

CAPITULO II

DE LA AUTORIDAD DE LA LEY

SECCION 1ª—Deberes de los tribunales y de los ciudadanos

30. Los tribunales tienen por misión aplicar la ley. ¿Pueden rehusarse á aplicarla por una razón cualquiera? Supongamos que la ley ha sido dada en las formas prescritas por la constitución; votada por las dos cámaras; sancionada por el rey y publicada legalmente. Es indudable

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 174.

que el juez tiene derecho de examinar si el acto, cuya aplicación se le pide, es una ley. Desde que han sido observadas las formas constitucionales hay ley, y el juez está obligado á aplicarla. La ley es la expresión de la soberanía nacional; y como tal, obliga á los tribunales tanto como á los particulares. Cuando se dice que el juez está encadenado por la ley, equivale á decir que no tiene el derecho de someterla á su inspección, que no le es permitido examinar si está en armonía con los principios de lo justo que Dios tiene grabados en nuestra conciencia. Por cierto que el legislador debe cuidar que las leyes que da, no violen la justicia eterna. Si formase una ley injusta, carecería ésta de autoridad moral; pero esto no relevaría al juez del deber de aplicarla. Si el juez pudiese juzgar la ley, si pudiera rehusarse á aplicarla, la ley no sería ya lo que debe ser, una regla obligatoria para toda la sociedad; no habría ya ley.

Es inútil insistir más acerca de un principio que es elemental en nuestro derecho público moderno. La corte de casación lo formuló enérgicamente en una sentencia de 25 de Mayo de 1814 (1). «No corresponde á los tribunales, dice, juzgar la ley; deben aplicarla tal como es, sin que nunca les sea lícito modificarla ó restringirla por cualquiera consideración, por poderosa que esta sea.» Merlin, que estudia los términos de esta sentencia, no vacila en aplicarla á las leyes que son de una injusticia notoria, á las leyes retroactivas que despojan á los ciudadanos de un derecho que disfrutaban. «El legislador que se permite la retroacción, dice el notable jurisconsulto, viola indudablemente una de las primeras reglas del orden social, pero nada hay superior á él que pueda reprimirlo en esta infracción; forzoso es que se le obedezca, hasta que persuadido de su error, vuelva sobre sus pasos en la esfera de la justicia» (2).

1 Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Efectos de comercio*, núm. 237, 19

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Efecto retroactivo*, sec. II, núm. 1.

31. El juez no puede juzgar la ley. ¿Está obligado, sin embargo, á aplicarla cuando es anticonstitucional? Esta cuestión pertenece al derecho público, más bien que al derecho civil. Sólo diremos una palabra. Nuestra constitución prevé el caso de que los decretos reales sean contrarios á la ley; impone á los tribunales la obligación de examinar la ilegalidad de los reglamentos que ante ellos se invoquen y la de no aplicarlos si no están conformes á la ley, (artículo 107). Pero la constitución no da al juez el derecho de examinar la constitucionalidad de las leyes; esto basta para decidir la cuestión. Es cierto que el legislador está sujeto por la constitución, no puede derogarla, y en teoría, podría decirse que la ley que viola la constitución adolece de nulidad, lo mismo que el decreto real que viola una ley. La constitución, empero, no admite esta teoría. Desde el momento en que se da la ley en las formas constitucionales, obliga á los tribunales lo mismo que al gobierno y á los ciudadanos; se necesitaría una disposición formal en la constitución para autorizar al juez á no aplicarla, fundándose en que es anticonstitucional. Por el sólo hecho de que la constitución no concede tal poder á los tribunales, se los rehusa. Sin duda teme debilitar el respeto debido á las leyes, permitiendo disputar su validez por causa ó pretexto de que son anticonstitucionales (1).

32. Si las leyes por anticonstitucionales que sean, obligan á los poderes judicial y ejecutivo, con más razón los ciudadanos deben obediencia á la ley por injusta ó inicua que se le suponga. ¿Cómo podrían tener los particulares un derecho que se negaba á los grandes poderes llamados á cooperar á la ejecución de las leyes? No se concibe el derecho de resistencia á la ley (2). Obedecer la ley es un

1 La cuestión ha sido juzgada en este sentido, en Francia, por la corte de casación. Sentencia de 11 de Mayo de 1833. (Daloz. *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 527, t. XXX, p. 206).

2 Daloz (*Repertorio*, en la palabra *Ley*, núm. 527) califica de monstruosa la doctrina contraria, y dice que no se concibe semejante herejía.

deber para el ciudadano; en consecuencia, resistirla es la violación de un deber; es un crimen, y no conocemos otro más grande, porque éste mina los cimientos de la sociedad. La autoridad de que goza la ley es la base del orden social. Si los ciudadanos pudiesen oponerse á la ejecución de la ley, por cualquiera causa que fuera, no habría ya leyes, porque una ley cuya fuerza obligatoria pudo ser vulnerada, una ley que puede desobedecerse, ya no es ley, y en donde las leyes no tienen imperio, reina la anarquía, el cuerpo social se disuelve y necesariamente debe morir.

33. Nuestros lectores se sorprenderán de que insistamos tanto acerca de un principio tan elemental y tan necesario para la conservación del orden público; pero lo hacemos porque este principio ha sido disputado; porque hombres, que por la naturaleza misma de su ministerio debieran dar ejemplo de obediencia á la ley, lo han dado de desobediencia y rebeldía, y esta conducta culpable ha recibido la aprobación del grupo de la Cámara que representa al partido católico. El partido que se llamó conservador, el que pretende ser el único elemento de estabilidad en nuestras sociedades agitadas por incesantes revoluciones, el partido católico, es el que ha predicado la resistencia á la ley. Por esto es que debemos detenernos en una cuestión que no lo es en realidad, y que ni aún debería agitarse en una nación regida por una constitución y por instituciones que envidian las naciones extranjeras.

Una ley de 19 de Diciembre de 1864 cambió el medio de colectar las donaciones piadosas, fundadas para la instrucción. La colecta estaba en poder de los ministros del culto católico; y la ley la confirió á las autoridades de provincia. No sin graves razones se decidió el legislador á realizar esta innovación. Abusos escandalosos y malversaciones repugnantes imponían al legislador el deber de tomar bajo su protección el patrimonio de los pobres. Sin embargo, apenas se dió la ley, cuando los obispos en masa declararon

que rehusaban su concurso á la ejecución de ella, y la mayor parte de los administradores y colectores de tales donaciones siguió el ejemplo que les daba el episcopado. Esto era una contraseña. El clero añadía al escándalo de una mala administración, otro escándalo más funesto aún: el de la desobediencia á la ley.

Al fin de la sesión de 1865 hubo una discusión en el seno de la Cámara de los representantes, relativa á la conducta del clero (1). El ministro de relaciones exteriores la calificó de anárquica; y M. Barra, ministro de justicia, dijo que era una anarquía anticonstitucional. A estos fuertes cargos contestaron los jefes del partido católico acusando de irreverencia á los ministros. Habían, dijo el conde de Theux, atacado al episcopado con extrema violencia; habían proferido amenazas. M. Nothomb se indignó de que M. Rogier hubiera calificado de escandalosa rebeldía la resistencia de los obispos. El debate adquirió mayor importancia cuando dos representantes, pertenecientes á la universidad católica, tomaron la defensa del clero. Escuchemos á los Sres. Thonissen y Delcour. Por primera vez, quizás, desde que hay escuelas de derecho, profesores que lo enseñan, proclaman la legitimidad de la resistencia á la ley. Apresurémonos á agregar que lo hicieron en nombre de los más nobles sentimientos.

«El derecho, dijo M. Thonissen, es anterior y superior á la ley; lo justo y lo injusto existen independientemente de las convenciones humanas. La iniquidad, siempre es iniquidad, aun cuando obtenga el asentimiento de todo un pueblo.» Nada es más axacto ni puede decirse mejor; pero la cuestión está en saber si los ciudadanos son jueces de la iniquidad real ó pretendida de la ley. M. Thonissen confiesa que es útil y necesario el respeto á las leyes, y que ese respeto debe existir principalmente en las naciones libres,

1. *Anales parlamentarios*, Cámara de los representantes, sesión de 1865 á 1866, p. 23 y siguientes.

donde se considera la ley, como la expresión de la voluntad nacional; y sin embargo, M. Thonissen convierte á cada individuo en juez del respeto que debe á la ley. «La conciencia humana, agrega, nunca pierde sus derechos. El eterno honor del hombre es tener siempre en su conciencia un asilo inviolable, donde no puede penetrar la fuerza, y donde todas las iniquidades encuentran su juez, lo mismo las de los pueblos que las de los reyes.» Que la conciencia no esté atada por una ley que viole la justicia eterna, es incontestable. ¿Pero puede el ciudadano, invocando su conciencia, desobedecer la ley? M. Thonissen contesta que la omnipotencia de la ley sería un despotismo revestido de formas populares, y no acepta ningún despotismo. Falta saber, si está permitida la rebeldía contra una ley que la conciencia declara injusta. No, dice el orador; los católicos no recurrirán á la rebelión, se limitarán á rehusar su cooperación voluntaria á la ley.

La distinción entre negarse á cooperar y la rebelión, es de una ambigüedad sorprendente. ¿Cómo llegar al límite exacto, y quién nos garantiza que no será traspasado éste, cuando se ponen en juego pasiones violentas? M. Delcour procuró precisar más este punto esencial. «Hay dos clases de resistencias, dijo; la resistencia activa y la resistencia pasiva. ¿Cuál es la resistencia activa? Es la fuerza opuesta á la fuerza; es el gobierno de la fuerza sustituido al gobierno del derecho. Nosotros no queremos esta resistencia. Hay otra resistencia; la resistencia pasiva. La ley es injusta, y mi conciencia no me permite cooperar á su ejecución. Tal es la resistencia que el clero ha puesto en práctica y que sostendremos nosotros (1).»

¿Es cierto que la resistencia del clero era puramente pasiva? ¿Es cierto que está exenta de rebelión esa resisten-

1 Tal es también la doctrina de los obispos de Bélgica. Véase su *Memoria justificativa* de 21 de Marzo de 1866, en el *Diario Histórico y Literario*, t. XXXIII, p. 18 y siguientes.

cia? El Ministro de Justicia lo niega, y los hechos le conceden la razón. Cuando una ley no puede ser ejecutada á consecuencia de falta de cooperación, es evidente que hay resistencia activa. Ahora bien, los administradores de los antiguos legados se negaron á entregar los libros de contabilidad y los archivos, y los obispos se resistieron á convocar á los empleados administrativos de los seminarios. Con esta resistencia se hacía imposible la ejecución de la ley: desde ese momento la falta de cooperación entrañaba una rebelión contra la ley.

