

provisiones propias al objeto, armonizar las maniobras militares, y para realizar estos fines es necesaria una autoridad centralizada que procure una obediencia instantánea; para los aparatos destinados á la sustentación nada de esto es necesario: ni la rapidez, ni la especialidad, ni la precaución: los diversos géneros de alimentos producidos tienen que satisfacer las necesidades de un consumo, que no varía sino en límites relativamente reducidos; la demanda de vestidos y otros productos apenas se alteran, si bien las acciones del aparato productor deben hacer frente á las necesidades de la guerra, ellas, no dejan de presentar una uniformidad relativa. Es por tanto preciso que exista otra especie de aparato regulador; y este se produce como el aparato de sustentación se desarrolla. En las primeras épocas las ocupaciones son á menudo de tal naturaleza, que no permiten la separación de la autoridad que regula las operaciones defensivas de la que dirige las de sustentación, porque estos dos géneros de función son estrechamente unidos: entre los Mandanos, los Comanches, los Gondios..... y otros pueblos se reconoce que los gobiernos políticos é industriales son idénticos. Un progreso parcial, esbozando una distinción de poderes, no los separa del todo: en muchos pueblos el jefe personalmente dirige los trabajos, fija los precios ó recoge las mercancías, repartiendo su valor á los propietarios, pero con deducciones considerables que se aplica.<sup>1</sup>

Pero cuando la organización social es muy avanzada, la autoridad se desdobra y al lado del jefe ordinario hay un jefe comerciante, que llega hasta á asumir carácter de funcionario, como pasaba en Guatemala y México, antes de la conquista europea. "Estos hechos tienen analogía con estados por los que la Europa civilizada ha pasado hasta la revolución, porque después de ella, aunque la autoridad del Esta-

<sup>1</sup> Entre los pueblos que el autor transcrito enumera, se cuentan los Santalos, los Cukíes, los Khondos, los Polinesios, los Neo-zelandeses, los Tongueses, los de San Salvador, los Mundrucus y otros, en los que el jefe interviene en las operaciones de la producción, de la circulación y del consumo.

do no ha cesado de ser considerable, ha disminuído mucho y es por otros medios por los que la industria se ha acomodado á sus necesidades...." Y ahora, si á estas épocas primitivas en que la organización rudimentaria es sometida á la autoridad del jefe, si á estas épocas intermediarias en que la organización industrial desarrollándose pasa bajo una autoridad política, en parte separada del Estado, comparamos una época posterior como la nuestra, caracterizada por una organización industrial preponderante, percibiremos que esta organización ha acabado por constituirse una autoridad en el fondo independiente. No es el Estado el que ahora fija los precios y prescribe los métodos; prefiriendo el ligero obstáculo de escasos libertinajes, deja á los ciudadanos adoptar la ocupación que les agrada; la ley no regula la cantidad de productos del suelo ó de manufacturas que podrán ser exportados é importados; no impone tal mejora, ni prohíbe los malos métodos; sino que los ciudadanos hacen sus negocios como mejor les parece, sin más obligación legal que ésta: cumplir sus contratos, no hacer mal á sus vecinos. ¿Cómo su actividad industrial se ajusta á las necesidades de las circunstancias? Es, gracias á un aparato internuncial por cuyo medio encuentran los diversos órganos industriales, unos en otros, estimulantes ú obstáculos por consecuencia del alza ó baja en el consumo de sus productos respectivos, y por el cual también reciben todos un estimulante cuando se verifica un consumo superior por causa de guerra. Los mercados de las principales ciudades en que las transacciones regulan los precios de los granos, de los ganados, del algodón, de las lanas, de los metales ó del carbón, muestran las relaciones variables de la oferta y de la demanda; en fin, las noticias de estas transacciones esparcidas por la prensa, conducen á cada localidad á aumentar ó disminuir el trabajo de su función especial. Además, en tanto que los diversos distritos conforman su actividad á la autoridad de los centros de negocios de su localidad, la Metrópoli en donde todos estos distritos son repre-

sentados por casas ó agencias, tiene su mercado y su bolsa en donde se opera la nivelación general de todas las demandas presentes y futuras, que establece un equilibrio justo entre el trabajo de las diversas industrias. Esto quiere decir, que al lado del aparato regulador político, se ha formado un aparato regulador industrial, esto es, en realidad un *plexus* de ganglios que llena su función coordinadora de una manera independiente.

