

ENSAYO SOBRE EL CONCEPTO DEL CONTRATO

Por DEMÓFILO DE BUEN

Profesor de Derecho Civil de la Universidad Interamericana.

PRIMERA PARTE: PROBLEMATICA DEL CONCEPTO

1. *Introducción al tema* Para el logro de un concepto del contrato que no sea sólo un parecer personal sino un reflejo, lo más exacto posible, del significado real de tal *instituto* jurídico, precisa cosechar los datos experimentales que suministran la historia y la legislación comparada, en íntimo enlace una con otra.

Si la primera pone de manifiesto la *variedad temporal* del concepto, la segunda revela, en una época determinada, su *variedad espacial*.

Propósito de este ensayo es condensar en una síntesis, forzosamente incompleta, tales *diversidades*. Quisiera hacerlo sin prejuicios, encarándose con las cosas tal como son y no como uno desearía que fuesen, para fundar sobre la experiencia conseguida y sistematizada algunas ulteriores reflexiones, e intentar por ese camino acercarse lo más posible al concepto indagado.

Fácil es que, por inhabilidad del autor, sea escaso o nulo el resultado definitivo; pero aún en ese supuesto queda la esperanza de la utilidad del esfuerzo, en cuanto experiencia y estímulo para intentos mejor dotados. Tal vez, objetivamente, se patentice la imposibilidad de alcanzar el fin perseguido y se llegue a la convicción de que bajo el nombre de contrato se han designado y se designan cosas que carecen de un denominador común. En tal caso, aunque la

conclusión desconcierte, y aún desconsuele, siempre tendrá la ventaja de desembarazarnos de un fantasma.

La tarea no es ciertamente tan liviana como pudiera imaginar quien vea la ligereza con que algunos pasan sobre una noción fundamental de la Ciencia Jurídica, muy usada en el lenguaje corriente. El material, de enormes proporciones, es difícil de señorear. De nuevo vale la metáfora de que los árboles impiden ver el bosque. Por lo mismo, antes de introducirse en la maraña, es preciso plantear, como guías de la excursión ideal proyectada, ciertos problemas fundamentales, a cuya luz debe ser analizado cada dato obtenido. Hacerlo, en la medida posible, es el papel asignado a esta primera parte.

2. *En torno al
método*

Cuesta poco esfuerzo dar por bueno para todos los tiempos, y sentar como criterio de universal validez, lo que se acepta como válido en nuestro tiempo o constituye nuestro peculiar punto de vista.

Unas veces es la inercia mental, o los prejuicios, o el desconocimiento de la historia y aún de la realidad presente, lo que inclina a tal postura. Otras no conducen a ella ni la superficialidad ni la ignorancia, sino criterios metódicos dignos de alta estima, aunque discutibles. Cuentan entre ellos los aceptados por quienes indagan el concepto y el fundamento de los tipos esenciales de actos o relaciones jurídicas, fundándose en concepciones religiosas ⁽¹⁾ o de un estado de naturaleza y de un contrato social admitidos como postulados ⁽²⁾, o en un racionalismo dogmático más o menos riguroso, ⁽³⁾ o en una personal apreciación del

(1) Cfr. *infra* n. 3 y en la *parte histórica* la influencia del derecho de la Iglesia en la doctrina del contrato.

(2) Cfr. GROTIUS, PUFFENDORF, etc.,

(3) Cfr. KANT, *Principios Metafísicos del Derecho*; HEGEL, *Filosofía del Derecho*. AHRENS, *Curso de Derecho Natural*, trad. R. ORTELANO—ASENSI, califica al principio del derecho como elemento invariable fundado en la naturaleza del hombre

buen sentido y en una concepción unilateral del hombre ⁽⁴⁾, o sacrifican la realidad a la exigencia de la pureza del método de la Ciencia del Derecho ⁽⁵⁾ o amparan su apriorismo en el análisis fenomenológico de los tipos jurídicos . ⁽⁶⁾

El presente ensayo pretende asentar su objetividad sobre la concepción o concepciones del contrato a través de la historia y en la estructura social de nuestra época; para esbozar sobre tal base una revisión de las doctrinas corrientes. Como observa el Decano WIGMORE ⁽⁷⁾, en orden a los distintos modos de crear relaciones jurídicas, hoy se exige un *reanálisis*, una *reclasificación* y una *red denominación*.

El derecho no es un producto exclusivo de la razón. Se nutre más de *lo razonable* que de *lo racional* ⁽⁸⁾. El derecho privado sobre todo, no es hijo de la filosofía abstracta; aunque la filosofía ha impulsado muchas de sus evoluciones y retrocesos. La prudencia del buen padre de familia, el

y concebido por la razón; aunque no desdeñe las enseñanzas de la historia del derecho y de la vida social (p. I, 83-86); considere, por otra parte, como razón de la fuerza obligatoria de los contratos, "la fidelidad en los compromisos" por ser "una condición y, por tanto, un derecho de la vida social".

- (4) BENTHAM, *The Theory of Legislation*, London 1931, huye de toda metafísica y se funda en el sentido común. Acepta el principio y la lógica de la utilidad, consistente esta en parangonar, como base del juicio, la pena y el placer que cada solución produce (p. 3). Conforme a tal sistema funda la fuerza del contrato en el hecho de que la lealtad a las promesas es la base a la sociedad: "There would no longer be any security among men, no commerce, no confidence;—it would be necessary to go back to the woods, if engagements did not possess an obligatory force" (p. 82).
- (5) Cfr. SCHREIFER, *Grundbegriffe und Grundformen des Rechtes*, 1929.—KELSEN. *El Contrato y el Tratado analizados desde el punto de vista de la "Teoría del Derecho"*, traduc. GARCIA MAINEZ.
- (6) Cfr. REINACH, *Die aprioristische Grundlagen des Bürgerlichen Rechts*, 1943.
- (7) *The Scope of the contract concept.—Columbia Law Review.*—July 1943, p. 569.
- (8) Cfr. DE BUEN, *El ordenamiento positivo, el derecho y la justicia*, Universidad de la Habana, n. 49.

sentido práctico del comerciante, los sentimientos e instintos más arraigados en la generalidad de los hombres, cuentan entre sus estímulos más vigorosos. Lo han movido, tanto la abnegación más sublime, como la codicia más a ras del suelo. Sus normas constituyen el depósito de experimentos históricos y, muchas veces, el residuo de crueles designios. Lo que de la Constitución romana se dice en *La República* de CICERON ⁽⁹⁾, puede aplicarse asimismo al derecho privado. No fué obra de ningún legislador excelso, ni se consolidó en una sola edad; lo creó el concurso de muchos a través de siglos y generaciones.

POUND ⁽¹⁰⁾ ha equiparado la jurisprudencia a una suerte de *ingeniería social*; es decir, a un cuerpo de conocimientos relativos al modo de satisfacer exigencias humanas, de asegurar intereses, de dar cabida a demandas y deseos, con la menor fricción y el menor dispendio. Y, en efecto, el *jurista* está obligado, como el *ingeniero*, a un cálculo de resistencias. y versiere edificar. sobre elementos

3. *El Concepto y su mundo* Las nociones fundamentales del derecho, entre ellas el concepto del contrato, viven en el seno de un cosmos real movido, en última instancia, por impulsos trascendentes. Tienen su “mundo”, y aun su “trasmundo”, en cuyo ambiente se desarrollan y cuyas influencias experimentan.

El “trasmundo” del concepto del contrato ofrece raíces filosóficas y religiosas (11). La razón de obligatoriedad de lo convenido evoluciona con el cambio de las ideas acerca del más allá y del valor moral atribuido a la conducta del hombre. La estructura del contrato no obedece tan solo a motivos prácticos; también la justifica, en ocasiones, un rito (12).

Respecto de la *palmata*—palmada o apretón de manos— con la que se cierran contratos en la Edad Media en muchas países, se ha escrito que, para efectuarla, el que quiere obligarse alarga su mano derecha, que es la mano del juramento y es la mano de Dios (13). El mismo uso del juramento

-
- (11) Cfr. el art. *Obligatio* en PAULY-WISSOWA-CROLL, *Encyclopädie des Klassischen Altertums*. POUND, *An Introduction to the Philosophy of Law*. 1922, pag. 241: “Nowhere is the reciprocal action of legal rules and philosophical theories more strikingly manifest than in our law of contractual liability.”
- (12) Según HEUSLER, *Inst.* I, 69 (cit. por BRISSAUD) el formalismo y el simbolismo serían la creación consciente de la clase sacerdotal, con el fin de dar al pueblo una idea más alta del derecho y de la religión. POUND, *obra citada* (nota 11) p. 242-246, cita ejemplos demostrativos de que la obligación de mantener una promesa era un asunto religioso. Para el jurista hindú la deuda no es solo una obligación; es un pecado cuyas consecuencias alcanzan al más allá.—NARADA dijo que si una persona fallece sin pagar sus deudas todo el mérito de sus devociones o de su fuego perpétuo pertenece a sus acreedores”. Roma, en sus primeros tiempos, no se inspiró en ideas muy distintas. Los convenios recibían su fuerza de la religión o de la disciplina familiar o corporativa. Si uno invocaba a los dioses como testimonio de su promesa, queda obligado conforme a la disciplina de los pontífices.
- (13) BRISSAUD, *Manuel d' Historie du Droit Privé*.—París 1908 p. 447.

significa el añadido de una caución religiosa a la fuerza de la promesa. La doctrina imperante en el derecho moderno de que el hombre queda ligado por su palabra, y de que, por lo tanto, el consentimiento obliga, tiene un subsuelo religioso, en la creencia de que el que incumple lo ofrecido comete un pecado ⁽¹⁴⁾ o un acto anti-religioso ⁽¹⁵⁾. La magia origina asimismo ciertas ritualidades del contrato ⁽¹⁶⁾.

Descendiendo al "mundo" de las cosas de realidad inmediata puede afirmarse que está constituido por factores de compleja índole: políticos, sociales, económicos, etc. La suma de ellos determina el clima cultural de cada época y localidad. No siempre, por cierto, tal determinación se traduce en un sistema de lógica estricta. La vida social es una urdimbre heterogénea de ideales e intereses a veces armónicos y otras veces en barroca combinación y hasta en pugna efectiva. Con las formas rezagadas del pasado se entrecruzan aspiraciones, e impacencias, de futuro.

En épocas de economía cerrada en las que los miembros de una familia cultivan y fabrican lo que consumen, el contrato no es tan necesario como en los tiempos en que el trabajo económico se divide y cada uno se reduce a cultivar o fabricar una especialidad. Cuando el ritmo de la existencia social es lento, y la observancia de trámites complicados y duraderos no representa un lujo, asequible para

(14) Cfr. BRISSAUD, *Manuel*, p. 452.

(15) BEVILAQUA, *Direito das Obrigacoes*. 1940, pág. 41.

