

## CAPITULO III.

En todo tiempo ha sido reconocida la inviolabilidad de los pactos.—Muchas legislaciones, la romana principalmente, incidieron en el error de dificultarlos con restricciones y fórmulas inútiles.—El movimiento industrial del tiempo de los Concejos conquistó la libertad de pactar.—Esta ha sido reconocida como principio científico, y sancionada en los códigos de los pueblos cultos.

Todas las sociedades han reconocido la necesidad de guardar los pactos; pero no en todas ellas ni en todas épocas se los ha celebrado con iguales formalidades, ni han tenido el mismo desarrollo ni la misma influencia en el de los intereses privados. En esto se advierten notables diferencias provenientes del carácter

nacional, de la forma de gobierno, del estado de civilización y del económico.

En los pueblos primitivos los pactos se reducen casi á un solo género que comprende varias especies bajo una misma forma, la cual consiste en determinados símbolos. Apénas se conoce alguna otra convencion que no sea la permuta ó el comodato: la compra-venta requiere la moneda y, de consiguiente, el adelanto necesario para establecer el uso de esta: los seguros, por ejemplo, exigen todavía un grado mas alto de civilización. Por lo que hace á los emblemas ó símbolos, así como los romanos adoptaron la *mancipatio*, las tribus de origen germánico, principalmente los francos, hacian consistir las solemnidades externas en arrojar ó entregar (*jet ou remise*) el que habia de obligarse una paja (*festuca*) ó una rama de árbol á la persona que adqui-

ria la accion. Pero á medida que la cultura adelanta, así como van multiplicándose los contratos y sus especies, van tambien desapareciendo los emblemas.

En las sociedades nacientes la pena impuesta al que no cumple lo pactado, suele ser desproporcionada por exceso ó por defecto, lo que da por resultado que los asociados se retraigan de las transacciones con perjuicio de la riqueza pública.

En el antiguo Egipto, ~~per~~ el mutuario que por razon de pobreza no podia pagar, era reducido á prision. Asychis dió al acreedor derecho para apoderarse del sepulcro perteneciente al deudor, é impedir, miéntras no estuviese completamente efectuada la solucion, que este sepultara allí á sus deudos, ó que fuera él mismo sepultado. Hé aquí una pena desmesurada. Por el contra-

rio, Estrabon refiere bajo la fe de Oniscrito, que hubo en el Indostan un pueblo donde solo se concedia la accion de homicidio y la de injurias. A todas las demás se negaba el apoyo de la autoridad por dos motivos: el primero, porque no se multiplicaran los litigios: el segundo, porque cada cual debia tomar sus precauciones para asegurarse del cumplimiento de lo que estipulaba. Así era que si álguien rehusaba el pago de un préstamo ó la devolucion de un depósito, el mutuante ó el deponente no tenían mas recurso que el de quejarse á sí mismos de haber confiado imprudentemente sus bienes á persona indigna. He aquí la impunidad para el violador de la fe pactada.

No está bastante bien averiguado hasta dónde llegó á avanzar la legislacion griega en punto á facilidad y obser-

vancia de los contratos. Algunas veces se los hacia constar por escrito, y ese instrumento era entregado á alguna de las partes ó inscrito en los registros de los templos. Iba ordinariamente autorizado con los sellos de los contrayentes y de los testigos, y en defecto de estos se recurría por via de prueba al juramento. La falta de pago podia costar al deudor la pérdida de la libertad.

En Roma la legislacion paccional adoleció de todos los vicios que pueden afectarla: allí las restricciones á la libertad de pactar, allí las solemnidades inútiles, allí la pena excesiva para el contrayente que no cumplia. Entre tales errores jurídicos descuella, por la paralización que debia causar en los negocios, la division de los pactos en *desnudos* y *vestidos*. Los primeros se distinguian de los segundos: 1.º en que á pesar de pertene-

cer á la categoría general de las convenciones, no tenian un nombre especial como la compra-venta y los demás contratos nominados: 2.º en que no intervenia mas *causa* que el convenio, lo que equivale á decir que no estaban confirmados por la tradicion ó por algun otro hecho de los pactantes capaz de producir accion, como los contratos innominados la producian por la circunstancia de ser llevados á efecto.