Entonces, ¿cuál es el papel que el Estado moderno debe asumir en las convenciones privadas y hasta qué límite éstas deben tener un regulador independiente?

Cuando se ha señalado la evolución del organismo social, cuando se ha visto cómo se precisan y definen las funciones del Estado, se ha podido llegar á comprender hasta qué punto pueden llegar á ser libres los individuos para contratar, y hasta dónde puede ser independiente del órgano político en los Estados modernos el órgano regulador de la producción, de la circulación, de la distribución y del consumo; porque, en efecto, sea cual fuere la función de la concurrencia, ella debe estar subordinada á la existencia del grupo. Ahora bien, esta existencia no puede ser, sino en tanto que el órgano político tenga facultad para intervenir en todos aquellos contratos que ataquen directa ó indirectamente á la función militar ó primaria y á la distribuidora de la justicia ó derivativa, función derivativa de la primera, porque ella ha nacido para los Estados primitivos de la necesidad de asegurar la fuerza militar de la agrupación, reprimiendo los ataques intestinos y resolviendo las controversias entre particulares, no en tanto que actos agresivos al derecho, sino como actos perturbadores de la unión, de la coordinación de las fuerzas y de la cooperación armónica de las unidades agregadas; pero función derivativa que por sucesivas transformaciones se diferenció de la militar y adquirió el carácter propio y elevado de *justicia*.

La primera función, la de defensa internacional, legitima

y autoriza las limitaciones á la libertad de contraer, que reclamen las relaciones de los pueblos, y bajo ese aspecto son indiscutibles, por ejemplo; la facultad del Estado de prohibir los contratos de exportación de armas, municiones, víveres, etc., en tiempo de guerra y castigar á sus autores; la de impedir que un particular, inventor ó perfeccionador de útiles ó aparatos de guerra, enajene su patente ó enseñe su invención á Estados extranjeros, aún durante la paz; la de prohibir á los extranjeros la adquisición de bienes raíces situados en las fronteras y otras semejantes.

La función secundaria, la distribuidora de justicia, impone al Estado el deber de regular las relaciones jurídicas entre los particulares, pero con carácter interpretativo, es decir, como supletorio de la voluntad de los contrayentes y no limitando su libertad para estipular lo que creen más conforme á sus intereses; porque, lo hemos dicho, el Estado es un mal regulador de los fenómenos de producción, circulación y consumo, y es un regulador superior el interés personal favorecido por la concurrencia. Y como únicas prescripciones de derecho público, como únicas bases fundamentales no derogables del derecho civil de los contratos, el Estado deberá establecer el consentimiento omnipotente para crear obligaciones civiles, la libertad de convención, la nulidad de todo convenio que enajene en absoluto esa libertad, la prescripción general (salvo excepcionales casos) de que ningún contrato puede derogarse por voluntad ó hecho de alguno de los contrayentes, la nulidad de todo contrato en que el consentimiento sea obscuro ó haya sido viciado, la declaración de que los contratos no pueden aprovechar ni perjudicar á los terceros, y finalmente, deberá prohibir las vinculaciones y limitar el número de derechos reales para favorecer la libre concurrencia. Además, en nombre de la justicia, que consagra como fundamento de toda sociedad, un derecho familiar en el que las ventajas concedidas estén en razón inversa de los méritos, establecerá beneficios y nulidades en

favor de los menores, concediendo sólo á éstos ó á sus representantes el ejercicio de aquéllos. Y cómo el Estado ha asumido la función represiva de los delitos, como que ella se funda, ella nace de la necesidad de la propia conservación, y como, por otra parte, si bien no es el encargado de educar los sentimientos morales y formar las buenas costumbres, porque corresponden á la esfera privada y á la vida familiar, si sería contra la noción del Estado que prestara su apoyo y autoridad á los actos inmorales ó impúdicos, deberá negar su sanción coercitiva á los convenios que violen las leyes penales, la moral ó las buenas costumbres é imponer la nulidad de tales actos como preceptos de orden público, tanto más cuanto que siendo ataques directos ó indirectos á la prosperidad de la agrupación, no pueden decirse destinados á la función económica, única que hemos reconocido como regulador independiente de las funciones privadas. Así la función secundaria preconiza y justifica un nuevo grupo de disposiciones de orden público: garantizando unas, la libertad de contraer en todas sus formas, manifestaciones y consecuencias; estableciendo otras, incapacidades inspiradas en la protección á los menores, necesaria para la conservación de la sociedad; prohibiendo una tercera subdivisión los contratos que infrinjan las leyes penales; y negando una cuarta, finalmente, la sanción política á los actos inmorales ó contrarios al pudor, bajo la forma de incapacidades como cuando se trata de locos, dementes, etc., ó bajo la forma de nulidades.