Hablando con claridad, toda resistencia á la ley es una rebelión. La rebelión puede ser más ó menos violenta, pero entraña violencia con solo el hecho de que un particular declare que no contribuye á la ejecución de la ley, y la violencia se convierte en rebelión, cuando la resistencia es opuesta por hombres encargados de un ministerio en razón del cual están obligados á contribuir á la ejecución de la ley.

¿Podrá decirse que el Ministro de Justicia se convertía en defensor del despotismo legal? M. Bara reconocía que la mayoría podía engañarse. Más aún, puede ser opresiva, tiránica. ¿Pero quién será el juez de la tiranía y de la opresión? Si se contesta: la conciencia individual; la sociedad será presa de la anarquía. La ley, votada por la mayoría, es por ese mismo hecho la expresión de la voluntad nacional, y la voluntad de todos debe sobreponerse á la voluntad individual; de otra manera no habría sociedad, porque la sociedad no es otra cosa que el predominio de la voluntad general sobre la voluntad particular. Puede suceder, seguramente, que se engañe la mayoría; la mayoría de las Cámaras es falible, lo mismo que la mayoría de la Nación. ¿Cuál es el remedio? ¿La rebelión? Hay rebeliones legítimas; los belgas no pueden negar la legitimidad de la resistencia, por activa y violenta que sea, porque deben su independencia á una revolución. Pero las revo-

luciones no son legítimas sino cuando son necesarias; y no lo son más que en los lugares en que no hay instituciones libres: como ha dicho muy bien M. Rogier. Ministro de Relaciones Exteriores, la marcha regular del gobierno representativo es bastante para corregir las iniquidades de las leyes cuando llegan á cometerse. El partido católico tildaba de retroacción y ataque á la propiedad, á la ley sobre legados de donaciones piadosas. En el curso de la Revolución francesa hubo esas leyes realmente expoliadoras; pero la Convención nacional que las dió, se apresuró á derogarlas cuando dejó de pesar sobre ella el despotismo revolucionario.

Se teme la tiranía de las mayorías. No se advierte que la resistencia á la ley que se aconseja conduce fatalmente al despotismo. ¿Por qué sucumbió en Francia el régimen parlamentario bajo un golpe de Estado? Porque las revoluciones haciendo incesante llamamiento á la fuerza, destruyeron el sentimiento del derecho. ¿Por qué es imposible el despotismo en Inglaterra? Porque los ingleses profesan verdadero culto á la ley; sin embargo, esas antiguas tradiciones que se respetan, no siempre están en armonía con la justicia. No han faltado iniquidades legales en Inglaterra, que desaparecen, no por la fuerza, sino por la acción regular de las instituciones constitucionales. Mientras los ingleses no fueron libres, tuvieron revoluciones para conquistar la libertad; desde que gozan de ese bien precioso, no tienen revoluciones y ninguno piensa en un golpe de Estado. ¡Sirvanos de ejemplo el destino de los pueblos vecinos! ¡Aconsejemos la obediencia á la ley á fin de propagar el culto del derecho y hacer imposible para siempre el despotismo!

El debate fué llevado ante los tribunales, y éstos, sin excepción, condenaron la resistencia á la ley. Al tratar de la no retroactividad de la ley, daremos cuenta de sus decisiones.

SECCION II.—De los actos conformes á la ley.

34. Es un principio muy elemental que los actos conformes á la ley son válidos. Hay que agregar: el legislador les debe su sanción. es decir, el apoyo del poder público, para asegurar la ejecución forzosa de las obligaciones que de ellos provienen, y en consecuencia, de los derechos que de los mismos resultan. De aquí una consecuencia importantísima en la cual nos ocuparemos más adelante. Si pues los actos conformes á la ley están colocados bajo la protección del legislador, si éste está obligado á asegurar su ejecución, claro es que no puede modificarlos, ni alterarlos en manera alguna, ni mucho menos anularlos, dando nuevas disposiciones sobre la validez de esos actos. Por el solo hecho de que los ciudadanos se ajusten á la ley, deben estar seguros de que sus actos producirán los efectos que la ley les concede, desde el momento en que la cumplen. Precisamente para darles esta confianza, esta seguridad, da el legislador las leyes. ¿Qué sería de las leyes y de su autoridad si pudiesen modificar mañana lo que hoy determinaron?

35. Este principio debe, sin embargo, combinarse con otro igualmente esencial. La misión del legislador es velar incesantemente por los intereses generales de la sociedad, y puede, por lo mismo, ordenarlos como lo juzgue mejor. Más que un derecho para él, es un deber. Debe llenarlo, aun cuando perjudique intereses particulares, porque la esencia de la sociedad consiste en que seda el interes individual ante el interes social. De aquí resulta, que el legislador puede y debe corregir las leyes, siendo como es el poderoso agente del progreso. En consecuencia, el progreso sería imposible si el legislador se detuviese ante el interes de los individuos. Empero, si el legislador puede y debe innovar, no le es permitido atentar contra los dere-

chos de los ciudadanos: en este punto debe detenerse. En vano invocaría el interés general; el mayor interés que pueden tener los hombres reunidos en sociedad, es que sean respetados sus derechos. De aquí dimana la doctrina de la no retroactividad de la ley, que más adelante expon-dremos.

SECCION III.—De los actos contrarios á la ley.

§ 1º Principios generales.

36. ¿Son nulos los actos contrarios á la ley? De pronto se podría creer que el legislador debe calificar de nulo todo acto que viole sus prescripciones. ¿No es la base del orden social la autoridad de la ley? ¿qué sería de esta autoridad si pudiesen los ciudadanos desconocerla impunemente? ¿Cuando un particular se permite desobedecer al legisla-dor, haciendo lo contrario de lo que se le prescribe, no es preciso anular este acto para proteger el respeto que se debe á la ley? ¿No es colocar sobre la ley á los individuos, es decir, encima de la soberanía nacional, tolerar un acto que menosprecie de alguna manera al legislador? En este orden de ideas la nulidad de los actos contrarios á la ley parece ser la sanción natural, necesaria de la voluntad ge-neral

Sin embargo, este principio nunca ha sido admitido de una manera absoluta. Es cierto que la autoridad de la ley no sería más que una palabra vana, si pudiesen los ciuda-danos violarla impunemente; pero eso supone que el legis-lador ha ordenado ó prohibido una cosa de interés general. Ahora bien, sucede con frecuencia que la ley determina en un interés puramente privado, sin querer prescribir ni pro-hibir nada. Sucede también que al disponer sobre un in-terés social no quiere el legislador agregar la pena de nulidad á la inobservancia de sus disposiciones. Es decir, que

no hay principio absoluto en esta materia: es preciso ante todo ver cual es la voluntad del legislador.

37. Cuando el legislador dicta leyes sobre los contratos, no pretende imponer á las partes contratantes las reglas que señala acerca de las condiciones y los efectos de los convenios. El principio es, por el contrario, dejarlas en entera libertad. Esta libertad es la esencia de los contratos. Hácense en un interés individual; ¿y quién es el mejor juez de este interés? El legislador no puede tener la pretensión de conocer mejor que las partes interesadas lo que exige su interés. Por otra parte, le sería imposible prever las mil circunstancias en que están colocados los individuos y la inmensa variedad de las relaciones civiles que en cada caso particular exigen una cláusula diferente. La libertad es, por lo mismo, la esencia de los convenios. Sentado esto, ¿cúal es el objeto de las leyes que sobre esta materia dicta el legislador? No pretende ni ordenar ni prohibir; cíñese á señalar reglas generales para utilidad de las partes contratantes; prevé, presume lo que estas pueden querer según la naturaleza de los diferentes contratos. Si las partes quieren lo que el legislador presumió que querrian, no tienen necesidad de escribir en sus actas todas las obligaciones y todos los derechos que naturalmente se desprenden, y no tienen más que referirse á la ley en la que se encuentra escrito todo lo relativo. Si sus intenciones no concuerdan con las que supuso el legislador, pueden infringir la ley; el legislador se lo permite, y estas infracciones son perfectamente válidas.

El código establece este principio para el más importante de los contratos; según los términos del artículo 1387, «la ley no regula la sociedad conyugal, en cuanto á los bienes, más que á falta de capitulaciones especiales que pueden hacer los esposos como juzguen conveniente.» Lo que la ley dice del contrato de matrimonio, se aplica á todos los contratos. Resulta de esto que no puede tratarse

de anular los convenios que violan la ley. En ello no hay violación, puesto que el mismo legislador permite infringir las reglas que establece. Infringir las leyes sobre los contratos, es sujetarse á la voluntad del legislador, más bien que contrariarla. Por eso mismo son perfectamente válidas esas infracciones.

38. Encuéntrase, no obstante, en las leyes sobre los contratos, disposiciones que no pueden infringir las partes. Tal es el artículo 1674, que dice que el vendedor no puede renunciar de antemano el derecho de pedir la rescisión por causa de lesión; tiene el derecho de pedir la rescisión aun cuando la haya renunciado expresamente. La renuncia está, pues, afectada de nulidad. ¿Es esto una excepción al principio que acabamos de exponer? Podría creerse, y así se ha dicho (1). ¿No está establecida en interés del vendedor la rescisión por causa de lesión? Debería tener, pues, el derecho de renunciar, y sin embargo, la ley declara nula su renuncia. La razón de esto es que la renuncia está viciada por la misma causa que vicia la venta; y por eso mismo el legislador no podía admitirla. Hay también de por medio un interés general; y consiste en que por causa de equidad, de humanidad, viene la ley en auxilio del vendedor y le permite rescindir un contrato que le ha impuesto el comprador abusando de su posición desgraciada. En consecuencia, desde que el interés no es puramente individual, no puede recibir su aplicación el principio que permite á las partes infringir la ley.