Los tratadistas se han esforzado vanamente en hallar el fundamento de tan antifilosófica disposicion. Unos sostienen, fundándose en la ley 19, § 3, D. *de edilitic. edict.*, que debe creerse, de quien hace un pacto desnudo, que no obra con ánimo deliberado, sino mas bien por jactancia y sin intencion de obligarse. Segun otros, los legisladores no quisieron que hubiera muchas maneras de contra-

tar, tanto para poner coto á los convenios temerarios, como al aumento indefinido que sobrevendría en el número de los litigios, en caso de tener fuerza obligatoria, todas las convenciones por la incalculable variedad de las que pueden hacerse. "Noluerunt legislatores ut tot  
 "essent causæ obligandi, ne alias nimia  
 "facilitate homines temerè obligarentur,  
 "atque dum effusso sermone se jactant,  
 "in sui promptum periculum inciderent,  
 "si enim ex omnibus conventionibus ju-  
 "re et judiciis agere liceret, nullus erit  
 "finis aut modum controversiarum et li-  
 "tium, cum infinitæ sint pactiones et pro-  
 "missiones quæ inter homines fiunt; in-  
 "comodum enim et grave nimis existi-  
 "marunt Reipublicæ futurum, si patri-  
 "monia romanorum quibus in bello et in  
 "pace Respublica sustentabatur, passim  
 "sine causa pactionibus minuerentur, at-

"que omnes cives facilè litibus implica-  
 "rentur, nihil enim perniciosius Reipu-  
 "blicæ quam copiosa litium seges." (\*)

A ser exacto este peregrino razonamiento, podia la teoría avanzarse hasta el punto de prohijar en materia de obligaciones la ley establecida en el pueblo indostánico de que se ha hecho poco ántes mencion.

Ademas de los pactos *desnudos*, que no tenían el apoyo de la ley romana, habia muchos terminantemente prohibidos por ella.

Ya se ha dicho que los romanos dejaron desde el tiempo de Tiberio de ser comerciantes, y por eso los legistas que florecieron bajo el Imperio no podían conocer hasta qué punto es importante para el progreso de un país el dar soltura y

(\*) Gonzal., in *Decretal.*, lib. 1º, tit. 35, nº 11.

vuelo á las transacciones. A esto se agrega que el patriciado introdujo en los contratos, lo mismo que en los juicios, su emblemático formulario, que por tanto tiempo prevaleció como requisito esencial para la validez de unos y otros. Los Comunes ó Concejos de la edad média, por el contrario, debiendo su formación y adelantos al comercio, se esforzaban, cuanto podían, por fomentarlo; y cuando aumentó su prosperidad por el desarrollo que dieron á la industria con proporcionar asilo á todos los trabajadores que no encontraban seguridad en otras partes, empezaron á hacer oír sus justas quejas contra las disposiciones que ponían trabas al libre tráfico. A tal grado llegó su celo, que las quejas se tornaron alguna vez en amenazas, y estas en abierta rebelión contra los señores feudales.

Los reyes, para destruir el feudalismo, secundaban las tendencias de los Concejos, y dictaban ordenanzas municipales (*fueros ó costumbres*) en consonancia con los intereses peculiares de cada pueblo y con el espíritu de la época. En ellas procuraban siempre los concesionarios obtener providencias ó confirmar costumbres dirigidas á la multiplicación y facilidad de los cambios, quitando restricciones á la libertad de pactar.

Tal ha sido el origen de la famosa ley única, tít. 16 del Ordenamiento de Alcalá, por la cual se previno que apareciendo de cualquier modo que un hombre había querido obligarse á otro, subsistiese y fuera exigible la obligación. Aunque esa compilación no era en realidad un fuero, y ántes bien iba dirigida á suprimir los que entónces regían, para uniformar la legislación, de ellos fué to-

mada la ley de que se trata; y esta es una de las razones porque se dió mejor acogida al Ordenamiento que á las Partidas, pues los pueblos repugnaban las trabas y las inútiles fórmulas establecidas por los romanos para la validez de las convenciones.

La misma disposicion contenian los *fueros y costumbres* de Francia. Loy-sel los resume en estos términos: “Se liga á los bueyes por los cuernos, y á los hombres por la palabra; y tanto vale una simple promesa ó convenio como las estipulaciones de los romanos.”

Téngase, pués, presente que cuando los pueblos que ántes componian el Imperio romano comenzaron á adquirir vida propia en la edad média, sintieron por instinto la necesidad de facilitar los convenios para engrandecerse por medio del trabajo, aunque no la conociesen teó-

ricamente, por no tener para ello la suficiente cultura.

Merece mencionarse aquí un estatuto Ripuario en extremo curioso, así por su contenido, como porque marca la época de transicion entre la de los símbolos inútiles y la de las formalidades indispensables para constancia de lo pactado. Por él se establecía una manera singular de prueba á falta de escritura del acto solemne, que debia ser celebrado ante la asamblea del pueblo. Habia de reunirse cierto número de testigos, tres, seis ó doce, segun la importancia del negocio, y otros tantos niños: en presencia de unos y otros el comprador entregaba el precio al vendedor, y era puesto en posesion de la cosa vendida; y luego se aplicaban algunos manazos á los niños, y se los tiraba de las orejas, para que conservaran la memoria del hecho.

