

## TITULO IV.

---

### CAPÍTULO IV.

*De las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres. — De los pactos celebrados contra ellas y de los actos ilegales en general.*

1. Axioma.
2. Transición.
3. Teoría de Gayo.
- 4 á 6. Teoría de Papiniano.
7. Teoría general.
8. Declaracion de Teodosio y Valentiniano.
- 9 y 10. Extension de la teoría de Papiniano y sus causas.
11. Sistema de las Partidas.
12. „ del Código de Napoleon.
13. Comentario de Rogron.
- 14 á 17. Código del Illmo. Sr. Goyena.
18. Teoría del Dr. Sierra.
19. Código del Imperio.
20. „ de Veracruz.
21. „ del Estado de México.
- 22 á 24. Análisis del artículo 16 del Código civil.
25. Cuáles son las leyes á que se refiere el artículo 16 del Código.

26. Qué era derecho público según la legislación romana.
27. Qué es derecho público según la jurisprudencia española.
28. Cuáles son las leyes de derecho privado.
29. Convenios contrarios al derecho público.
30. Acto contrario a leyes prohibitivas.
31. Qué es derecho público.
32. Leyes del Código penal y del de procedimientos.
33. Pactos contrarios a las buenas costumbres.
- 34 a 36. Primer precepto de la justicia.
- 37 y 38. Ley 3ª, título 1º, Partida 3ª
39. Cuestiones de moralidad.
40. Remisión del dolo futuro.
41. Los actos ilícitos están declarados imposibles por nuestro Código.
- 42 y 43. Derecho público, según Sala.
44. Derecho público, según la jurisprudencia española.
45. Derecho de gentes: qué es.
46. „ privado.
- 47 a 54. Título 6º del Código Napoleon.
55. Actos ilegales en general según la legislación romana.
56. Legislación posterior de los Emperadores.
- 57 a 61. Legislación de Justiniano.
- 62 a 64. Cuestión: ¿será nulo *ipso jure* todo acto contrario a la ley?
65. Derecho canónico.
66. Ley 59, título 18, Partida 6ª
67. Diferencia entre la ley 28, título 11, Partida 5ª, y la ley anterior.
68. Ley 1ª, título 8º, Partida 3ª
69. Regla general.
70. Código de la Luisiana.
71. Jurisprudencia española.
72. Código de Portugal.
73. Código del Dr. Sierra.

74. Código del Imperio.
75. Código del Estado de Veracruz y del Estado de México.
76. Sistema de la comision de Código.
77. Excepcion que admite el sistema.
78. Pena impuesta a los que celebren convenios contrarios a la ley.
- 79 y 80. Leyes prohibitivas.
81. Generalizacion.
82. Qué son leyes prohibitivas.
- 83 y 84. Qué son leyes de interes público.
85. Actos practicados contra leyes renunciabiles.
86. Referencia.
87. Toda ley prohibitiva produce la nulidad del acto prohibido.
88. Transicion.
- 89 a 91. Glosa de Gregorio López.
92. Jurisprudencia extranjera. España.
- 93 y 94. Jurisprudencia inglesa.
95. Comparacion de la legislacion y jurisprudencia española y la de Portugal.

## CAPÍTULO IV.

*De las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres. — De los pactos celebrados contra ellas y de los actos ilegales en general.*

### § 1º

1. Es un axioma incontrovertible en la legislación moderna, lo mismo que en la antigua, el que los particulares no pueden, por medio de pactos ó convenciones que celebren entre sí, impedir que las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres produzcan todo el efecto legal que están destinadas á producir; en consecuencia, tales pactos son completamente ilegales, lo cual nos hará entrar en el exámen del valor que en derecho puedan tener los actos ejecutados contra la prevencion de la ley.

2. Por ahora veamos las diferentes doctrinas que á este propósito se encuentran en el Derecho romano.

3. El jurisconsulto Gayo, que floreció á principios del siglo II de la Éra Cristiana, en el “Comentario del Edicto Provincial,” enseñó que los pactos celebrados contra las reglas del derecho civil no son válidos; y despues de establecer este principio general, pone el ejemplo del pacto de liberacion ce-

lebrado por el pupilo sin autoridad de su tutor, diciendo lo mismo del pacto de la misma especie celebrado por el hijo de familias ó por el siervo. (*Ley 28, ff., tit. 14, lib. 2º*)

4. Vino despues Papiniano, y á fines del siglo II enseñó que el Derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares. (*Ley 38, tit. 14, ff., lib. 2º*)

5. La enseñanza de Papiniano está probando que en su tiempo estaba ya relajada la doctrina de Gayo; y acaso por la extension que se diera á la doctrina de Papiniano, fué necesario que Ulpiano, comentando el edicto de los Ediles, hiciera la aclaracion de ser válidos los pactos que contra tal edicto se celebraran, sea que formaran parte de un contrato de venta ó que se estipularan separadamente.

