, cuyo nombre dependía de la forma más agradable á las partes. Vamos á examinar las excepciones de este procedimiento.

He enumerado los contratos por su orden histórico, no por todos seguido igualmente. El contrato verbal fué, sin duda, el más antiguo; primogénito del primitivo *nexum*. Hubo muchas clases de contratos verbales, pero el más importante, único de que se ocupan los autores, es la *estipulación*, formada por la pregunta de quien recibía la promesa y la respuesta del promitente. La pregunta y la respuesta constituían el elemento exigido por las ideas primitivas, á más del consentimiento, para añadir la obligación al pacto. El antiguo *nexum*, pues, transmitió al derecho posterior: primeramente la noción de una cadena que ata á las partes y que constituye la obligación; después, la de una ceremonia que acompaña y consagra el convenio, y que se convirtió en estipulación. La transformación de la transferencia solemne, signo característico del *nexum* primitivo,

en una pregunta y una respuesta, sería difícil de entender si nos faltara la historia del testamento: donde vemos cómo se separó la transferencia de la parte de ceremonia relacionada inmediatamente con el asunto hasta llegar ésta á abandonarse.

Como la pregunta y la respuesta de la estipulación eran, sin duda, forma simplificada del *nexum*, podemos considerarlas como una formalidad jurídica. Sería un error creer que los antiguos jurisconsultos buscaban solamente en ellas medio de dar á las partes la utilidad de la reflexión. Útiles eran por esto, según fué reconocido; pero el testimonio de los autores demuestra que en el origen hicieron función de ceremonias; que una pregunta y una respuesta no eran bastantes para constituir la estipulación, pero que convenía hacerla en términos de derecho apropiados al caso del contrato.

Si bien es esencial para la historia del contrato comprender que la estipulación fué una forma solemne antes de reconocerla como garantía útil, no debemos negar su utilidad verdadera. El contrato verbal, aunque disminuyendo su importancia, duró hasta el fin del derecho romano: y es seguro que ninguna institución de éste se conservó mucho tiempo sin presentar ventajas prácticas. Sorprende á cierto autor inglés que los romanos, aun en los primeros tiempos, se contentasen con impedir tan débilmente la precipitación y la irreflexión. Pero considerando que en aquel estado social era difícil la prueba escrita, la pregunta y la respuesta, aun imaginadas sólo por su utilidad en este punto, deben parecer un procedimiento muy ingenioso.

El que recibía la promesa, *stipulator*, era quien presentaba los términos del contrato en la pregunta, y el que prometía contestaba. «¿Prometes entregarme tal esclavo, en tal lugar y en tal día?»—«Lo prometo». Ahora bien, esta necesidad de forma interrogativa cambiaba la posición natural de las partes y, cortando la conversación, impedía distraerse sobre una promesa peligrosa. Actualmente la promesa verbal resulta, por lo común, de la forma que emplea el promitente. En el antiguo derecho romano se procedía de otro modo; hecho el pacto, se necesitaba que el receptor de la promesa la redujese toda á una pregunta solemne; y de

la pregunta y la respuesta conformes se hacía prueba en justicia, no de la promesa en sí misma, que carecía de fuerza obligatoria.

Los estudiantes del derecho romano, que tropiezan casi todos en la estipulación, comprenderán fácilmente la importancia que tiene en los contratos esta particularidad sencilla de la distinta redacción. Cuando nosotros queremos, hablando de un contrato, referirle á una de las partes para facilidad de la expresión, para hablar, por ejemplo, del contratante en general, siempre nos referimos al que promete. Pero las expresiones del derecho romano son distintas; miran el contrato desde el punto de vista del receptor de la promesa; y, hablando de un contratante, designan siempre al *stipulator*, al que propone la cuestión. La utilidad de la estipulación aparece aún más clara en los ejemplos de los autores dramáticos. Leídas por entero las escenas en que existen esos fragmentos (como en Plauto: *Pseudolus*, acto 1.º, escena 1.ª, y acto 4.º, escena 6.ª; *Trinummus*, acto 4.º, escena 2.ª), se ve bien que la persona que iba á hacer una promesa había de fijarse mucho en la pregunta, so pena de caer fácilmente en una mala empresa.