(16) Cfr. HUVELIN, *Les tablettes magiques et le droit romain*, 1902.—CUQ (*Études sur le droit babylonien*.—Paris 1929, p. 181-182), dice que en derecho babilónico la propiedad se transfería por un acto simbólico; la echada de un bastón. En Roma y en la Edad Media se conoce un simbolismo análogo. "El bastón estaba generalmente fabricado con una madera especial a la que se atribuía virtud mágica". "También en razón de su virtud mágica el bastón se convierte en símbolo de autoridad". No es de extrañar que ciertas prácticas obliguen a los hombres, siendo así que los ritos de la magia tienen fuerza de *coerción divina*, V. MAX WEBER, *Economía y Sociedad*, trad. ROURA PARELLA, 1944, página 99).

muy pocos, tales solemnidades hallan un ambiente que les niega un ritmo colectivo apresurado, como el de nuestros días.

En cambio, en estos, se remoja el formalismo con un nuevo cuño (en el derecho cambiario, o en el derecho registral, por ejemplo), exigido precisamente por el triple anhelo de actuar de prisa, con seguridad y con eficacia.

Los fenómenos sociales y económicos contemporáneos, han variado la tierra donde crece el contrato, y sobre todo ciertos contratos; ellos han repercutido en sus accidentes y hasta en su esencia misma. La formación de poderosos núcleos industriales, el desarrollo de la técnica, la formación consiguiente de fuerzas sociales amenazadoras de esa libertad bajo cuyos auspicios nacieron, cuentan entre los fenómenos aludidos. POLO ⁽¹⁷⁾ menciona la crisis moderna del contrato, y hace resaltar que no obedece tan solo a razones de índole política, social y de ética colectiva; sino también a causas de orden técnico, como la concentración industrial y capitalista .

4. *Crisis de las concepciones jurídicas* Vivimos, sin duda, desde hace más de medio siglo en un interregno de concepciones jurídicas dominantes. DUGUIT, ⁽¹⁸⁾ expone que, en las sociedades de cultura americano-europea, la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789 y el Código de Napoleón señalan el coronamiento de una construcción jurídica en la que los hombres de la época y la mayoría de los juristas franceses y extranjeros de la primera mitad del siglo XIX, salvo la escuela de SAVIGNY, ven un sistema definitivo. Sin embargo, apenas la construcción fué acabada aparecieron las grietas.

(17) *Del contrato a la relación de trabajo.*—*Revista de Derecho Privado*, Enero 1941.

(18) *Las transformaciones generales del derecho privado desde el Código de Napoleón*, trad. esp. de CARLOS POSADA, p. 10-11.

Las palabras anteriores, excesivamente generales, contienen un fondo de verdad. Síntoma de la reacción, en lo atañadero al derecho civil, es la crítica que despertó, por parte de VON GIERKE y de MENGER ⁽¹⁹⁾ el primer proyecto del Código Civil Alemán, publicado en 1888. En un orden más general, se manifiesta tal reacción en el desarrollo del movimiento social y el socialismo, que recibieron de MARX, impulso tan recio; en el sindicalismo que SOREL preconizó desde comienzos del siglo XX; en las variadas corrientes del intervencionismo, inspirado en razones religiosas, sociales y humanas, con síntesis de composición diversa ⁽²⁰⁾.

En su más acusada expresión, tales corrientes conducen no ya a una corrección de la fórmula histórica del liberalismo del siglo XIX, sino a una negativa de su propia sustancia: el sentido de la libertad. La tendencia exacerbada las recoge con un panorama catastrófico de la evolución humana, llena de ansias vindicativas, lejos de aquel anhelo de armonía que reflejaba LE PLAY con sus palabras recordadas por AZCARATE: "Le seul moyen de glorifier la révolution de 1789 est de la terminer" ⁽²¹⁾.

En la etapa de tránsito, que encarna nuestra época, uno de los conceptos en los que se manifiesta la crisis del liberalismo es la crisis del contrato ⁽²²⁾. La primera guerra

(19) Cfr. DE BUEN, *Introducción al Estudio del Derecho Civil*, Madrid 1932, p. 250-251.

(20) Véase CASTAN, *Hacia un nuevo Derecho Civil*.—Madrid 1933 y la bibliografía por él citada.

(21) Prólogo de AZCARATE, a la obra de COSENTINI, *La reforma de la Legislación Civil y el proletariado*, trad. española de AGUILERA Y ARJONA.

(22) DUGUIT dedica una de las conferencias comprendidas en su libro antes citado (18) (y que fueron pronunciadas en 1911 en la facultad de Derecho de Buenos Aires) al contrato y a la responsabilidad. Es interesante subrayar desde ahora que si sus afirmaciones, después de treinta años, exigen una revisión y un retoque, hay en ellas un interesante vislumbre de la evolución posterior.

mundial (1914-1918) quebrantó supuestos esenciales de su teoría; la guerra actual ha continuado tal labor destructiva; y en el más allá de la trasguerra se adivinan sustanciales modificaciones de su doctrina. Cobra con ello oportunidad todo intento de adaptar a los nuevos hechos y a las nuevas ideas el concepto del contrato.

5. *Ausencia de una teoría general.* Hay pues, que examinar el concepto del contrato en vista de su "mundo" y de su "trasmundo"; no como una entidad "mostrenca", sino como una representación intelectual en vínculo de "pertenencia" de un ensamblaje, o de una concurrencia vital, de ideas y valores.

Con las oscilaciones de esa suma o conjunto, varía la doctrina, expresa o implícita, del contrato. Cambian, al mismo tiempo, en todo o en parte, su noción, sus requisitos, la razón de su obligatoriedad. Permanece algo inalterable en esa mudanza? Es lícito afirmar que, no obstante ella, hay una esencia permanente, susceptible de ser estereotipada en algo semejante a una definición?

He aquí el arduo problema del valor *lógico* o *histórico* del concepto del contrato. Respecto del cual los "hechos" nos ofrecen, por de pronto, la lección de que, para que los hombres contraten, no es necesario que sepan en que consiste tal actividad; y nos enseñan asimismo que, incluso en épocas avanzadas, los propios juristas no han alcanzado a darse cabal cuenta de lo que sea, en definitiva, el contrato.

En la doctrina moderna ⁽²³⁾ se ha sostenido la opinión de que, en Roma, los jurisconsultos clásicos desconocen la figura genérica del instituto estudiado en este ensayo; aun-

(23) V. BRASIELLO, *Obbligazioni (Diritto Romano)* en el *Nuovo Digesto Italiano*, tomo VIII, año 1939.

que conocieron diversos contratos, cada uno con su nombre y fisonomía, en número limitado (24).

En el Digesto se encuentra ciertamente un concepto del contrato atribuido a ULPIANO (25), cuyo sentido parece ser el de que hay contrato donde hay *cambio de promesas, o promesas cambiadas*; si bien, resulta oscurecido al admitirse en otro texto (26) que hay contrato donde hay *cambio de una prestación por una promesa* (do ut des etc.). La significación del contrato, en el primero de los textos aludidos, ampara la afirmación de algunos escritores modernos (27) que en vez de buscar el concepto del contrato en el *acto* o *negocio* lo refieren a los *efectos* producidos por su celebración. Razones importantes inclinan a rechazar esta tesis. En textos romanos muy conocidos el contrato aparece en verdad como un *acto* y, aún más concretamente, como un *negocio creador de obligaciones*. (28)

-
- (24) No son según DE RUGGIERO (III, p. 238) definiciones del contrato (como con demasiada frecuencia se suele afirmar incluso por escritores de valía) las contenidas en el p. 1, D., 2, 14. "*Pactum autem a pactione dicitur... et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*" y en 3 pr. D. 50, 12 "*Pactum est duorum consensus atque conventio*". Se encuentra ya una en la paráfrasis griega de las Instituciones justinianeas (3.13.2): "*Contractus autem est duorum vel etiam plurium in idem conventio et consensus, ad constituendam obligationem et ut alter alteri fiat abnoxius...*" donde se pone en evidencia el carácter exclusivamente obligatorio del contrato romano (cfr FERRINI *Pand.*, 520).
- (25) El contrato es *ultra citroque obligationem quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem, venditionem, locationem, societatem* (D. 1, 50, t. XVI, frag. 19).
- (26) D. II, t. XIV, fr. 7 y 2.—Cfr. de FRANCISCI, *Synallagma, Storia e dottrina dei contratti innominati*, Pavia 1913-15.
- (27) DE RUGGIERO, *obra citada*, p. 236-37, estima que *contractus*, expresión elíptica de *negotium contractum* o *contractus negotii* denota para los romanos "la relación constitutiva de un vínculo obligatorio en virtud de un acuerdo" y no el acuerdo mismo.
- (28) Aparece como un *acto* (Dig. 50, XVI, 19); como una de las fuentes de las obligaciones: *omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto* (GAYO, III, 88, D. 44, 7, 1 pr.); y como una *convención* (D. 2. 13,1,3).

En cambio, no obstante los textos anteriores, se infiere del Digesto una concepción del contrato que, si no lo define, puede servir de base para hacerlo y ha servido de tal en la doctrina posterior. Según ella, contrato es la convención productora de acción, por tener nombre de contrato o causal civil de obligar (D. libro II, tit. XIV, frag. 7, pár. 1-2-3-4).

Tampoco sin embargo, tal concepto tiene plena validez. BUCKLAND anota ⁽²⁹⁾ que hay pactos productores de acción, a los que no se denomina no obstante, *contractus*. ARIAS RAMOS ^(29 bis) recuerda que, como excepción a la máxima *ex nudo pacto actionem non nasci*, hubo un cierto número de pactos provistos de acciones, las cuales hacían, por tanto, exigibles las obligaciones en ellos convenidas; y que sustancialmente estos últimos no eran en realidad pactos sino contratos; pero los romanos, sin sentir tal preocupación sistemática, continuaron llamándolos pactos. Son los clasificados por los intérpretes como *pactos vestidos*.

Estas aparentes incongruencias débense a los métodos jurídicos de los romanos, revelados en la historia del contrato. Salvo en los contratos formales, son las necesidades de cada caso, más que construcciones dogmáticas, los motivos del proceso. A medida que las circunstancias lo requieren se da el carácter de contratos, a diversos actos jurídicos. Como expone BONFANTE ⁽³⁰⁾, “las causas que sin ir revestidas de formas constituyen el contrato se presentan siempre en derecho romano como excepciones; son relaciones determinadas *expresa y positivamente* por el legislador”.

Tal acontecimiento no es único por otra parte. Se presenta en otros pueblos y ambientes muy distintos. POL-

(29) BUCKLAND, *A text-book of roman law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1932 p. 409.

(29 bis) *Derecho Romano*, Madrid, 1940, tomo II, p. 52.

(30) *Instituciones de Derecho romano*, trad. BACCI-LARROSA-CAMPUZANO, Madrid, 1929, pág. 402.