6. La doctrina de Papiniano es la que figura como concordante de nuestro artículo, y debe advertirse que Dionisio Gothofredo enseña en sus Anotaciones, que por derecho público debe entenderse el que es útil al público; lo cual es inexacto, pues no hay ley que no deba ser de utilidad pública, como lo resolvió Ulpiano, diciendo: "*Jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur.*" (*Ley 8ª, tit. 3º, ff., lib. 1º*)

7. Los jurisconsultos en diferentes casos reprobaron los pactos ilegítimos, tales como aquellos que alteraban la forma del derecho fiscal (*Ley 42, ff. de pactis*); los que contenian alguna causa torpe (*Ley 27, § 4º, de pactis*); los que dañaban el derecho de los demas (*Ley 3ª, ff. de transact.*), y por último, aun las cauciones que contenian algun vicio (*Ley 6ª, ff. qui satisdare cogantur*), llevando su justo respeto á la ley, hasta el extremo de declarar que ni aun lo hecho por el Pretor podia derogar el derecho.

8. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano resolvieron que todo lo que se hace contra las leyes no solo es inútil, sino que se tiene por no hecho. (*Ley 5ª, tit. 14, C., lib. 1º*)

9. De manera que, segun la tónica legal, el principio que Papiniano estableció con relacion al derecho público, se hizo despues extensivo á todo pacto contrario á las leyes, fueran

## 213

ó no de derecho público, en virtud de la resolución posterior de los Emperadores.

10. A lo dicho contribuyó eficazmente el mismo Papiniano, diciendo en otro lugar, en términos muy generales: *Nam quae facta ledunt pietatem, existimationem vericundiam nostram et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt nec facere nos posse credendum est.* (*L. filius 15 ff. de condit instit.*)

### § 2º

11. Y tal era en efecto la extensión que tenía el principio del derecho romano cuando apareció el Código de las Partidas, que insistiendo en los de la legislación imperial romana, vino proclamando que “todo pleito que es fecho contra nuestra ley é contra las buenas costumbres non debe ser guardado; magüer pena ó juramento fuere puesto en él.” (*Ley 28, tit. 11, Partida 5ª*)

### § 3º

12. El Código Napoleon dice literalmente: “No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres.” Este cánón de la legislación moderna tiene sus concordancias en el Código Napoleon, artículo 7º; en el Sardo, artículo 13; en el Holandés, artículo 14; en el de Vaud, artículo 4º, y en el de la Luisiana, artículo 11.

13. El comentador Rogron nos enseña, que las leyes del orden público á que se refiere el artículo 6º del Código Napoleon, son aquellas que tienen por objeto el interés general de la sociedad; y que como ellas no se refieren únicamente á los intereses de los particulares, no pueden por lo mismo ser renunciadas válidamente; que por este principio no puede un

## 214

marido renunciar la potestad marital, ni un padre la patria potestad, y que las estipulaciones que hicieran á este respecto serian nulas: "*Privatorum conventio juri publico non derogat.*"

Y despues de poner otro ejemplo, que es el relativo á la apelacion irrenunciable de una sentencia de interdiccion, asienta que se pueden derogar, por medio de convenios particulares, aquellas leyes que tienen por objeto los intereses privados; por ejemplo, una sucesion abierta y una prescripcion consumada, segun el principio de: *Cuique licet renunciare juri in favorem suum introducto.*

### § 4º

14. El Código del Illmo. Sr. Goyena dice: que no podrán derogarse las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. (*Artículo 11.*)

15. En la explicacion de este artículo dice: que encuentra más propia la locucion *jus publicum* que la de orden público. Agrega que la ley romana es mucho más lata que la francesa, pues comprende casos que rigurosamente no deberian entenderse comprendidos en la francesa, y sin embargo lo están.

16. Y da por razon, que aunque en la acepcion vulgar "*orden y sosiego público*" son sinónimos, no es tan mezquino el sentido del artículo 11, sino que, por el contrario, se extiende á todo lo que las leyes romanas comprendian en la locucion "*Derecho público;*" es decir, que se extiende á toda ley que tenga por objeto la moral pública, la forma y solemnidades de los actos ó instrumentos y de los juicios.

17. Y concluye, que aunque por regla general pueden derogarse los pactos privados ó renunciarse las leyes que tienen por objeto primario la utilidad de los particulares, no sucede así con las que al mismo tiempo envuelven utilidad pública

## 215

y suelen concebirse en términos prohibitorios, como son las relativas á pródigos, menores y mujeres casadas.

### § 5º

18. El Código del Dr. Sierra decía: Las leyes en cuya observancia está interesado el orden público y las buenas costumbres, no pueden alterarse por ninguna clase de convenios particulares. (*Artículo 9º*)

### § 6º

19. El del Imperio dijo: Las leyes que afectan el orden público y las buenas costumbres, no pueden alterarse por ninguna clase de convenios privados. (*Artículo 9º*)

### § 7º

20. El Estado de Veracruz hizo una modificación, pues al establecer la insubsistencia del convenio particular que pugne con leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres, agregó: que cuando el contrato principal pueda subsistir sin el convenio contrario á la ley, se tenga este por no puesto, subsistiendo en lo demás el contrato; modificación que no creyeron necesaria los otros Códigos por el principio de que: *Utile non debet per inutile vitari*.

