

El contrato, elemento constante en el devenir humano, pasado, presente y futuro

Contract, constant element in human evolution: past, present and future

Víctor Amaury Simental Franco*

RDP

Cuarta Época,
Año I, Núm. 2,
Julio-Diciembre
de 2012

RESUMEN

El contrato es una institución jurídica presente en prácticamente todas las naciones contemporáneas, con las adecuaciones temporales correspondientes. Pueden encontrarse antecedentes claros de contratos desde la prehistoria humana. La evolución del contrato corre paralela a la respectiva de la humanidad. Se describe el progreso del contrato siguiendo las etapas de la historia universal con mayor aceptación: Edad Antigua, Edad Media, Edad Moderna y Edad Contemporánea. Debido a los cambios tan vertiginosos que está experimentando la sociedad de nuestros tiempos, inundada de invenciones tecnológicas y de un avance sin precedentes en la ciencia, son múltiples las perspectivas de desarrollo que puede asumir el contrato en el futuro. En el presente, el autor sólo se aboca a desarrollar el binomio Internet y contrato.

PALABRAS CLAVE: contrato, historia, Roma, evolución, Internet.

ABSTRACT

The contract is a legal institution, and it is present in practically all contemporary nations, with the corresponding temporary adjustments. Human prehistory background of contracts can be easily found. The evolution of the contract is parallel to mankind evolution. The author describes the progress of the contract according to the commonly accepted stages of world history: Ancient, Medieval, Modern and Contemporary. Derived from rapid changes experienced by society nowadays, flooded with technological in-

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la UNAM. simental_franco@yahoo.com.mx.

ventions and unprecedented progress in science, there are multiple possible development perspectives of the contract. In the present the author focuses on the Internet and contract binomial.

KEY WORDS: contract, history, Rome, evolution, Internet.

Sumario

1. Preámbulo
2. Prehistoria y Edad Antigua
3. Roma
 - A. *Delimitación teórico-conceptual*
 - B. *Definición de contrato*
 - C. *El formalismo romano*
 - D. *El consensualismo en Roma*
4. Edad Media
 - A. *Transición*
 - B. *La Alta Edad Media*
 - C. *La Baja Edad Media*
5. Edad Moderna
 - A. *España*
 - B. *Otros países de Europa occidental*
6. Edad Contemporánea
 - A. *Liberalismo*
 - B. *Socialismo*
7. El presente del contrato
8. Contrato e Internet
 - A. *Régimen legal de los contratos vía Internet en México*
 - B. *Problemática subsistente en la legislación mexicana*

1. Preámbulo

Debemos advertir que aun cuando partimos desde la Edad Antigua para dar inicio al estudio formal de la institución que motiva el presente trabajo, no debe negarse que diversos grupos humanos habían alcanzado un alto

grado de desarrollo antes de la invención de la escritura, por lo cual ofrecemos una referencia a la etapa prehistórica del hombre en lo relacionado al acuerdo como género y en específico al contrato.

Rosas Benítez, consolida lo antes expresado, cuando expone,

no puede sostenerse que algún estado de civilización humana haya carecido de principios jurídicos, por rudimentarios que se les suponga... Por el contrario, la vida humana situada en cualquier etapa que al azar se elija, estará siempre determinada por relaciones interhumanas, aún cuando sean del todo primitivas... el derecho está presente en la naturaleza social del hombre y sus manifestaciones siempre serán necesarias.¹

2. Prehistoria y Edad Antigua

El mayor periodo de tiempo de existencia de la humanidad lo ha pasado en la etapa conocida como prehistoria; sin embargo, durante tan largo estadio el ser humano sentó las bases para salir de la barbarie original, realizó múltiples descubrimientos y aplicación de los mismos, que le permitieron llegar a la brillantez que el mundo antiguo legó a la posteridad; por lo cual podemos inferir que las necesidades humanas (dadas las adversas condiciones en las que se desenvolvía el ser humano de los primeros tiempos) requerían para lograr subsistir: del trabajo común, de la suma de esfuerzos individuales en beneficio de la colectividad, en otras palabras: *un acuerdo de voluntades (es decir múltiples acuerdos)*, la gran socialización humana.²

Para las diversas ciencias abocadas al estudio del hombre de la antigüedad, si la humanidad sobrevivió fue por una razón, *el entendimiento*, es decir el acuerdo, el convenio social primitivo; aquel que permitía disponer a favor de todos de los satisfactores indispensables para subsistir; aquel que dispuso la incipiente división del trabajo, en torno a las capacidades del individuo (edad, sexo, vigor, experiencia, etcétera) y a las necesidades de la comunidad.

¹ Rosas Benítez, Alberto, *Historia del derecho*, Guadalajara, Facultad de Derecho Universidad de Guadalajara, sin año de edición, p. 19.

² Cfr. Engels, Federico, *El papel del trabajo en la transformación del mono en hombre*, México, Exodo, 1999, pp. 5-7.

El acuerdo primigenio al que aludimos fue interior al grupo, dirigido por los miembros de la tribu o clan hacia ellos mismos, pero los encuentros que se daban entre unos grupos y otros, también debían concluir en acuerdos; la falta de entendimiento absoluto entre los primeros grupos humanos hubiera finalizado en el auto-extermio de la especie, sin embargo nuestra propia existencia comprueba la prevalencia del entendimiento, del *acuerdo* sobre la discordia.

El pastoreo y posteriormente la agricultura fueron descubrimientos que significaron pasos agigantados rumbo a la civilización; pero tales descubrimientos no se debieron exclusivamente al azar, sino del frecuente intercambio de bienes y de *ideas* que los pueblos prehistóricos llevaron a cabo. Es bastante ilustrativo lo que al respecto nos dice Margadant: “La agricultura sedentaria añade al panorama jurídico el derecho de propiedad y posesión. La prosperidad de los sectores sedentarios atrae a los invasores. De la guerra nace la esclavitud de los conquistados y así se complica la estratificación social... Esta división del trabajo provoca la necesidad de un comercio...”.³

El acto mercantil por excelencia, lo fue el intercambio: el trueque (precedente, aún vigente en varias regiones del planeta, del actual contrato de permuta). Los antecedentes más remotos que podemos encontrar del contrato se ubican en los albores de la humanidad, y que ha sido el contrato un hecho social, antes que jurídico, determinante para el devenir de la humanidad. Alrededor del 3400 a. C. en la región que hoy conocemos como Mesopotamia surge la escritura y con ello inicia la etapa histórica de la humanidad.⁴

Si bien, los precedentes directos sobre el contrato moderno en la Edad Antigua provienen de Roma, ésta a su vez elaboró sus instituciones sociales (y en consecuencia jurídicas) por intercambios culturales (principalmente con los griegos y los etruscos) los cuales a su vez, también fueron influenciados por otras culturas (las primeras grandes civilizaciones, las del Medio Oriente, en especial las asentadas en la región Mesopotámica y Egipto), que nos remiten al gran principio lógico-jurídico de que, *la causa*

³ Margadant S., Guillermo Floris, *Introducción a la historia universal del derecho*, Jalapa, Universidad Veracruzana, 1974, t. I, p. 34.

⁴ Cfr. Asimov, Isaac, *El Cercano Oriente, Historia Universal Asimov*, México, Alianza Editorial, 1983, p. 29.

de la causa es causa de lo causado; en este sentido aquellos pueblos que alcanzaron primeramente el grado de civilización, fueron también quienes primeramente regularon el acuerdo obligatorio.

El hecho de que esas primeras civilizaciones no hayan reglamentado sistemáticamente la materia de los contratos (como tampoco lo harían los romanos) no es óbice para reconocer que tales pueblos conocieron, aplicaron y regularon al acto jurídico que hoy en día denominamos contrato, lo hicieron casuísticamente, es cierto, pero también es verdad que conocieron y dieron los primeros pasos para reglar bajo una concepción de justicia y legalidad al acuerdo obligatorio.⁵

3. Roma

A. Delimitación teórico-conceptual

El estudio del contrato con base en el tratamiento que el derecho romano le dio, acarrea problemas difíciles de solventar, de entrada por el hecho de que por derecho romano se entiende mucho, ya que tuvo una vigencia plena hasta el año 476 de nuestra era, en la parte occidental del Imperio romano, y en la parte oriental (bizantina) todavía diez siglos más (1453), y aún posterior a esta fecha el conjunto de reinterpretaciones que se han hecho y que bajo una óptica bastante circunscrita incluiría, por lo menos, a la *pandectística alemana*.