La formalidad del contrato por escrito, para completar el pacto, era anotar la suma debida en un libro de cuentas, cuando podía ser determinada. Se explica este contrato en las costumbres domésticas romanas por la regularidad grande y sistemática con que llevaban antiguamente las cuentas. Algunas dificultades de aquel antiguo derecho, por ejemplo, la naturaleza del peculio del esclavo, sólo se comprende recordando que una casa consistía en un número de personas que rendían al jefe cuentas, y que todo artículo de ingreso y gasto se anotaba en un borrador y se pasaba después al gran libro general de la casa.

Sin embargo, hay ciertas obscuridades en las descripciones del contrato por escrito, dependientes de que disminuyó con el tiempo la costumbre de las cuentas; por lo que la expresión «contrato por escrituras» vino á designar una misión distinta que en su origen. Por eso no podemos decir, hablando del contrato primitivo por escrito, si bastaba una inscripción en el libro del acreedor, ó era necesario que el deudor consintiese ó hiciese otra inscripción en los suyos.

Sin embargo, el punto esencial está demostrado; el de que en este contrato bastaba cumplir una condición para quedar libre de toda formalidad. Esto es un paso nuevo hacia adelante en la historia de los contratos.

El contrato real, que sigue en orden histórico, fué un gran progreso en las ideas morales. Cuando el objeto del contrato, como ocurre en casi todos los simples, era la entrega de una cosa determinada, bastaba efectuar la entrega para originar la obligación. Esto supone una gran innovación en las antiguas ideas contractuales, porque es indudable que primeramente el derecho no reconocía un pacto al que faltase la forma de la estipulación. El que prestaba dinero sin esta formalidad, no podía reclamarlo en justicia. Pero en el contrato real, indudablemente por motivos de moralidad, la ejecución por una de las partes ataba legalmente á la otra. Por vez primera las consideraciones morales entraron de este modo en los contratos; diferenciándose el real de los dos anteriores en fundarse en esas consideraciones y no en respeto á formas jurídicas ni deferencia á las costumbres domésticas romanas.

Llegamos á la cuarta clase, de contratos consensuales, los de más interés é importancia de todos. Cuatro contratos nominados entraban en esta clase: el mandato, la sociedad, la compra-venta y el arrendamiento. Al afirmar anteriormente que el contrato era un pacto á que se unía una obligación, he hablado de los actos ó formalidades con que esta unión era permitida por la ley. Decía esto por la utilidad de las expresiones generales; pero para ser correcto este lenguaje, ha de entenderse á la vez en sentido positivo y negativo. Porque, en realidad, lo que distingue estos contratos es que no requieren formalidad alguna, fuera del mismo pacto.

Se han dicho muchas cosas insostenibles y otras muchas obscuras sobre estos contratos, hasta afirmar que en ellos el consentimiento mutuo era más solemne que en los otros. Pero la palabra «consensual» sólo significa que la obligación va unida inmediatamente al consentimiento. El *consensus*, consentimiento mutuo de los partes, es aquí el elemento definitivo del pacto: el carácter especial de dichos cuatro pactos es que el contrato existe por el solo consenti-

miento de las partes. El *consensus* lleva en sí la obligación, y llena en todos esos contratos las funciones que en los otros llenan la estipulación, el libro ó la cosa entregada. La palabra «consensual» no ofrece la menor anomalía: es exactamente análoga á real, verbal y escriturario.

Los cuatro contratos consensuales son, sin duda, los de más uso é importancia. La mayor parte de la actividad social está en comprar y vender, arrendar, asociarse para negocios y dar y recibir poderes; y esta consideración, sin duda, guió en Roma, como en la mayoría de las sociedades, á librar esos contratos de formalidades jurídicas, para poner las menos trabas al movimiento social. Como estos motivos no eran sólo de Roma, el comercio con los pueblos vecinos debió de dar frecuentes ocasiones de observar que esos contratos se hacían en todas partes consensuales, obligatorios por sólo el consentimiento: y por eso, como de costumbre, los creyeron de *jus gentium*. Esta designación, sin embargo, no era muy antigua. Las primeras nociones de *jus gentium* nacieron quizá mucho antes del pretor peregrinus, pero para serles familiar el régimen contractual de las demás comunidades italianas, se necesitó un comercio extenso, que no hubo hasta que Italia se pacificó del todo, y se aseguró por completo la supremacía de Roma. No obstante, aun siendo quizá los contratos consensuales los últimos de aquel régimen, y reciente la calificación de *juris gentium*, esta calificación ha hecho creer modernamente que eran muy antiguos. Realmente, al convertirse el *juris gentium* en derecho natural, se creyó que los contratos consensuales eran los más propios del estado de naturaleza, y esto produjo la singular creencia de que cuanto más joven es la civilización, es más simple la forma del contrato.