### § 8º

21. El Estado de México, en su Código, hizo lo mismo que el de Veracruz.

§ 9º

22. Haciendo el análisis de nuestro artículo, tenemos que son objeto de su prescripción las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres; que de estas leyes dice que no pueden ser alteradas ó nulificadas en cuanto á sus efectos por convenios celebrados entre particulares.

23. Despues de hecha la descomposicion de nuestro artículo, cabe preguntar: ¿cuál es la pena con que está sancionada su prescripción? Y si nos fijamos en la palabra “no pueden” de que usa la ley, desde luego ocurre que esta palabra, con una ligera inversion de redaccion, nos da el siguiente precepto: El convenio celebrado entre particulares, no puede alterar ó nulificar los efectos que deben producir las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres.

24. Esta redaccion, que en nada altera la sustancia de nuestro artículo, funda la calificacion de ser legalmente imposibles los convenios privados que sean contrarios á leyes de la especie expresada; y como los convenios, cuyo objeto es legalmente imposible, son nulos (*Artículo 1421*), lo es indudablemente el convenio privado á que se refiere nuestro artículo 7º.

25. Ahora, ¿cuáles son las leyes en que se interesan el Derecho público y las buenas costumbres?

26. El Derecho público, segun la legislacion romana, era el que se referia al estado romano.

27. Segun la jurisprudencia española, derecho público es el que se compone de leyes establecidas para la utilidad comun de los pueblos; y si bien esta definicion no da toda la luz que es necesaria en la materia, puede disminuirse mucho la oscuridad que reina en este capitulo, si se dice que son leyes de derecho público aquellas que en su aplicacion práctica no ponen el interes particular de un individuo legalmente

completo, frente al interés privado de otro individuo que se encuentra en las mismas condiciones legales; de modo que ejecutada su prescripción venga a afectar intereses que no son los componentes del patrimonio privado de dos ó más individuos, sino que aunque sea de un solo lado, afecta algo más que el interés privado del individuo, ya sea el doméstico de las familias ó el público de la sociedad.

28. Con esta explicación puede decirse: que son de derecho privado las leyes que aplicadas á las operaciones de la vida práctica, ponen desde luego y de una manera primaria, inmediata y directa, el interés privado del individuo en contacto con el interés igualmente privado de otro ó otros individuos.

29. Tomando como punto de partida estas conclusiones, debe decirse, que en cumplimiento de nuestro artículo no pueden celebrarse convenios que contraríen el derecho público internacional, constitucional ó administrativo, y que en cuanto al derecho civil la regla debe ser, que no valen los convenios que contraríen aquellas leyes que en su aplicación práctica afecten no solo el interés privado del individuo, sino algo más, sea que este algo más consista en el interés colectivo de la sociedad ó en el doméstico, pero también colectivo de la familia.

30. Con estas reglas podemos decir que el individuo que tiene capacidad jurídica, puede, en materia de convenios, hacer todo lo que no contraría las leyes del derecho público. Y haciendo la aplicación del artículo 7º, puede decirse que si el acto que se ejecuta contraría leyes prohibitivas, tal acto sería nulo, aun cuando las leyes contrariadas ó infringidas no fueran de derecho público; y á propósito del artículo 6º debe asentarse que aun cuando se quiera dar validez y consistencia al acto ejecutado, haciendo expresa y especial renuncia de las leyes que están en pugna con él, esa misma renuncia será nula si las leyes son prohibitivas ó de interés público.

31. Un escritor muy conocido en nuestro foro, enseña que

el derecho público comprende la ley fundamental ó constitucion, las leyes relativas á la organizacion de las autoridades y tribunales, las que tienen por objeto reprimir atentados contra la moral y afianzar el buen órden y la seguridad del Estado y de los ciudadanos, las que establecen las condiciones del matrimonio, la patria potestad, la cualidad de las personas, &c.

32. De esta doctrina debe concluirse que forman parte del derecho público las leyes del Código penal y del de procedimientos; de manera que si no fuera expresa la resolucio de algunos artículos de nuestro Código de procedimientos (*Articulos* 891, 10º, 911 y 912), deberiamos decir que no hay ley de procedimientos que sea renunciabile.

33. La segunda parte del artículo enseña que los pactos de los particulares no pueden alterar ni modificar los efectos de las leyes en que se interesan las buenas costumbres.

34. La legislacion romana enseña que el primer precepto de la justicia obliga á vivir honestamente; y uno de los comentadores de sus leyes, explica que con este precepto nos veda la justicia todos los actos que pugnan con las buenas costumbres y con la pública honestidad.