39. ¿Pueden las partes contratantes infringir las leyes que son de interés general? La negativa se deduce de la esencia misma de estas leyes. Deja en libertad á los individuos para infringir leyes que no conciernen más que á su interés privado, y que no hacen más que prever lo que quieran los contratantes. Pero cuando se trata de un in-

1 Vallet, sobre Proudhon *Tratado acerca del estado de las personas*, t. 19 p. 8, nota.

terés general, el legislador no se remite ya á la voluntad de los individuos. Es seguro que siempre tiene en cuenta su interés, puesto que el conjunto de los intereses particulares es el que forma el interés general; pero puede ser, y sucede con frecuencia, que el interés social esté en oposición con el interés de tal ó cual persona. ¿Cuál debe ceder en este conflicto? Evidentemente el interés privado. Luego cuando el legislador dispone en interés de la sociedad, impone la voluntad general á las voluntades particulares, lo que implica que los individuos no pueden infringir la ley, porque, infringiéndola, pondrían sus conveniencias encima de las conveniencias de la generalidad. Si se les permitiera violar una ley de interés general, entónces la consideración de la autoridad de la ley recobraría toda su fuerza. Si las voluntades particulares deben plegarse ante la voluntad general, los actos por los que un individuo se coloca en oposición con la voluntad de todos, no pueden ser sostenidos sin comprometer la existencia misma de la sociedad. Es necesario, para salvar la autoridad de la ley, que esos actos sean tachados de nulidad.

40. Falta saber qué leyes son de interés general. No es tan sencilla la cuestión como aparece á primera vista. Efectivamente, el interés general es inseparable del interés privado. Sería una singular manera de proveer al interés de la sociedad, ofender y herir el interés de los individuos. El interés social y el interés individual se enlazan, se confunden y con frecuencia es difícil distinguirlos. No es esto todo. Hay materias que son evidentemente de interés general. ¿Quiere decir que el legislador pretende prescribir, so pena de nulidad, las menores formalidades que á ello se refieren? El legislador mismo ha manifestado una intención contraria. Ciertamente que el matrimonio es de interés general; pero de esto no se sigue que todas las formalidades que prescribe la ley en esta materia, tengan una importancia bastante grande para que el legislador

tache de nulidad la menor inobservancia de la ley. No obstante estar encargado de anular el matrimonio en todos los casos en que no se haya observado una formalidad cualquiera, no pronuncia la nulidad sino por causas graves. No es bastante, por lo mismo, que una materia sea de interés general para que por solo eso todas las disposiciones que le conciernen sean prescritas so pena de nulidad. Esto complica la dificultad. ¿Cuándo permanecerá válido el acto, á pesar de la inobservancia de la ley? ¿Cuándo debe ser anulado?

41. Hay un principio en el cual todos están de acuerdo, y es que las nulidades no pueden ser establecidas más que por la ley, y que solo la ley tiene derecho de pronunciarlas (1). El juez no puede anular por su propia autoridad, un acto que el legislador no ha querido anular. Efectivamente, los tribunales tienen por única misión aplicar la ley; no pueden formarla; y formar la ley sería pronunciar una nulidad. Al legislador, y sólo á él corresponde ver qué sanción quiere dar á sus disposiciones: esta cuestión no puede ser decidida sino por el poder legislativo, el cual está llamado á conciliar los diversos intereses, dando la preferencia al de mayor consideración. En este sentido es en el que se debe entender el singular adagio del antiguo derecho que *las nulidades son odiosas*. Si esto se tomara en el sentido literal, implicaría una censura contra el legislador, porque supone que hay nulidades inútiles, nulidades que sólo sirven para favorecer la tendencia al embróllo (2). La nulidad que la ley pronuncia es una sanción de la voluntad del legislador, y si las leyes no fueran sancionadas carecerían de autoridad. Nada es, pues, más legítimo que las nulidades. Empero, también traen consigo grandes in-

1 Merlin. *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Matrimonio*, § 3. núm. 1.

2 Salón. *Tratado de las nulidades*, p. IV.

convenientes: introducen la confusión en las relaciones civiles, y destruyen lo que han pactado las partes interesadas, lo cual redundo, con frecuencia, en contra de terceros. Precisamente por esta razón solo el legislador puede establecer las nulidades.

42. Cuando se trata de pronunciar la nulidad de un acto contrario á la ley, debe el legislador pesar el mal que resulte de la inobservancia de la ley y el mal que produce la anulación. Si sostiene el acto, aunque la ley haya sido violada, compromete su autoridad; las leyes impotentes no son respetadas, y sin el respeto á la ley no hay sociedad. Por otra parte, si el legislador anulara todo acto que contuviera la menor irregularidad rebasaría el límite; está en el interés de la sociedad que anule: ahora bien, el interés de la sociedad no exige ese lujo de nulidad, porque á fuerza de asegurar la autoridad de la ley, se la haría realmente odiosa, puesto que los ciudadanos se verían á cada instante inquietados en sus posesiones; y esta inquietud puede ser un mal mayor que la inobservancia de la ley. No todas las disposiciones de las leyes tienen la misma importancia. Así es que el legislador no puede tolerar la violación porque haya de por medio un interés capital. Por el contrario hay algunas que prescriben formalidades, útiles sin duda, pero de un interés secundario. ¿Anulará el legislador los actos del estado civil, por inobservancia de la menor formalidad, la falta de un pronombre, la mala indicación de una profesión? (Código civil, artículo 34). Se cuidaría mucho de hacerlo, porque anulando los actos irregulares, comprometería el estado de los ciudadanos despojándolos de la prueba ordinaria de los hechos que la constituyen. En otras materias, por el contrario, el legislador exige con rigor la observancia exacta de las formas que prescribe. El artículo 1001 pronuncia la nulidad de los testamentos desde el punto en que no se haya observado alguna de las formalidades establecidas por la ley; la razón

de esto es que esas formalidades tienen por objeto garantizar la libre expresión de la voluntad del testador, y son, por lo mismo, esenciales.

43. La nulidad es un medio extremo al que no recurre al legislador sino en casos de necesidad. Hay en este punto una sanción que no presenta los mismos inconvenientes, y es la multa ó el arresto. La ley se conforma con esta sanción para asegurar la regularidad de los actos del estado civil (Código civil, artículo 50). ¿Será preciso deducir que «cuando la ley impone una multa no ha lugar á anular el acto irregular? (1)» Esto es por las irregularidades que cometen los oficiales del estado civil en la redacción de las actas; sin embargo, no es una regla absoluta, ni aun en materia de estado civil. El artículo 156 castiga con multa y prisión al oficial del estado civil que proceda á la celebración del matrimonio de hijos menores, sin que conste en el acta del matrimonio el consentimiento de los padres; lo cual no impide que el matrimonio sea nulo si no ha sido dado ese consentimiento. En materia de inscripciones hipotecarias, concurre la nulidad junto con la multa. (Ley de 16 de Diciembre de 1851, artículos 85 y 132).

44. Puesto que las nulidades sólo pueden ser declaradas por la ley, puesto que toca al legislador ver qué sanción manda establecer para asegurar la observancia de sus disposiciones, si ordena conformarse con una pena pecuniaria, ó si manda acumular la nulidad y la multa, preciso es deducir que al legislador corresponde declarar su deseo, de manera que no quede ninguna duda acerca de su voluntad. Sin embargo, no siempre lo hace el legislador. Los autores del Código lo han hecho solamente en dos materias, en el matrimonio y en los testamentos. Existe allí un capítulo especial relativo á las demandas de nulidad de matrimonio, y es de principio que no puede ser anulado el matri-

1 Perrin. *Tratado de las nulidades*, p. 193 y siguientes.

monio, sino cuando la ley pronuncia la nulidad. El Código civil establece ciertas causas que sirven de obstáculo para que se celebre el matrimonio; pero si á pesar de los impedimentos legales el oficial del estado civil procedió á la celebración del acto, el Código no permite oponerse á ello. En razón de la importancia del matrimonio, el legislador ha tenido cuidado de decidir cuáles son las condiciones cuya inobservancia produce la nulidad, y cuáles forman únicamente un impedimento prohibitivo. Entre las numerosas formalidades que prescribe el Código, sólo las que se refieren á la publicación pueden dar motivo á que se anule el matrimonio. La ley no ha querido ordenar la nulidad de un acto tan importante por la inobservancia de formalidades no esenciales. ¿Si se ha omitido en el acta de matrimonio indicar el domicilio de uno de los testigos ó aun el del padre y de la madre de los futuros cónyuges, sería esto una razón para anular el matrimonio? La anulación produciría un mal infinitamente más considerable que la subsistencia del matrimonio, aun cuando éste adoleciese de una ligera irregularidad. Si la ley se muestra más rigurosa en materia de testamentos, es porque la inobservancia de las formas hace nacer una duda sobre la verdadera voluntad del testador, y desde que hay duda, no puede ser válido el testamento.

45. Los autores del Código civil no hicieron para las otras materias lo que creyeron deber hacer para los matrimonios y testamentos. ¿Qué harán los jueces en el silencio de la ley? La doctrina y la jurisprudencia admiten como principio que la nulidad puede ser pronunciada en virtud de la voluntad tácita del legislador. En teoría la voluntad tácita, debe tener la misma fuerza que la voluntad expresa. Siempre forma la ley la voluntad del legislador: ¿qué importa cómo se exprese? A decir verdad, no existe el silencio de la ley, porque si no se manifestase de alguna manera la voluntad del legislador, sería el juez quien de-

clararía la nulidad, y ya dijimos que el juez no tiene derecho para ello. Empero, si la teoría de las nulidades tácitas ó virtuales debe ser admitida, no es menos cierto que esa teoría es vaga, y por lo mismo, peligrosa. ¿Cómo saber que la voluntad del legislador es anular el acto contrario á la ley? Contestar, como lo hace uno de nuestros mejores autores, que el juez debe declarar la nulidad cuando es una consecuencia de los principios generales de derecho, es no decir nada, porque subsiste la dificultad (1). ¿Cuáles son esos principios generales de derecho invocados por Zachariæ? El autor no lo dice. Confesémoslo; en el Código civil hay un vacío: el legislador es quien habría debido examinar, en cada caso, si la inobservancia de la ley debe ó no producir la nulidad. Los autores del Código descuidaron hacerlo. Resulta de esto que el juez debe entregarse al trabajo que incumbe al poder que dicta la ley. ¿Debe ver lo que habría decidido el legislador si hubiese previsto la dificultad? En realidad no aplica lo que el legislador ha prescrito, sino lo que habría prescrito. ¿No es esto desempeñar las funciones del legislador? El juez se sale de su esfera porque se ve obligado á ello. Debe con frecuencia pronunciar la nulidad so pena de dejar sin sanción las leyes; es el único medio de reparar el olvido ó el descuido del legislador. La dificultad es grande: se trata de adivinar en cierto modo la mente del legislador. Preciso es buscar la solución en la naturaleza de las diferentes leyes. Esto es lógico. En razón de la importancia de una disposición legislativa debe tener por sanción la nulidad. Pues bien, hay leyes que por su objeto mismo tienen tal importancia que no puede el legislador permitir que sean impunemente violadas: puede decirse que la nulidad está escrita en esas leyes sin que tenga necesidad de expresarlo el legislador. En cuanto á las leyes que carecen de esta

1 Zachariæ, *Curso de derecho civil francés*, traducido por Aubry y Rau, t. 19, § 37.

importancia, pueden permanecer sin sanción; no resultará de ello un mal considerable: entre dos males, el juez elegirá el menor. Tal es el principio; vamos á procurar aplicarlo.