LOCK y MAITLAND (31) citan el testimonio de BRACON según el cual "al final del reinado de ENRIQUE III, nuestra KING'S COURT no tiene una doctrina general del contrato".

ESQUIVEL OBREGON (32), con referencia al derecho azteca dice que la palabra misma *contrato* no parece haber existido en su acepción general, aunque alguno estima que *tlapalilizti* significa convención (CARVAJAL). Añade que "si bien era conocida la obligación procedente del delito, no sabe de cierto si existía la procedente del mero convenio".

Sin mirar atrás, la contemplación de nuestra misma época nos demuestra hasta qué punto se vive sin una noción del contrato. A no tenerla equivale el reinado de antagónicas opiniones. A ello, equivale también el aceptar una delimitación conceptual abstracta, que ni se ajusta a las circunstancias ideológicas o materiales, ni siquiera a sus diversas aplicaciones en la ley. De donde surge una confusión mental que llena de oscuridades la dogmática del derecho civil.

6. *La función del contrato* Conviene, aunque sea de pasada, recalcar que la función hoy asignada al contrato no siempre le ha sido atribuída. El *cambio* no necesita ser precedido de una *obligación de cambiar* creada por convenio; en épocas antiguas no lo ha sido; en ciertos pueblos de escaso desarrollo no lo es aún. El trueque material, la entrega mútua y simultánea, es suficiente, para conseguir los productos indispensables; y es la forma corriente cuando el *crédito* no ha alcanzado la importancia que tiene en la vida social de la civilización de nuestros días.

Por otra parte, las obligaciones resultantes en la actualidad del contrato no siempre se han imputado al mismo. La

(31) *History of the English Law*, II, 192.

(32) *Apuntes para la historia del derecho en México*, tomo I, pág. 374.

historia jurídica encierra en este punto interesantes enseñanzas (33). En el derecho anglosajón la acción *of trespass*, cuyo propósito inicial fué el de reparar un daño torticero llegó por aplicación analógica (*action of trespass on the case*) a dar lugar a la *action of assumpsit*, verdadera acción *ex-contractu*. (34) Y, aún ahora, el deslinde entre la responsabilidad penal, nacida de un delito, y la acción derivada del incumplimiento de un contrato, no aparece siempre muy diáfana. Hay veces en que la calificación es harto controvertible.

En otro orden, es interesante advertir que cuando la relación antes dominada por el contrato toma carácter distinto se da un curioso fenómeno de pervivencia. Salvo en las modificaciones que la nueva dogmática impone, subsisten las normas anteriores. Lo que ya no es un vínculo contractual sigue gobernado, en la mayoría de sus aspectos, por las reglas aplicables cuando lo era. El caso se dá, por ejemplo, en la relación de trabajo, que, según modernas construcciones, se concibe como desligada del contrato. (35) No obstante, lo cual, las leyes civiles y sociales sobre contrato de trabajo siguen aplicándose a ella. Lo mismo cabe afirmar de otros nexos que tienden a escapar al concepto del contrato, al menos de su concepto dominante, en cuanto se regulan con omisión de la voluntad de las partes.

(33) En ciertas épocas la ley se ha despreocupado de dar fuerza a los convenios: su función primordial ha sido asegurar la paz. POUND, obra citada (nota 11), escribe a este respecto: "I may remind you of the proposition of Hippodamus in the fifth century B.C. that there were but three subjects of law suits, insult, injury and homicide" (página 241-42).

(34) Véase la parte histórica de este ensayo (parte segunda). Cfr. OLIVER WENDELL HOLMES, Jr. *The Common Law* — Boston, 1943, *lecture VII* especialmente p. 278-284.

(35) Cfr. DE BUEN, *Aspectos de la moderna dogmática de la relación de trabajo*.—Libro-Homenaje al Pr. ALTAMIRA. Madrid 1936; POLO, *trabajo antes citado* (nota 17).

7. *En torno a la esencia del contrato.* Al ensayar la formulación de un concepto del contrato aparece como problema inevitable, el de precisar cuál es su elemento esencial. Y en este punto, donde se halla la médula de la problemática contractual, se presentan mayores dificultades de las que pudieran esperarse.

Vistas las cosas en su lado fácil, siéntese uno inclinado a sostener que el "alma del contrato" es el consentimiento; y, por lo tanto, la voluntad común de las contratantes. Si en algún casos la tesis falla, siempre es utilizable el comodín de que "no hay regla sin excepciones".

Sin embargo, históricamente, hechos innegables se oponen a dicha afirmación. Hay épocas en que las excepciones son la regla y, no obstante, se habla de "contrato".

El derecho romano nos ofrece en su desarrollo enseñanzas aprovechables en este punto. Teóricamente no llega nunca a fundar el contrato en general en el consentimiento; pero, además, como comprueban textos mas adelante citados (36), en alguna de sus largas etapas, el admirable progreso de su sentido jurídico, no impidió buscar la esencia del contrato en criterios diferentes del *consensus* (como la *forma*, o la *causa* que vestían a ciertos *actos* con ciertos efectos procesales y sustantivos).

La tesis de que lo sustancial del contrato está en el convenio, en la concordancia, de los contratantes, se abre difícilmente paso a través de la Edad Media (37). Aun hoy no puede afirmarse su incondicionada vigencia en todas las legislaciones (38); y, por añadidura, la crisis moderna de contrato presenta matices que abren en ella brechas peligrosas por donde se cuela, rejuvenecida, su antítesis.

(36) V. *segunda parte*.

(37) V. *la segunda parte*.

(38) V. *la tercera parte*.

En otro aspecto es interesante advertir que la opinión hoy dominante reputa esencial para el contrato, la concurrencia de una *causa*; o, en el derecho anglosajón, de una *consideration* (39). Una interpretación de esta última, ha llevado a la "*bargain theory*" (40) que solo confiere fuerza a la *promesa*, cuando es un elemento de un arreglo, transacción o negocio bilateral; y en la que hay una reminiscencia de los usos mercantiles que tanto han influido en la elaboración del derecho inglés. En cambio, por un rumbo de *espiritualización* del contrato, la *causa* y aún la *consideration*, queda convertida en su *razón de ser*, tal vez desinteresada, adquiriendo así una nueva modalidad la naturaleza del contrato. Por último, en el derecho moderno, se dan, no sin precedentes, *contratos abstractos*, como la *eini-gung*, del Código Civil alemán, contra lo cual por cierto ha levantado su voz la teoría nacional-socialista (41). De lo que, en suma, también resulta una gran incertidumbre sobre la función de la *causa* o la *consideration* en el contrato; y, de rebote, arduas cuestiones que recaen sobre la noción misma del contrato.

Queda con esta puesta la cuestión cardinal de la teoría del contrato: Cuál es el requisito que le dá carácter y esencia?

8. *El dogma de la autonomía de la voluntad* Precisa, en este punto, aclarar que el principio de que el contrato lo engendra el consentimiento es conexo con la máxima de que la ley debe respetar lo contratado; pero no se confunde con élla. Aquél y ésta se mueven con una holgada separación.

(39) Sobre el concepto de la *consideration* V. WILLISTON, *A Treatise on the Law of Contracts*, vol. I, 1936, Cap. VI.

(40) POUND (trabajo citado (en nota 11), páginas 269 ss).

(41) HECK, *Das abstrakte dingliche Rechtsgeschäft*, 1937.

Cierto es que si la sustancia del contrato se halla en el asentimiento de las partes, la voluntad particular alcanza de esa suerte una potencialidad creadora. Pero ello, por sí sólo, es compatible con el hecho de que la ley restrinja el ámbito de la voluntad contractual y aún, en ciertas hipótesis, la prive de eficacia. También puede armonizarse con la regla de que el consentimiento no prevalece, si no se expresa en una determinada forma.

La doctrina ha distinguido entre la *voluntad constitutiva de un acto jurídico* y la *voluntad constitutiva de los efectos de un acto jurídico*. La primera se refiere a los *requisitos* del acto; la segunda a sus *efectos*. Cuando se reconoce a la voluntad la doble competencia de crear el acto y establecer sus efectos, se afirma con toda amplitud el *dogma de la autonomía de la voluntad*, que ha señoreado después de la Codificación el área del derecho privado.

Un texto de las XII Tablas afirmó hace ya muchos siglos tal dogma: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*. No sentó la fuerza de la voluntad pura, sino de la incorporada a las formalidades del *nexo* o de la *mancipatio*; pero a la manifestada por medio de ellas le dió fuerza de derecho: *ita ius esto*. STAMMLER (42) sostiene que el concepto y la significación de la *libertad de contratar*, es una manifestación del sistema de *libre cooperación económica* (en oposición al sistema de *economía centralizada*) y ocupa un lugar junto al sistema de la *propiedad privada* y de la *herencia*. Añade que el pasaje citado de las XII Tablas es una expresa declaración del principio de la *libertad de contratar*; y que, tal vez, además de él, no podía hallarse, a la sazón, otra norma declarativa del principio mencionado que la contenida en la *Constitución de los Estados Unidos de América*: (“No State shall. . . . make. . . . a law impairing the obligation of contracts.” (art. 1, sect. I).

(42) *The Theory of Justice*, trad. HUSIK, New York 1925.

En la pugna entre la *economía libre* y la *economía dirigida*, el derecho moderno ha concedido mucho a la segunda. Sobre todo, a partir de la primera guerra mundial, la crítica de la virtualidad de la voluntad privada ha sido un tema favorito de la ciencia jurídica y de la ley. Se ha llegado a entrar en el sagrario de los derechos adquiridos y a modificar *ex post facto* los contratos, en virtud de razones de interés general. Háblase de *contratos dirigidos* y de *contratos impuestos* (43). No se unen con tales expresiones conceptos incompatibles entre sí? En caso contrario: Cuál es el concepto del contrato que admite tales formas dentro de su contenido?

9. *Ambito del Contrato en la doctrina general.* Punto de sustancial divergencia es el del ámbito del contrato, cuyo enfoque tiene indudable trascendencia para la determinación de su concepto.

Ni siquiera se recluye siempre el contrato en el cerco de lo jurídico. El Profeta ISAIAS habla de "concierto con la muerte y acuerdo con la sepultura" (44). JEHOVA pacta con NOE (45) y con ABRAHAM (46). Hay ciertas formas del *voto* concebidas como un pacto con los espíritus; y en los *sacrificios* se ha señalado también un aspecto contractual (47). El ajuste entre FAUSTO Y MEFISTO-

(43) V. sobre *contratos compulsorios en la teoría y la práctica* el número de Julio de 1943 de la *Columbia Law Review* que contiene varios interesantes artículos; JOSSERAND, *Cours de Droit Civil positif français* 1939, t. II, página 11.

(44) ISAIAS, cap. 28, 15 y 18.

(45) JEHOVA dice a NOE: "estableceré un pacto contigo" (GENESIS cap. 6-18).