Apesar de las vicisitudes que la facultad de contratar ha tenido según el estado de cultura, el carácter y la forma de gobierno de los pueblos, la historia descubre en ellos un sentimiento unánime de respeto hácia la fe pactada, el cual expresan, por lo general, dando á los pactos la importancia de leyes.

Isócrates, el orador y filósofo griego, vivió cerca de cuatrocientos años ántes de Jesucristo, tiempo en que no podían haberse hecho trascendentales estudios sobre la legislación paccional; y sin embargo, vierte en una de sus oraciones los elevados conceptos siguientes: “Los pactos tienen una virtud tan grande, que los griegos y los bárbaros los hacen intervenir igualmente en todos los negocios de la vida. Bajo la fe de los pactos mantenemos el comercio, y negociamos unos con otros para propor-

“cionarnos recíprocamente las cosas que cada cual necesita. Por virtud de ellos celebramos los contratos, y terminamos NO SOLO LAS QUERELLAS PARTICULARES sino las guerras públicas. En una palabra, ellos constituyen la única LEY cuyo uso sea general y perpetuo entre los hombres.”

REM UTI PACUNTO RATÒ PACUNTO. Tal era el precepto de las Doce Tablas. Es, sin embargo, de creerse que no llegó á tener cumplida observancia, y que mas bien debió estar constantemente sacrificado á las fórmulas y á las sutilezas introducidas por los patricios; pero parece indicar que en la Grecia, de donde seguramente fué importado, estaba sancionada la libertad de las convenciones. La jurisprudencia romana les reconocia, no obstante, el rango de leyes, como es de verse en las siguientes: tercera C. de pig-

*nor et hipotec*, décima C. *de pactis*, quincuagésima segunda D. *de verb. obligat.* y vigésima tercera D. *de reg. jur.*

Los Assises, refiriéndose á los *fueros* ó *costumbres* de los Concejos, decían: "*Toutes convenences sont à tenir, et por ce, dit-on, convenence loi vaint.*"

Se ve por lo expuesto que desde los tiempos mas remotos se ha reconocido, apoyándola el poder público, la inviolabilidad de la fe pactada. Porqué, pues, se lo ve empeñado en poner restricciones al derecho de contratar, cuando no se usa de este en perjuicio de tercero ni de la sociedad?

Prescindiendo de la falta de cultura y del influjo de añejas y anómalas prácticas, una de las causas que mas han contribuido al mantenimiento de ese error económico-jurídico ha sido la manía de gobernar demasiado. Esa tutela ominosa

sa que la autoridad pretende ejercer sobre los pueblos, haciéndola extensiva á los negocios particulares, entorpece la actividad individual con restricciones y requisitos inútiles; siendo así que en un gobierno ilustrado, que no quiere pesar sobre los gobernados, la facultad de contratar no debe tener mas límites que el respeto debido á la moral ó al derecho ajeno, ni mas solemnidades que las necesarias para hacer constar la voluntad de los contrayentes.

El bienestar social consiste en que cada uno de los asociados pueda proporcionarse lo que ha menester para la satisfaccion de sus necesidades y aun de sus placeres. Una persona no puede producir todo lo que necesita, y es raro que por sí sola forme un producto completo; pero aunque pudiera formarlos, como sus necesidades no se restringen á la pose-



sion de cosa determinada, sino que son mas ó ménos variadas, se encuentra en la precision de cambiar la mayor parte de los objetos que produce por aquellos que, no sabiéndolos producir, tiene que procurarse para conservar y hacerse agradable la existencia.

A esto se agrega que la actividad en los cambios crece en razon de la cultura social: 1º porque aumenta el número de los asociados: 2º porque la subdivision del trabajo va dando por resultado que el productor no sepa formar mas que una parte cada vez menor del objeto producido: 3º porque con la civilizacion van multiplicándose las necesidades individuales. (\*)

Mucho, por lo mismo, importa al bien-

\* Verdad es que la mediacion del dinero facilita grandemente las operaciones; pero no por eso es ménos cierta en el fondo la teoría.

estar social el procurar á los cambios todo género de facilidades. El cambio puede considerarse como el elemento constitutivo de casi todos los contratos. Pocos hay, en efecto, que no se reduzcan á cambio de productos por productos, de estos por servicios, ó de servicios por servicios. *Do ut des, do ut facias, facio ut facias*, son las fórmulas comprensivas de la totalidad de las convenciones, ó cuando ménos de cuantas contribuyen directamente al desarrollo del comercio y de la industria, y por lo mismo á la prosperidad de las naciones.

