

CAPITULO XIV.

De los demas Convenios públicos, de los que hayan sido hechos por las autoridades inferiores en particular, del ajuste llamado en latin sponsio, y de los Convenios del soberano con los ciudadanos.

§ 206. LAS pacciones públicas, que se llaman convenios, ajustes, etc., cuando se hacen entre soberanos, de los tratados solo en el objeto difieren (§ 153). Quanto hemos dicho de la validez de los tratados, de su execucion, de su rompimiento, de las obligaciones y derechos que producen, etc., todo eso es aplicable á los diversos convenios que los soberanos hacer puedan entre sí. Tratados, convenios, ajustes, todos son empeños públicos, que al mismo derecho, á las mismas reglas se sujetan. No incurriremos aquí en repeticiones enojosas. No

ménos inútil seria entrar en pormenores de las diversas especies de esos convenios, cuya naturaleza es siempre una misma, y solo difieren en la materia que constituye el objeto de ellos.

§ 207. Pero hay convenios públicos que por las autoridades subalternas son hechos, sea en virtud de una órden expresa del soberano, sea por las atribuciones de su cargo, con arreglo á los términos de su comision, y segun lo permita ó exija la naturaleza de los negocios que les fueren cometidos.

Llámanse *autoridades inferiores*, ó *subalternas*, las personas públicas que, en el nombre y baxo la autoridad del soberano, parte de la dominacion exercen: tales son los magistrados encargados de la administracion de la justicia, los generales de ejército y los ministros.

Quando estas personas hacen un convenio, por órden expresa del soberano para ese caso particular, y de sus poderes revestidas, el convenio en nombre del soberano mismo es hecho, que contrata por la interposicion y ministerio del mandatario, ó

apoderado; es el caso de que hemos hablado (§ 156).

Pero las personas públicas, en virtud de su cargo, ó de la comision que les es dada, tienen tambien la facultad de hacer por sí mismas convenios sobre los negocios públicos, exerciendo en esto el derecho y potestad de la autoridad superior que las ha establecido. Esa facultad les proviene de dos modos; ó en términos expresos les es concedida por el soberano, ó dimana naturalmente de su comision misma, pues la naturaleza de los negocios de que esas personas estan encargadas exige que tengan la facultad de hacer tales convenios, sobre todo en los casos en que no podrian aguardar las órdenes del soberano. Esa es la razon por la que el gobernador de una plaza, y el general que la sitia, tienen la facultad de capitular. Todo quanto así dentro de los términos de su comision se concluyere, es obligatorio para el estado ó soberano que de tal facultad los ha revestido. Esa especie de convenios por efectuarse principalmente en tiempos de guerra, será tratada mas extensamente en el libro III.

§ 208. Si una persona pública, un embaxador, ó un general en gefe, hiciere un tratado ó convenio sin orden del soberano, ó sin estar autorizado á ello por las facultades de su cargo, y saliendo de los límites de su comision, el tratado será nulo como hecho sin poder suficiente (§ 157); y no podrá cobrar vigor sino por la ratificacion, expresa ó tácita, del soberano. La ratificacion expresa es un acto por el que el soberano aprueba el tratado y se obliga á observarle. La ratificacion tácita se deduce de ciertos pasos que se presume justamente que el soberano no da sino en virtud del tratado, y que no podria darlos si por concluido y aprobado no le tuviese. Así, si firmada la paz por ministros públicos, que hubiesen traspasado las órdenes de sus soberanos, uno de estos hiciere pasar tropas suyas, baxo el pie de amigas, por territorio de su enemigo reconciliado, ratifica tácitamente el tratado de paz. Pero si se ha reservado la ratificacion del soberano, como esto se entiende de una ratificación expresa, será necesario que intervenga de ese modo, para dar al tratado todo su vigor.

§ 209. Llámase en latin *sponsio*, un ajuste relativo á los negocios del estado, hecho por una persona pública, fuera de los términos de su comision, y sin orden ó encargo del soberano. El que trata de este modo por el estado, sin tener comision para ello, promete, por el hecho mismo, procurar que el estado ó el soberano ratifique el ajuste y por bien hecho le tenga; si así no fuera, su obligacion vana seria é ilusoria. La base de ese ajuste no puede ser, por una parte y otra, sino la esperanza de la ratificacion.