(46) JEHOVA dice a ABRAHAM: "Y pondré mi pacto entre tí y mí" (GENESIS, cap. 17, 2); "y estableceré mi pacto entre mí y tí; y tu simiente después de tí en sus generaciones, por alianza perpetua..." (GENESIS, cap. 17, 8).

(47) WILLIAM GRAHAM SUMNER y ALBERT GALLOWAY KELLER, *The Science of Society*, vol. II, par. 283, y pág. 207; MAX WEBER, *lugar citado* en la nota 16.

FELES no es una invención caprichosa del genio de GOETHE. Tiene lejano abolengo en las tradiciones populares y en las teologías.

Dentro del perímetro de lo jurídico, el contrato o el convenio presentan aplicaciones muy antiguas, en la esfera de lo público y en la de lo privado y aún en la teoría general. Según EPICURO el derecho natural es un pacto de utilidad cuyo objeto es no perjudicarse recíprocamente (48). En Roma, la influencia más decisiva fué la del estoicismo; por ello el derecho natural se fundó en la naturaleza y no en la razón. GAYO, no obstante, perfila un *ius gentium*, fundado en la razón (*quod naturalis ratio inter omnes homines constituit*, GAYO, I, I) que ofrece el carácter, además, de ser observado por todos los pueblos (*id apud omnes populos pereaque custoditur, quasiquo iure omnes gentes utuntur*, GAYO, I, I). Se ha escrito, amparándose en la última parte del texto citado, que GAYO “dió una significación histórica al derecho natural”, y que tal criterio, prevaleció sobre todos los demás “por ser más conforme con las tradiciones romanas” (49). En virtud de lo cual podría sostenerse que, en forma implícita, la anuencia entre los distintos pueblos sirvió de fundamento al *ius gentium*, aun cuando se distanciara de lo bueno y equitativo; y pudo decirse así que la esclavitud era una institución del derecho de gentes, contraria al derecho natural. (50)

10. *Ambito del contrato en el derecho público.* Dentro del derecho público el contorno donde reina el contrato adquiere su mayor dimensión en la *teoría del contrato social*, aplicada al origen o considerada como fundamento de la colectividad política. La cual por cierto, si tiene una fisonomía genial en ROU-

(48) CARLE, *Vida del Derecho*, trad. H. GINER-FLORES, 1912, p. 140.

(49) CARLE, *obra citada*, pág. 175.

(50) D. I, II, pár. 2.

SSEAU, ni fué inventada por él, ni por ningún otro pensador de la Edad Moderna. Arranca, como es bien sabido, de antecedentes antiguos y medievales, que ponen de relieve la soterránea continuidad de épocas de la historia en apariencia radicalmente adversas.

VON GIERKE ⁽⁵¹⁾ anota que la concepción del Estado político como una *societas* se revela en CICERON y en SAN AGUSTIN ⁽⁵²⁾; y expresa que el acto hipotético creador del Estado fue ya clasificado en la Edad Media en la categoría del “contrato social” ⁽⁵³⁾.

También señala VON GIERKE el gran desarrollo de la tesis medieval ⁽⁵⁴⁾ que supone existente entre el pueblo y el príncipe *un contrato de sumisión* del primero al segundo. “Esta teoría se apoyaba en numerosas reminiscencias de la historia del derecho germánico, y sobre la forma contrac-

-
- (51) *Les Théories politiques du Moyen Age*.—trad. DE PANGE, Paris 1914.
- (52) CICERON escribe en *De Republica*, I, 25, 39: *populus autem non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communione sociatus*; interroga asimismo (I,32,49): *quid enim est civitas nisi iuris societas?*—SAN AGUSTIN considera al *populus* como *coetus multitudinis juris consensu et utilitatis communione sociatus*.
- (53) JOHANNES PARIISIENSIS, al comienzo del siglo XIV, indica ya la distinción entre el *contrato social* y el *contrato de sujeción*; y AFENEAS SYLVIUS, en el siglo XV la traza con claridad, al ocuparse de la fundación de la sociedad civil y de la institución de la regia potestad, como consecuencia de las primeras infracciones del contrato social.—Los *monarcomacas* describen con minucia el *pacto de sometimiento* o sujeción y afirman el derecho de proceder por la violencia contra el *tirano* que infringe sus cláusulas: cfr. *Vindiciae contra tyrannos*, atribuido a DUPLESSIS-MORNAY; la BOETIE, *Contre un; TREUMANN, Die Monarchomachen*. SANTO TOMAS, hostil al tiranicidio, aprueba la resistencia activa contra el *regimen tyrannicum*, que no constituye una sedición; salvo cuando las circunstancias de ella son mas dañosas que el sometimiento a la tiranía (*Summa Theologica*, II, 2).
- (54) ENGELBERT DE VOLKERSDORF (años 1250-1311) fué, según VON GIERKE, el primero en afirmar de una manera general que todos los *regna et principatus* tienen su origen en un *pactum subjectionis*.

tual que habían dado a muchas relaciones de derecho público los acuerdos de los príncipes y los estamentos (*Stände*). Creíase poder invocar en su favor la autoridad de la Sagrada Escritura, que habla de un contrato celebrado, en Hebrón, entre DAVID y las tribus de ISRAEL. Alegábase también un principio jurídico fundado en el *ius gentium*, según el cual todo pueblo puede colocar un *Superior* por encima de él". (55).

En el campo de la efectividad histórica es indudable que una de las piedras angulares del feudalismo fué el pacto entre el señor y el vasallo que, por una serie escalonada de subordinaciones, labró la que se ha denominado *pirámide feudal*. (56)

Respecto a España, expone MENENDEZ PIDAL (57) que el Rey tenía en la época del CID carácter distinto según los clérigos o los nobles. El enlace entre estos y aquel, en la *teoría nobiliaria*, derivaba de un juramento de fidelidad libremente prestado: de un verdadero *contrato*, que podía cesar por voluntad de cualquiera de las partes, del modo más arbitrario.

Historiadores del derecho español exponen que en la concesión de *fueros o cartas de población*, hay supuestos contractuales. MARTINEZ MARINA, al puntualizar las distintas significaciones de la palabra *fuero* (58) manifiesta que también se dió tal nombre a las *cartas pueblas*, escrituras de población y pactos anejos a ellas, constitutivas de contratos a que quedaban obligados el poblador y los nuevos colonos; y en las que aquel, como dueño territorial, concedía el suelo, posesiones y términos, y estos se obliga-

(55) VON GIERKE, obra citada (nota 51), pág. 169.

(56) PERROT, *Précis élémentaire du Droit français public et privé*, 1935, p. 277—Cfr. GUIZOT, *Histoire de la Civilisation en France*, Paris, 1846, IV, página 64.

(57) *La España del Cid*, Buenos Aires, 1939, pág. 60-62.

(58) *Ensayo Histórico crítico*... 1895, ns. 1 a 5.

ban a contribución estipulada o a reconocimiento de vasallaje. El mismo autor adiciona que la antigüedad nos ofrece muchos instrumentos con el título de *fueros*, que no eran más que unas escrituras de donación otorgadas por algún señor o propietario a favor de particulares, iglesias o monasterios, cediéndoles tierras, posesiones y cotos, con las regalías y fueros anejos, que disfrutaba el donante en todo o en parte, según se estipulase (59).

Añádase a ello la importancia que en la historia de la colonización de América por España tuvieron las *capitulaciones* que, según parecer de OTS y CAPDEQUI, no eran otra cosa que contratos (60).

11. *Ambito del contrato en el derecho privado.* Del ámbito más o menos dilatado conferido dentro del derecho privado al contrato, se ocupará más adelante este ensayo. Baste, por el momento, consignar que las opiniones oscilan, en aquella disciplina, entre dos juicios extremos, caracterizados uno por la máxima amplitud y el otro por la máxima restricción.

Según el primero hay contratos obligatorios, es decir, referentes al derecho de obligaciones; contratos relativos a los derechos reales; contratos concernientes al derecho de familia; contratos sobre derechos sucesorios.

Según la opinión restrictiva, el *contrato* queda circunscrito de tal suerte que sólo puede dársele en sentido propio tal nombre al acto que tiene por objeto *crear obligaciones*,

(59) OTS CAPDEQUI, *Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*, tomo I, Buenos Aires, 1943, afirma que en los Fueros municipales "se encuentra siempre, manifestada de una manera expresa o tácita, la idea de que las normas que en ellos se contienen constituyen una especie de derecho paccionado entre el Rey o el Señor y los vecinos de la ciudad". (pág. 94).

(60) Obra citada (en la nota 59), tomo I, página 215.

entendidas estas en sentido estrecho, es decir, como *obligaciones especiales* (61).

12. *El problema del ámbito del contrato.* Cualquier intento de obtener un concepto del contrato obliga a precisar cuál es su ámbito, en una época que ha tenido como uno de sus rasgos más señalados en el de la exaltación del contrato, (61 bis), en consonancia con una filosofía enaltecedora de la voluntad y de la libertad humana, y llena de confianza en su expansión.

13. *El contrato y la evolución jurídica.* Fué precisamente en esa época en la que hizo rara fortuna la fórmula de MAINE, según la cual la dirección progresiva de la vida social ha consistido, hasta el presente, en una marcha desde el *status* al *contrato* (62). Afirmación que halla todavía eco entusiasta en escritores contemporáneos. (63)

Qué significan, en la famosa frase, *status* y *contrato*? El primero se concibe como un entrelazamiento de ataduras del individuo con el grupo, principalmente con la familia. El segundo como un régimen en el cual las obligaciones entre personas "se establecen por virtud del libre consentimiento de los individuos". De ello deriva que el progreso desde el *status* al *contratus* se traduce en una tra-

(61) Cfr. DE BUEN, *Obligaciones institucionales y obligaciones especiales*. Revista Cubana de Derecho, La Habana.—Julio-Septiembre 1943.

(61 bis) POUND, obra citada en la nota 10, con referencia al pensar jurídico del siglo XIX, habla del *reinado del contrato* (p. 358) que vino a sustituir a la *concepción autoritaria* de la organización social.

(62) *Ancient Law*, Oxford University Press. 1939, Cap. V (al final). Cfr. *Maine*, Sir Henry James Sumner, por SMELLIE en la *Encyclopedia of the Social Sciences*.

(63) HERMES LIMA, *Introdução a Sciencia do Direito*, Sao Paulo 1937, dice respecto del contrato: "Su historia es la de la civilización. Viene aumentado su campo de acción con la evolución general, desenvolvimiento del comercio, industria y de toda la vida social y humana" (pág. 201).

yectoria desde el sometimiento a la libertad. RADÍN (64), por otra parte, encuentra en la palabra *Status* la sugerencia de una suerte de casta, a la que el ser humano pertenece en virtud de fuerzas exentas de su señorío; y atribuye la afirmación de MAINE al fetichismo hegeliano que, según él, embriagó el pensamiento social y político del siglo XIX.