Al problema que significa señalar una fecha límite de vigencia temporal del derecho romano, se le debe añadir el incluso más problemático de definir cuándo da inicio (retrotrayéndonos a fechas perdidas en la historia)⁶

⁵ Cfr. Rosas Benítez, Alberto, *op. cit.*, p. 131. “Los egipcios, babilonios, asirios, hebreos e hititas, practicaron (*sic*) actos jurídicos que aunque se asemejan a contratos propiamente dichos, no los son en el fondo, pero en cambio usaron otros muchos cuya identidad contractual no deja lugar a dudas, pues la voluntad de las partes se hizo presente especificando la manera en que se obligaban... Sin embargo, dichos pueblos no llegaron a tener un concepto teórico y doctrinario sobre la naturaleza general de los contratos, no obstante que la necesidad social y el grado de civilización que habían alcanzado, los impulsara a trabar relaciones de tipo contractual bien definido”.

⁶ Y esto es así porque el pueblo romano (como prácticamente todo gran pueblo en la historia de la humanidad) *rescribió* su historia al convertirse en la gran nación conquistadora y dominadora del mundo, en este caso, lo relativo a sus orígenes desde el punto de vista

debido a que el año 753 a. C. probablemente representa más una fecha mítica que una fecha verídica respecto a la fundación de Roma.

Dentro de este inmenso lapso es lógico entender que el tratamiento dado a las instituciones jurídicas que integraron este ordenamiento jurídico fue diverso, ello debido a innumerables causas sociales, políticas, económicas, etcétera.

Petit indica cuatro periodos en los cuales puede dividirse el desarrollo del derecho privado romano: 1. De la fundación de Roma a la ley de las XII tablas; 2. De la ley de las XII tablas al fin de la República; 3. Del advenimiento del Imperio a la muerte de Alejandro Severo; 4. De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano.⁷

El derecho romano no termina su desarrollo con la caída del Imperio Romano de Occidente ni con el correlativo de Oriente. Desarrolla dicho planteamiento Argüello en los siguientes términos: “es imposible en un derecho en permanente evolución, de establecer en el lento y complejo proceso del devenir del derecho romano líneas tajantes y definidas, momentos cronológicos netamente separados en que se destaquen matemáticamente, por así decirlo, el fin de un ciclo y la siguiente iniciación de otro”.⁸

Estamos hablando de la evolución histórica enfocada en una sola de las manifestaciones humanas, en este caso el derecho, y en particular el contrato; es por ello que, en la medida de lo posible, cuando se aborden temas del tratamiento que los romanos dieron al contrato lo haremos tomando en cuenta las puntas intelectuales que alcanzaron.

B. *Definición de contrato*

Es paradigmático que Roma constituye la gran fuente en torno a la cual se han alimentado la mayoría de los ordenamientos jurídicos del mundo

“histórico-oficial” de Roma, nos remiten simple y llanamente a la leyenda, seguramente los modernos descubrimientos arqueológicos y paleontológicos aporten datos más fidedignos de los primeros tiempos de los romanos, que lo que ellos mismos desde la República hayan sabido sobre sí mismos.

⁷ Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 10a. ed., trad. José Fernández González, México, Porrúa, 1993, pp. 27 y 28.

⁸ Argüello, Luis Rodolfo, *Manual de derecho romano*, 3a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2002, p. 23.

occidental,⁹ sus juristas culminaron una excelsa teoría de las obligaciones y, aunque fuese casuísticamente, en gran medida la materia de los contratos, arrojando múltiples principios que aún hoy en día constituyen la base contemporánea de la teoría del contrato.

El origen etimológico de la palabra contrato¹⁰ también procede de Roma (del latín *contractus*), pero igualmente en Roma el contrato sufrió una constante evolución; por otro lado encontramos que los romanos (o en su caso los neoromanistas) fueron los que vislumbraron posiblemente primero, que el contrato no sólo es un acto jurídico fuente de obligaciones, sino que también, a su vez, establece una norma jurídica individualizada, "...se dice que los contratos son ley para quienes los celebran (*lex inter partes*)".¹¹

Los romanos no elaboraron una definición de contrato,¹² el tratamiento que le dieron a este fue más de tipo casuístico que genérico, en consecuencia tal y como lo expresa Fernández de Buján,¹³ tampoco "elaboraron una categoría general y abstracta que recogiese esta noción jurídica"¹⁴ y como todas las instituciones que conforman lo que hoy denominamos como derecho romano, su desarrollo fue de manera paulatina, hasta culminar en el pedestal en torno al cual se han construido las modernas teorías jurídicas, en este caso las contractualistas. En el mismo sentido se expresa Ortega, y dice que el contrato es:

el acuerdo celebrado por las partes con el fin de crear un vínculo obligatorio; sin embargo, no todo acuerdo de voluntad era considerado contrato, sino sólo aquellos acuerdos calificados expresamente como tales.

⁹ Petit, Eugene, *op. cit.*, p. 17.

¹⁰ *Contractus* es la expresión sustantivada del verbo *contrahere* que significa contraer: Contrato significa entonces, "lo contraído". Cfr. Fernández de Buján, Federico, *Sistema contractual romano*, 3a. ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 103.

¹¹ Si bien esta idea de considerar al contrato no solamente como un acto jurídico fuente de obligaciones, sino a su vez como una norma jurídica individualizada sería en exceso aventurado atribuirlo a los romanos, García Máynez le da un soporte latinizado a tal supuesto en su obra *Introducción al estudio del derecho*, 47a. ed., México, Porrúa, 1995, p. 85.

¹² Sin embargo, en el Digesto refiriéndose a la convención podemos encontrar la siguiente propuesta normativa: "convienen los que de diversos puntos se reúnen y van a un mismo lugar; así también los que, por diversos movimientos del ánimo, consienten en una misma cosa, esto es, se encaminan a un mismo parecer". Digesto libro 11, ley 1, párrafo 3, título 14.

¹³ En el mismo sentido, cfr. Guarino (coord.), *Dizionario Giuridico Romano*, 3a. ed., Nápoles, Edizioni Simone, 2003, pp. 124 y 125.

¹⁴ Fernández de Buján, Federico, *op. cit.*, p. 109.

De ahí la tipicidad del contrato romano, con la ulterior consecuencia que a diferencia del derecho moderno, en Roma no es posible, al menos en derecho clásico, dar una definición abstracta de contrato, sino sólo ofrecer una enumeración concreta de las singulares figuras contractuales que, según Gayo 3,89, se agrupan en cuatro categorías verbales, literales, reales y consensuales.¹⁵

Por otro lado, Arangio-Ruiz define a los contratos en los términos siguientes:

se llaman contratos aquellos negocios jurídicos bilaterales del *ius civile* (en antítesis al pretorio), destinados para producir obligaciones: sea que en el pensamiento de los antiguos prevalezca la idea de acuerdo de voluntades o consentimiento (lo que ocurre solamente en los contratos *consensu*), sea que la intención de obligarse o de obligar a otro frente a sí se trasfunda íntegramente en el uso de determinadas formas (contratos *verbis* y *litteris*) o en la entrega de ciertas cosas corporales (contratos *re*).¹⁶

Grandes romanistas, como Margadant, coinciden en atribuirle al *nexum* —vínculo generador de obligaciones— la categoría de ser el acto prístino con los atributos jurídicos necesarios para reconocerle la calidad de contrato, en otras palabras, para muchos es el antecedente más antiguo *directo* del contrato moderno.