La historia romana nos presenta varios exemplos de esa especie de ajustes. Detengámonos en el mas famoso, en el de las *Horcas Caudinas*; discutido por los mas célebres autores. Los cónsules T. Veturio Calvino y Esp. Postumio, viéndose metidos con el ejército romano en el desfiladero de las *Horcas Caudinas*, sin esperanza de evadirse, hicieron con los Samnitas un ajuste ignominioso, pero les advirtiéron que no podian hacer un verdadero tratado público (*foedus*), sin orden del pueblo romano, sin los *feciales* y las ceremonias por la cos-

tumbre consagradas. El general Samnita se contentó con exigir la palabra de los cónsules y de los principales gefes del ejército, y con que le diesen seiscientos rehenes. Hizo rendir las armas al ejército romano, y le dexó libre, despues de haberle hecho pasar por debaxo del yugo. El senado no quiso aceptar el tratado, entregó los que le habian concluido á los Samnitas, que se negáron á recibirlos, y Roma se creyó libre de toda obligacion y exenta de toda tacha (a). Los autores piensan variamente sobre esta conducta. Algunos sostienen que, si Roma no queria ratificar el tratado, debia reponer las cosas en el estado en que ántes del ajuste se hallaban, esto es, volver á enviar el ejército entero á su campo de las *Horcas Caudinas*; y esta era la pretension de los Samnitas. Confieso que no me satisfacen enteramente los racionios que hallo sobre esta cuestion, aun en los autores cuya completa superioridad por otra parte no puedo ménos de reconocer. Tentemos, aprovechándonos de sus luces, aclarar mas la materia.

(a) Tito Livio, al principio del lib. IX.

§ 210. Ella presenta dos cuestiones : 1.^a. ¿A qué esté obligado el que haya hecho el ajuste (*sponsor*), si el estado le desapruueba? 2.^a. ¿A qué esté obligado el estado mismo? Pero, ántes de todo, es menester observar con Grocio (*a*) que el estado no está ligado por un ajuste de tal naturaleza. Esto es evidente por la definicion misma del ajuste llamado *sponsio*. El estado no ha dado orden de hacerle, y no ha conferido la facultad para ello ni expresamente por un despacho, ó por plenos poderes, ni tácitamente, por una consecuencia natural ó necesaria de la autoridad confiada al que hace el ajuste (*sponsori*). Un general en jefe tiene, á la verdad, en virtud de su cargo, la facultad de hacer convenios particulares en los casos que se presentaren, pactos relativos á sí mismo, á sus tropas y á las ocurrencias de la guerra; pero no la de concluir un tratado de paz. Puede ligarse á sí mismo y á las tropas que á su mando estuvieren en todas las ocurrencias en que sus funciones exijan que

(a) *Derecho de la guerra y de la paz*, lib. II, cap. XV, § 16.

tenga la facultad de tratar; pero no puede ligar al estado fuera de los términos de su comision.

§ 211. Veamos ahora á qué esté obligado el prometiente (*sponsor*) cuando el estado desaprobare lo hecho por él. No debemos racionar aquí segun lo que el derecho natural prescribe entre individuos, pues la naturaleza de las cosas y la condicion de los contratantes producen en este caso una diferencia inevitable. Es cierto que entre individuos, el que promete pura y simplemente un hecho ageno sin comision para ello, está obligado, si fuere desaprobado, á cumplir por sí mismo lo que prometió, ó hacer el equivalente, ó reponer las cosas en el estado primitivo, ó en fin indemnizar plenamente á aquel con quien haya tratado, segun las diversas circunstancias; su promesa (*sponsio*) no puede ser de otro modo entendida. Pero no es así con un hombre público, que prometa sin orden ni facultad un hecho de su soberano. Trátase de cosas que exceden infinito su poder y todas sus facultades, de cosas que no puede executar por sí mismo, ni hacer executar, y por las

II.



cuales ni equivalente, ni indemnizacion proporcionada pueda ofrecer; ni aun es dueño de dar al enemigo lo que haya prometido sin estar autorizado para ello; en fin tampoco puede reponer las cosas en su integridad, en su estado primitivo. El que con él trate, nada de eso puede esperar. Si el prometiente le ha engañado diciéndose suficientemente autorizado, tiene derecho de castigarle. Pero si, como los cónsules romanos en las *Horcas Caudinas*, el prometiente hubiere obrado de buena fe, advirtiéndole él mismo que no tiene facultad de ligar al estado por un tratado, no se puede presumir otra cosa, sino que la otra parte ha consentido en correr el riesgo de hacer un tratado que llegue á ser nulo, si no es ratificado; animada de la esperanza de que la consideracion del prometiente, y la de los rehenes, si los exige, determinarán al soberano á ratificar lo que así se haya concluido. Si el éxito no correspondiere á sus esperanzas, no podrá culpar sino á su imprudencia. Un deseo precipitado de lograr la paz con condiciones ventajosas, y el atractivo de algunas ventajas presentes, pueden

solo haberle inducido á hacer un ajuste tan aventurado. Esta es la observacion que Postumio mismo hizo juiciosamente despues de su vuelta á Roma: « Vuestros generales, dixo, y los generales enemigos, todos han perdido igualmente el juicio: nosotros, metiéndonos imprudentemente en un mal paso; y ellos, dexando escapar una victoria que la naturaleza del sitio les aseguraba, desconfiando todavía de su fortuna, y apresurándose á desarmar, sea como fuese, á hombres siempre temibles, mientras esten con las armas en la mano. ¿Porqué no nos han retenido encerrados en nuestro campo? ¿Porqué no han enviado comisionados á Roma á tratar seguramente de la paz con el senado y el pueblo? »

Es claro que los Samnitas se contentaron con la esperanza que el empeño de los cónsules y de los demas gefes principales, y el deseo de salvar á seiscientos caballeros dexados en rehenes, determinarian á los Romanos á ratificar el ajuste; considerando que, cualquiera que fuese el resultado, siempre tendrian esos seiscientos rehenes, con las armas y bagages del ejército, y la

gloria vana, ó mas bien funesta por las consecuencias, de haberla hecho pasar por debaxo del yugo.