CONSENTINI (65), a su vez apunta que la doctrina del derecho natural se liga a las teorías *contractualistas* que han penetrado en una medida tan amplia en el dominio del derecho público y del derecho privado (p. 163). El derecho natural es, en la época moderna, conforme a su parecer, “un contractualismo idealizado y elevado a una potencia extrema” (página 164).

Sin analizar con detalle los variados factores de los que es función el rango concedido al contrato, es incuestionable que aparece dentro de una filosofía que tiende, por un lado, a romper viejas cadenas; y, por otro, confía, con optimismo, al hombre desencadenado, la misión de ser artífice de un mundo mejor. El enaltecimiento del contrato, en tal sentido, es un aspecto del liberalismo. (66)

CARLETON KEM HALLEN, en su prólogo a la edición del *Ancient Law*, antes mencionada, acentúa que su autor tuvo la prudencia de condicionar la evolución expresada, con el adverbio *hitherto* (hasta el presente). Pregúntanse hoy muchos, —agrega— unos con temor y otros con complacencia, si no se ha iniciado un proceso regresivo. La libertad de contratar se ha modificado mucho en nuestros

(64) *Contract obligation and the human will*, en *Columbia Law Review*, July 1943, p. 576.

(65) *La reforma de la legislación civil y el proletariado*.—Trad. AGUILERA Y ARJONA.

(66) *La reforma de la legislación civil y el proletariado*, trad. que el instrumento del liberalismo “fué el descubrimiento de lo que cabe denominar el Estado contractual”. Añade a esto que, para hacer un Estado así, procuró limitar la intervención política “hasta el grado mínimo compatible con el mantenimiento del orden público”.

días “y la situación del individuo en la sociedad hállese regida por el grupo particular, especialmente por la profesión, a que está adscrito no siempre por libre elección, en términos cada vez más acentuados y distantes de lo que acontecía cuando el *Ancient Law* fué escrito”. (67).

Otros muchos autores han discutido la generalización de MAINE. Lo han hecho incluso en el terreno histórico, donde datos conocidos permiten asegurar que tampoco “hasta el presente” las cosas han ocurrido con arreglo a un esquema tan rígido. RADIN (68) estima que aquella no es históricamente exacta; y que en las comunidades occidentales, hasta donde nuestros conocimientos alcanzan, no ha existido nunca un tiempo en el que todas las relaciones económico-sociales fueran determinadas por un *status*. Antes del Imperio romano, y en sus comienzos, la libertad económica era mayor que lo fué en los siglos III y siguientes (69); para ciertos grupos sociales el feudalismo significó una libertad de empresa; y es curioso anotar que, en la esfera más característica del *Status*, como es la de las relaciones familiares, disminuye la regulación y entra cada vez más el concepto del contrato, precisamente en una época en la que la relación de empleo se hace objeto de una regulación pública más severa.

La historia no lleva, como algunos piensan, una dirección única. En ella se advierten idas, retornos y desvíos. La historia del contrato obedece a esa ley general. Por eso el paso del *status* al *contrato* no es una verdad absoluta, aunque puede ser, en sus líneas generales una verdad relativa, dentro de una época determinada. LASKY ha podido señalar, con razón, uno de los rasgos del período com-

(67) Página XXVII.

(68) Lug. citado (nota 64) página 576.

(69) Cfr. KORNEMANN, *Collegium* en PAULY-WISOWA-CROLL, *Real Encyclopädie des Klassischen Altertums*, IV; WALTZING, *Etudes sus les Corporations*, II, 16-246.

prendido entre la Reforma y la Revolución francesa con estas palabras: "*Status was replaced by contract as the juridical foundation of society*". (70).

En el pensamiento y en la sociedad contemporánea, la tesis de MAINE no está muy de acuerdo con ciertas direcciones doctrinales y legislativas.

El moderno formalismo kelseniano, tan influyente en el pensar jurídico, socava la tesis, toda vez que si en él se reconoce validez al contrato, se le otorga sólo un valor derivativo, imputable en definitiva al Estado. El contrato tiene sólo una virtualidad delegada en él por normas superiores; es un escalón del proceso de creación jurídica que tiene su raíz originaria en la *Constitución, en sentido lógico-jurídico* (71)

Concebidas así las cosas, el contrato no produce efectos por que los contratantes *los quieren*, sino porque las normas enlazan tales efectos con la *hipótesis* de una cierta voluntad o declaración de las partes. El consentimiento queda, por lo tanto, relegado a la categoría de un supuesto normativo. Está en la norma misma la fuerza creadora de las obligaciones; que, de esa suerte, nacen, más que por virtud del *contrato*, por obra de un *status*, cuya central dinámica es la Constitución en *sentido lógico jurídico*

Cabe decir asimismo que entre el *contrato* y el *status* no se traza siempre un claro deslinde. El *status* puede ser un consentimiento sedimentado a través de las generaciones; que no por eso deja de ser consentimiento; y, que a veces, tiene para los pueblos mucho más valor que una voluntad momentánea, inspirada en la pasión. Cabe por otra parte, introducir en la sustancia de las obligaciones contractuales ciertos efectos exigidos por el ordenamiento

(70) Obra citada (en la nota 66), página 1.

(71) KELSEN, *Teoría general del Estado*, trad. LEGAZ, 36- Cfr. también KELSEN *El Contrato y el Tratado estudiados desde el punto de vista de la "Teoría general del Derecho"*.

comunal y los deberes comunes, como lo ha hecho (por cierto dando el carácter de tesis de partido a lo que es opinión muy extendida), la moderna doctrina alemana (72).

Adiciónese a lo expuesto que, tras de la confianza ciega en el contrato, vivimos una época de desengaño. Ni el *status* es, en todo caso sinónimo de ligadura, ni el *contrato* fuente de libertad. Ninguna libertad tuvo, por el contrario, mayor amparo que las libertades *institucionales*, de las que constituye notable ejemplo el pueblo inglés. Sobre la tesis del contrato, aplicada al derecho público, se construyó un Estado despótico (HOBBS). En el derecho privado, la libertad de contratación ha sido libertad para los poseedores y esclavitud para los desposeídos. Nacida contra el *feudalismo político* ha engendrado un *feudalismo capitalista*. Por eso se ha visto en los contratos "los peores adversarios de la organización democrática". (73)

El *desengaño del contrato* es una manifestación de la inquietante crisis actual del liberalismo, a la que en modo alguno hay que dar otro alcance que la crisis de una expresión histórica y contingente del noble anhelo de libertad humana, que ninguna de sus formulaciones agota (74). En ese aspecto ofrece el estudio de aquel singular interés, so-

(72) LANGE, *Nationalsozialismus und bürgerliches Recht, en Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 1935, pág. 945.

(73) "Cuando haya desaparecido la demarcación artificial establecida entre el derecho público y el derecho privado, cuando todos los asuntos jurídicos estén libres de la voluntad individual y sean puestos al servicio de las exigencias de la solidaridad y de la utilidad social, las primeras instituciones jurídicas que será necesario transformar serán las obligaciones y los contratos, que constituyen actualmente, según MENGER, los peores adversarios de la organización democrática". (CONSENTINI, *La reforma de la legislación civil y el proletariado*. trad. AGUILERA Y ARJONA, página 401).

(74) También sería un error pensar que la crisis actual del *liberalismo* llega exclusivamente a soluciones *socialistas*. Lo sería igualmente aceptar que desde una posición *personalista* la humanidad se encamina hacia el *traspersonalismo*. Hoy se

bre todo en sus aspectos técnicos; por poner estos en contacto directo con un trascendental problema, en terrenos donde puede ser enjuiciado con serenidad, fuera del alcance de los programas del partido; y donde es menos fácil por ello extraviarse en la búsqueda de la verdad tan dramáticamente indagada.

Llevará el desengaño del contrato a desechar su concepto como inútil o pernicioso? Exigirá la reducción de su ámbito? Impondrá un nuevo concepto de tal instituto? Seguirá considerándolo como la manifestación más genuina de la autonomía de la voluntad? Es sólo, tal desengaño, un fenómeno transitorio y morboso? He aquí, añadidas a las anteriores, nuevas facetas de la *problemática* contractual, para cuya solución desapasionada se esfuerza este ensayo en buscar, con objetividad, elementos de juicio cuidadosamente expurgados, sobre los cuales pretende edificar sus conclusiones.

acentúan más que nunca las corrientes en favor de la personalidad y de la libertad humana, al propio tiempo que se critican las soluciones liberales, cuya función histórica sería injusto olvidar. POUND (*obra citada* en la nota 10), escribe con acierto: "It is no necessary to make an out-and-out choice once for all between nineteenth-century abstract individualism and nineteenth-century orthodox socialism as inevitable alternatives"... "It is quite as possible to reckon personality values and community values in terms of civilization values" (página 367).

CODIFICACION

ANTECEDENTES LEGALES DEL CODIGO DE COMERCIO DE PANAMA

Por RENATO OZORES,
Profesor de Derecho Mercantil.

En el año de 1821, el mismo de su independencia de España, Panamá se une voluntariamente a Colombia, adoptando, como consecuencia de esta fusión política, toda la legislación que se hallaba vigente en el país del cual entró a formar parte.

En 13 de Mayo de 1825 se dictó en Colombia una ley de Procedimiento civil cuyo artículo primero establecía que el órden de prelación en que debían observarse y aplicarse las leyes en todos los Juzgados y Tribunales de la República era, 1º, las decretadas, o que en lo sucesivo decretase el Poder Legislativo; 2º, las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, sancionados hasta el 18 de Marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español en el territorio que forma la República; 3º, las leyes de la Recopilación de Indias; 4º, las de la Nueva Recopilación de Castilla y 5º, las de las Siete Partidas. El artículo siguiente establecía que, en consecuencia, no tendrían vigor ni fuerza alguna en la República, las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del Gobierno español, posteriores a la indicada fecha de 18 de Marzo de 1808, ni tampoco los mencionados en todo lo que se opongan a la Constitución, a las leyes, decretos, etc., que había dado o diere en lo sucesivo el Poder Ejecutivo.

Esta ley de Procedimiento fué reformada en parte por la de 17 de Mayo de 1826 que, sin embargo, mantuvo la vigencia de la anterior en lo relativo al órden de aplicación

de los preceptos legales mencionados. Posteriormente la ley de 14 de Mayo de 1834, en su artículo 230 derogó expresamente las dos leyes a que dejamos hecha referencia, estableciendo en su artículo primero que el orden en que debían observarse las leyes en todos los Tribunales del Estado, tanto civiles, como eclesiásticos y militares sería, 1º, las decretadas, o que en lo sucesivo se decreten por la Legislatura de la Nueva Granada (1); 2º, las decretadas por la autoridad legislativa de Colombia; 3º, las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno español, sancionadas hasta el 18 de Mayo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno español, en el territorio que forma la República Neogranadina; 4º, las leyes de la Recopilación de Indias; 5º, las de la Nueva Recopilación de Castilla y 6º, las de Las Partidas. El artículo segundo disponía que, en consecuencia, no tendrían vigor ni fuerza alguna en el Estado las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del Gobierno español posteriores al 18 de Mayo de 1808, añadiendo que tampoco tendrían fuerza y vigor las demás leyes españolas expresadas en el artículo anterior, en todo lo que se opongan a la Constitución, a los decretos que dejó vigentes el artículo 219 de la misma, a las leyes que dió la legislatura de Colombia, a las que expidió la Convención, y a las que haya dado o diere el Congreso constitucional de la Nueva Granada.