Básicamente el *nexum* —cuando se cumplía con la solemnidad del *nexum* o del *mancipium* que las palabras que se pronuncien sean ley— consistió en un forma primitiva de préstamo, se discute la naturaleza contractual de esta figura, toda vez que el antiguo derecho romano contemplaba como sanción para el incumplimiento en este acto, una especie de maldición que se refleja en torno a la siguiente manifestación: “si el deudor no me reembolsa, sea *damnatus*”. Contemporáneo del *nexum* es la *mancipatio*, inicialmente puede equipararse a una compra-venta, es decir fue el modo arcaico de adquirir la propiedad. “Este modo de solemne de

¹⁵ Ortega Carrillo de Albornoz, Antonio, *Derecho privado romano*, Madrid, Ediciones del Genal, 2007, pp. 253 y 254.

¹⁶ Arangio-Ruiz, Vicencio, *Instituciones de derecho romano*, 10a. ed., trad. José M. Caramés Ferro, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 331.

adquirir es sólo eficaz respecto de *res Mancipi* y entre ciudadanos romanos...se requiere para él la presencia de cinco testigos, las dos partes, un *libripens* (portabalanza), una balanza y un pedazo de bronce (símbolo del precio, recuerdo de una época premonetaria)".¹⁷

C. El formalismo romano

La historia del derecho nos muestra que en toda sociedad que emprende la elaboración de un orden jurídico sistematizado, y que además ha sufrido por la violación de las normas jurídicas a manos de quienes hasta ese entonces han detentado el poder público, presenta una extrema rigidez en dichas normas jurídicas y en las manifestaciones de las mismas. Los romanos no escaparon a esta regla, ni tampoco una de sus manifestaciones, en este caso el contrato.

Es por ello que, *en los primeros tiempos*, en Roma el convenio (el acuerdo en sentido lato) no es suficiente para generar obligaciones, es decir, para que tenga relevancia jurídica, para que tal acuerdo generara consecuencias jurídicas era menester, que fuera manifestado conforme a las reglas, fórmulas —formas— que la ley exigía, si se omitía el cumplimiento de tales disposiciones, la sanción podía variar dependiendo del tipo de transgresión, desde una nulidad (convalidable en algunos casos) hasta la inexistencia, sin embargo la sanción más grave era que dejaba de producir una situación jurídica amparada por acciones procesales (otro aspecto de la inexistencia).

En tal sentido se manifiesta Sohm:

a través de su historia, el Derecho romano se mantiene fiel al principio de que no toda promesa contractual es válida y exigible, sino que precisa la existencia de su fundamento jurídico —*causa civilis*— para contrastar y hacer ejecutivo en Derecho el consentimiento que sirve de base a la obligación... contrato no es todo acuerdo de voluntad, sino exclusivamente aquel que da base a obligaciones sancionadas por una acción.¹⁸

¹⁷ Margadant S., Guillermo Floris, *El derecho privado romano*, 12a. ed., México, Esfinge, 1983, p. 263.

¹⁸ Sohm, Rodolfo, *Instituciones de derecho privado romano, historia y sistema*, trad. de

Dice Bonfante que las causas que se manifiesten sin las formas legales para constituir un contrato, “se presentan en el derecho romano como excepciones”.¹⁹

D. *El consensualismo en Roma*

El paso dado entre el formalismo, elevado a solemnidad, que rigió al contrato al consensualismo tuvo como punto intermedio el reconocimiento de los contratos reales; éstos ya no requerían como elemento esencial para el reconocimiento de eficacia jurídica a la solemnidad, simplemente con la entrega de la cosa objeto del contrato se perfeccionaban. Coincidimos con Néstor De Buen en cuanto a que esta especie de contratos, “si bien no sancionan situaciones nuevas, ya que no cabe duda de que antes que aparezcan en la vida jurídica como figuras nominadas, existían las necesidades y las operaciones mismas que las identifican, en cambio las resuelven con mayor eficacia”.²⁰

La sucesiva y lógica evolución que tuvo el derecho romano respecto del contrato derivó en el reconocimiento de:

exaltar el acuerdo —*conventio, consensus*—,²¹ erigiéndolo en requisito dominador. En el Derecho justiniano, contrato es todo acuerdo capaz de constituir a una persona en deudora de otra. Refiérese el acuerdo a toda suerte de negocios, ya se encaminen a la constitución de obligaciones o de derechos reales, ya a la modificación o extinción de cualquier relación jurídica.²²

En los contratos donde el elemento forma ha ya perdido su papel preponderante para la perfección del contrato, “el consentimiento opera... de

Wenceslao Roces, México, Ediciones Coyoacán, 2006, p. 216.

¹⁹ Bonfante, Pedro, *Derecho romano*, 5a. ed., trad. de Luís Bacci y Andrés Larrosa, Madrid, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1979, p. 410.

²⁰ De Buen Lozano, Néstor, *La decadencia del contrato*, 3a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 9.

²¹ No obstante, debe tenerse presente la máxima latina: *Nudum pactum obligationem non parit*, que podemos entender como: ningún simple pacto genera obligación.

²² Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, México, Esfinge, 1997, p. 401.

tal modo que bastará que se establezca sobre la cosa y el precio para que surja la obligación, aun cuando ésta pueda quedar aplazada o condicionada por voluntad de las partes”.²³ No obstante menciona Sohm que fue por excepción el reconocimiento al consentimiento simple como elemento básico para la conformación de los contratos.²⁴

4. Edad Media

A. Transición

Prácticamente es unánime la coincidencia de señalar la caída del Imperio Romano de Occidente (476 d. C.) como la fecha o momento enfático que indica el fin de la Edad Antigua.

El contrato, institución que en los postreros tiempos del Imperio romano de Occidente alcanzó la cima, que solamente sería superada por la reglamentación ofrecida por el denominado “Código Napoleón” muchos siglos después, entró en la Edad Media en una relativa regresión hacia estadios más primitivos. El conjunto de hechos aislados que marcan el paso de una época de la historia de la Humanidad a otra, explican mejor, el porqué de la regresión en muchos aspectos, del contrato a tiempos arcaicos:

- El aislamiento de la Humanidad en comunidades reducidas, ajenas a intercambios culturales; clara muestra de esta realidad es el hecho de que en un lapso de tiempo relativamente corto, la identidad lingüística que representaron el latín (y su versión popular el latín vulgar) para toda la región Mediterránea, se transformaron en la gran variedad de lenguas (italiano, rumano, portugués, francés, catalán, castellano, por mencionar algunas) que hoy existen en esa región, lenguas que se gestaron durante la Edad Media, gracias al aislamiento, y que derivaron en idiomas netamente diferenciados entre sí, y de la lengua madre que les dio origen.

²³ De Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, p. 11.

²⁴ Sohm, Rodolfo, *op. cit.*, p. 234.

- Así como la invasión de grupos bárbaros²⁵ (eslavos, germanos, hunos, etcétera) que conquistaron a los descendientes directos de los romanos, con la consiguiente “corrupción” que sufrieron las evolucionadas instituciones jurídicas, heredadas de Roma por el intercambio cultural que ello conllevó con las correlativas de los pueblos bárbaros.

La suma de todos estos factores derivó en una época en la cual efectivamente hubo cambios, pero fueron de manera sosegada e inicialmente significaron para el contrato, en específico, una innegable regresión a soluciones muchísimo más rigurosas, a una formalidad ya superada y a una limitación franqueada por la concepción dominante de la vida y de la sociedad, existente en tales tiempos.

Siguiendo a Néstor de Buen es posible resumir que:

La Edad Media no aporta novedades importantes en la evolución del contrato. Las condiciones económicas precarias en que se desenvuelve, la guerra constante, la escasez de comunicaciones y una cultura que se encierra en los monasterios, impiden que el derecho privado y su institución esencial, el contrato, puedan avanzar en forma notable por encima de la evolución del derecho romano.²⁶

No obstante lo anterior, el derecho canónico “enriqueció” de diversas maneras al contrato, en cuanto que la doctrina cristiana sensibilizó las reglas de cumplimiento del contrato, en torno a una concepción mucho más humanitaria del ordenamiento jurídico, la flexibilización de la norma jurídica no necesariamente incide en un mejoramiento real de las condiciones sociales de la comunidad.