35. Y para dar idea de la extension de este precepto, cita un pasaje de Ciceron que dice: "*Est aliquid quod non oportet etiamsi liceat.*"

36. A este propósito nos dice Paulo: "No todo lo que es lícito es honesto." Esta regla de derecho comentada por Bronchorst, trae doctrinas de muy justa aplicacion en este lugar.

37. La ley 3ª, título 1º, Partida 3ª, que se cita como concordante de la regla de derecho romano, dice: "Et los mandamientos de la justicia, et del derecho son tres; el primero, que home viva honestamente quanto en sí; el segundo, que non haga mal nin daño á otri: el tercero, que dé su derecho á cada uno: et aquel que cumple estos tres mandamientos, face lo que debe á Dios et á sí mismo, et á los homes con quien vive, et cumple, et mantiene la justicia."

38. En el comentario de dicha regla, se ve que Bártolo dijo muy elegantemente, que debemos obrar no solo según la obligación, sino también según lo aconseje el pudor, y que por esto se ha establecido que en materia de matrimonios se atiende al pudor y á la vergüenza; esto en efecto tiene aplicación en las leyes relativas al matrimonio, de que tratan los primeros títulos de la Partida 4ª

39. Se comprende que las cuestiones de la moralidad ó inmoralidad de un acto, no se resuelven por las prescripciones de las leyes positivas, sino por las de la ley natural, de la cual nos ha dicho Ciceron, que no es una en Roma y otra en Atenas, sino que es una misma en todo el universo, y de la cual está también dicho no ménos elegantemente: "*Scriptum est in tabulis quod in cordibus non legebant non quod scriptum non habebant sed quod legere nollebant.*"

40. La antigua legislación española que profesa el principio de ser nulos los pactos contrarios á las leyes ó buenas costumbres, resuelve que no vale el convenio en que se haga remisión del dolo futuro porque daría ocasión á pecar; pero sí la remisión del dolo pasado (*Ley 29, tit. 11, Partida 5ª*); ni el de volver más de lo recibido fuera de los casos permitidos por derecho (*Ley 31, tit. 11, Partida 6ª, y 21, tit. 1ª, lib. 10, Nov. Recop.*); ni el de *quota-litis* (*Ley 14, tit. 6ª, Partida 3ª*); ni el de recibir parte por la victoria en el pleito (*Ley 22, tit. 22, lib. 5ª, Nov. Recop.*); ni el relativo á la prescripción de salarios de abogados y procuradores; ni el pacto de heredarse recíprocamente (*Ley 33, tit. 11, Partida 6ª*); ni el que hacen entre sí los que creen que se les deja algo en un testamento que no esté abierto. (*Ley 1ª, tit. 2ª, Partida 6ª*)

41. Esto era lo establecido en la antigua legislación española; y dicho esto debemos recordar que nuestro Código civil resuelve que son legalmente imposibles los actos ilícitos (*Artículo 1423, § 4ª*), y que poco ántes nos habia dicho ser nulo el contrato, cuyo objeto es física ó legalmente imposible (*Ar-*

*Artículo 1421*); de manera que conforme á estos artículos, es legalmente nulo todo pacto, cuyo cumplimiento consista en la ejecucion de un acto ilícito; siendo de advertir, que en la apreciacion que de actos ilícitos hace nuestro Código, están comprendidos los moralmente reprobados aunque no sean punibles conforme á la ley (*Artículo 1785*.)

§ 10°

42. El Sala Mexicano, citando á Fritot, enseña que el derecho público ó social, es el que establece las relaciones, los derechos y deberes de cada hombre para con el pueblo á que pertenece, y las obligaciones del pueblo para cada uno de sus miembros. (*Fritot. "Espiritu del derecho." Pág. 3, tom. 1°*)

43. El Sala Novísimo, confundiendo el derecho político que es la especie, con el derecho público que es el género, dice que se llama derecho político ó público, el que establece los derechos y deberes del gobierno para con los asociados, y recíprocamente los de estos para con los poderes públicos; y dice que toma tambien el nombre de derecho constitucional con relacion á la ley fundamental de cada Estado.

§ 11°

44. Los Sres. Goyena, Aguirre, Montalvan y Caravantes enseñan que derecho público es el que concierne al gobierno del Estado ó á las relaciones de los ciudadanos con el poder social. Y despues de esta definicion, lo dividen en tres partes distintas, á saber: derecho internacional;—derecho publico exterior;—derecho constitucional ó político, y derecho administrativo. Advierten en seguida, que los autores refieren al derecho público, el derecho canónico y el penal; pero los publicistas mencionados, opinan que estos dos últimos participan del derecho público y del privado.

## 221

45. Del derecho de gentes dicen que es la colección de leyes que arreglan los derechos y deberes recíprocos de las naciones; derecho político constitucional es el que establece las leyes y determina la forma de gobierno, esto es, el que fija las relaciones y los intereses que existen entre una nación y los individuos que la componen; y derecho administrativo es el que fundándose en el derecho político, establece las relaciones de los gobernantes y de los gobernados.