§ 2. De las leyes de orden público y de buenas costumbres.

NUMERO I. DE LAS LEYES QUE INTERESAN

AL ORDEN PUBLICO.

46. Dice el artículo sexto del código que: «las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres, no pueden ser derogadas por convenios particulares.» ¿Qué es necesario comprender por leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres? El legislador no da respuesta á esta pregunta. Leemos, no sin sorpresa, en un buen autor, que si la ley se abstiene de señalar reglas sobre este particular, es porque estos asuntos más que definirlos es preciso sentirlos (1). Esta máxima no debía figurar en un libro destinado á los alumnos ni en ningún libro de derecho. En la jurisprudencia no hay ni debe haber nada vago. La precisión de las ideas y la claridad del lenguaje, he aquí todo el derecho. Nuestra ciencia es una serie de principios lógicos fundados en la razón; no debe ceder al sentimiento. Sin duda que á veces es muy dificultoso precisar los principios; pero es forzoso no retroceder nunca ante el trabajo. Cuando no define el legislador, deja ese cuidado á la doctrina; esta no puede dispensarse de hacerlo y menos cuando se dirige á la juventud: sería acostumbrarla á conformarse con palabras, ó lo que es lo mismo, con ideas incompletas.

47. ¿Qué significan las palabras *orden público*, tomadas en el sentido gramatical? *Orden*, según el *Diccionario*

1. Mourlon, *Repeticiones sobre el código de Napoleón*, t. 1º, p. 62.

de la Academia, quiere decir «arreglo, disposición de las cosas puestas en su línea, en su lugar.» Las leyes no se ocupan en las cosas ni en su clasificación, sino en las personas. Esta significación especial está indicada con la palabra *público*, que, según la *Academia* señala: «lo que pertenece á todo un pueblo;» en este sentido, *público* es sinónimo de *social*. *Orden público* significa, pues, el arreglo de las personas en la sociedad. Efectivamente, cada una de las personas tiene su rango en la sociedad; este rango concierne á las relaciones políticas ó á las relaciones privadas. La constitución es la que determina el lugar de las personas, bajo el punto de vista social, y los derechos que les resultan, así como las obligaciones. El Código civil ordena el rango de las personas según la edad, el sexo, la capacidad, la nacionalidad y el estado de éstas. De aquí la clasificación de los individuos en extranjeros é indígenas, en menores y mayores, en hombres y mujeres, en casados y solteros, en capaces é incapacitados, y en interdictos ó sujetos á tutela. Se ve que la clasificación de las personas establece cierta posición social que llamamos *estado*, y el estado tiene por consecuencia la capacidad ó la incapacidad. Llegamos así á esta definición: Que por leyes que *interesan al orden público*, entiende el Código las leyes que fijan el estado de las personas, y la capacidad ó incapacidad que les pertenece. (1).

48. Tal es el sentido gramatical de estas palabras un poco ambiguas; tienen también un sentido técnico en derecho francés, sentido que les da más grande valor. «Las leyes que se refieren al *orden público*, dice Domat, (2) son aquellas que se llaman las leyes del Estado, que arreglan la manera con que son llamados al gobierno los príncipes soberanos, las que arreglan las distinciones y las funciones de los

1. Manguin, Disertación sobre el artículo 6º del Código civil inserto en Sirey, t. IX, 2ª parte, p. 345 y siguientes.

2. Domat. *Tratado de las leyes*, cap. XI, núm. 40.

cargos públicos, las que se refieren á la policía de las ciudades y á otros reglamentos públicos.» En este sentido, *orden público* sería sinónimo de *interés público*, y el artículo 6º significaría que los particulares pueden infringir las leyes de interés privado, pero no las de interés público. Este principio ha sido divulgado por los juriconsultos romanos (1), y resulta de la naturaleza misma de esas leyes. Ya hemos dicho que cuando el legislador establece reglas sobre materias que son puramente de interés privado, o hace en la inteligencia de que las impone á las partes interesadas; que prevé sólo lo que ellas querrían y que por eso mismo les permite tener una voluntad contraria. No sucede así cuando el legislador habla en nombre del interés general. Entonces prescribe ó prohíbe, siempre en interés de la sociedad; ahora bien, la sociedad no sería posible, si en razón de su interés particular pudiesen los ciudadanos sobreponerse al interés social, infringiendo las leyes que le conciernen. Es, pues, un principio de eterna verdad que no se debe permitir que los ciudadanos infrinjan las leyes de interés público. Queda por ver, si los autores del código han comprendido así el principio formulado en el artículo 6º.

49. El proyecto decía «*leyes que interesen al público.*» Boulay propuso la redacción actual, *orden público*, y se aprobó sin discusión (2). Los juriconsultos romanos, de quienes se ha tomado el principio, dicen: que los particulares no deben infringir el derecho público. Tal es el sentido en que Portalis explica el artículo 6º. El Tribunado objetó que las palabras *jus publicum* no significan lo que llamamos *derecho público*, sino las leyes escritas y solemnemente publicadas en oposición á los simples usos y costumbres que no se establecen con la misma solemnidad.

1. «Privatorum pactio juri público non derogat.» L. 45, D. de reg. juris. (L. 17). Consúltese á Voet, ad Pandect., lib. I, tit. IV, part. 2, núm. 18.

2. Locré. *Legislación civil*, t. 1º, p. 219, 224.

Portalis confiesa que las leyes romanas presentan á veces ese sentido. Pero cuando se trata de saber si los particulares pueden infringir las leyes, distinguen los juriconsultos. Se lee en el Digesto «que es permitido tratar contra el tenor de una ley que no se refiera más que á la utilidad privada de los hombres» (1). En oposición á estas leyes de interés privado enseñan que los particulares no pueden infringir con sus convenios aquello que es de *derecho público*; entienden por esto lo que interesa más directamente á la sociedad que á los ciudadanos. Esta es la máxima de todas las épocas, agrega Portalis. El Código civil entiende, pues, por *orden público* lo que los juriconsultos romanos califican de *derecho público* y comprendían en él el *interés público* en su más lata acepción. Portalis se expresa en estos términos en su última exposición de motivos: «Para mantener el orden público es para lo que hay gobiernos y leyes.» Lo cual quiere decir que los convenios de los particulares están subordinados al interés social.

50. El Código civil no expresa qué clase de convenios particulares violan el orden público; pero no puede haber duda acerca de la voluntad del legislador que los declara nulos. Portalis lo dice en su discurso al cuerpo legislativo como de propia inspiración: «Se anulan los convenios contrarios al derecho público; no se anulan aquellos que son contrarios á las leyes, que sólo corresponden al derecho privado ó á intereses particulares» (2). ¿Cómo sancionaría el legislador los convenios por los que los particulares quisieran subordinar el interés general al privado, esto es, la sociedad al individuo? No hay más medio de proteger el interés social que el de declarar nulos todos aquellos actos, que si se tolerasen comprometerían la existencia de la so-

1 L. 31 D., *de factis* (11, 14).

2 Portalis. Discurso pronunciado en el Cuerpo legislativo el 23 de frimario del año X (Loché, t. 1º, p. 263).

ciudad, puesto que los individuos se crearían autorizados á sacrificar el interés comun á sus conveniencias particulares.

51. No ofrece dificultad alguna la aplicación del artículo 6º en lo que concierne al orden público. Siendo de orden público todas las leyes que se refieren al derecho público, no pueden ser infringidas por los particulares, bajo pena de nulidad. Tales son las leyes que establecen los impuestos. La ley señala una contribución á la propiedad raíz y la exige al propietario. ¿Si en un arrendamiento las partes dejan el impuesto raíz á cargo del arrendador, podía este convenio derogar la ley? En lo que concierne á los derechos del Estado será nula, el fisco podrá exigir al propietario el pago de la contribución que le impone la ley, dejando á las partes contratantes el arreglo de sus intereses como les convenga.

Tales son también las leyes que arreglan el orden de las jurisdicciones. Las partes interesadas no pueden apelar directamente en sus procesos, ni dar competencia en materia civil á los tribunales de comercio, ni ampliar la jurisdicción excepcional de los jueces de paz (1). Existe, sin embargo, un caso, en que las partes señalan la competencia. El artículo 111 del Código civil permite á las partes contratantes modificar la competencia en materia de acciones personales. Por lo regular estas acciones deben ser llevadas ante el tribunal del domicilio del demandado; pero las partes pueden estipular que si se suscita un proceso acerca de sus convenios, se someterá á otro tribunal. ¿Es esto una excepción al principio que entraña el artículo 6º? No; más bien es una aplicación de ese principio. Efectivamente, implica que pueden infringir las leyes de interés privado; así, pues, la ley que obliga al demandante á seguir la jurisdicción del demandado, tiene por única base el

1 Sentencia de la corte de casación de 14 de Febrero de 1866 (Dalloz, *Colección periódica*, 1866, 1, p. 447).

interés de éste, y es dueño de renunciar á un derecho que sólo ha sido establecido en su favor (1).