Aun cuando, en general la teoría del contrato no tiene un desarrollo notorio en esta época, hay un aspecto singular que merece atención, el

²⁵ Debemos aclarar en este punto que el uso de la palabra “bárbaro” tiene una connotación relacionada con su origen histórico y etimológico, es decir más como sinónimo de extranjeros que fue la denominación utilizada por los mismos romanos; que usada en un sentido despectivo, más cercana al significado del español moderno, punto más que alejado de nuestro deseo en esta elaboración. Los pueblos bárbaros, aludidos como si fuesen una unidad, en los hechos no lo eran así, tenían diversos orígenes, pero principalmente podemos decir que tenían raíces germánicas, eslavas y de los hunos.

²⁶ De Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, p. 17.

contrato *feudal*. Es complicado discernir si éste contrato dio origen a la forma de desarrollo social de esta etapa de la historia, o si ya, una vez instalada esta concepción de organización social fue legalizada (o legitimada) a través de esta institución.

Paúl Ourliac realiza un estudio pormenorizado del contrato de feudo, cedemos la pluma a tan prestigiado autor en relación a este tema:

Este contrato se llevaba a cabo por el homenaje. Entrañaba obligaciones a cargo del vasallo y del señor, obligaciones severamente sancionadas por la costumbre.

El homenaje tomó las formas de la *commendatio* franca; ponía frente a frente a dos hombres: uno que iba a servir y otro que deseaba ser jefe; el primero unía y las ponía reunidas en las manos del segundo, símbolo indudable cuyo sentido se acentuaba algunas veces todavía más porque se arrodillaba aquél. Después, jefe y subordinado se besaban en la boca, símbolo de acuerdo y de amistad, y con algunas breves palabras, el vasallo se reconocía el “hombre” de su contraparte, el juramente de fe, *sacramentum fidelitatis*.

El señor adoptaba a un nuevo vasallo dándole armas o un símbolo (briznas de paja, un bastón); lo reconocía así como a uno de los suyos. Pero en la mayor parte de los casos no se limitaba a esas simples relaciones personales.²⁷

A partir del siglo XII, se sustituyó más sencillamente por un documento; la confesión por la que el vasallo reconocía tener del señor aquello que se contenía expresamente en el documento: la relación, la “enumeración”.

B. La Alta Edad Media

La Edad Media es dividida en dos grandes segmentos (junto a una inicial etapa de transición) el primero es conocido como la Alta Edad Media, que es cuando quedan por completo en el olvido las reglas de convivencia social dictadas en la época romana, para ser sustituidas por las del nuevo sistema, caracterizado principalmente por el surgimiento de los señores

²⁷ Ourliac, Paul, *Historia del derecho*, trad. de Arturo Fernández Aguirre, Puebla, Cajica, 1952, t. I, p. 244.

feudales, por el predominio absoluto de la Iglesia católica como institución política sucesora en gran medida del Imperio romano de Occidente, por un sistema de producción prácticamente de autoconsumo y, por supuesto, por el aislamiento geográfico. El inicio de esta fase lo podemos ubicar en el siglo VI d. C. para finalizar entre el siglo XI y XII d. C. tampoco es factible señalar fechas precisas, porque algunas regiones dejaron esta etapa antes que otras.

Entre las peculiaridades del formalismo que imprimió el derecho germánico podemos mencionar que el contrato requería una forma audible y visible (Brunner).²⁸ “La entrega de una *wadia* (vara) o *fertuca* (tallo) constituye un elemento esencial. La promesa se perfecciona mediante la *pal-mata* (es decir un apretón de manos) y las palabras solemnes”.²⁹

La influencia de los germanos y de su derecho menos desarrollado que el romano, llevan a retornar a un formalismo singular, diferenciado de las prácticas romanas, el derecho se torna consuetudinario; es cierto que el derecho romano es visto con respeto y en múltiples regiones es norma positiva (en ocasiones coexisten como derecho positivo tanto el derecho romano como las variantes vernáculas del derecho germánico).

De Buen hace alusión a una serie de características a destacar en esta época, relacionadas con el contrato, como el hecho de que, en múltiples contratos reales para perfeccionarse era necesario también la entrega de *arras*, que el contrato celebrado ante la presencia judicial era especialmente preferido, que el documento donde se plasmaba una deuda no solamente era necesario para la constitución del crédito, sino también en el momento del cumplimiento del mismo, porque en dicho documento se acostumbraba indicar la devolución de la *wadia* o la *cautio* que había servido como garantía “si la devolución era imposible, el acreedor libraba una carta mortuoria, una *epístola evacuatoria* que declaraba extinguida la deuda”.³⁰

Posteriormente ya no fue necesaria la *epístola evacuatoria*, el crédito quedaba saldado cuando el concomitantemente al pago de la deuda era entregada la *cautio*, momento en que era invalidado inmediatamente a

²⁸ Brunner, Heinrich, *Historia del derecho germánico*, 8a. ed., trad. de José Luis Álvarez López, Barcelona, Labor, 1936, pp. 208 y ss.

²⁹ De Buen Lozano, *op. cit.*, p. 19.

³⁰ *Ibidem*, p. 20.

través de lo que se conoció como *cassatura*, o simplemente era destruida, nos encontramos ya ante los antecedentes primigenios de los títulos al portador.

España es la única región del mundo latino donde el derecho continuó desarrollándose (en la Edad Media),³¹ esto es a través de las compilaciones. En España dadas las condiciones históricas que vive durante prácticamente toda la Edad Media (diferentes en aspectos de mucha importancia a las comunes al resto de Europa),³² el desarrollo del ordenamiento jurídico es constante y se nota una evolución que trasciende a factores y épocas, por lo cual no palpamos una notoria diferencia, dentro de la Península Ibérica, entre el régimen jurídico positivo de la Alta Edad Media y la Baja Edad Media.

Empero existen elementos similares (a toda Europa), como el que, en los albores de la Edad Media, expone Levaggi:³³

el carácter materialista que tienen las obligaciones se debe no sólo a los resabios de apego a los símbolos primitivos, sino también a la técnica rigurosa de la contratación romana. Los únicos contratos a los que se les da validez son a los solemnes. Las Partidas siguen en materia de contratos, como en la mayor parte de sus leyes, la doctrina del derecho común... donde la legislación castellana alcanza una solución original es en el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348. La Ley única de su Título XVI se aparta del formalismo (*sic*) del derecho romano para consagrar... el principio espiritualista, hijo de la moral cristiana y del derecho canónico.

³¹ Podemos destacar a las siguientes compilaciones, el Código de Eurico, el Código de Leovigildo, el Breviario de Aniano, la Lex Visigothorum, el Breviario de Alarico, la Lex Theodosi, y por supuesto los conocidos Código Gregoriano y Hermogeniano. En conjunto estas últimas, dada su importancia fueron denominados como la Ley romana de Occidente, en contraposición al derecho romano de Oriente (compilado por orden de Justiniano, que en gran medida es la verdadera continuación del derecho romano).

³² La conquista árabe de casi toda la península y la posterior lucha de reconquista emprendida por los reinos cristianos, la unificación de poco más o menos de la totalidad de la península en torno a los reinos católicos de Castilla y de Aragón, son las principales notas peculiares que dan la singularidad hispana respecto del resto de Europa.

³³ Levaggi, Abelardo, *Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1982, p. 24, citando a Riaza y García Gallo.

A nuestro parecer, las *Partidas* si marcan una diferencia sustancial respecto a la normatividad previa, además de significar la hispanización de normas originalmente romanas; entre los puntos a destacar de las *partidas* encontramos las siguientes, la palabra contrato ya es mencionada, situación que no acontece en las anteriores compilaciones; incipientemente abordan la teoría general del contrato; son reguladas las problemáticas relativas a la capacidad y al consentimiento viciado, en especial el relativo al error por virtud de la persona, de la cosa o de la naturaleza de la cosa, y se le da un reconocimiento especial a la importancia que la violencia tiene para invalidar una promesa.