46. Y hablando del derecho privado, que es el extremo contrapuesto, dicen que se compone del conjunto de leyes que arreglan las relaciones de los ciudadanos entre sí, haciendo abstracción de la forma de gobierno en que viven: tales son las reglas relativas a la familia, a los contratos, a las sucesiones, a los modos de adquirir.

### § 12º

47. En la jurisprudencia francesa encontramos una fuente purísima de interpretación del artículo 6º del Código Napoleón que tiene concordancia con el nuestro, y es el discurso en que Mr. Portalis hizo la exposición de los motivos de la ley relativa a la publicación y efectos de las leyes en general.

48. Este documento dice en la parte conducente lo siguiente: “El último artículo del proyecto de ley establece que no pueden ser derogadas por convenios particulares las leyes que afecten al orden público y a las buenas costumbres, supuesto que si hay gobiernos y leyes, es precisamente para mantener el orden público.”

49. “Es, pues, imposible autorizar convenios privados, capaces de alterar ó de comprometer el orden público.”

50. “Los jurisconsultos han llevado el delirio hasta creer que los particulares podían tratar entre sí como si viviesen en lo que ellos llaman estado de naturaleza, y consentir en contratos que pueden afectar sus intereses como si no estu-

viesen sujetos á ninguna ley. Tales contratos, dicen, no pueden ser protegidos por las leyes que ellos ofenden; pero como la buena fé debe ser guardada entre las partes que se han empeñado recíprocamente seria necesario obligar á la parte que rehuse ejecutar el pacto, á dar por equivalente lo que las leyes no permiten ejecutar naturalmente.”

51. “Todas estas peligrosas doctrinas, fundadas en sutilezas trastornadoras de máximas fundamentales, deben desaparecer ante la santidad de las leyes.”

52. “El mantenimiento del orden público en una sociedad es la ley suprema, en términos que proteger las convenciones contrarias á ella, seria poner la voluntad particular del individuo encima de la voluntad general, lo cual seria destruir el estado.”

53. “En cuanto á los convenios contrarios á las buenas costumbres, están proscritos en todas las naciones civilizadas. Las buenas costumbres pueden suplir á las buenas leyes: ellas son el verdadero cimiento del edificio social. Todo lo que las ofende, ofende también á la naturaleza y á las leyes.”

54. “Si las pudiese herir por convenciones, bien pronto la honestidad pública no seria más que un nombre vano, y todas las ideas de honor, de virtud y de justicia, serian reemplazadas por las cobardes combinaciones del interes personal y por los cálculos del vicio.”

55. Lo dicho nos obliga á examinar qué valor pueden tener, segun nuestra legislacion, los actos ilegales en general, siendo de lamentar el que no se encuentre en las respuestas de los jurisconsultos romanos, la concordancia exacta de la regla general que contiene el artículo 7º de nuestro Código civil, pues como enseñan los jurisconsultos Paulo y Ulpiano, las leyes antiguas son una guía segurísima para interpretar las nuevas. La razon que da Papiniano al decir: *Quæ facta lædunt pietatem existimationem verieundiam nostram et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt: nec facere nos posse credendum est*; si bien es el fundamento científico de una

resolucion de jurisconsulta, no es la misma disposicion legislativa y obligatoria.

56. La legislacion posterior de los Emperadores resuelve en principio general, que los actos prohibidos por la ley, si se ejecutan, no solo son inútiles, sino que se tienen por no hechos, aun cuando el legislador se haya limitado á prohibirlos, sin expresar que sea inútil lo que se haga en contravencion de la ley. (*Ley 5ª, C., tit. 14, lib. 1º*)

Otra ley del Código dice: Ser indudable que todo lo que se hace contra derecho, no tiene firmeza ninguna. *Dubium non est id quod contra jus gestum videtur, firmitatem non tenere.* (*Ley 5ª, C., quando provocare non est necesse.*)

Y es de lamentar que la generalidad de tal principio haya dado lugar á la cuestion de si todo acto, sin excepcion alguna, sea, *ipso jure* nulo, por el solo hecho de ser contrario á la ley.

57. El Emperador Justiniano resolvió á propósito de los pactos: que deben cumplirse religiosamente aquellos que no sean contra las leyes ni se hayan celebrado con dolo malo. (*Ley 29, C., tit. 3º, lib. 1º*)

58. Dos meses despues resolvió el mismo Emperador que deben reprobarse completamente los pactos que sean contrarios á las buenas costumbres. Y es de advertir, que en el caso resuelto por el Emperador, se trataba de un pacto relativo á la herencia de una persona viva, el cual no tenia de inmoral más que el presentar la tentacion de cometer un crimen contra la persona de cuya sucesion futura se trataba; de manera, que segun la legislacion romana, se tiene como inmoral el acto que puede servir de ocasion, más ó ménos próxima, para llegar á cometer un acto contrario á las buenas costumbres; y de estos pactos dice el Emperador: "*Omnimodo hujusmodi pacta, quæ contra bonos mores inita sunt, repelli et nihil ex his pactionibus observari.*" (*Ley 30, C., tit. 3º, lib. 2º*)

59. Tomando en cuenta las prescripciones de estas leyes, podia sostenerse en principio general, la nulidad de todo acto que fuera contrario á la ley y á las buenas costumbres.