52. Por ser de orden público las leyes que regulan el estado de las personas y determinan su capacidad ó incapacidad, adolece de nulidad¹ todo convenio que las infrinja. En el artículo 1388 encontramos una aplicación de este principio: «No pueden derogar los esposos los derechos que resultan de autoridad conyugal en la persona de la mujer y de los hijos, ni los derechos que al cónyuge *supérstite* conceden os títulos de la patria potestad y de la menor edad.» Serían nulos los convenios que los infringieran, aun cuando la ley no declare la nulidad. Así resulta de la naturaleza de las leyes que ajustan el estado de las personas y su capacidad. Claro es que es interés de los individuos que el legislador fije su estado y que los declare capaces ó incapaces. Para hacer esta clasificación de las personas, el legislador toma en consideración el interés de todos, el interés de la sociedad. ¿Cuando se trata de fijar la extensión de la patria potestad, considera el legislador el interés de tal padre ó de tal hijo? De ninguna manera; por las costumbres, por el estado social, por los sentimientos generales de la nación es por lo que confiere la patria potestad, fijándole sus caractéres y sus límites. Desde ese punto, el individuo no puede oponer sus conveniencias al deseo de la ley; y si tratara de hacerlo, serían nulos sus actos.

La jurisprudencia ofrece ejemplos de este principio. Referiremos algunos por la singularidad de los hechos más bien que por la dificultad de la materia. Dos esposos encontraron conveniente hacer anular su matrimonio por un convenio, y lo que es más singular aún, hubo magistrados que extendieron una orden de *exequatur* sobre ese pretendido juicio arbitral. La corte de casación lo casó *por el*

¹ Merlin, en la palabra *Ley*, § 8.

más caracterizado exceso de poder; esos son los términos de la sentencia (1).

¿Puede emancipar al hijo un convenio celebrado entre éste y su padre? Siendo la patria potestad de orden público, lo es también el acto que pone fin á ella. La ley somete á solemnidades la emancipación, y no depende de los ciudadanos suprimirlas. Así está juzgado por la corte de casación (2).

Un marido mayor de edad cedió á su esposa la administración de sus bienes y declaró que esta cesión equivalía á una interdicción judicial. La corte de casación anuló este extraño convenio, que infringía una ley que interesa al orden público (3). Efectivamente, la mayoría da á aquel que llega á la edad legal, el ejercicio de todos sus derechos; y no tiene poder para abdicar su capacidad, ni puede perderla sino por un juicio.

53. Las leyes que conciernen á los bienes no pertenecen á las de orden público en el sentido de que son extrañas á la clasificación de las personas. Pueden, sin embargo, ser expedidas en interés general, y entonces quedan comprendidas en la significación amplia de los términos empleados en el artículo 6º del Código, como si fueran de interés público. Tenemos de ello un ejemplo en el artículo 815 del Código: «Nadie puede ser obligado á permanecer en el estado de indivisión de bienes, y siempre puede pedirse la partición á pesar de los pactos y prohibiciones que hubiere en contrario.» El pacto que prohibiera la partición sería en consecuencia nulo. ¿Por qué? porque está en el interés público que el legislador prohíba la indivisión forzosa. Bajo ese concepto se necesita aplicar el principio tal como lo ha formulado Portalis: «Se anulan los convenios

1 Sentencia de 6 de pluvioso del año XI (Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Arbitro*, núm. 304.)

2 Sentencia de 7 de Marzo de 1816 (Merlin, en la palabra *Ley*, § 5, núm. 10.)

3 Sentencia de 7 de Septiembre de 1808 (Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Interdicción*, núm. 31.)

contrarios al derecho público, y entiéndese por derecho público aquel que interesa más directamente á la sociedad que á los particulares.» No son esas, en general, las leyes que conciernen á los bienes. Los bienes constituyen el objeto de los convenios y las partes disfrutan en principio de la más amplia libertad en sus contratos; la regla es que pueden infringir las leyes que les conciernen; la prohibición de infringir en este caso forma la excepción. Es preciso, por lo mismo, un interés general muy evidente para que se pueda admitir que él limita la libertad de las partes contratantes y que trae consigo la nulidad de los convenios en el caso en que se infrinja.

NUM. 2 LEYES QUE INTERESAN Á LAS BUENAS COSTUMBRES.

54. Dice el tribuno Faure, en su discurso al Cuerpo legislativo, que las *buenas costumbres* son una dependencia del *orden público*. Le habría, pues, bastado hablar de las leyes que interesan al *orden público*; pero si se añadió las *buenas costumbres*, ha sido para dar á la redacción *la mayor* claridad posible. Todo lo que concierne á las buenas costumbres interesa al orden público; pero no todo lo que interesa al orden público concierne á las buenas costumbres (1).

Estas explicaciones responden á las que da Portalis sobre el orden público: son todas las leyes concernientes al interés general; pero esta tampoco es una definición. Abrimos el *Diccionario de la Academia*, y leemos en él que las costumbres son «los hábitos naturales ó adquiridos para el bien ó para el mal, en todo lo relativo á la conducta de la vida.» Las leyes que interesan á las buenas costumbres, serán por lo mismo aquellas que tienen por objeto hacer adquirir hábitos para el bien, é impedir á los hombres que contraigan hábitos para el vicio. ¿Cuáles son esas leyes?

1. Locré, legislación civil, tomo 1º, p. 319.

La legislación no es un curso de moral; ella no se ocupa de las costumbres más que para reprimir las acciones que perturban el orden social; es decir, los delitos. Es evidente que las leyes penales afectan las buenas costumbres en el sentido del art. 6º; y por consiguiente todo convenio que tenga por objeto un delito lleva el sello de nulidad. Decimos que esto es evidente, porque en efecto, ¿puede concebirse que el legislador sancione contratos por los cuales las partes se obligaran á cometer un delito?

55. Merlin propone, como ejemplo, el convenio por el cual el padre, la madre ó el tutor de un hijo menor se obligaran, mediante la promesa de una cantidad de dinero, á prostituirlo. Efectivamente el Código penal castiga este hecho con penas correccionales. El convenio sería por lo mismo nulo. Merlin pregunta si sucedería lo mismo con el convenio por el cual una persona mayor de edad se prostituyera, mediante una promesa de dinero. Responde que no, porque la ley penal no castiga este hecho, y el art. 6º del código es por lo mismo inaplicable. ¿Es decir, que un convenio semejante sería válido? No podría ser atacado en virtud del art. 6º del Código civil, pero sería nulo conforme á los arts. 1131 y 1133. El primero expresa que la obligación sobre una *causa ilícita* no puede producir ningún efecto, y el segundo dice: que la causa es *ilícita*, cuando ella es contraria á las *buenas costumbres* ó á *el orden público*. No es pues necesario que exista una ley concerniente á las buenas costumbres para anular un convenio inmoral; porque basta que sea contrario á las buenas costumbres para que no produzca efecto alguno.

56. Los arts. 1131 y 1133 extienden el alcance del principio asentado por el art. 6º, pero aumentan también la dificultad de la interpretación. Toda ley penal se comprende en el art. 6º; pero el Código penal no prevé todas las acciones inmorales. Nace pues la cuestión de cómo puede conocer el juez si un convenio es contrario á las buenas

costumbres. La corte de Turín decidió que se debe juzgar contrario á las buenas costumbres lo que la opinión pública reputa ilícito para todos, ó aun para cierta clase de personas (1). La definición es muy vaga y hasta falsa: pues no hay distinción que hacer entre las diferentes clases de la sociedad, cuando se trata de costumbres; porque la moral debe ser la misma para todos los hombres. ¿Pero dónde buscar esta moral que servirá de regla al juez? ¿Es la moral religiosa? Esta será ciertamente la opinión del juez, si es católico. Si toda la sociedad fuera católica, no habría dificultad porque no habría más que una moral religiosa. ¿Es necesario agregar que hay muchas religiones y que ellas no están de acuerdo siempre en la moral? ¿Encontraremos más certidumbre en la moral filosófica? Los filósofos están divididos lo mismo que las religiones. ¿Se dice con esto que el juez no tiene regla en esta materia? No; se exagera al quejarse de la incertidumbre de la moral (2); sería necesario decir que la moral es progresiva, porque cambia, pero depurándose y perfeccionándose. ¿Y cuál es el órgano de ese progreso incesante? La conciencia humana. Existe en cada época de la vida de la humanidad, una doctrina sobre la moral, que la conciencia general acepta, salvo las disidencias individuales que no entran en cuenta. En este sentido puede decirse que existe siempre una moral pública; y los convenios contrarios á esta moral, serán, por este mismo hecho, contrarios á las buenas costumbres, y como tales, heridos de nulidad.

57. Cuando los convenios son contrarios á una ley que interesa á las buenas costumbres, es inútil decir que son nulos. El art. 6º, como hemos dicho tratando del orden público, les pone implícitamente el sello de nulidad. En cuanto á los convenios contrarios á las buenas costumbres,

1 Sentencia de 30 de Mayo de 1811 (Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Culto*, núm. 114).

2 Mauguin, en Sirey. IX, 2, pág. 348 y siguientes.

en el sentido de los arts. 1131 y 1133, el Código no puede ser más formal; pues declara que no deben producir ningún efecto. Esto es más que la nulidad; porque lo que es nulo puede no obstante producir un efecto jurídico, mientras que la ley no reconoce ningún efecto á los convenios inmorales; pues estos convenios no existen ante ella. El Código deroga estos principios en materia de donaciones y testamentos; reputa no escritas las condiciones contrarias á las buenas costumbres, que en ellos se encuentran; las borra, y sostiene, esto no obstante, las disposiciones hechas bajo esas condiciones. No es este el lugar de entrar en más detalles sobre estos puntos.

§ 3. De las leyes prohibitivas é imperativas

58. Llegamos á la cuestión más difícil en esta difícil materia. El art. 6^o del código asienta un principio de grande elasticidad; y tal como los oradores del gobierno y del tribunal lo han interpretado, comprende todas las leyes de interés general. Mas la dificultad consiste en saber cuáles son, en el dominio del derecho privado, las leyes concernientes al interés de la sociedad. Hay leyes que por su naturaleza indican que son de interés social: tales son las que arreglan el estado de las personas y la capacidad ó incapacidad á ellas inherente; tales son tambien: las leyes que afectan las buenas costumbres. Hay otras leyes que son de derecho público, usando el lenguaje de Portalis, porque las causas que las hicieron dar, están basadas en el interés de la sociedad: h e m o s citado como ejemplo el art. 815 que prohíbe la indivisión forzosa. Pero estas diversas categorías de leyes no terminan la cuestión de las nulidades. Las hay que son extrañas al estado de las personas y á las buenas costumbres, y no se sabe si son de interés general; ó si el interés general es su causa,

no pudiendo precisarse el límite que tienen. Si se derogan estas leyes por convenios particulares, ¿esos convenios serán nulos?