El artículo 219 de la Constitución del Estado de Nueva Granada dada por la Convención Constituyente en el año de 1832, que es al que se refiere el precepto que acabamos de citar, expresa: "Se declaran en su fuerza y vigor todas las leyes y decretos que han regido en la República, y que estaban en observancia al tiempo que se publicó la ley fundamental de la Nueva Granada; siempre que dichas leyes o decretos no sean contrarios a esta Constitución, o a los decretos y leyes que haya expedido o expida la presente Convención".

(1) Nombre adoptado por Colombia en 1830.

La mencionada Ley de 14 de Mayo de 1834 que hemos señalado, fué reformada a su vez por las de 20 de Abril de 1836 y de 26 de Junio de 1839, reformas que no afectaron la referida disposición en cuanto al órden de aplicación de las leyes que en la misma se establecía.

En 1º de Junio de 1853, la Cámara de Representantes de Nueva Granada y el Senado, reunidos en Congreso, decretaron un Código de comercio. Dicho Código, dividido en cuatro libros, dedicaba el primero a tratar de los comerciantes y agentes de comercio; el segundo se ocupaba, como su título indica, de los contratos de comercio en general, sus formas y efectos; el Libro Tercero estaba dedicado al estudio y reglamentación del Comercio Marítimo y el cuarto se hallaba consagrado a la reglamentación de las Quiebras. El artículo 1110, último de este Código, derogaba expresamente las *Ordenanzas de Bilbao* y todas las disposiciones sustantivas referentes al comercio *que hasta entonces habían regido en la República*, lo que nos demuestra que desde la unión de Panamá a la República de Colombia rigieron para el Istmo, lo mismo que para el resto del país las referidas Ordenanzas de Bilbao que, como acabamos de ver, fueron expresamente derogadas por el mencionado Código de comercio colombiano de 1853.

Este Código de Comercio mantuvo su vigencia en Panamá hasta el día 1º de Marzo de 1871, en cuya fecha comenzó a regir en el Istmo el nuevo Código de Comercio Terrestre, aprobado por la Asamblea Legislativa del Estado Soberano de Panamá el día 6 de Octubre de 1869. Este cuerpo legal fué sancionado por el Presidente Buenaventura Correo el día 12 del mismo mes y año, fijándose la fecha en que el citado Código habría de comenzar a regir en el Estado Soberano de Panamá por medio de un Decreto del Presidente de dicho Estado, de fecha 14 de Diciembre de 1870.

El Código Panameño de 1869 continuó rigiendo en nuestro país hasta la promulgación del que actualmente regula nuestra vida mercantil, en virtud de que este cuerpo

legal fué adoptado para todo el territorio de Colombia por el inciso tercero del artículo primero de la Ley 57 de 15 de Abril de 1887, (ley que fué publicada en los números del Diario Oficial correspondientes a los días 20, 21 y 22 de Abril del mismo año) disponiéndose en el inciso primero del ya citado artículo primero, que tanto la mencionada Ley, como los Códigos que ella adoptaba comenzarían a regir noventa días después de publicada dicha Ley, de donde se deduce que la vigencia del referido Código panameño comenzó para el resto de Colombia el día 21 de Julio de 1887, continuando, por lo tanto, en el Istmo de Panamá. Posteriormente el artículo primero de la Ley 83 de 1888 prescribió que rigieran en Panamá las leyes que en materia civil, *de comercio*, de minas y penal regían en el resto de la República, con lo cual se ratificó la vigencia en el Istmo del citado Código. Más tarde el artículo único de la Ley 41 de 1894 derogó el artículo 201 y el ordinal cuarto del artículo 76 de la Constitución colombiana —ordinal que atribuía al Congreso la facultad de disponer lo conveniente para la administración de Panamá— quedando, por lo tanto, sometido el Departamento de Panamá a la legislación general de la República, legislación en la que, como hemos dicho, se hallaba incorporado el Código de Comercio Terrestre del antiguo Estado Soberano de Panamá.

Según opinión de Don Luis Anderson, autor del Proyecto del Código de Comercio vigente en la actualidad en nuestro país, el Código de Comercio Terrestre del Estado Soberano fué dictado en virtud del considerable desarrollo que habían adquirido en el Istmo las relaciones comerciales debido al funcionamiento del ferrocarril de Panamá a Colón, (1) inaugurado, como es sabido, en el año de 1855. Este Código de Comercio Terrestre tenía solamente dos libros. El primero dedicado a tratar de los Comerciantes y Agen-

(1) Bases del Proyecto de Código de Comercio propuesto por el Codificador Don Luis Anderson. "Anales de la Comisión Codificadora", no. 2, de 8 de Abril de 1914.

tes de comercio; y el segundo, de los Contratos y Obligaciones mercantiles en general. En el artículo 959 se establecía que a continuación se imprimiría el Libro Tercero del Código Nacional de Comercio sancionado en el año de 1853, o sea el referente al Comercio marítimo, con el único objeto, decía, de complementar los asuntos mercantiles, y a pesar de que la materia de dicho Libro era de la exclusiva competencia del Gobierno de la Unión.

Al producirse en Panamá el movimiento de independencia de Colombia en el año de 1903, la Junta de Gobierno Provisional de la República decidió que continuaran rigiendo las leyes colombianas que habían regido en Panamá y que no contravinieran las disposiciones del nuevo Gobierno, (2) y posteriormente la Constitución panameña de 1904, en su artículo 147, ratificó lo que la Junta de Gobierno Provisional había decidido sobre la materia.

Aun cuando en Panamá parecía sentirse la necesidad de redactar nuevos Códigos, como lo demuestra el hecho de que la Ley 37 de 4 de Mayo de 1904, en su artículo tercero, autorizó al Presidente de la República para que nombrara una comisión que se encargara de redactar los respectivos proyectos, tales proyectos no llegaron a elaborarse a pesar de que el Presidente Amador Guerrero nombró una comisión para tal fin y, en consecuencia, siguió rigiendo en el Istmo la legislación colombiana en materia de comercio.

En el año de 1913, el Presidente de la República, Dr. Belisario Porras designó, por Decreto de 6 de Noviembre de 1913, los miembros de una nueva Comisión que fué encargada de la redacción de los Códigos nacionales, comisión que presentó los correspondientes proyectos que merecieron la aprobación legislativa por medio de la Ley 2ª de 22 de Agosto de 1916, en la que se disponía que los nuevos Códigos, entre los que figuraba el vigente de Comercio, debían

(2) Decreto no. 4, de 4 de Noviembre de 1943 (artículo único). Gaceta del 14 de Noviembre de 1903. Año I, N° 1.

entrar a regir el 1º de Julio de 1917; pero el Decreto Ejecutivo número 95, de 1º de Junio, dictado en uso de la potestad concedida por la Ley 44 de 1917, aplazó el comienzo de su vigencia hasta el 1º de Octubre del mismo año.

El Proyecto primitivo de nuestro Código de Comercio, tal como fué redactado por su autor, Don Luis Anderson, contenía un Libro Cuarto, que establecía las disposiciones relativas al ejercicio de acciones que nacen de los actos de comercio y a la extinción de las mismas; el procedimiento en materia de embargos y venta judicial de buques, y disposiciones especiales de procedimiento en materia de quiebra, refundiendo las disposiciones sobre prescripciones correspondientes a los diversos contratos. Dicho Libro fué suprimido, incorporándose en los tres Libros restantes algunas de las disposiciones que el proyecto primitivo había colocado en el mismo.

Hasta el momento presente nuestro Código de Comercio ha sufrido algunas reformas esenciales, siendo las principalmente dignas de mención, las introducidas por la Ley 52 de 13 de Marzo de 1917, relativa a los Documentos Negociables, que deroga sustancialmente todo el Título XV del Libro Primero, y la Ley 32 de 26 de Febrero de 1927, sobre Sociedades Anónimas que vino a modificar las normas contenidas en los Capítulos V y VI del Título XIII del Libro Primero.

En la actualidad se halla funcionando una nueva Comisión Codificadora que se propone, al parecer, una revisión fundamental de la legislación vigente en nuestra República y que, por lo tanto, habrá de afectar nuestra presente codificación mercantil.

Panamá, Agosto de 1944.

SINTESIS HISTORICA DE LA CODIFICACION CIVIL PANAMEÑA

Por JORGE E. ILLUECA
Colaborador del Instituto.

	Pág.
I. EPOCA ESPAÑOLA	91
1. Los primeros cuerpos legales españoles aplicados en América	91
2. El Derecho Indiano y el Derecho Castellano. Su aplicación	92
3. Vigencia en Panamá de los cuerpos legales españoles después de la Independencia	95
II. EL REGIMEN COLOMBIANO	99
1. Panamá, Provincia Colombiana. Sistema legal anterior al C. C. del Estado Soberano	99
2. "La Recopilación Granadina" (1821-1844). Su Apéndice (1845-1850)	100
3. Tentativa de una Codificación Civil Nacional. Proyecto de C. C. del Dr. Justo Arosemena	102
4. El Estado Soberano de Panamá	104
5. El Código Civil del Estado Soberano	105
6. Legislación que modifica al C. C. del Estado Soberano	107
7. "La Compilación de Leyes Varias"	108
8. El Código Civil Colombiano. Sus antecedentes	110

9.	Dificultades en el reconocimiento de la vigencia del Código Civil Nacional . . .	113
10.	La Unificación de la Legislación Nacional	117
11.	Legislación modificativa del Código Civil Nacional	118
12.	Los Decretos Legislativos del período bélico de 1899 a 1902	120
III.	LA REPUBLICA	122
1.	Adopción de los Códigos y Leyes Colombianas	122
2.	Legislación anterior a la Codificación Panameña	123
3.	Los intentos de Codificación . . .	125
4.	La Codificación. Sus antecedentes .	127
5.	El Código Civil de la República de Panamá	129
6.	Leyes reformativas y Decretos en materia civil	132
7.	Revisión del Código Civil vigente . .	138
8.	Nueva actividad Codificadora. Las diversas Comisiones	141
9.	El nuevo Código Civil Panameño . .	145
a)	Actuación de la Comisión Redactora del C. C.—Declaraciones de su Presidente, Magistrado Dn. Darío Vallarino	145
b)	Labor del Encargado de la Revisión, Dr. Demófilo de Buen	148
c)	Plan del Nuevo Código	150

Sean estas primeras líneas para dejar constancia de las facilidades de consulta que me fueron dispensadas por el Académico Dn. Juan Antonio Susto, Director de los Arvos Nacionales, quien me suministró informaciones de

valor, y por el Dr. Manuel Cajar y Cajar, Secretario (ex-Relator-Bibliotecario) de la Honorable Corte Suprema de Justicia. A estos dos caballeros mi sincero reconocimiento.