¿Son estas todas las disposiciones de orden público que pueden restringir la libertad de contraer? Nó; el Estado necesita de una organización y de bienes con que poder verificar sus funciones. De aquí un tercer grupo de prescripciones de orden público, nacidas unas de la división de poderes y régimen constitucional y originadas otras de la necesidad de recaudar contribuciones ó de régimen fiscal.

Tal es el *desideratum* de la ciencia en orden á la inter-

vención que el Estado moderno debe ejercer en los contratos de los particulares; *desideratum* fundado en el conocimiento de las causas que han hecho nacer y desarrollar la organización política y de las que han producido el cambio de la estructura militar antigua en la profundamente industrial de los modernos pueblos civilizados.

Una investigación general nos ha hecho concebir las conclusiones que sobre el papel del Estado dejamos establecidas: una investigación particular de la evolución del contrato las confirmará y nos demostrará que son aplicables al estado actual en que México y muy especialmente el Distrito Federal se encuentran.

Sin pretender hacer un estudio detallado que no me permiten los límites de esta tesis, sobre las transformaciones del contrato, emprenderé una ligera disquisición histórica.

Sabido es que los pueblos primitivos se caracterizan porque la costumbre, la tradición, las supersticiones religiosas ó el jefe, determinan en sus más nimios detalles y limitan, el número de las convenciones apoyadas por la sanción política; sabido es que el consentimiento es por sí solo impotente á crear vínculos de derecho y muy poco interviene en la celebración de los contratos, porque el ritual solemne, la solidaridad familiar en las obligaciones y la sanción penal que se pone en manos del acreedor, se oponen abiertamente á considerar el consentimiento como la fuente de obligaciones. Y todo esto es explicable: el escaso sentimiento de la personalidad produce la tiranía de los jefes y la sujeción completa de los súbditos; el poco desarrollo intelectual y moral se manifiesta por una imposibilidad de concebir que un acto inmaterial como el simple consentimiento produzca obligaciones y deberes; y cuando el cambio de objeto por objeto, y más tarde la compra desarrolló el espíritu de contrato en los pueblos primitivos, cuando el trueque ó la venta admitió por la primera vez el plazo para la entrega del objeto ó del precio, el espíritu salvaje incapaz de tener la idea abstracta

del derecho, y susceptible solo de comprender las cosas, materializó la obligación; conformándose á sus concepciones groseras, la informó en objetos tangibles y la obligación se acompañó de solemnidades y fórmulas que representaron á la imaginación un lazo, una cadena material con que el deudor quedaba sujeto al acreedor. Y como las ideas religiosas con el respeto profundo á los antepasados, á los manes y á los dioses en que se confundían, llevaban como elemento importante la sanción religiosa en la sanción humana, la intervención divina en la intervención política, fué natural que á la celebración de un contrato, cuyo cumplimiento quedaba dilatado para lo futuro, concurrieran las solemnidades materiales, índice de la sujeción del deudor y las solemnidades religiosas, índice del auxilio divino, produciendo las primeras las sanciones penales que acompañan á la obligación civil en el derecho primitivo, y las segundas la solidaridad familiar, la de la gens ó la tribu con relación á otra en los derechos y en las obligaciones de su jefe.

Tales son los caracteres obligados del contrato primitivo, en el que casi desaparece el consentimiento, caracteres que se observan en Egipto,<sup>1</sup> en la India,<sup>2</sup> en Judea,<sup>3</sup> en Grecia,<sup>4</sup> y en los primeros tiempos de Roma.