Mas la misma jurisprudencia que ostentaba este principio, sostenia por otro lado el de que en derecho es peligrosa toda prescripcion absoluta: *Omnis definitio periculosa in jure*; lo cual por una filiacion perfectamente lógica, produjo el axioma de que: no hay regla sin excepcion; y el de que: *Multa fieri vetantur quæ tamen facta tenent*. — Y á estas leyes llamaba Ulpiano: ménos perfectas.

60. El principio enunciado tuvo en la legislacion romana multitud de aplicaciones, como se ve, por ejemplo, en la declaracion que hace la Instituta: de ser nulo el matrimonio contraido por el hijo de familia sin el consentimiento de su padre. Lo mismo sucedia con la donacion que el marido hacia á la mujer, simulando venta, para eludir la prohibicion de la ley; así como tambien estaba declarada nula la enajenacion que sin autorizacion judicial se hacia de bienes pertenecientes á menores; y á pesar de que los testamentos eran respetados como leyes en el derecho romano, estaba declarado nulo el que se otorgaba sin las solemnidades de la ley. (§ *Si adversus* 12, *Inst. de nupt.*—*L. Si sponsus*, § *circa* 5 *ff. de donat int vir. et ux.*—*L. propen. ff. de lib. et posth.*, y *L. 1.º, ff. de injus. rupt.*)

61. Tal vez la expresion de casos particulares influyó para que se creyera que la regla de la ley 5.ª no era tan general y absoluta como parecia por sus términos literales.

62. Mas sea de esto lo que fuere, la jurisprudencia romana ha venido debatiendo la cuestion de: si será sin excepcion alguna nulo, *ipso jure*, todo acto contrario á la ley.

63. El jurisconsulto Arnolfo Vinio, examinando esta cuestion, resuelve: que si la ley contrariada por el acto es simplemente prohibitiva y no sanciona su prohibicion con pena alguna, en ese caso el acto ejecutado se tiene por nulo; pues se debe suponer entónces que la voluntad del legislador es que se tenga por no hecho.

Resuelve tambien, que si la ley sanciona su prescripcion con pena, como agregada á la nulidad del acto, el efecto que

produce la contravencion de la ley no es disyuntivo, sino copulativo.

Y asienta, por último, que cuando la ley sanciona su prohibicion con una pena, sin expresar que deba ser nulo el acto ejecutado en su contravencion, creando por otro lado un recurso legal para obtener su revocación ó la imposicion de la pena, en este caso el acto no debe ser tenido por *ipso jure* nulo.

64. Nada hay que objetar á las dos primeras conclusiones, y ni aun á la tercera, conservándole íntegra la forma que le dió el jurisconsulto Arnoldo Vinio; pero como en su aplicacion ha sido adulterada algunas veces, truncando el pensamiento del jurisconsulto, es necesario hacer observar que cuando la ley no solo prohíbe algo sino que sanciona su prohibicion con pena expresa, sin decir otra cosa, entónces el autor del acto es castigado no solo con la pena impuesta por la ley, sino tambien con la nulidad del acto ejecutado; siendo la razon, que si la simple prohibicion hecha por una ley se entiende siempre sancionada con la nulidad del acto que se ejecuta en su contravencion, con mayor razon debe operarse el efecto de la nulidad del acto, cuando por los términos de la ley se patentiza la mayor eficacia de la voluntad en prohibir, siendo así que la infraccion de la ley se convierte en un verdadero delito.

#### § 13º

65. El Derecho canónico dice en sus reglas: *Quæ contra jus fiunt debent utique pro infectis haberi.* (C. 64 de R. J., in 6.)

#### § 14º

66. La Ley 59, título 18, Partida 3ª, habia autorizado la doctrina de que la venta hecha por el mayor de catorce

años y menor de veinticinco, vale si está confirmada con juramento.

67. Entre esta ley y la 28, título 11, Partida 5ª, hay una antinomia, pues esta asienta la regla general de que todo convenio hecho contra las leyes ó contra las buenas costumbres, es nulo aun cuando se le agregue pena ó juramento; y todo lo que puede decirse es, que la primera habla de un caso especial que debe ser mirado como excepcion de la regla general establecida en la segunda.

68. La Ley 1ª, título 8º, Partida 6ª, da lugar á establecer en principio, que la infraccion de las leyes relativas á testamentos, funda la nulidad del acto ejecutado en su contravencion.

69. La regla general sobre nulidad, fundada en la legislacion española, está limitada por el famoso glosador de las Partidas á las leyes prohibitivas solamente; y en efecto, está admitido en el foro español y en el nuestro el principio general de que las leyes prohibitivas traen implícita cláusula derogatoria y anulativa del acto ejecutado en su contravencion.