I. EPOCA ESPAÑOLA

1. *Los primeros cuerpos legales españoles aplicados en América.*

El descubrimiento de las vastas tierras de América trajo consigo el natural ordenamiento jurídico de las relaciones interhumanas en las nuevas comarcas que quedaron bajo el dominio español.

La Legislación de Indias, de acuerdo con Levene, arranca de las Capitulaciones de Santa Fé, que firmaron los Reyes Católicos con Cristóbal Colón cuando éste acometió su temeraria y venturosa empresa. (*)

El Derecho Civil que se aplicó desde un principio fué el Derecho Castellano, debido a la circunstancia histórica de que estos territorios fueron incorporados políticamente a la Corona de Castilla, por haber sido Isabel la Católica la protectora del Gran Almirante. A este hecho contribuyó la falta de unificación del Derecho Peninsular, pues, no obstante el matrimonio de Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, las diversas regiones españolas continuaban aplicando su propio Derecho.

En la época del Descubrimiento regía en el Reino de Castilla el "Ordenamiento de Alcalá de Henares", decretado en el año 1348 por el Rey Alfonso XI, y según el cual el orden de prelación de las fuentes del Derecho Castellano vigente entonces era el siguiente: (1)

(*) Véase Ricardo Levene. "Introducción a la Historia del Derecho Indiano". Bs. Aires. 1924.—De Buen. "Introducción al Estudio del Derecho Civil". p. 113. Madrid. 1932.

(1) Véase José María Ots Capdequí. "Manual de Historia del Derecho Español en las Indias y del Derecho propiamente indiano". (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Instituto de Historia del Derecho Argentino. III). T. I, ps. 13, 87 y 91. Bs. Aires, 1943.

- 1º El Ordenamiento de Alcalá;
- 2º Los Fueros Municipales;
- 3º El Fuero Real, si se probaba su uso; y
- 4º Las Partidas.

Estos mismos cuerpos legales castellanos, siguiendo el orden ya establecido, entraron en vigor, también, como es lógico, en la jurisdicción de las Provincias de Castilla de Oro, o sea en el territorio de la que es hoy la República de Panamá, y su aplicación se generalizó en toda la América.

2. *El Derecho Indiano y el Derecho Castellano.*
Su aplicación.

La idea de los gobernantes españoles de estructurar en estas tierras un sistema jurídico netamente castellano, se vió frustrada por razones de índole poderosa.

Como dice Ots Capdequí: "Las circunstancias sociales, económicas, raciales y geográficas de este mundo, nuevo para los europeos de la época, tan complejo en su enorme extensión, tan distante y tan distinto, no pudieron ser encuadradas dentro de los rígidos preceptos del viejo derecho castellano peninsular. Se tuvieron que dictar normas jurídicas nuevas para hacer frente a situaciones de hecho desconocidas hasta entonces y así nació el derecho propiamente indiano que pronto alcanzó frondosidad extraordinaria y que en muchos aspectos de la vida social, económica y jurídica, desplazó a un segundo plano al derecho castellano tradicional". (2)

Este Derecho Indiano se fué formando por las normas jurídicas contenidas en las Reales Cédulas, Provisiones, Cartas Reales, Instrucciones, Ordenanzas, etc. que se dictaron por el Rey, la Casa de la Contratación de Sevilla,

(2) Ob. cit. p. 88.

el Real y Supremo Consejo de las Indias, y demás autoridades y organismos de Gobierno debidamente facultados, con sede en España o en América. Estas disposiciones eran dictadas para regir exclusivamente en estos territorios de las llamadas Indias Occidentales, y de acuerdo con Decretos provenientes de la Península, la vigencia y observancia de dichas disposiciones privaba sobre los Cuerpos legales castellanos, que quedaron como Derecho Supletorio aplicable cuando no existiese la norma correspondiente en el Derecho propiamente Indiano. (3)

El carácter supletorio que asumen las fuentes del Derecho Castellano, en realidad no alcanza propiamente esta cualidad en cuanto atañe al Derecho Civil, que es objeto de nuestro estudio. El Derecho Indiano se distingue por su *casuismo*, y por su falta de concepciones jurídicas profundas, de suerte que el Derecho Civil Castellano, catalogado como supletorio, fué muy socorrido y conservó una importancia primordial, al punto de desarrollarse en América, casi con la misma extensión que en la Metrópoli. (4)

El Derecho Indiano aun cuando regulaba nuevas situaciones de hecho, en el aspecto jurídico en materia civil siguió siempre la doctrina tradicional del Derecho Castellano.

Es de observar que no siempre fueron aplicables libremente como derecho supletorio las disposiciones del Derecho Castellano, pues, como lo hace notar Ots Capdequí, la Ley 40, Título I, Libro II de la Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias de 1680, establecía claramente que no se ejecutasen en los territorios de las Indias "ninguna pragmática de las que se promulgaren en estos reinos, si por especial cédula nuestra, despachada por el Consejo de Indias, no se mandaren guardar en aquellas Provincias" (5)

(3) Ob. cit. p. 14, 88 y 89.

(4) Ots Capdequí. Ob. cit. p. 89 y 90.

(5) Ob. cit. p. 92.

Cronológicamente en América y consiguientemente en el territorio correspondiente a Panamá, además del Derecho propiamente Indiano, se aplicaron las disposiciones contenidas en los siguientes cuerpos legales:

1. EL ORDENAMIENTO DE ALCALA DE HENARES, promulgado en el año de 1348, según el cual la aplicación de las fuentes del Derecho Castellano se hace en el siguiente orden: 1º El Ordenamiento de Alcalá; 2º Los Fueros Municipales. (Esta Fuente por ser de carácter local no tuvo vigencia en América); 3º El Fuero Real, si se probaba su uso; y 4º Las Partidas.

2. LAS LEYES DE TORO, decretadas en 1505 bajo el reinado de doña Juana "la loca", la primera de las cuales adopta con algunas modificaciones otra del "Ordenamiento de Alcalá de Henares" en que se consigna el orden de prelación de las fuentes del Derecho castellano, ya expresado.

3. LA NUEVA RECOPIACION DE CASTILLA, sancionada en 1567 bajo el Reinado de Felipe II. Aquí se confirma el orden de prelación acordado en el Ordenamiento de Alcalá y adoptado por las Leyes de Toro.

4. LA RECOPIACION DE LEYES DE LOS REINOS DE LAS INDIAS, promulgada en 1680, que dispone guiarse por el orden establecido en las Leyes de Toro ya mencionadas. (6)

(6) Ots Capdequí. Ob. cit. p. 91. En la Ley 2 tit. I, lib. II de la Recopilación de leyes de los reinos de las Indias, promulgadas en 1680, al fijar el orden de prelación de los cuerpos legales aplicables en estos territorios se decía: "Ordenamos y mandamos, que en todos los casos, negocios y pleitos en que no estuviere decidido, ni declarado lo que se debe proveer por las Leyes de esta Recopilación, o por cédulas, provisiones u ordenanzas dadas y no revocadas para las Indias, y las que por nuestra orden se despacharen, SE GUARDEN LAS LEYES DE NUESTRO REINO DE CASTILLA CONFORME A LA DE TORO...."

5. LA NOVÍSIMA RECOPIACIÓN DE LAS LEYES DE ESPAÑA, sancionada en 1805. Este cuerpo legal se promulgó con el fin de reemplazar a la Nueva Recopilación.

Algunos autores han expresado la opinión de que la Novísima Recopilación no rigió en América, debido a que sobrevinieron las luchas por la emancipación sin haberse dictado la cédula especial correspondiente autorizando su aplicación. (7)

Esta opinión ha sido combatida con enumeración de hechos y argumentos poderosos. En el caso del territorio panameño, bástenos decir que de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de 13 de Mayo de 1825 decretada por la República de Colombia (8) y que rigió en Panamá, la Novísima Recopilación de las Leyes de España se aplicó en estos territorios, pues la prohibición que consagraba el artículo 2º de la Ley mencionada, se refería a la aplicación de las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y Decretos del Gobierno Español, posteriores al 18 de Marzo de 1808. La Novísima Recopilación es del año 1805, y por ser anterior a la fecha indicada en esta disposición, fué factible su aplicación, aun después de la Independencia de España.

3. *Vigencia en Panamá de los Cuerpos españoles después de la independencia.*

Al declararse en el Acta de Independencia de España el 28 de Noviembre de 1821, que el territorio de las Provincias del Istmo pertenecía al estado republicano de la Gran Colombia, a cuyo Congreso irían a representarlas sus Diputados, Panamá quedó sometida a las leyes colombianas, de suerte que aquel sistema jurídico fué el mismo de nuestro país.

(7) Ots Capdequí. Ob. cit. p. 93.

(8) Codificación Nacional de todas las Leyes de Colombia. Tomo I. Bogotá. Imprenta Nacional. 1924. p. 151.

Fernando Vélez en su Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano, cita entre las Leyes Españolas más importantes a “las Siete Partidas, la Nueva Recopilación, *la Novísima Recopilación* y la Recopilación de Indias, que fueron los Códigos de especial aplicación en la Colonia y después de ésta, durante varios años.” (9)

Como resultado inmediato de la Independencia, el Derecho español fué reformado por los nuevos principios establecidos por los emancipados, en cuanto se eliminaba la desigualdad de los ciudadanos ante la Ley. (10)

Sobre la vigencia de las leyes españolas el Artículo 188 de la Constitución de 1821 estableció: “Se declaran en toda su fuerza y vigor las leyes que hasta aquí han regido en todas las materias y puntos que directa o indirectamente no se opongan a esta Constitución ni a los decretos y leyes que expidiere el Congreso.”

La Ley de la República de Colombia de 13 de Mayo de 1825, que arregló el procedimiento civil de los Tribunales y Juzgados, dispuso:

“Artículo 1º El orden con que deben observarse las leyes en todos los tribunales y juzgados de la República, civiles, eclesiásticos o militares, así en materias civiles como criminales, es el siguiente:

“1º Las decretadas o que en lo sucesivo decretare el Poder Legislativo; 2º Las pragmáticas, cédulas, órdenes, decretos y ordenanzas del Gobierno Español, sancionados hasta el 18 de marzo de 1808, que estaban en observancia bajo el mismo Gobierno Español en el territorio que forma la República; 3º Las leyes de la Recopilación de Indias; 4º Las de la Nueva Recopilación de Castilla, y 5º Las de las Siete Partidas.