Los contratos consensuales eran pocos, pero originaron en la historia del derecho un período de que derivan todas las modernas nociones del contrato. El acto volitivo que forma el pacto se aisló y se hizo objeto de estudio particular; la forma se separó de la noción del contrato; y los actos externos quedaron como sola manifestación del ánimo interior. Además, los contratos consensuales entraron en el *jus gentium*, y de esto se dedujo á poco que representaban las obligaciones admitidas é incluidas en el código de la natu-

raleza. Así se puede ya comprender algunas distinciones célebres de los juristas romanos, como la de la obligación natural y la civil. La persona aún no llegada á la madurez intelectual, que hacía conscientemente un contrato, contraía obligación natural, á pesar de su incapacidad para obligarse. Esa obligación no tenía fuerza ejecutiva, pero era reconocida por el derecho. Se diferenciaba principalmente de la nula en que podía ser confirmada civilmente, en cuanto el contratante adquiría la capacidad que le faltaba.

También en aquel período de separación del pacto y el contrato debió de nacer otra doctrina singular de los jurisconsultos; que, aunque sólo el contrato servía como base de una acción, el pacto podía ser invocado como medio de defensa. No cabía intentar acción sobre un pacto no completado con las formas para el contrato requeridas; pero se podía combatir la acción nacida de un contrato, alegando y probando un pacto de esa clase. Así, contra la acción para el pago de una suma podía excepcionarse que, por simple pacto, el acreedor había perdonado ó aplazado la deuda.

Esto demuestra la vacilación de los pretores en la mayor de sus reformas. Miraron con predilección, por la teoría del derecho natural, los contratos consensuales y los pactos respectivos, pero no se atrevieron á dar á los otros la misma libertad. Por eso, confiada á ellos la dirección del procedimiento, y no queriendo destruir la regla de que el litigio se basara en un contrato, admitieron el pacto en lo restante del procedimiento. Sólo que llegados aquí, tenían que adelantar aún más; y el día que anunció el edicto del pretor que admitiría las acciones de equidad, fundadas en pactos no contractuales, solamente con tener causa, la revolución del derecho antiguo de contratos se consumó definitivamente. El derecho romano perfeccionado admitió ya todos los pactos de esa clase, llevando el contrato consensual á sus últimas consecuencias. Realmente, si hubiera sido tan fácil á los romanos alterar el lenguaje como las teorías legales, los pactos admitidos por el pretor se hubieran también llamado contratos consensuales. Pero el lenguaje es lo último que se modifica en derecho; y siguieron llamándose pactos pretorios. Repetamos que el pacto sin causa continuó sin ampa-

ro de la ley, y que no era eficaz sino convirtiéndole en contrato por la estipulación.

Me he extendido tanto en la historia del derecho de contratos para evitar innumerables errores. Se ha visto la marcha de las ideas desde una época muy remota hasta nuestros días. Primero el *nexum*, mezcla de contrato y transferencia, en que las formalidades que acompañan al primero son más importantes que él mismo. Después la estipulación, forma simplificada de una ceremonia antigua. Luego el contrato por escrito, con abandono de formalidades, bastando para su prueba la rígida observación de las costumbres domésticas. Más tarde el contrato real, en que se reconoce por vez primera los deberes morales, y en que las personas ligadas por la ejecución parcial del contrato no pueden alegar contra él la falta de formalidades. Por último, los contratos consensuales, en que se mira solo la disposición moral de los contratantes, sin otras circunstancias externas que las necesarias para probar la intención.

No se sabe hasta dónde la marcha de las ideas romanas, de una concepción grosera á otra refinada, equivale á la marcha universal del pensamiento en materia de contratos. El derecho de contratos de las demás sociedades antiguas se conoce poco ó nada; y el moderno está demasiado penetrado del romano para ofrecer contrastes ni paralelos propios de ninguna deducción. Sin embargo, como no hay nada violento, ni maravilloso, ni obscuro en los cambios relatados, es racional creer que la historia del contrato en Roma sirve de tipo á la concepción jurídica de las demás antiguas sociedades.

Hay puntos, no obstante, en que el derecho romano no representa la marcha de los otros sistemas. La teoría del derecho natural es romana exclusivamente, como, también, á mi juicio, la idea del vínculo de derecho. Así, todos los extremos del derecho romano perfeccionado de contratos y delitos en que entran esas ideas, combinadas ó separadas, son producto exclusivo de una sociedad sola. En estos puntos, por consecuencia, no está la importancia en ser tipo del progreso universal de las ideas, sino en haber influido poderosamente sobre el desarrollo intelectual moderno.