En los códigos modernos está reconocida, en principio cuando ménos, la libertad de las convenciones, aunque todavía se adviertan en ellos ciertos resabios que han dejado el derecho romano y el canónico, y que habrán de desaparecer ántes de mucho. El código frances,

verbi gracia, se resiente de antifilosóficas prohibiciones; y todavía mas el de Babiera, que incurre en el deplorable error de rechazar todo pacto entre cliente y abogado, entre médico y enfermo, y de reputar nulos cualesquiera contratos entre cristianos y judíos, á no haber estos obtenido cartas de tolerancia. (\*)

De todas maneras, el respeto que tributa el poder público á la fe pactada, procede sin duda de un sentimiento innato en el corazon humano, puesto que ha sido de todos los tiempos y de todas las sociedades, segun es de verse por los datos históricos traídos á colacion. La excepcion referida por Onisicrito ni es un hecho bien averiguado, ni aun cuando lo estuviera, debería, por ser el único, ameritarse como una prueba en contra-

(\*) Arts. 12 y 14, lib. 1º, tít. 4º

rio. Ahora bien: si se combinan esos datos históricos con los científicos, pueden caracterizarse los pactos en las tres principales épocas de la vida de los pueblos de la manera siguiente:

I. Sociedades primitivas.—Contratos escasos reducidos á unas cuantas especies, de las cuales la permuta y el comodato son las mas frecuentes. La autoridad no interviene en el acto, sino para darle respetabilidad con la práctica de ciertos símbolos, ya que á las masas rudas se inculca con mejor éxito el sentimiento del deber hablando mas bien á los sentidos que á la razon.

II. Sociedades en via de progreso.—Los contratos van continuamente aumentando en número y en especie. La autoridad, ora por su propension á ensancharse, ora so pretexto de suplir con su ingerencia lo que al pueblo falta de

cultura, se esfuerza por reglamentarlos minuciosamente. Como á medida que aumentan y se diversifican ellos, se acumulan y complican las disposiciones reglamentarias, la opinion se pronuncia en contra de estas.

III. Sociedades cultas.—La actividad individual adquiere todo su desarrollo. La intervencion del poder, que no puede abarcarlo todo, llega á ser impracticable, y queda ventajosamente sustituida por el interes de los contrayentes. Se suprimen los símbolos, y solo se conservan las formalidades necesarias para la constancia del acto. La voluntad de las partes es la ley de las convenciones.

Hé aquí la marcha que tiene de seguir el sistema paccional paralelamente con la de la civilizacion, siempre que no vengau á perturbarla influencias extrañas, tales como los vicios de organiza-

cion social, la índole del gobierno ó las irregularidades del estado económico, segun se ha indicado poco ántes.

Así se explica cómo habiendo alcanzado Roma un estado de cultura tan próspero, cuando ménos, como el de Grecia, no llegó á tener cumplimiento el precepto de las Doce Tablas. La institucion del patriciado era un mal orgánico que refluia sobre los juicios y los contratos. Grecia, por otra parte, era un país comercial, y Roma dejó de serlo cuando contaba con mayores elementos de prosperidad.

Si parece á primera vista incomprendible que en tiempo de los Concejos, cuando comenzaba á renacer la civilizacion, se diera un paso tan avanzado como el de sancionar la libertad absoluta de los pactos, basta, para darse cuenta del fenómeno, considerar que fué el re-

sultado de la reaccion que las masas oprimidas y apoyadas por la política de los reyes efectuaron contra el poder feudal. Pero esa *absoluta* libertad no llegó á ser una verdad práctica. Prueba de ello es, que la disposicion del Ordenamiento de Alcalá estuvo por mucho tiempo relegada al olvido, y no volvió á tener boga hasta que reapareció en la Nueva Recopilacion.

En realidad, el derecho de contratar libremente no ha llegado á asegurarse un triunfo casi completo sino en la codificacion moderna. Y si todavía quedan en ella vestigios de las antiguas trabas, como los que se han hecho notar en el código de Francia y en el de Babiera, deben atribuirse en el primero al espíritu reglamentario, que ha sido el defecto constante de los gobiernos franceses, y en el segundo á la odiosidad tradicional

que, no solo por efecto de intolerancia religiosa, reporta la raza judaica, sino tambien por la preponderancia que ejerció durante mucho tiempo en el comercio.

Expuestas estas consideraciones, queda en ellas firmemente asentada la segunda premisa del razonamiento que se trata de desenvolver, y es la siguiente:

*Los pactos, á la vez que son leyes para quienes los ajustan, no deben tener mas restriccion que el respeto debido á la moral y al derecho de tercero, ni mas solemnidades que las necesarias para hacer constar la voluntad de los contrayentes.*