59. Uno de nuestros grandes jurisconsultos creyó encontrar en la forma que el legislador da á su pensamiento, un indicio de su voluntad: toda ley prohibitiva, dice Merlin, envuelve la nulidad de los actos que son contrarios á ella, sin que la ley tenga necesidad de declarar. Se funda en una constitución de los emperadores Teodosio y Valentiniano: «queremos, dicen, que todo pacto, todo convenio, todo contrato que sea verificado entre aquellos á quienes la ley prohíbe hacerlo, se consideren como no celebrados; de manera que baste al legislador haber prohibido lo que no quiere que se haga, para que todo lo demás se siga conforme á la intención de la ley, como si estuviera expresamente ordenado; es decir, que todo lo que se ha hecho contra la prohibición de la ley, sea no solamente inútil, sino que también se considere como no hecho aunque el legislador se haya limitado á prohibirlo, y no haya declarado que lo prohibía bajo la pena de nulidad. Y que si se hace, ó si sucede alguna cosa, ya como consecuencia, ya con ocasión de lo que se ha hecho despreciando la prohibición de la ley, queremos que se la considere igualmente como nula y de ningún efecto. Conforme á esta regla, por la cual deshacemos todo lo que es contrario á las leyes prohibitivas, es cierto que no debe ni admitirse una estipulación de esta naturaleza, ni conferirse un mandato de esta especie, ni tener respeto ó miramiento al juramento que tienda á cubrir la nulidad de lo uno ó de lo otro (1).»

60. Inútil es decir que esta constitución no tiene ya fuerza obligatoria desde la publicación del Código. Para que se pueda admitir el principio que ella asienta, es neces-

1 L. 5. C., *De Legg* (1. XIV.)

rio que el legislador francés la haya consignado, si no en términos formales, al menos implícitamente. Lo que concede ya alguna autoridad á la ley romana, es que la comisión encargada de redactar un proyecto del Código civil había formulado el mismo principio en el libro preliminar que debía servir de peristilo al edificio de la nueva legislación (1). Se lee en el título IV, artículo 6^o: «las leyes prohibitivas traen consigo la pena de nulidad, aunque esta pena no esté formalmente expresada.» El libro preliminar fué separado; y no se conservan de él más que los seis artículos que forman el título preliminar. Esto no impide que las máximas que los autores del Código habían admitido en él, tengan un valor científico, pues casi todas sus reglas son aceptadas por la doctrina y por la jurisprudencia. Es necesario ver si están fundadas en razón y si encuentran algún apoyo en nuestros textos. Pues bien, creemos que el principio tomado del derecho romano por los autores del código, tienen en su favor la razón y á la vez la voluntad del legislador.

Cuando el legislador prohíbe un acto, necesita tener grandes razones para hacerlo; porque generalmente, respeta la libertad de los ciudadanos. Las disposiciones prohibitivas limitan esta libertad, ó mejor dicho, la quitan en cuanto á los actos que prohíben hacer á los ciudadanos. A pesar de esta prohibición, los particulares hacen lo que no tienen derecho de hacer: desde entónces sus actos carecen de valor. Esta es la ocasión de decir, con los juriconsultos romanos, que los individuos no pueden alzarse en contra de la voluntad del legislador; porque si pudieran hacerlo impunemente, ¿qué sucedería con la autoridad de la ley? ¡Qué! ¡la nación soberana, por medio del órgano del poder legislativo, declara que está prohibido á los ciudadanos celebrar tal convenio; y se encuentran ciudada-

1 Se encuentra en Lerminier, *Introducción á la historia del derecho*, cap. 20.

nos que desprecian la prohibición y pretenden poner su voluntad sobre la voluntad general: que violan audazmente la ley haciendo lo que ella les prohíbe hacer, y después el legislador viene á dar su sanción á esos mismos actos que han insultado su autoridad! Porque el no nulificarlos, es sostenerlos, es aprobarlos, es concederles el apoyo del poder público. Obraría mejor el legislador no dando leyes prohibitivas, que permitiendo en su mente violarlas. Es necesario no favorecer la violación de la ley, porque el respeto á las leyes es la base del orden social.

61. ¿Cuándo existe disposición prohibitiva que envuelva la nulidad? No es necesario que el legislador haga uso de las palabras vedar, prohibir, interdecir, porque muy frecuentemente se limita á decir que tal persona *no puede* hacer tal cosa, ó que tal cosa *no puede hacerse*. Esto basta para manifestar su voluntad de declarar nulo lo que se haga contrariando sus disposiciones. Esto es lo que dijo uno de nuestros grandes jurisconsultos, Carlos Dumoulin: «la palabra *no puede*, quita toda facultad de hecho y de derecho; y de allí resulta una necesidad precisa de conformarse con la ley, y una imposibilidad absoluta de hacer lo que ella prohíbe (1).» Decir que un acto es imposible, hablando legalmente, es declarar con energía que si este acto se practica, será nulo. ¿Puede concebirse que el legislador proclame que tal convenio es imposible y que esto no obstante lo sostenga?

Queda por probar que tal es la doctrina del Código civil. Tenemos un texto notable que lo establece muy claramente. El artículo 215 dice que: «la mujer *no puede* comparecer en juicio sin la autorización de su marido.» El artículo 217 dice también que: «la mujer *no puede* donar, enajenar, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso sin la concurrencia del marido al acto, ó sin su con-

1 Dumoulin, sobre la ley I, D. De las obligaciones por palabras, núm. 2.

sentimiento dado por escrito.» Si la mujer hace lo que la ley declara incapaz de hacer, ¿qué suerte correrá el acto? El Código no declara la nulidad en los artículos 215 y 217; pero ella existe allí virtualmente. En efecto, se trata de leyes del orden público y es una consecuencia de la potestad marital la incapacidad jurídica de la mujer casada. Hay por lo mismo lugar á que se aplique el principio del artículo 6º que prohíbe derogar las leyes que afectan al orden público; prohibición que, como lo hemos demostrado, trae consigo la nulidad de los convenios derogatorios. En nuestra especie lo prueba el texto mismo del código, porque efectivamente, después de haber dicho lo que la mujer *no puede* hacer, el Código agrega, en el artículo 225: «*La nulidad fundada en la falta de autorización, no puede oponerse sino por la mujer, por el marido ó por sus herederos.*» ¡Márquese bien! La ley no declara la nulidad, y no es tal el objeto del artículo 225; porque no comienza diciendo que los actos jurídicos hechos por la mujer casada son nulos; supone, por el contrario, esta nulidad, y únicamente decide la cuestión de si la nulidad, es absoluta ó relativa, cuestión que en el derecho antiguo daba origen á innumerables pleitos. Luego la combinación de los artículos 215, 217 y 225 prueba que la prohibición indicada por las palabras *no puede*, envuelve nulidad sin que la ley tenga necesidad de decirlo (1).

El principio que acabamos de establecer fué debatido en el Consejo de Estado, al discutirse el artículo 1388. Este artículo contiene que los esposos no pueden derogar los derechos que proceden de la potestad marital sobre la persona de la mujer y de los hijos. Berenger y Bigot-Preameneu, sostuvieron que las palabras *no puede*, no eran prohibitivas por sí mismas. En su opinión habría sido ne-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Nulidad*, § 1, núm. 6.

cesario agregar una cláusula irritante para que fuesen nulos los convenios contrarios al artículo 1388. Pero las enmiendas que propusieron fueron desechadas. Esto prueba que en la mente del legislador, las palabras: *no pueden* producen el efecto de una disposición prohibitiva; pues bien, en el artículo 1388, la prohibición trae consigo de una manera cierta la nulidad, puesto que no hace más que aplicar el principio del artículo 6º, el cual, según la confesión de todo el mundo, envuelve nulidad.

62. Con estos ejemplos se ve por qué las cláusulas prohibitivas traen consigo la nulidad; y es que la prohibición envuelve la idea de que existe por causa un interés general. Esto es evidente cuando se trata del estado y de la capacidad de las personas, y también es del todo evidente que los convenios contrarios al orden público no pueden ser sostenidos, debiendo sobreponerse el interés de la sociedad al de los particulares. Vamos á recorrer las disposiciones del Código que contienen una cláusula prohibitiva, y en todas encontraremos que la nulidad debe ser la consecuencia de ellas, salvo las excepciones que tendremos cuidado de explicar.

Hemos mencionado ya el artículo 6º que asienta un principio general. El principio se aplica en todos los casos en que se trata del estado y de la capacidad de las personas. Acabamos de decirlo en lo relativo á los artículos 215, 217 y 1388. Los artículos 344 y 346 que arreglan las condiciones de la adopción, se refieren también al matrimonio y á la potestad marital, materias que son esencialmente del orden público; de donde se infiere que la derogación de estas disposiciones prohibitivas tendría el sello de nulidad. La tutela y las garantías que la ley establece en favor de los menores son igualmente de orden público; y de allí provienen las disposiciones prohibitivas de los artículos 463, 464 y 935. Lo mismo sucede con la minoría de edad y la incapacidad á ella inherente; las disposiciones prohi-

bitivas de los artículos 903 y 904 han sido por esto mismo sancionadas por la nulidad. Se puede todavía agregar al orden público el artículo 1097, puesto que tiene por objeto impedir que uno de los esposos abuse de la influencia que ejerce sobre su cónyuge.

El principio del artículo 6º comprende también las leyes que interesan á las buenas costumbres. Cuando el artículo 335 dice que el reconocimiento *no podrá* tener lugar en provecho de los hijos nacidos de un comercio adulterino ó incestuoso, establece una prohibición por interés de la moral pública, sacrificando el interés de los hijos al de la sociedad. Todo convenio contrario será nulo, porque el legislador no puede favorecer la inmoralidad. También es por interés de las buenas costumbres por lo que la ley prohíbe los pactos sucesorios (artículos 1600, 791, 1389); pues no hay duda de que esos pactos adolecen de nulidad aun cuando el código no la declare. El principio del artículo 6º basta para decidirlo así.