1 La mezcla de los preceptos jurídicos, morales y religiosos, las rígidas instituciones de castas, el absolutismo de los soberanos, deben necesariamente importar la reglamentación del trabajo, la exclusión de ciertas personas de determinados oficios, la desigualdad en las obligaciones, las numerosas prohibiciones causadas por ideas supersticiosas y que trababan el movimiento de la propiedad.... El modo con que los papiros demóticos describen la condición de los trabajadores, no deja lugar á duda de que el trabajo estaba reglamentado. Había muchas restricciones para la venta del suelo, especialmente cuando se trataba del terreno consagrado á Ammón (Revillout).... Las leyes sobre deudas, recordaban la ferocidad de la época prehistórica: quien no pagaba sus deudas era adjudicado á sus acreedores. Boccorio prescribió las reglas especiales de los contratos (Diódoro,) de las cuales nos han quedado un gran número y en las que se ve como están envueltas en fórmulas religiosas y aun en inmensas formalidades civiles. Se prescribió que el interés del capital no podría exceder del treinta por ciento, ni ser mayor que el principal, ni verificarse á interés compuesto. Se prohibió la adjudicación del deudor al acreedor; pero se permitió que un hombre llegase á ser esclavo de otro por vía de contrato. D' Aguanno. La génesi e L' evoluzione del diritto-núm. 231.

2 Las relaciones obligatorias en la India se presentan muy semejantes á las del

La circunstancia de ser este último pueblo el que transformó más radicalmente el derecho, desde las toscas y groseras concepciones del *jus quiritium* hasta la elevada doctrina de la equidad; la circunstancia de ser conocidas en sus detalles las derogaciones graduales verificadas en el antiguo derecho civil, me obliga á detener un momento la atención sobre la nación Romana.

Comenzó como principian todas las naciones: con un número muy limitado de contratos admitidos por el derecho civil, con embolismos y rituales, con derechos absolutos del acreedor y con obligaciones solidarias en todo un grupo, fa-

Egipto. El trabajo se encontraba muy reglamentado, los artesanos se reunían en corporaciones y constituían clases especiales en las que los matrimonios se reclutaban entre los de la misma clase y el hijo era obligado á seguir el mismo oficio que el padre. El precio de las mercancías, la producción y venta de los objetos, las horas de trabajo, todo era regido por el legislador indio. En el código de Manú se lee: "El rey fija reglas para la venta y compra después de haber considerado en todas las mercancías de qué distancia vienen, si de país extranjero, á qué distancia van, cuánto tiempo se necesita, la ganancia que pueda hacerse, &c. Cada cinco días, á lo más cada quincena, según que el precio de los objetos es más ó menos variable, el rey fija el precio de las mercancías. Pasa lo mismo en los valores de los metales preciosos, las pesas y las medidas que cada seis meses se les sujeta á nuevo examen," con los peajes y los fletes. Está prohibido exportar ciertos objetos y determinado qué personas pueden ejercer el comercio y finalmente regulado todo lo que se refiere á los ganados, considerándose la muerte de una vaca como un delito gravísimo. Se ordena al mismo tiempo que el que ha comprado ó vendido alguna cosa no fungible, dentro de seis días puede arrepentirse y restituir ó recuperar esa cosa. Los medios con que el acreedor puede hacerse pagar de su deudor son del todo primitivos y según el legislador brahminico, son de cinco clases: conformes al deber moral, procesos, artificios, destreza y aún medios violentos. D' Aguanno, op. cit. núm. 232.

3 En el pueblo hebreo se encuentran reglamentadas de un modo semejante las obligaciones. Prescripciones minuciosas existían acerca del cultivo de la tierra. La locación de obras se semejaba á la servidumbre, había además la venta voluntaria y la esclavitud del deudor, de la mujer y de sus hijos, por falta de cumplimiento de aquel. Otras muchas prohibiciones, recomendaciones y preceptos imperativos entre los que se cuenta principalmente los relativos á la usura, estrictamente vedada contiene la legislación hebraica que en lo general presenta cierto progreso con respecto á las demás legislaciones orientales. D' Aguanno, op. cit. núm. 233.