C. La Baja Edad Media

Es en este periodo cuando el derecho vuelve a presentar un auge en cuanto a su desarrollo, como manifestación humana que es, se ve influido por las variables sociales humanas, el factor económico, la situación política, la cuestión demográfica, los conflictos bélicos, los descubrimientos aportados por la ciencia y la tecnología, la lista es prácticamente innumerable, pero son cuatro (a nuestro entender) las manifestaciones que detonan el renacimiento de la ciencia jurídica: a) el resurgimiento en el estudio de las fuentes romanas; b) el desarrollo del derecho canónico; c) el notorio avance de las actividades de comercio; d) el fuerte movimiento migratorio motivado por las cruzadas y por la reconquista de los territorios dominados por los árabes.

El derecho romano se vuelve a estudiar a fondo, primeramente por aquellos que fueron conocidos como los glosadores. Estamos ya en el tiempo donde surgen las primeras universidades, es en ellas donde el ambiente académico propicia el estudio de las instituciones romanas.

El derecho romano vuelve a tener reconocimiento tanto en la práctica como en la doctrina, la importancia que adquiere la *glosa* supera a las mismas fuentes originales, y lo que no es registrado por los glosadores no tiene valor forense. Posterior a los glosadores, surgió un nuevo grupo de estudiosos, los posglosadores, quienes durante mucho tiempo fueron demeritados por varias razones, pero que independientemente de ello, fueron un elemento clave en la difusión del derecho romano y en su reintroducción en la vida social de la Edad Media.

Después de un largo período de incubación, la religión cristiana por medio de la Iglesia Católica controló el ámbito religioso de toda Europa, el poder político que este hecho desencadenó, se vio reflejado en todos los aspectos de la vida. Como entidad política la Iglesia católica, promovió el desarrollo del pensamiento, una de estas manifestaciones, el derecho canónico, que se vio enriquecido por el pensamiento de los filósofos Tomás de Aquino, principalmente, y en menor medida Guillermo de Ockham y Tomás Moro (quien vivió en plena etapa de transición entre la Edad Media y el Renacimiento —principio de la Edad Moderna—, 1478-1535, pero su pensamiento es todavía representativo del medioevo). Parte del éxito que alcanza el derecho canónico es debido a Ramón o Raymundo de Penyafort (1175-1275), “autor de la colección de las *Decretades* realizada bajo el Papa Gregorio IX, y de la *Summa de Poenitentia et de Matrimonio*”.³⁴

Siguiendo a Levaggi, colegimos que el derecho canónico al liberarse de las cargas formalistas, le da un giro al derecho de las obligaciones, concediéndole acción a los pactos nudos. Tomás de Aquino, reconoce lo preciso del formalismo por lo cambiante de la voluntad humana, pero aún así enuncia la norma de que toda promesa obliga, siempre que no sea ilícita y que las condiciones económicas no cambien “por su promesa el hombre se obliga respecto de otro hombre”.³⁵ El criterio se funda en el mandato de que quien no respeta la palabra otorgada, peca.

De acuerdo con Levaggi,³⁶ son tres las ideas a destacar en cuanto hace a las aportaciones del derecho canónico hacia el contrato: 1. El respeto de la promesa, pero también la necesaria libertad para el contrato, que no existe cuando la voluntad se encuentra viciada o ha sido arrancada por coacción; 2. La razón, que justifica al acto por su finalidad. Es preciso que la voluntad tenga una causa, pero la obtención de esta debe estar supeditada a una causa razonable; 3. La moral, que reconoce la importancia de analizar la intención de las partes, en cuanto a lo que los lleva a contratar (objeto y fin), aunque restringido solamente a la ejecución del contrato, el cual no debe convertirse en un vínculo de iniquidad, impidiendo que una de los contratantes lesione a la otra.

³⁴ De Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, p. 34.

³⁵ Levaggi, Abelardo, *op. cit.*, p. 21.

³⁶ *Ibidem*, p. 22. Quien reconoce seguir el pensamiento de Ourliac y Malafosse, sin citar mayores datos.

La rapidez, característica del tráfico mercantil, requiere de disposiciones menos solemnes, sin menoscabo de la seguridad jurídica. “Resistido por los romanistas, el principio voluntarista tiene mayor aplicación en el campo del derecho comercial que en el del civil”.³⁷ Esto evidenció una razón más para que la ciencia jurídica volviese a ser motivo de estudio.

Las causas que generaron el resurgir del pensamiento jurídico actuaron conjuntamente, es decir, aisladamente no hubieran incidido en el cambio que se presentó, todas en cierto sentido fueron causa y efecto de las otras, en este sentido, el sentimiento marcial-bélico reflejado en las cruzadas (a las cuales, la luz de la ciencia ha descubierto más fines comerciales que religioso-espirituales) y por supuesto en la lucha de reconquista emprendida por los reinos cristianos de la Península ibérica en contra de los árabes, que significaron un intercambio cultural muy fuerte, que enriqueció sobremanera todos los aspectos culturales de los pueblos europeos, y que se vio por supuesto reflejado en el campo jurídico.

En conclusión podemos advertir un desarrollo bastante similar del contrato en la Edad Media respecto del vivido en Roma, De Buen lo explica claramente: “Hay una época primitiva, que acoge un sistema verbal y solemne; una época de transición en la que las necesidades económicas exigen el contrato real y, finalmente, una tercera etapa en la que el consensualismo empieza a imponerse para dar lugar a una forma de crear obligaciones y derechos”.³⁸

Es indiscutible... que junto a la solemnidad... existe una esencial intervención de la voluntad... es, sin duda alguna, el elemento que permanece y que caracteriza al contrato, tanto romano como medieval. Pueden señalarse algunas limitaciones a la voluntad que habría que encontrar en la prohibición canónica del préstamo con interés. Sin embargo, las necesidades económicas superan ese freno y lo desbordan y ya en la Baja Edad Media la actividad crediticia... constituye una de las manifestaciones más importantes de la vida contractual.³⁹

Al respecto, no debe olvidarse que el Fuero Juzgo reguló lo concerniente al préstamo con interés, bajo un perfil delimitativo de la usura.

³⁷ Levaggi, Abelardo, *op. cit.*, p. 23.

³⁸ De Buen Lozano, Néstor, *op. cit.*, p. 37.

³⁹ *Idem.*

5. Edad Moderna

El paso entre la Edad Media y la Edad Moderna es marcado por varios acontecimientos históricos que sirven para señalar el principio y el fin de una etapa y otra, existe coincidencia de los historiadores para señalar que corresponde a los siglos XV y XVI señalar la fase de transición de la Edad Media a la Edad Moderna. La Edad Moderna, a su vez, culmina a finales del siglo XVIII en torno al movimiento revolucionario generado por la Revolución francesa y la Independencia de los Estados Unidos de América, y por el colapso de las monarquías absolutistas de Europa.

A. España

Vimos que durante la fase final de la Edad Media, fue en España donde la ciencia jurídica tuvo mayor realce, tanto desde el aspecto académico, como de manera destacada, en el legislativo. Ya en la Edad Moderna, la continuidad en el estudio del derecho por parte de España fue la regla; la labor compiladora fue en realidad extensa, y debe agregarse a Las Partidas, los títulos del Ordenamiento de Montalvo y las Leyes del Toro, la Nueva y la Novísima Recopilación, y en el aspecto mercantil, el de las Ordenanzas de Bilbao.⁴⁰

Es de resaltarse que esta legislación no sólo tenía aplicación en España, sino también en sus colonias ultramar, en específico la Nueva España, y llegaron aun a tener vigencia en el México independiente.

En esta etapa, los recopiladores españoles son influenciados principalmente por el derecho romano, entra en franca decadencia la aplicación del derecho visigodo, siendo Castilla el último reducto donde tiene aplicación normatividad que tenga como base tal derecho, a través del Fuero Juzgo.

El derecho canónico, tal como debía esperarse, en una sociedad de una religiosidad tan arraigada como la española de ese entonces, también influyó en la legislación de la época. Es de resaltarse la sistematización que la *Novísima Recopilación*, tiene en relación al contrato.