Nada más admirable que el gran número de ciencias á

que el derecho romano, el de contratos sobre todo, ha dado formas de pensamiento, modos de razonar y tecnicismo. Fuera de la física, en casi todas las materias que han excitado la curiosidad intelectual moderna, se han infiltrado las ideas romanas. La metafísica pura es más bien de origen griego; pero la política, la filosofía moral y la teología inclusive han hallado en el derecho romano, no sólo frases, sino un nido en que sus más profundas investigaciones florecieron y crecieron.

Para explicarse este fenómeno, ni es imprescindible observar la relación misteriosa de las ideas y las palabras, ni averiguar si el espíritu humano ha podido apropiarse materiales de estudio sin tener previamente palabras y métodos para ello. Basta notar que, al separarse los intereses filosóficos del mundo oriental y del occidental, los pensadores de éste pertenecían á una sociedad que hablaba y pensaba en latín, y que la única lengua bastante precisa para tratar materias filosóficas era la del derecho romano, en que, por singular fortuna, se conservaba entera la pureza del siglo de Augusto, mientras el latín vulgar era ya enteramente bárbaro.

Al mismo tiempo que para dar exactitud á la expresión, servía el derecho romano para dar al pensamiento precisión, delicadeza y profundidad. Lo menos tres siglos fueron extranjeras en Occidente la filosofía y la ciencia; aunque la metafísica y la teología metafísica ocupasen la atención de muchos romanos, el idioma de aquellos ardientes trabajos era el griego, y su teatro la parte oriental del imperio. Cuando alguna vez las conclusiones de aquellas controversias eran tan importantes que necesitaban la aprobación ó desaprobación de todos, el Occidente se ocupaba en ellos, pero generalmente para aceptarlas sin resistencia ni interés. Sólo una rama de estudios, difícil para los más laboriosos, profunda para los más sutiles, delicada para los más refinados, siguió con atracción para las clases más cultas de Occidente: el derecho; sólo el derecho sustituía para el hombre culto, en Africa, España, las Galias é Italia del N., á la poesía, la historia, la filosofía y la ciencia.

Lejos de ser misterioso este marcado carácter jurídico del pensamiento occidental, es realmente el único posible.

Lo que sorprende es la poca atención que se ha prestado á la diferencia que un elemento nuevo introdujo entre las ideas teológicas de Oriente y Occidente. La separación de estos imperios con la fundación de Constantinopla, hace época en la historia de la filosofía sólo por la poderosa influencia que el derecho empezó á adquirir. Los pensadores del Continente no aprecian bien la importancia de esta crisis, porque las ideas que toman del derecho romano están mezcladas con las mismas suyas. Los ingleses, por su parte, no la aprecian por efecto de la monstruosa ignorancia á que se condenan, de la fuente más notable de la ciencia moderna y de la civilización total romana. Pero un inglés puede, mejor que un francés ó un alemán, comprender las afirmaciones antes hechas, si estudia el derecho romano clásico; precisamente por el poco interés con que lo estudian sus compatriotas. Conociendo el derecho romano, tal como allí se practicaba, y observando la diferencia de la teología y filosofía de Occidente con los trabajos intelectuales anteriores, se puede apreciar sanamente cuál era el nuevo elemento que había entrado á dirigir los estudios científicos.

La parte de derecho romano que más ha influido sobre las otras ciencias, es la relativa á las obligaciones, contratos y delitos. Los mismos romanos comprendían bien las ventajas de la terminología abundante y maleable de aquella parte del derecho, á juzgar por el empleo de la palabra *quasi*, añadida á contrato y á delito. La palabra así empleada, es sólo un término de clasificación. Es un error el de los críticos ingleses que confunden los *quasi*-contratos con los contratos tácitos; estos son contratos verdaderos y aquéllos no. En los contratos tácitos, los actos y las circunstancias significan lo que las palabras en los propiamente dichos; y para la teoría de la convención, igual es una cosa que otra. Pero el *quasi*-contrato no es contrato del todo. El ejemplo más común del *quasi*-contrato es la relación establecida entre dos personas, pagando una á otra dinero por error. El derecho, por consideración á la moral, obliga al que lo ha recibido á su reembolso; pero falta la convención, que es el elemento más esencial del contrato.