63. Hemos dicho que el artículo 6º en la mente de los autores del código comprende también las leyes del orden político, y generalmente todas las que son de interés general. El artículo 5º contiene una disposición prohibitiva bajo la forma de prohibición: «*Es prohibido* á los jueces decidir, por vía de disposición general y reglamentaria, en las causas que les están sometidas.» La infracción de esta prohibición constituye un delito (Código penal, artículo 237). Es por lo mismo inútil decir que las disposiciones reglamentarias tomadas por un tribunal serían nulas. Así se ha decidido en un gran número de sentencias de la corte de casación (1).

El interés general es suficiente para traer consigo la nulidad; y solamente en el dominio del derecho privado, es

1 Merlin. *Repertorio*. en las palabras *Real corte*.

difícil algunas veces precisar lo que es de interés general; pues la forma prohibitiva de que se sirve el legislador, viene en auxilio del intérprete, pues él debe suponer que es por graves motivos y por tanto, por un interés general por lo que la ley establece una prohibición. Abramos el código, y encontraremos una disposición prohibitiva en el contrato más favorable. «Los esposos, dice el artículo 1390, no podrán ya *estipular*, de una manera general, que su asociación se arregle por una de las costumbres que están abrogadas por el presente código.» La prohibición trae consigo la nulidad, porque el legislador quiso asegurar la unidad de la legislación, lo que ciertamente es un interés general.

El interés de terceros es también un interés general; y explica, en parte, la disposición del artículo 1395, según cuyos términos «los convenios matrimoniales *no pueden* recibir cambio alguno después de la celebración del matrimonio.» Hay también otra razón de esta disposición, que se une igualmente al interés general; y el legislador quiso asegurar la libertad de las partes contratantes que el matrimonio alteró más ó menos. Bajo este punto de vista, la nulidad es la sanción necesaria de la prohibición. También puede referirse al interés de terceros la disposición del artículo 1981, que expresa que «la renta vitalicia *no puede* ser estipulada de una manera que no pueda percibirse sino cuando ha sido constituida por título gratuito.» El texto no declara la nulidad, y esto no obstante es fuera de toda duda que la cláusula que declarara imperceptible una renta constituida por título oneroso sería nula y no impediría á los acreedores el percibirla. También es semejante el artículo 2214. Cuando la ley establece garantías en provecho de los incapaces, dispone en un interés general, pues protege á los que no pueden protegerse á sí mismo. Así sucede con la disposición del artículo 2126: y la nulidad no es dudosa, aunque no se encuentre escrita en la ley. Es también un

interés general el que explica el artículo 2205; y justifica la nulidad que él envuelve.

64. En fin, existen disposiciones prohibitivas que resultan de las condiciones establecidas por la ley para la validez de un acto jurídico. Inútil es decir que las partes contratantes no la pueden derogar, á pesar de la libertad de que gozan; porque esta libertad no llega hasta querer que un acto sea válido cuando no reúne las condiciones prescritas para su validez. Según los términos del artículo 128 los que han sido puestos en posesión provisoria *no podrán* enajenar los bienes del ausente. Si los enajenasen, la enajenación será evidentemente nula, porque para enajenar es necesario ser propietario, y los así puestos en posesión no son más que administradores. De la misma manera el artículo 2045 dice que el tutor *no puede* transigir por el menor; porque no es más que administrador, y no puede por lo mismo practicar ningún acto de disposición. Hay además garantías prescritas en provecho del menor en materia de transacción, lo que sería una nueva causa de nulidad, si el tutor no obraba conforme á la ley.

El artículo 1035 dice: que los testamentos *no podrán* ser revocados sino por otro posterior ó por un acto ante notario. Siendo todo solemne en esta materia, la solemnidad se convierte en una condición para la validez de la revocación. Conforme á los términos del artículo 1076, las particiones de ascendiente hechas entre vivos *no podrán* tener por objeto más que los bienes presentes. La prohibición envuelve nulidad porque la donación no puede comprender más que los bienes presentes, y el artículo 943 declara expresamente la nulidad, cuando comprende los bienes futuros; luego la partición entre vivos es una donación. «*No se puede*, dice el artículo 1119, obligarse ni estipular en nombre propio, sino para sí mismo.» La nulidad resulta de los principios más elementales de derecho, aunque el código no lo diga: el que en su propio nombre, promete el

hecho de un tercero, no se obliga, y desde luego no existe ningún lazo de obligación: el que en su nombre, estipula para otro, no adquiere ningún derecho, porque no tiene interés alguno apreciable en que la estipulación se cumpla, y sin interés no hay acción.

El artículo 1422 limita la potestad del marido, como jefe de la comunidad. Estos límites resultan de la idea misma de la comunidad, y de los derechos que de ella proceden para la mujer asociada; desde luego la prohibición trae consigo la nulidad porque los principios se oponen á que el marido coopropietario pueda disponer por título gratuito y despojar á la mujer de su coopropiedad.

Cuando el artículo 2012 dice que la caución *no puede* existir sino sobre una obligación válida, expresa una idea jurídica muy sencilla y es la de que no podrá haber obligación accesoria sin obligación principal. El artículo 2127 expresa que la hipoteca convencional *no puede* ser consentida sino por un acto notariado, para marcar que la forma se requiere como elemento sustancial del acto, juzgándose que el consentimiento no existe si nó está dado en la forma auténtica. Según los términos del artículo 2128, los contratos otorgados en el extranjero *no pueden* producir hipoteca sobre los bienes de Francia: el legislador lo decidió así por una falsa idea de la hipoteca y de la soberanía; pues siempre subsiste que las palabras *no puede*, envuelven la falta de una condición esencial para la validez del hecho jurídico. Lo mismo sucede en los casos previstos por los artículos 2213 y 2214.

En el título de la prescripción encontramos la misma locución en muchos artículos, locuciones que siempre traen consigo la pena de nulidad en virtud de los principios que acabamos de asentar. «*No se puede* renunciar anticipadamente la prescripción,» dice el artículo 2220; y no agrega, que la renuncia es nula; y sin embargo, no se puede dudar de la nulidad, porque la prescripción es de orden

público en el sentido del artículo 6. «El que no puede enajenar, *no puede* renunciar la prescripción adquirida (2222);» «es una condición esta que se deriva de la renuncia.» «Los jueces *no pueden* de oficio suplir la forma que resulta de la renuncia (2223).» También es esta una consecuencia de la naturaleza de la prescripción. «*No se puede* prescribir el dominio de las cosas que no están en el comercio (2226);» siempre por aplicación de los principios elementales de derecho; y siendo la prescripción un medio de adquirir, supone evidentemente que la cosa está en el comercio.

65. La doctrina de Merlin ha sido fuertemente atacada por Toullier (1), y hoy está casi abandonada (2). Es cierto que no siempre ha sido consagrada por el legislador, en este sentido, que no es la forma prohibitiva la única que trae consigo la nulidad. Existen artículos extendidos en la forma imperativa, que están sancionados con la misma pena, sin que el legislador la declare, lo que parece probar que la redacción de la ley no nos enseña por sí misma cuándo un acto es nulo. Así, el artículo 1325 está concebido en una forma prohibitiva y la nulidad es evidente; pero hay también nulidad en el caso del artículo 1326 que es imperativo. Se ve que en una sola y misma materia, la de las actas firmadas en papel simple, el legislador usa indiferentemente de la forma imperativa y de la prohibitiva. Lo mismo sucede en los artículos 1394 y 1395; el primero, aunque solamente imperativo, envuelve la nulidad, lo mismo que el segundo que es prohibitivo. ¿Pero qué importa si las disposiciones imperativas son en el fondo prohibitivas? Y ¿no sucede así en los artículos 1326 y 1394? Decir que: «todos los convenios matrimoniales se extenderán antes del matrimonio en acta ante notario» es decir, que no lo podrán ser después del matrimonio, ni por acta la firma-

1 Toullier, *el Derecho civil francés*, t. VII, núms. 491 y siguientes.

2 Zachariæ, *Curso de derecho civil*, t. 1º, § 36.

da en papel simple. Esto nos parece que confirma la doctrina de Merlin en vez de debilitarla.

66. Alguna vez el legislador, después de haber dicho que tal cosa *no puede* hacerse, agrega la cláusula irritante de la nulidad. ¿No es esto decir, que por sí sola, la forma prohibitiva no basta para que el acto prohibido sea nulo? Hay casos en que el legislador tiene una razón particular para agregar la nulidad á la prohibición. El artículo 943 dice que: «la donación entre vivos *no podrá* comprender más que los bienes presentes del donador.» Hé aquí la prohibición; después viene la cláusula irritante: «si ella comprende los bienes futuros, será nula á este respecto.» El legislador pronuncia la pena de nulidad, para marcar que, á diferencia de la ordenanza de 1731, la donación permanece válida para los bienes presentes, y para prevenir las controversias sobre si la disposición puede dividirse ó no. En el artículo 896 la ley no se limita á decir que «las sustituciones están prohibidas,» lo que debería bastar para traer la nulidad en una materia que es evidentemente de interés general; y agrega que la disposición será nula aun respecto del primer donatario. La corte de casación respondió á la objeción con su fallo de 18 de Enero de 1808. Habría sido inútil, dice, agregar la nulidad; pues si el legislador hubiera querido únicamente nulificar la sustitución propiamente dicha, la prohibición habría bastado; pero queriendo nulificar aun la liberalidad hecha al perjudicado, debía decirlo, naturalmente (1).