En la *Novísima* se destina a los contratos el Libro Décimo en particular en el Título Primero denominado precisamente “De los contratos y obligacio-

⁴⁰ De Buen, Néstor, *op. cit.*, p. 42.

nes en general” se contienen las disposiciones que desde nuestro punto de vista moderno podríamos calificar de parte general del contrato.⁴¹

De la Parte General, la Ley 1, que tiene su antecedente en el *Ordenamiento de Alcalá*, y la Ley 2, Tít. 16, Lib. 5 de la *Recopilación*, consagran el principio de la preponderancia de la voluntad en la formación de los contratos. Es interesante destacar como se establece categóricamente que cuando haya constancia de que alguien se quiso obligar hacia otro, no podrá invocarse como excepción el incumplimiento de las formalidades o inclusive solemnidades necesarias. Bastará, pues, el acuerdo de voluntades para que surja a la vida jurídica el contrato.⁴²

A la luz de lo anotado a pie de página, podemos afirmar que se ve reconocido el principio de que el contrato es un acto generador de obligaciones, independientemente de que previamente haya sido configurado por la ley. Se reconoce la eficacia jurídica de los contratos innominados, de igual manera que en Roma fueron reconocidos los *pactos nudos*.

Ligado al trabajo legislativo, la labor dogmática-docente, también desarrolló la idea de contrato. Francisco García nos acerca al conocimiento que de tal institución se tenía en los círculos académicos: “Contrato es un legítimo consentimiento de muchos, que sobre alguna cosa convienen”⁴³ es de resaltarse, la importancia que plenamente, ya se le reconoce al consentimiento, como elemento esencial en la celebración de los contratos.

B. Otros países de Europa occidental

El resto de las naciones europeas, tuvieron un desarrollo jurídico, en relación al contrato y a la teoría de las obligaciones menos destacado, que el tenido en España. Esta etapa histórica fue notoriamente dominada por Europa, erigiéndose, sin lugar a dudas en el centro de la cultura mundial, en torno al cual giraron las culturas periféricas.

No obstante que es en España donde se alcanzan los más altos niveles relacionados con el aspecto legislativo respecto del contrato, en Francia el

⁴¹ *Idem.*

⁴² De Buen, Néstor, *op. cit.*, p. 44.

⁴³ García, Francisco, *Tratado utilísimo y muy general de todos los contratos (1583)*, Pamplona, Eurisa, Universidad Navarra, 2003, p. 61.

desarrollo de la ciencia política, conlleva al ulterior desarrollo conceptual del contrato.

Quizá a través del derecho público es donde alcanza mayor relevancia la figura que nos ocupa. La obra de Rousseau, *El contrato social* (1762) rinde homenaje a la libertad individual, como medio adecuado para crear la voluntad general, que se inspira, a su vez, en un interés común. Las leyes serán actos de la voluntad general y el Estado un organismo regido por las leyes emanadas de aquella voluntad general, cuando adopte la forma republicana.⁴⁴

Se sabe que la Revolución industrial significó el cambio entre una forma de producir basada en la manufactura por otra basada en la maquinaria, la invención de la máquina de vapor, desplazó como principal fuente de energía productora a la fuerza animal (ya sea animal en estricto sentido o humana). Lo que representó un aumento en la producción, y sentó las bases para el desarrollo del capitalismo, entendiéndolo como un fenómeno que conlleva la acumulación de capital en detrimento de la fuerza del trabajo (la famosa plusvalía).

Todo este conjunto de elementos histórico-sociales, para la teoría del contrato le devinieron en el fortalecimiento de las ideas de corte liberal; el dejar hacer, dejar pasar francés tuvo consecuencias directas en el ámbito jurídico; que alcanzarían su clímax en una nueva etapa de la historia de la humanidad.

El desarrollo industrial, sumado al intelectual-político aportado por las revoluciones finiseculares del XVIII, afectó el devenir de la humanidad.

El campo jurídico no iba a permanecer inmune a tales eventos, tal y como poco tiempo después afirmaría León Duguit y su discípulo Georges Scelle, a una dinámica social debe corresponder una dinámica jurídica,⁴⁵ una verdad incuestionable.

Es por las anteriores consideraciones que podemos concluir que en esta fase histórica de la humanidad quedaron firmemente asentados algunos principios que regirían en el desarrollo de la teoría general del contrato y que tales fueron, en gran medida aportados por el conocimiento español.

⁴⁴ De Buen, Néstor, *op. cit.*, p. 48.

⁴⁵ Citados por: Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 13a. ed., México, Porrúa, 1993, p. 19.

Vemos que en esta etapa, el contrato adquiere una fuerza tal, que deja de ser considerado un acto que tenga únicamente inferencia en el campo de las relaciones humanas privadas (derecho civil y derecho mercantil), trascendiendo al ámbito del llamado derecho público, para posteriormente integrarse también al derecho social.

Y también en la fase final de esta etapa empiezan a ser notados los primeros atisbos de una regulación divergente para los contratos dependiendo, de que, se trate de contratos puramente civiles o de contratos mercantiles. Reconociéndoles mucha mayor libertad de convención a los actos mercantiles, en los cuales el elemento consensual es lo primordial, siendo más formalista la regulación relativa a los civiles.

6. Edad Contemporánea

Se ha reconocido como fecha de inicio de esta última etapa, el año en que triunfa la Revolución francesa (1789), reiteramos que las fechas para marcar el paso entre una gran fase de la historia de la humanidad hacia otra, no pueden ser dadas rigurosamente; los cambios, aun cuando sean vertiginosos, en el ámbito social siempre tienen un periodo de difusión, que significan tiempo, años para cristalizarse. La Edad Contemporánea, evidentemente es la continuación de la Edad Moderna, pero no solamente en el aspecto cronológico, lo cual es lógico, sino principalmente en cuanto al proceso del surgimiento de una nueva forma de pensar y actuar de la población, de la nueva clase social (la burguesía) que en esta fase alcanzaría el predominio absoluto sobre los factores productivos, alcanzando el control del poder en todas sus manifestaciones, económica, cultural, pero sobre todo política.

Esta etapa, tal y como mencionamos, parte del fin del siglo XVIII y continúa hasta nuestros días (aunque para algunos historiadores hemos ya, iniciado la siguiente Edad en la historia humana, denominada Postcontemporánea), el capitalismo como modo de producción fue y ha sido cobijado por una corriente ideológico-política conocida como liberalismo.⁴⁶

⁴⁶ Curiosidad del devenir humano es el hecho de que el liberalismo surge enfrentado al denominado conservadurismo (liberal vs. conservador), actualmente aquellos que pregonan

A. Liberalismo

El liberalismo, que tiene subcorrientes de pensamiento, si bien ha sido la doctrina política dominante hasta el día de hoy, ha convivido (casi siempre en contracorriente) durante la Edad Contemporánea con otras doctrinas del pensamiento político, principalmente *el socialismo* (fundado a su vez en el materialismo dialéctico —marxismo—), la derivada del catolicismo y, en los últimos tiempos la denominada *Tercera Vía* (que no es otra cosa más que un capitalismo —liberalismo— controlado bajo ciertos criterios de Estado, fórmula aplicada durante gran parte del siglo XX por los llamados países del Tercer Mundo, incluyendo a México). Entre el liberalismo y el socialismo se dio (y se seguirá dando) una lucha ideológica irreconciliable, son el fundamento ideológico de dos formas de concebir la organización de la sociedad humana de manera totalmente opuestas, las dos están presentes durante prácticamente la totalidad de esta Edad Contemporánea, con vaivenes entre la expansión y el declive de una y otra sobre el control de la organización de la humanidad.

En los ordenamientos jurídicos de los países en que tuvo vigencia el liberalismo, alcanzando su cumbre representativa en el Código Napoleón,⁴⁷ una de las máximas obras legislativas de todos los tiempos, por la elegancia, orden, sistematización, pureza de pensamiento, y por las aportaciones que significó para la ciencia jurídica en general y en particular para la teoría general de las obligaciones y del contrato; sin embargo dejó diversas lagunas jurídicas, y en su afán de liberalismo incurrió en excesos que a la larga llevarían a su total revisión.

En esta fase, la preeminencia de la voluntad como elemento preponderante en el perfeccionamiento adquiere su más alta cúspide, simplemente

el liberalismo (identificado como *neoliberalismo*) son considerados *conservadores*. Es decir, la fórmula liberal vs. conservador, “evolució” a liberal = conservador.