¿A qué estaban pues obligados los cónsules y demas prometientes (*sponsores*)? Ellos mismos decidiéron que debian ser entregados á los Samnitas. Esto no es una consecuencia natural del ajuste (*sponsionis*); y, segun las observaciones que acabamos de hacer, no parece que habiendo prometido el prometiente cosas que el aceptante sabia muy bien que no estaban en su poder, esté obligado, si desaprobado es, á entregarse á sí mismo por via de indemnizacion. Pero, como puede obligarse expresamente á ello, pues eso está dentro de los límites de sus facultades ó de su comision, la costumbre de aquellos tiempos habia, sin duda, establecido esa obligacion por cláusula tácita del ajuste llamado *sponsio*, puesto que los Romanos entregaron á sus enemigos todos los *sponsores*, todos los que habian hecho tales promesas: esto era una máxima de su *derecho fecial* (a).

(a) He dicho ya en el prólogo que el *derecho fecial* de los Romanos era su derecho de guerra. El colegio de

Si el *sponsor* no se ha obligado expresamente á entregarse, y si la costumbre admitida no le impusiere la ley de hacerlo, todo á que parece que su palabra le obligue, es el hacer de buena fe todo cuanto legítimamente pueda para inducir á su soberano á la ratificacion; y no hay duda de que lo debe executar, por poco que el tratado sea equitativo, ventajoso al estado, ó soportable en atencion á la desgracia de que le haya preservado. Proponerse el librar de una desgracia considerable á un estado por medio de un tratado que inmediatamente se aconseje al soberano no ratificar, no porque insoportable sea, sino prevaleándose de que se haya hecho sin poder, seria sin duda un proceder fraudulento, seria abusar vergonzosamente de la fe de los tratados. Pero ¿qué hará un general que por salvar su ejército se haya visto forzado á concluir un tra-

los *feciales* era consultado acerca de las causas que podian autorizar á emprender la guerra, y de las cuestiones que ella producía: estaba ademas encargado de las ceremonias de la declaracion de guerra y del tratado de paz. Tambien eran consultados los *feciales* y empleado su ministerio en todos los tratados públicos.

tado pernicioso ó ignominioso para el estado? ¿Aconsejará al soberano la ratificación? Se contentará con exponer los motivos de su conducta, la necesidad que á tratar le ha forzado; hará presente, como hizo Postumio, que él solo está ligado, y que consiente en ser desaprobado y entregado á los enemigos por la salvacion pública. Si el enemigo se ha engañado, ha sido por su propia necesidad. ¿Debia acaso advertirle el general que, segun todas las apariencias, sus promesas no serian ratificadas? Esto seria exigir demasiado. Basta que no le engañe, aparentando facultades mas extensas que las que verdaderamente tenga, y que se cña á aprovecharse de sus proposiciones sin inducirle á tratar con esperanzas engañosas. Al enemigo toca el tomar todas las precauciones necesarias; si las omitiere, ¿porqué no aprovecharse de su imprudencia como de un favor de la fortuna? « Es ella, dixo Postumio, la que ha salvado nuestro ejército despues de haberle puesto en peligro. El vértigo ha atacado al enemigo en la prosperidad, y sus ventajas no han sido para él sino un sueño lisongero. »

Si los Samnitas no hubieran exigido de los generales del ejército romano sino empeños que estos hubiesen podido contraer por la naturaleza misma de su estado y de su comision, si los hubieran obligado á rendirse prisioneros de guerra, ó si, no pudiendo guardarlos todos, los hubiesen hecho volver á Roma baxo palabra de no tomar las armas contra ellos por algunos años, en el caso de que Roma no ratificase la paz, el ajuste habria sido válido como hecho con poder suficiente; el ejército entero estaba á la observancia obligado; pues es indudable que las tropas ó sus gefes deben estar autorizados á contratar en semejantes ocasiones y baxo ese pie. Este es el caso de las capitulaciones, de que hablaremos cuando tratemos de la guerra.

Si el prometiente ha hecho un convenio equitativo y honroso, sobre una materia de tal naturaleza que le sea posible indemnizar á aquel con quien haya tratado, en el caso de que el convenio sea desaprobado, se presume que á esa indemnizacion se ha obligado y la debe realizar, para desempeñar su palabra, como hizo Fabio Máximo en el