### § 15º

70. El derecho moderno de la Luisiana, sigue en artículo expreso de su Código, la prevencion de la legislacion romana.

### § 16º

71. En España está vigente la legislacion de nuestros antiguos Códigos y por eso, en la reforma intentada en nuestros dias, se pensó en establecer un artículo que diga que no surte efecto la renuncia especial de leyes prohibitivas, y que lo hecho contra estas es nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario. (*Proyecto del Código civil. Artículo 4º*)

227

§ 17°

72. En Portugal los actos consumados con infracción de la ley prohibitiva ó preceptiva, llevan en sí mismos el vicio de nulidad, salvo el caso en que la misma ley disponga lo contrario; y el artículo que tal cosa dice, expresa también que puede subsanarse la nulidad de tales actos mediante el consentimiento de los interesados cuando la ley infringida no es de interés y orden público. (*Artículo 10.*)

§ 18°

73. El Dr. Sierra en su Código, enseña, que no tiene eficacia ninguna la renuncia especial de leyes prohibitivas, y que lo que se haga contra estas es nulo, si en las mismas no se dispone lo contrario. (*Artículo 3°*)

§ 19°

74. El Código del Imperio dijo que los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas ó de interés público, son nulos si las mismas leyes no disponen otra cosa. (*Artículo 3°*)

§ 20°

75. En nuestro Estado de Veracruz se varió la redacción de la prohibición relativa, al resolverse en su Código que los actos contrarios á las leyes de interés público ó prohibitivas, son nulos siempre que ellas mismas no dispongan expresa-

mente otra cosa; y lo mismo se dijo en el Código del Estado de México.

§ 21º

76. Con tales antecedentes, la comision del Código civil, apartándose de las tradiciones del derecho antiguo y siguiendo las luminosas indicaciones de la legislación moderna, estableció el principio general de que todo acto ejecutado contra el tenor de las leyes prohibitivas es nulo. De esta manera quiso significar que sancionaba con la pena de nulidad, no solamente los actos que fueran abiertamente contrarios á la letra de la ley, sino aun aquellos que pareciendo ajustados á sus palabras venian á contrariar su espíritu; de cuya manera quedaron comprendidas, dentro de la prescripcion de nuestro artículo, las dos clases de infraccion de que hablan Paulo y Ulpiano en dos fragmentos del título de las leyes que trae el Digesto, y adoptado el principio de que *is committit in legem qui legis verba complectens contra legis nititur voluntatem*.

77. Y segun nuestro artículo, no deja de operarse la nulidad de tales actos sino solo cuando las mismas leyes disponen lo contrario; lo cual cierra por completo la puerta á todas las cuestiones que debatia el derecho antiguo. (*Código civil. Artículo 7º*)

78. Firme nuestro legislador en el propósito de no reconocer validez ni consistencia inatacable en los actos contrarios á la ley, declara que cuando la ilegitimidad de un contrato viene de su objeto ó materia y esto constituye un delito ó falta comun á ambos contrayentes, entónces ninguno de ellos tendrá accion para reclamar el cumplimiento de lo convenido ni la devolucion de lo que haya dado, y ambos quedan sujetos á las responsabilidades del Código penal; pero si uno solo fuere culpable, el otro podrá reclamar lo que hubiere prestado, sin tener obligacion de cumplirlo que hubiere prometido.

Todavía dice algo más, y es que si el objeto del contrato fuere algún hecho que aunque moralmente reprobado no fuere civilmente punible y del cual fueren responsables ambos contratantes, ninguno de ellos pueda reclamar el cumplimiento de lo prometido ni la restitución de lo que hubiere dado; pero si uno solo de los contratantes es responsable del hecho reprobado, el otro puede reclamar lo que dió, sin estar obligado á cumplir su promesa; y por último, nos dice en principio general, que son legalmente imposibles los actos ilícitos. (*Código civil. Artículos 1783, 1786 y 1423.*)

79. De esta manera la jurisprudencia, ajustada á los principios de nuestro Código, no puede ver nunca validez y consistencia en los actos ejecutados contra la prevención de las leyes prohibitivas; pero supuesta la declaración del artículo 6º, que resuelve no ser válida la renuncia especial de las leyes prohibitivas ni la de las leyes de interés público, la inducción lógica es que un acto practicado contra la prevención de una ley de interés público, es también inválido, supuesto que no puede impedirse la aplicación de tal ley ni aun por medio de una renuncia especial de ella.

80. Y así como el artículo 7º resuelve que los actos contrarios á las leyes prohibitivas solo pueden dejar de ser nulos cuando ellas mismas disponen otra cosa, por una razón fundada en el artículo 6º del mismo Código, debemos decir que los actos ejecutados en contravención de las leyes de interés público tampoco pueden dejar de ser ilegítimos, y pueden ser reclamados por los interesados. (*Artículos 6º y 7º del Código civil.*)

81. El trabajo de generalización que tiene que emprender la ciencia de la jurisprudencia, se reduce á poner en claro: 1º, qué son leyes prohibitivas: 2º, qué son leyes de interés público: 3º, qué son leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres.