⁴⁷ No obstante que es plenamente reconocido el Código Napoleón como la obra jurídica cumbre del pensamiento liberal, el Código Argentino obra de Dalmacio Vélez Sarsfield es todavía más individualista que el código francés, así lo comenta Levaggi (*op. cit.* p. 27): “Por el artículo 1137 «hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos», y por el artículo 1197, «las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma». Por incompatibles con esta concepción, quedan excluidas del Código instituciones tales como la prohibición de la usura..., la lesión... y la restitución integral”.

no tiene límite (exceptuando la ilicitud). Siguiendo a Levaggi, “basta que la voluntad quiera para que, bajo la única reserva de que no invada la esfera de la voluntad ajena, tenga el poder jurídico necesario para realizarlo (doctrina de la autonomía de la voluntad). Así se reconoce a la voluntad una autonomía contractual casi ilimitada”.⁴⁸ El contrato se convierte en la figura jurídica central en torno a la cual gira el resto del ordenamiento jurídico. “La justicia no es ya una exigencia superior a la que los contratantes deben someterse, sino el resultado de la libre competencia... nadie puede estar vinculado sin haberlo querido, y toda vinculación libremente aceptada es justa... la fuerza obligatoria del contrato se impone tanto a las partes como al juez”.⁴⁹

El “respeto” dado al concepto de libertad (absoluta) implicó, como se percibe, un exceso en su aplicación, partiendo de premisas no correctas (como la igualdad del hombre, cierta en sí, pero no, en cuanto a la realidad de los hechos, donde existe tanta desigualdad en todos los ámbitos humanos), lo cual devino, en el desprestigio del liberalismo, principalmente en los segmentos más bajos de la sociedad. “Para la economía liberal, el contrato desempeña un papel fundamental, y la libertad de trabajo, libertad de industria, libertad de comercio, son los pilares del nuevo orden económico”.⁵⁰

Comenta De Buen que posiblemente la norma más importante contenida en el Código Napoleón (refiriéndose a la materia contractual) sea la

contenida en el artículo 1134, en el que textualmente se expresa que: “Los convenios legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre las partes. No podrán ser revocados sino por mutuo consentimiento, o por las causas que la ley señale. Deberán ser ejecutados de buena fe”. Este precepto resume, con una precisión inimitable, muchos siglos de evolución jurídica. De él se dice que plasma el principio jurídico sobre el que descansa toda la sistemática contractual del siglo XIX y parte del actual.⁵¹

⁴⁸ Levaggi, Abelardo, *op. cit.*, p. 25.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 26.

⁵⁰ Levaggi, Abelardo, *op. cit.*, p. 26.

⁵¹ De Buen, Néstor, *op. cit.*, p. 55.

La “libertad” reflejada en el campo jurídico, representada fielmente por el Código Napoleón, podemos distinguirla en torno a las siguientes características distintivas del contrato en ese momento histórico:

- Se impone el consensualismo al formalismo como regla de formación de los contratos.
- La libertad contractual es prácticamente absoluta (solamente limitada respecto de objetos ilícitos).
- La libertad de contratar también es casi total, restringida únicamente por las limitantes de la capacidad históricamente reconocidas.
- Es reconocida la fuerza normativa del contrato.
- Se acepta el principio de *pacta sunt servanda*, como un axioma inexcusable por los jueces.

B. Socialismo

Una inferencia lógica nos lleva a la presunción de que los antecedentes del derecho socialista son de origen liberal (al menos por orden secuencial cronológico). Y es así en la realidad, la terminología liberal-burguesa usada en el ordenamiento jurídico es aplicada bajo sus respectivas adaptaciones por los Estados socialistas, que en muchos casos llevan a un significado totalmente opuesto al originario de la palabra usada. Ahora veamos lo estrictamente relacionado con nuestro objeto de estudio, el contrato, a la luz del ordenamiento jurídico vigente en la URSS, a manera de ejemplo y como modelo seguido por la mayor de los Estados socialistas.

Inicialmente se considera al contrato como la principal fuente generadora de contratos, así lo disponía el artículo 106 del Código Civil Soviético al estatuir: “Las obligaciones se derivan de los contratos y de las demás fuentes indicadas en la Ley. Especialmente del enriquecimiento injusto y del daño causado por una persona a otra”.

Los artículos subsiguientes —107-151— nos permiten conocer lo que sería el tratamiento genérico dado a los contratos, y de su lectura apreciamos que no existe diferencia de fondo respecto a la legislación vigente en países con un modo de producción diferente y sustentado en la ideología liberal (tal y como sería un caso ejemplar: México); pero la práctica se aleja fatalmente de esta sencillez que encontramos en la teoría.

Primero porque muchos bienes se encontraban fuera del comercio, o sujetos a una restricción comercial que en la práctica hacía inviable tenerlos como objetos válidos en una relación contractual.

Segundo precisamente en relación a esa serie de bienes y servicios respecto de los cuales existía prohibición expresa de tenerlos como objeto de un contrato, encontramos que son comercializados de manera monopolizante por el Estado a través de diferentes formas administrativas adoptadas ex profeso. Al respecto comenta Ioffe lo siguiente:

...ocupa un lugar preeminente el contrato económico, es decir, el contrato planificado, que se celebra entre las organizaciones socialistas y sirve de vehículo para la distribución de la producción (el contrato de suministro), para la ejecución de determinados trabajos (el contrato de suministro), para la prestación de otros servicios entre las diferentes organizaciones socialistas (el transporte, la expedición, etc.), a fin de asegurar el cumplimiento de la tarea planificada de cada una de ellas y, por tanto, el cumplimiento del plan de la economía nacional en su totalidad. No es de extrañar, por ello, que la gran mayoría de las disposiciones promulgadas en el período que nos ocupa, concernientes al derecho contractual, se consagren a la estructuración jurídica de las relaciones planificadas-contractuales entre las organizaciones socialistas.⁵²

Al lado del conjunto de “contratos” planificados encontramos aquéllos denominados genéricamente como *compraventas al por menor*.

Ioffe explica adecuadamente esta situación:

Al atribuir gran importancia a dicho contrato, que a raíz de la victoria del socialismo era casi la única forma de servicio a la población prestado por el sistema mercantil socialista, el legislador se preocupó no sólo de su regulación en derecho civil, sino también de asegurar la observancia más estricta posible, por parte de las sociedades mercantiles, de sus obligaciones hacia los consumidores. El incumplimiento de la principal de dichas obligaciones, la venta de mercancías, con su peso exacto y cabal medida, se considera... como un fraude al Estado y un robo al

⁵² Olimpiad Solomonovich, Ioffe, *Derecho civil soviético*, trad. de Miguel Luban, México, Instituto de Derecho Comparado-Universidad Nacional Autónoma de México, 1960, p. 247.

consumidor, que acarrearán la aplicación de sanciones penales a las personas culpables de los citados actos.⁵³

En todo ordenamiento jurídico encontramos relacionadas las distintas ramas que integran la totalidad del árbol jurídico, sin embargo no es frecuente encontrar una mezcla tan aleccionadora (en sistemas jurídicos modernos, como lo fue el soviético) entre una figura netamente del “derecho privado” (civil) con el público (penal). En síntesis, el contrato es un concepto jurídico abordado a conciencia por el socialismo real, que sin embargo es adaptado en gran medida a otras instituciones jurídicas conexas sólo tangencialmente a la esencia del contrato, el cual bastante restringido conserva su esencia en la precitada compraventa al por menor, y por supuesto en diversos “acuerdos” no reconocidos “oficialmente” por el sistema gubernamental, pero existentes en la realidad social, bajo el conocido como *mercado negro*.

7. El presente del contrato

Consideramos en contrariedad de las tesis fatalistas que hablan de una *decadencia del contrato*, que esta institución jurídica se erige como uno de los pilares de la sociedad contemporánea, que permea a prácticamente todos los ámbitos de la sociedad; es cierto, debe ser revisada a fondo su naturaleza y esencia, pero que en ningún modo implica la decadencia de esta institución, ni en el aspecto cualitativo, y tampoco en el cuantitativo, el hecho de que haya sido superado el liberalismo, que consideró como un fin absoluto a la libertad sin contrapesos, no debe ser evaluado como un retroceso, sino como una evolución en la regulación al contrato.