4 La Grecia ofrece un fenómeno semejante. Licurgo dividió el territorio en porciones iguales, reglamentó los convites públicos, determinó en la juventud una educación militar; mientras Solón dictó una ley, por la que se declaró al hijo libre de alimentar al padre, si éste no le había enseñado algún arte; se hizo el trabajo obligatorio y como las leyes mas antiguas eran rigurosísimas para el deudor y había muchos de éstos, Solón redujo la tasa de la usura y por un cambio en el valor de la moneda, verificó una verdadera extinción de todas las deudas ó de gran número de ellas.

milia, gens ó tribu. Pero no petrificó su derecho como la India ni desapareció como las demás naciones orientales ántes de que las Themistes dejaran de existir y de inspirar las leyes; y apremiada por las necesidades que hicieron surgir sus ensanches políticos y comerciales, encontró el secreto para olvidar á los dioses sin ofenderlos y para enmudecer sus leyes sin matarlas, y cuanto halló en la ficción y en la equidad la fórmula mágica con que transformar lo inmutable y humanizar el derecho hasta entonces sobrehumano, realizó la evolución jurídica más grandiosa que ha contemplado la historia.

Del *nexum* primitivo, forma única de la obligación quiritaria, recargada de ritos y solemnidades, hizo surgir el contrato *verbis* y la *mancipatio*, menos embarazosas en sus fórmulas; halló más tarde en la última los elementos de los contratos reales y consagró á éstos con la sanción civil, sustituyendo la simple entrega á las arcaicas ceremonias de la mancipación, mientras que las costumbres romanas le sugerían el contrato *litteris* y los usos internacionales la hacían adoptar cuatro especies de convención, en que por primera vez se proclamaba que el consentimiento era la única fuente de la obligación. Cuando ésto se llegó á admitir en el derecho romano, el estricto derecho debía comenzar á desaparecer de las instituciones jurídicas y la historia nos enseña cómo, á la par que la jurisprudencia del pretor admitía las excepciones de error, dolo y compensación respecto de los contratos solemnes, declaraba proceder la excepción *non numeratæ pecuniæ* respecto del contrato *litteris*; y algo más tarde se concedía sanción á los pactos hasta entonces desprovistos de efectos civiles, primero, porque se agregaban á un contrato; después porque la ratificación convertía en obligación civil á la obligación natural; más tarde, porque en los contratos sinalagmáticos se consideraba que el cumplimiento por una de las partes obligaba á la otra *re* ó por los hechos; y al último por solo que pacto y convenio llegó á ser la misma cosa.

Y no se limitó á esto el pueblo romano, sino que habiendo comenzado por conceder al acreedor derecho de vida y muerte sobre el deudor, limitó primero á excepcionales casos ese derecho, lo sustituyó después por la adjudicación del deudor y acabó por derogar ésta, concediendo una simple acción civil, sino que habiendo comenzado por considerar solidariamente obligados á todos los miembros de una familia, como que la primitiva unidad política y jurídica en Roma fué la familia, emprendió un trabajo de desintegración para admitir como persona jurídica á todos los que no eran *pater familias* y para destruir la solidaridad que con el jefe tenían los hijos. Es conocido el procedimiento de que Roma se valió para obtener tal resultado: creó los peculios, y con ellos dió capacidad á los hijos de familia y á los esclavos; admitió la dote y los bienes parafernales en la mujer y con eso la investió de cierta personalidad; dejó caer en desuso la antigua forma de matrimonio conocida con el nombre de *manus* que concedía derechos absolutos al marido y finalmente, admitió como una excepción primero y como la regla general después, el beneficio de inventario en toda aceptación de herencia.

Y así hubiera llegado á consagrar en materia de contratos el principio de la no intervención del Estado y el de la libertad completa de contraer, lo mismo que el de que el consentimiento es la ley suprema en las convenciones y la forma es sólo para proteger los intereses de tercero, si la caída del imperio romano y las invasiones bárbaras no hubieran detenido el desenvolvimiento de su espíritu jurídico.

El desarrollo de las obligaciones supone un pueblo bastante avanzado en la civilización y que tiene múltiples necesidades que satisfacer: los germanos no podían compararse en este punto á los romanos.<sup>1</sup> Por eso, aunque al decir de un autor, introdujeron en el derecho romano un elemento vivificador: la conciencia de la exacta observancia en las obligaciones,

<sup>1</sup> D'Aguanno, op. cit., núm. 237.