“Artículo 2º En consecuencia, no tendrán vigor ni fuerza alguna en la República las leyes, pragmáticas, cédulas, órdenes y decretos del Gobierno español posteriores al diez y ocho de marzo de

(9) Fernando Vélez. “Estudio sobre el Derecho Civil Colombiano”. Imprenta del Departamento. Medellín. 1898. p. 4.

(10) Fernando Vélez. Ob. cit. p. 7.

de prelación en la observancia de las leyes que se estableció nos lo demuestra, además de que, en consecuencia, procedió la aplicación de las demás fuentes del Derecho Castellano a que se remiten la Recopilación de las Leyes de Indias y la Nueva Recopilación de Castilla.

Particularmente en el territorio panameño las Leyes Españolas se aplicaron ampliamente hasta el 1º de Marzo de 1862 en que fué puesto en vigor el Código Civil del Estado Soberano de Panamá.

Sin embargo, tratándose de un territorio incorporado a la República de Colombia, debemos tener presente que las leyes españolas no fueron abolidas en este país hasta el advenimiento de la unificación de la legislación nacional en 1887.

Antonio José Uribe, autor de la Ley que ordenó la Codificación de todas las Leyes de Colombia, así lo afirma.

“Efectuada la emancipación y creado el Estado por la Constitución de 1821 —dice Uribe— siguieron rigiendo en la República, simultáneamente, las leyes nacionales y las que durante siglos habían regido bajo el régimen colonial, en todo aquello en que las últimas no hubiesen sido derogadas o sustituidas por las de los Congresos de Colombia. Este orden de cosas duró hasta 1887, año en que a virtud de la Ley 57, sobre unificación de la legislación nacional, se declaró expresamente que todas las leyes españolas quedaban abolidas en el territorio de la República”. (14)

Comentando la Ley 153 de 1887 “que adiciona los Códigos Nacionales, la Ley 61 de 1886 y la 57 de 1887”, Vélez dice que la declaración expresa de que todas las leyes españolas quedaban abolidas, se hizo para evitar dudas, pues nunca se había hecho una derogación expresa y total de ellas (15). Y agrega, que aun después de 1887 las Leyes Españolas podían continuar aplicándose en los pleitos sobre actos ejecutados durante la vigencia de aquellas.

(14) Codificación Nacional de las Leyes de Colombia. Tomo I. p. IV del Prólogo.

(15) Fernando Vélez. Ob. cit. p. 18.

La Recopilación Granadina, además de una Sección que se incluye bajo el título de "Preliminares", está dividida en siete tratados, los cuales se subdividen en partes, y éstos a su vez en leyes. El Tratado Segundo se refiere al Ramo Judicial y comprende cuatro partes, a saber: 1ª Organización. 2ª Juicios Civiles; 3ª Juicios Criminales; 4ª Penas y Establecimientos de Castigo.

Esta Recopilación adolece del defecto apuntado por Antonio José Uribe, en cuanto que apenas pasó su vigencia perdió toda importancia y utilidad, debido a que, no obstante el valor práctico de la Recopilación y la laboriosa actividad del señor de Pombo, éste al compilar las leyes sólomente incluía el texto de los artículos sin mencionar números distintivos ni fechas de expedición de las leyes correspondientes. (18)

Bajo el título de "Apéndice a la Recopilación de las Leyes de la Nueva Granada", mejor conocido con el nombre de "Apéndice a la Recopilación Granadina", se compilaron en 1850 por José A. de Plaza, en virtud de orden del ejecutivo, las Leyes de la República de la Nueva Granada expedidas en el período de 1845 a 1850 inclusive, que se encontraban vigentes.

Esta Obra es del mismo género de la Recopilación Granadina y está ordenada en igual forma que ésta. Además, tuvo el valor práctico para el futuro de incluir los cuerpos completos de las leyes con detalles distintivos, fechas, etc.

(18) Dr. Antonio José Uribe. Exposición de Motivos. Ley 13 de 1912 de la República de Colombia. Codificación Nacional de todas las Leyes de Colombia. Tomo I. Imprenta Nacional. Bogotá. 1924.

3. *Tentativa de una Codificación Civil Nacional. Proyecto de C. C. del Dr. Justo Arosemena.*

Por Decreto de 10 de Mayo de 1853, se autorizó al Poder Ejecutivo Colombiano para contratar la redacción de proyectos de Códigos. (19)

En esta misma época el Dr. Justo Arosemena, en su carácter de Representante de la Provincia de Panamá, presentó un proyecto de Código Civil que ya había elaborado, al Congreso de la Nueva Granada en sus sesiones de 1853. Desafortunadamente no nos ha sido posible localizar esta obra en Panamá para su estudio. Es en la Biblioteca Nacional de Bogotá en donde existe un ejemplar. (20) Este parece haber sido el primer intento serio de formular un Código Civil para toda la Nación Colombiana, gracias a la consagración de nuestro ilustre juriconsulto, Dr. Arosemena.

Mediante Decreto de 16 de Mayo de 1853 se nombró una Comisión para examinar los códigos presentados por los señores Justo Arosemena y Antonio del Real. Fueron designados por el Presidente de la República para este cometido, los Abogados doctores Estanislao Vergara, Gori, Núñez Conto, Rafael Núñez, Miguel Samper y Lino de Pombo, quienes debían dictaminar si los proyectos de Códigos elaborados por los doctores Arosemena y del Real debían ser presentados a la consideración del Congreso. (21)

(19) Codificación Nacional de las Leyes de Colombia. Tomo XV. no. de orden 2179. p. 303.

(20) "Proyecto de Código Civil, presentado al Congreso de la Nueva Granada, en sus sesiones de 1853, por el representante de la provincia de Panamá, Dr. Justo Arosemena. (Fondo Pineda. Biblioteca Nacional de Bogotá. Sala 1ª, 12.172, pieza 5.)

(21) Gustavo Arboleda. "HISTORIA CONTEMPORANEA DE COLOMBIA". Tomo IV. Popayán MCMXXX Imprenta del Departamento. p. 396.

No obstante las investigaciones hechas no hemos podido determinar la conclusión a que llegó la Comisión nombrada y el curso del proyecto. Quizás en una investigación posterior podamos ahondar más en este interesante asunto.

Arboleda nos proporciona un indicio apreciable. Al tratar de las Leyes dictadas por la Asamblea Constituyente del Magdalena, de 1857, expone que fué aprobada la Ley del 12 de Noviembre de ese año, que mandaba coleccionar y publicar códigos de diversos ramos, y que en las sesiones se debatieron el *civil*, el penal, el de enjuiciamiento y el orgánico de tribunales, sirviendo de base los proyectos presentados al Congreso Nacional por el doctor Justo Arosemena. (22)

Todo indica que el proyecto del Dr. Arosemena no cristalizó en realidad y que sus denodados esfuerzos en este sentido fueron infructuosos. Así se desprende de lo que escribe el Dr. Méndez Pereira en su obra laureada sobre la vida de este connotado hombre público, al reproducir precisamente unas palabras de éste sobre su labor de codificador y jurista, alrededor de la fecha del proyecto de que se ha hecho mención. “Perdida para don Justo— dice Méndez Pereira— la esperanza de una reforma completa, general y concienzuda del cuerpo del derecho y convencido de que una legislatura seccional ‘sin grandes pretensiones de sabiduría y prurito de discusión, sin muchas atenciones graves y compuesta de hombres comunes que palpan más la necesidad de una legislación clara y sencilla, tiene mayor disposición para sancionarla’ fué por lo que trabajó con más ardor por la creación del Estado de Panamá.” (23)

(22) Gustavo Arboleda. “Historia Contemporánea de Colombia”. Tomo V. Cali, 1935. p. 201.

(23) Octavio Méndez Pereira. “Justo Arosemena”. Imprenta Nacional. Panamá. 1919. p. 399.

4. *El Estado Soberano de Panamá.*

El Istmo de Panamá dejó de marchar al ritmo uniforme de la legislación nacional al deshacerse la unidad legislativa de la República, de lo cual fué principio la Constitución de 1853, que daba entrada al sistema federal. Consecuencia de esta evolución fué la creación de los Estados Soberanos, resultando ser el de Panamá el primero en constituirse en 1855. ⁽²⁴⁾ Realmente la Confederación Granadina no se estableció constitucionalmente sino hasta 1858. (1858-1861). La Constitución de los "Estados Unidos de Colombia" (1861-1886) confirmó este sistema perfectamente federal.

Salvador Iglesias describe en rasgos perfectos la génesis de este movimiento. "Múltiples factores —dice—, cuyo análisis corresponde al Derecho Público, asentados en la Geografía, en la carencia de vías de comunicación de entonces, en la diversidad de elementos raciales, en la insipiente de la vida económica, en la formación misma de los centros de colonización, o sea en las ciudades fundadas por los descubridores hispanos, como centros de irradiación, y la tendencia autonómica hacia su propia determinación, resultante de sus amplias áreas jurisdiccionales, determinaron el movimiento centrofederalista que culminó en la Constitución de 1853". ⁽²⁵⁾

En la Federación cada Estado tuvo su legislación propia, sancionaron sus Códigos, principalmente el Civil, y terminaron por abolir la legislación española.

(24) Fernando Vélez. Ob. cit. p. 10.

(25) Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia. Tomo V. Con un estudio jurídico preliminar, notas y comentarios de Salvador Iglesias, Expresidente de la Corte Suprema de Justicia. Volumen I. Talleres Gráficos Mundo al Día. Bogotá. 1941. p. III del Prólogo.

II. EL REGIMEN COLOMBIANO

1. Panamá, Provincia Colombiana. Sistema legal anterior al C. C. del Estado Soberano.

Al incorporarse el Istmo de Panamá a la Gran Colombia en 1821, ésta se encontraba organizada como un Estado Republicano Centralista. Existía la consiguiente unidad legislativa que regía en toda la República, incluyendo por tanto a Panamá, que en realidad en los primeros tiempos no fué más que una Provincia Colombiana.

En esta primera etapa, nuestro territorio, como parte de la entidad "República de Colombia", que existió hasta 1831; luego al constituirse en "República de la Nueva Granada" en el período de 1831 a 1858, y hasta el año 1862 en que entró en vigor el Código Civil del Estado Soberano, además de los cuerpos legales españoles, acató en materia civil, en base del sistema unitario existente, la siguiente legislación:

Ley de 13 de Mayo de 1825, que arregla el procedimiento civil de los Tribunales y Juzgados de la República.

Ley de 7 de Abril de 1826, que asigna las edades hasta las cuales es necesario el asenso paterno para los matrimonios. (16).

Decreto de 12 de Diciembre de 1829, que arregla el procedimiento en causas civiles.

Decreto de 13 de Julio de 1830, que ordena registrar los testamentos dentro de veinte días.

Ley de 14 de Mayo de 1834, de procedimiento civil.

Ley de 19 de marzo de 1838, sobre registro de escrituras y anotación de hipotecas.

(16) Codificación de todas las Leyes Colombianas. Tomo II. no. de orden 283. p. 272.