Hoy en día el contrato es una institución jurídica, prácticamente indispensable para la vida de la sociedad mundial, trasciende a todos los ámbitos de la actividad humana, y está inmerso dentro del marco jurídico de la inmensa mayoría de los pueblos que habitan nuestra planeta (atreviéndonos a sostener que el concepto de contrato y sus consecuencias trasciende a la totalidad de las naciones de la Tierra).

⁵³ *Ibidem*, p. 266.

El contrato manifiesta una permanente evolución (o simplemente cambio) y en consecuencia, esa evolución seguirá la tendencia hacia el futuro, consideramos que el concepto, la idea del contrato seguirá sufriendo alteraciones, sin embargo la esencia permanece y, permanecerá inmutable con el paso del tiempo.

El contrato en México y en el mundo se manifiesta como el acto por excelencia en torno al cual la sociedad se obliga a cumplir los diversos acuerdos que motivan la dinámica social; ante el cumulo de descubrimientos científicos, que determinan a la sociedad contemporánea como la sociedad del conocimiento, el contrato admite en su seno regulador una serie de objetos que fijan una permanente revisión de los contenidos normativos.

Entre los nuevos objetos que serán materia de los contratos (algunos ya en franca presencia en la realidad social) se tienen a:

- a) La informática y la Internet.
- b) Diversos descubrimientos médicos que han dado origen a una novel disciplina del saber humano: la bioética, en la que destacan la clonación, la eutanasia, la implantación de embriones en úteros “prestados o rentados”, etcétera.
- c) Los organismos genéticamente modificados (estrechamente vinculado ello con la propiedad intelectual y con la propiedad originaria del saber popular milenario).
- d) La biodiversidad y el uso de los recursos naturales.
- e) La colonización del espacio extraterrestre.

Sin embargo, el contrato como toda institución jurídica, es un reflejo del poder legalmente instituido, y la esencia de éste puede pervertirse debido a múltiples causas: la masificación del contrato, la generalización de los contratos de adhesión (de los cuales con justa razón se objeta su calidad de contratos), las cada vez mayores limitaciones a las libertades de los contratantes, las modificaciones u omisiones legislativas sin la medida debida, las confusiones teóricas que incluyen dentro del mismo concepto a figuras afines, pero que tienen su propia naturaleza jurídica, la lista es larga; no obstante, el porvenir del contrato, como el de la humanidad que lo motiva, se advierte con todo un largo camino aún por recorrer.

8. Contrato e Internet

Internet es una red de redes de ordenadores, que permite a éstos comunicarse de forma directa y transparente, compartiendo información y servicios a la mayor parte del mundo.⁵⁴ La regulación jurídica, en México, de este medio de comunicación en la materia contractual se dio a partir del 29 de mayo de 2000. La reforma referida fue de carácter federal, es así como los códigos locales, incluido el del Distrito Federal quedaron sin cambios en la materia.

Tres son las aplicaciones principales de Internet para la celebración de contratos:

- a) El correo electrónico.
- b) La conversación en línea, usualmente denominada *chat*.
- c) La video llamada o video conferencia.

Las herramientas antes mencionadas tienen características distintas, mientras que el primero es similar al correo ordinario (de ahí su denominación); el tercero se asemeja al teléfono con la ventaja de además poder ver a él o los interlocutores; mientras que la conversación en línea tiene características similares al teléfono sólo que en lugar de escucharse, las personas se leen. Por lo cual un solo medio —Internet— debe ser regulado, al menos, desde tres puntos de vista distintos.

Como mencionamos, el 29 de mayo de 2000 entraron en vigor reformas en el Código de Comercio y en el Código Civil y de Procedimientos Civiles Federales, que contemplaron las transacciones hechas vía Internet y mecanismos jurídicos que contribuyan a solucionar hipotéticas controversias judiciales; a fin de proveer de mejores mecanismos legales, el Código de Comercio nuevamente fue reformado y adicionado el 29 de agosto de 2003 en materia de firma electrónica.

A. Régimen legal de los contratos vía Internet en México

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los artículos 124 y 133, indica lo siguiente:

⁵⁴ Esebbag Benchimol, Carlos y Martínez Valero, Julián, *Internet*, Madrid, Anaya Multimedia, 1998, p. 23.

Artículo 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.

Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados.

Conforme a los artículos anteriores, tenemos que en nuestro país existe una división de atribución de facultades para los ámbitos federal y estatal (artículo 124); en tanto que el artículo 133 determina la supremacía para la Constitución que comparte con los tratados internacionales y las leyes federales.

Hubo reformas a la legislación mexicana que contemplaron el comercio por vía electrónica el 29 de mayo de 2000, posteriormente el 29 de agosto de 2003 entraron en vigor nuevas modificaciones en la materia, los cuerpos normativos rectificados son los siguientes:

1. El Código Civil Federal que desde el 29 de mayo de 2000 es un cuerpo normativo separado del Código Civil para el Distrito Federal.
2. El Código Federal de Procedimientos Civiles.
3. El Código de Comercio.⁵⁵
4. La Ley Federal de Protección al Consumidor.

Las reformas publicadas el 29 de mayo de 2000, relativas a las transacciones realizadas vía Internet, tuvieron como marco de referencia a la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, siendo en algunos de los artículos reformados, no sólo una guía, sino una copia exacta, lo cual no es una crítica, ya que la finalidad de la citada ley, es lograr una cierta homologación en las distintas legislaciones internas, debido a la naturaleza del medio, que no respeta fronteras, regímenes, idioma, ni raza.

⁵⁵ Éste fue el único ordenamiento que fue modificado el 29 de agosto de 2003.

La regulación de la contratación por medios electrónicos (Internet) ha sido realizada en el ámbito federal, de ello puede deducirse que en la práctica el Estado mexicano ha considerado que esta materia es de competencia federal. Sin embargo no encontramos disposición constitucional de la cual deba inferirse efectivamente que la contratación vía Internet sea competencia federal.

B. Problemática subsistente en la legislación mexicana

En lo relativo a los contratos civiles, es por demás notorio, que debido a no haberse legislado aún en las distintas entidades federativas, al no existir todavía cuerpo legal eficiente para resolver los conflictos que acarree la utilización del Internet, subsiste un alto porcentaje de la problemática original.

La problemática que se vive con el uso de Internet la podemos señalar en los siguientes puntos:

- a) La inseguridad jurídica de las partes. Persiste la inseguridad, principalmente cuando se trata de actos de naturaleza civil, porque en cuanto a actos de comercio si debe considerarse resuelto este problema.
- b) Imposibilidad de constatar la capacidad del contratante. En el Código de Comercio este problema si es resuelto (artículo 90 del Código de Comercio), mas no en materia civil.
- c) La vulnerabilidad de los datos. Con respecto a la vulnerabilidad de los datos, en materia mercantil ha quedado plenamente resuelto este problema con la extensa implementación que se hizo en el Código de Comercio de la firma electrónica avanzada.
- d) El error y el fraude. La implementación de la firma electrónica avanzada resuelve en un alto porcentaje este problema, pero en materia civil el problema subsiste en toda su magnitud.
- e) Problemas relacionados con la autenticación y el tiempo. La inclusión de la firma electrónica avanzada puede considerarse la solución directa a este problema.

La manera de darle solución a la problemática planteada es reformando los códigos civiles locales. En los países en los que se ha legislado al res-

pecto, generalmente se han creado leyes especiales que regulen la materia, pero consideramos que en el caso de México, lo ideal para no invadir la esfera competencial de las entidades federativas como lo determina la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es que se legisle localmente. En consecuencia, proponemos reformar el Código Civil para el Distrito Federal y los artículos que a nuestro entender deben ser reformados son los siguientes: 1803, 1805, 1811, 1834, agregando el 1803 bis y 1805 bis, así como un artículo al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal para que puedan ser efectivas las reformas hechas en el código sustantivo. Y que este conjunto de reformas sugeridas sirvan de marco de referencia a las legislaturas estatales para tener una legislación homologa dentro del territorio nacional.