82. Respecto del primer punto, hemos asentado ya, que leyes prohibitivas son: las que de una manera material y for-

mal prohíben algún acto, ya mandando que no se haga ó prohibiendo que se ejecute.

83. La verdadera dificultad en la materia está en precisar cuáles son las leyes de interés público.

84. En el comentario del artículo anterior hemos asentado, que por leyes de interés público deben entenderse las que no vienen á crear un derecho valorizable que éntre á aumentar en su aplicacion el monto del patrimonio de un particular, sino que primaria y principalmente vienen á establecer, en interés de la familia y de la sociedad, ciertos derechos que no están sujetos á la misma valuacion que puede hacerse de un bien material, y que son por lo mismo intrasmisibles bajo todo aspecto.

85. Pero es necesario advertir, que si bien la infraccion de las leyes de interés público funda la reclamacion del acto ejecutado contra ellas, y si bien son por lo mismo irrenunciabiles tales leyes, no por eso se puede decir que todas las leyes irrenunciabiles produzcan el efecto de hacer nulos los actos practicados contra ellas; por ejemplo: es irrenunciable el artículo 3789, que previene que cerrado y autorizado un testamento ponga el notario razon en el protocolo del lugar, expresando el año, el mes, el día y la hora en que el testamento fué autorizado y entregado al testador (*Artículo 3789*); y sin embargo, la infraccion de este artículo no anula el testamento.

86. En cuanto al tercer punto, la doctrina relativa á las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres, está ya expuesta.

87. En la doctrina relativa á nuestro artículo, la jurisprudencia camina á paso igual al de la legislacion, sin haber hecho ningun trabajo de generalizacion y se reduce á enseñar que toda ley prohibitiva produce necesariamente la nulidad de todo acto practicado en su contravencion, ménos en los casos en que la misma ley prohibitiva disponga otra cosa.

88. Nuestros prácticos regnícolas no dicen nada que pue-

da formar jurisprudencia en este capítulo, de modo que no encontrando en ella la jurisprudencia moderna, que es la que de hecho consultamos preferentemente, vamos á ocurrir á la muy respetable autoridad de nuestros antiguos tratadistas.

89. Y para no aglomerar citas de Covarrubias, Larrea, Molina y Pareja, que traen alguna doctrina conducente á nuestro propósito, nos limitaremos á la que trae Gregorio López en el Comentario de la ley 32, título 9º, Partida 6ª

90. La ley dice: "Non puede ningunt testador facer manda en ninguna manera que por el derecho de las leyes deste nuestro libro, non deba seer judgada; et por ende magüer él defendiese señaladamente que ninguna ley nin ningunt derecho non podiese contrastar nin embargar la manda que facie, con todo eso si la ficiere *contra derecho* ó como non debe en alguna manera *non valdrá* et debe seer revocada et judgada por las leyes deste nuestro libro. Otrosí si el testador mandase facer de su cuerpo ó de sus huesos ó en fecho de su sepoltura alguna cosa que fuese contra ley ó contra costumbre usada de la tierra ó contra su fama ó deshonna de los parientes dél *non debe ser guardado tal mandamiento*.

91. De esta ley infiere el Sr. Gregorio López la doctrina de jurisprudencia de que las leyes prohibitivas no pueden ser derogadas por el testador ni por los contratantes, y da por razon que, con excepcion del soberano, todos tienen deber de cumplir con lo prevenido por la ley.

92. El Illmo. Sr. D. Florencio García Goyena enseña á este propósito lo siguiente: Y aunque por regla general pueden derogarse por pactos privados ó renunciarse las leyes que tienen por objeto primario la utilidad de los particulares, no sucede así con las que al mismo tiempo envuelven utilidad pública y suelen concebirse en términos prohibitivos, como son las relativas á pródigos menores y mujeres casadas.

93. Blascktone, al hablar de las condiciones contrarias á la ley, viene á autorizar la doctrina de que en el foro inglés los actos ilegales se tienen por no verificados, es decir, son

nulos y no producen efecto alguno. (*Comentario de las leyes inglesas. Lib. 2º, cap. 10.*)

---

94. Para perfeccionar el estudio relativo á este asunto, no está por demás decir que la legislación romana tenía una generalidad tal, que dió lugar á multitud de cuestiones, por lo cual la jurisprudencia se esforzó en limitar su prescripción á las leyes prohibitivas.

95. La legislación española se expresó con la misma generalidad que el Código romano; pero la jurisprudencia imitó los esfuerzos de la romana en la doctrina relativa á las leyes prohibitivas.

La jurisprudencia moderna de España se afaná por establecer un cánón limitado á las leyes prohibitivas; y la legislación de Portugal extiende su mirada á las leyes preceptivas.