La palabra *quasi*, antepuesta á otra de derecho romano, significa una idea ligada á ésta por gran analogía ó seme-

janza superficial. No es que ambas ideas formen una, ni que sean de igual género; antes bien se excluye la identidad, sino que se parecen lo bastante para ser clasificadas juntas, y que se emplea en una rama del derecho el lenguaje de otra sin destruir ni violentar las reglas que, en otro caso, se expresarían mal.

La confusión de los contratos tácitos, contratos verdaderos, con los cuasi contratos, es análoga, según sutil observación, al error famoso de atribuir á un pacto de origen los derechos y deberes políticos de gobernantes y gobernados. Mucho antes de darse precisión á esta teoría, se usaba ya el lenguaje del derecho romano de contratos para describir la reciprocidad de deberes reconocida siempre entre el soberano y los súbditos. Cuando llenaban el mundo aquellas máximas en que se afirmaba la necesidad de la obediencia absoluta al rey, máximas deducidas del Nuevo Testamento, pero cuyo verdadero origen era el recuerdo del despotismo de los Césares, no se hubieran podido expresar los derechos correlativos de los súbditos, á no haber dado el derecho romano de contratos un lenguaje suficiente para expresar la idea, incompletamente desarrollada todavía.

No se debió de perder de vista, desde el comienzo de la historia occidental, el antagonismo entre los privilegios del rey y sus deberes con los súbditos; pero, durante el feudalismo, que limitaba de hecho las pretensiones teóricas enormes de casi todos los soberanos europeos, la cuestión sólo pudo interesar á pocas personas y á algunos escritores teóricos. Pero en cuanto el feudalismo decayó y se inutilizaron las constituciones de la edad media, y la reforma desacreditó la autoridad del Papa, la doctrina del derecho divino de los reyes adquirió más importancia que nunca. El vuelo que tomó la doctrina exigió más aún el empleo constante del lenguaje del derecho romano, y una controversia empezada en forma teológica vino á ser, más cada día, una disputa jurídica.

Ocurrió entonces un fenómeno repetido muchas veces en la historia de la opinión. Mientras las razones en favor de la autoridad real tomaban cuerpo en la doctrina de Filmer, del lenguaje del derecho de contratos en favor de los súbditos nació la teoría de un contrato positivo entre el rey y el

pueblo; teoría que en manos de los ingleses y después, y sobre todo, de los franceses, llegó á servir de explicación á todos los fenómenos sociales y jurídicos. Pero la única relación real del derecho y la política está en que aquél dió á ésta las ventajas de una terminología plástica. El servicio del derecho romano de contratos, para explicar la relación de soberano y súbdito, es el mismo que en esfera más humilde prestó para definir la relación nacida del cuasi contrato: de él se tomaron frases y palabras suficientes para expresar exactamente las ideas que nacían respecto á obligaciones políticas. La doctrina del contrato primitivo no puede elogiarse más que lo ha hecho el doctor Whewel, al afirmar que, aunque errónea, «puede ser una forma útil para expresar verdades morales».

El gran empleo del lenguaje jurídico en política antes de la invención del contrato primitivo, y la gran influencia posterior de esta hipótesis, explican la abundancia de palabras é ideas de los jurisconsultos romanos en la ciencia política. Pero en la filosofía moral esa abundancia nace de otra cosa: de que los moralistas han acudido más directamente al derecho romano, y con más conciencia de lo que le deben. Al hablar de filosofía moral en este sentido, me refiero á cómo se comprendía antes de Kant, como ciencia de las reglas que dirigen la conducta de los hombres, y de su interpretación y limitaciones.

Desde que nació la filosofía crítica, la frase ciencia moral ha perdido casi todo su antiguo sentido; salvo en países donde aún se conserva bajo la forma corrompida de la casuística, aún cultivada por los teólogos católicos, en los demás es sólo una rama de la ontología. No hay escritor inglés moderno, salvo el doctor Whewel, que comprenda la filosofía moral como era antes de absorberla la metafísica y de hacerse la discusión de las bases de la moral más importante que la de sus reglas.

Pero mientras la ciencia moral ha estudiado las reglas de conducta prácticas, el derecho romano la ha influido, poco ó mucho. Primeramente era una rama de la teología, como todos los grandes objetos del pensamiento moderno. La teología moral, como se llamó al principio y aún la llaman los teólogos católicos, se componía de principios tomados al