Merlin confiesa que hay casos en que la nulidad declarada después de la prohibición es inútil: tales son los de los artículos 1596, 1597 y 2063. Pero de que alguna vez el legislador agregue una cláusula sobrederogatoria, ¿puede inferirse que sin cláusula irritante, la prohibición no traería consigo la nulidad? ¿No es un principio que, las disposiciones sobrede-

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Nulidad*, § 1, núm. 6.

rogatorias no derogan el derecho común? Hay una objeción más fuerte contra la doctrina de Merlin, y es la de que el código contiene disposiciones prohibitivas que no traen consigo la nulidad. No citaremos los artículos 228, 295 y 298 que establecen impedimentos para el matrimonio, y que se llaman prohibitivos para denotar que no dan lugar á una acción de nulidad; porque se sabe que en materia de matrimonio, el legislador ha tenido cuidado de indicar él mismo los casos en que existe la nulidad. Hay otras disposiciones prohibitivas, no muchas, como dice Zachariæ, pero que pueden ser derogadas por las partes sin que sus actos sean nulos. El jurisconsulto alemán cita los artículos 675, 677 y 679. ¿Es seriamente cómo se invocan esas disposiciones contra la doctrina de Merlin? Las palabras *no puede*, es verdad que se encuentran allí; pero ciertamente cuando el artículo 675 dice, que uno de los vecinos *no puede* abrir una ventana en el muro medianero, no se entiende que se establece una prohibición absoluta; porque tuvo cuidado de agregar «sin su consentimiento.» De esta manera, el texto mismo de la ley prueba que ella no es prohibitiva. Las palabras «sin el consentimiento» no están reproducidas en los artículos 677 y 679; pero evidentemente se subentiende sí allí, que era inútil agregarlas. En todas estas disposiciones, se trata de intereses privados que los vecinos arreglan como les parece. Nosotros decimos otro tanto de los artículos 1749 y 1860 que cita Merlin como disposiciones prohibitivas, lo que es verdad, mientras que las partes contratantes no las han derogado, y lo pueden sin duda alguna. Sin embargo, todavía está aquí el lado débil de la doctrina de Merlin. La forma prohibitiva indica de ordinario que existe un interés general, por razón del cual el legislador prohíbe una cosa; pero hay también disposiciones prohibitivas que son de puro interés privado y desde entonces la forma prohibitiva no es ya decisiva.

¿Debe inferirse de allí que el principio asentado por Merlin no tiene valor alguno? El texto del código, la doctrina de los autores y la jurisprudencia testifican que la prohibición casi siempre trae consigo la nulidad, siendo las excepciones raras y explicándose fácilmente. Se puede por lo mismo sostener el principio, en este sentido al menos, de que la forma prohibitiva denota por lo general la intención de nulificar lo que es contrario á la prohibición. Prohibir es anular, exceptuando los casos en que no hay por causa más que intereses puramente privados. Las excepciones hacen que el principio sea de una aplicación más difícil, pero ellas no lo destruyen.

67. ¿Qué debe decirse de las leyes imperativas? Las hay que equivalen á una prohibición; y entonces es necesario aplicar el principio de Merlin. De esto hemos puesto ejemplos que son evidentes; pero la cosa no siempre es tan clara. Toda ley, en el fondo, es imperativa, puesto que ella es la expresión de la voluntad general. ¿Es esto decir que la voluntad general domina las voluntades particulares hasta el punto de que todo lo que le es contrario sea nulo? No ciertamente; y el código mismo nos suministra la prueba de que no es tal la intención del legislador. No hay más que una sola materia, la de los testamentos, en la que todas las formalidades están prescritas bajo pena de nulidad [art. 1001]. En materia de matrimonio, la ley manda, prohíbe y habla en nombre del interés social, y esto no obstante no anula siempre. Es que el legislador puede tener buenas razones para mandar, y puede también tenerlas buenas para no nulificar lo que se ha hecho contra sus órdenes. Colocado entre dos males, escoge el menor; pues bien, es posible que haya menos mal en sostener un acto que viola la ley, que en nulificarlo. Toca al legislador pesar los inconvenientes y decidir.

¿Pero si el legislador no lo ha hecho, qué hará el juez? ¿No declarará la nulidad sino cuando la ley imperativa

contenga una cláusula irritante? El Código civil no asienta este principio; contiene, por el contrario, disposiciones que prueban que no ha sido tal el pensamiento de sus autores. Hay artículos imperativos que evidentemente traen consigo la nulidad, sin que el texto la exprese; y hemos citado ya los arts. 1325 y 1394. Por el contrario, contiene otros que por confesión de todo el mundo no tienen esta sanción. Tales son las numerosas formalidades que prescribe el código para la redacción de las actas del estado civil. De esta manera unas veces hay nulidad, y otras no. ¿Por qué se admite que los actos del estado civil permanezcan válidos, aún cuando sean irregulares? Porque se supone que tal es la voluntad del legislador. Es decir, que el intérprete, cuando calla la ley, tiene obligación de hacer las distinciones que el legislador debería haber hecho. De allí procede la doctrina, universalmente aceptada hoy, de las formalidades esenciales y accidentales.

68. Se entiende por formas sustanciales ó esenciales, «las que constituyen esencialmente la sustancia de un acto, y sin cuyas formas el acto que se pretendió hacer, no recibió la existencia que únicamente ellas podían darle.» Esta es la definición de Merlin (1). Que semejantes formalidades traigan consigo la cláusula irritante, que el legislador no tiene necesidad de agregar, es inútil decirlo. Mas si las formalidades son accidentales, extrañas, por decirlo así, á la sustancia del acto, no traen consigo la nulidad de ellas mismas; y es necesario, en ese caso, una cláusula irritante para que el juez la pueda declarar (2). Fué un talento excelente, Daniels, sustituto del Procurador general en la corte de casación, quien presentó el primero este sistema en 1807. Se trataba de las formalidades prescritas por el artículo 2148 para las inscripciones hipotecarias. Daniels fijaba como principio que esas formalidades eran

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Matrimonio*, § 3, núm. 1.

2 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Nulidad*, § 1, núm. 5.

sustanciales, puesto que organizaban la publicidad, uno de los elementos esenciales de nuestro régimen hipotecario; y de aquí infirió que por su naturaleza debían ser observadas bajo pena de nulidad; pero agregó esta reserva, que debía hacerse una excepción en los casos en que algun interés no se lastimara por la falta de observancia de la ley, y puso como ejemplo la omisión de los prenombrados, ó de la profesión (1). La corte de casación consagró esta doctrina por un célebre fallo de 22 de Abril de 1807. Partió del principio de que las formalidades que pertenecen á la sustancia de los actos, son de rigor y deben ser observadas aun omitiéndolas la ley, bajo la pena de nulidad. Este principio, dijo la corte, verdad en toda materia, es aplicado más particularmente á las formalidades de la inscripción hipotecaria, puesto que su estricta observancia interesa al orden público. La corte aplicó este principio á la fecha del título. En otro fallo de 19 de Octubre de 1810 la corte decidió que había, en la inscripción hipotecaria, formalidades no sustanciales que no eran más que un accesorio puramente accidental: que tal era la designación de la profesión del acreedor; y que la no observancia de una formalidad semejante no traía consigo la nulidad. Esta doctrina pasó á la jurisprudencia; y hoy es admitida por todos los autores, pudiendo decirse que es una necesidad. Es imposible colocar en la misma línea todas las formalidades; y es por lo mismo imposible que todas entrañen la nulidad. También es enteramente imposible dejar sin sanción un principio tan importante como el de la publicidad de las hipotecas. Con todo eso la distinción consagrada por la corte de casación está lejos de quitar todas las dificultades. ¿Cómo saber con alguna certidumbre si tal formalidad es sustancial ó accidental? La corte misma varía en la aplicación del principio. Nuestra ley hipotecaria puso fin á esas incertidum-

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Inscripción hipotecaria*, § 5, núm. 3.

bres fastidiosas, fijando como principio que la omisión de una formalidad en la inscripción no daría lugar á nulidad sino cuando resultara de ella un perjuicio para terceros (ley de 16 de Diciembre de 1851, artículo 85). Esto es lo que el legislador debería hacer siempre; porque únicamente á él le toca establecer las nulidades. Cuando no lo hace, necesariamente hay duda é incertidumbre sobre su pensamiento.

§ 4. Efecto de la nulidad

69. Cuando él legislador declara nulo un acto, ¿este acto es nulo en virtud de la ley, ó solamente es anulable, es decir, se necesita que la nulidad sea pedida al juez y pronunciada por él? Es un antiguo adagio de derecho francés que «las nulidades de pleno derecho no tienen lugar en Francia.» Esta máxima se ha entendido siempre en el sentido de que es necesario dirigirse á la justicia para obtener la nulidad del acto declarado nulo, y esto está fundado en razón. Las nulidades, aun cuando han sido establecidas por un interés general, conciernen en la aplicación, al interés privado. Por lo mismo, se hace necesario dejar al interés privado el cuidado de perseguir la nulificación. El legislador no tiene razón alguna para intervenir directamente en esta materia, y su intervención podría, por el contrario, comprometer el interés de los particulares. Efectivamente, puede suceder que el acto, aunque nulo, les sea provechoso; y el legislador nulificando un acto que las partes quisieran mantener, les causaría un perjuicio, sin ninguna ventaja para la sociedad. Basta que la ley pronuncie la nulidad para que el interés social tenga su salvaguardia.

70. En nuestra legislación civil no hay más que una excepción de esta regla, y es la que se encuentra en el artículo 692 del Código de procedimientos. En el Código ci-

vil, no la hay. Sin embargo, algunas veces se encuentra una expresión que parece indicar la intención del legislador de declarar él mismo la nulidad del acto. El artículo 502 dice: que los actos ejecutados por el que se encuentra en estado de interdicción posteriormente á ésta, son nulos *de derecho*; pero esto no quiere decir que la nulidad no deba pedirse; el artículo 1304 prueba lo contrario, y nunca en esto ha cabido duda. Lo que la ley quiere decir es, que el juez *debe* declarar la nulidad de los actos ejecutados por el que ha sido declarado en interdicción, por sólo el hecho de que han sido practicados posteriormente á ella y sin que deba admitir la prueba de que él se encontraba en un intervalo lúcido. Hay otra expresión que á primera vista aparece estar en oposición con el principio que acabamos de formular. Una ley francesa, la de 21 de Marzo de 1831, dice, artículo 28: «toda deliberación de un consejo municipal sobre objetos extraños á sus atribuciones, es *nula de pleno derecho*.» La intención del legislador de nulificar, parece evidente. Sin embargo, inmediatamente después agrega: «el prefecto en consejo de prefectura declarará la nulidad. Si el prefecto debe declararla, se que no existe por la sola disposición de la ley. La fórmula *de pleno derecho* no es, pues, más que una manera enérgica de declarar la nulidad; y ella puede, esto no obstante, inducir al error (1), y es mejor no emplear en la redacción leyes en que todo es de rigor.

71. La doctrina admite que hay casos en que un acto es *nulo*, en el sentido de que la nulidad no debe y ni aun puede ser pedida. Hay condiciones que se requieren para que un acto jurídico exista; y si falta una de esas condiciones, el acto no existe ante la ley; por consiguiente, no produce efecto alguno: esto es la nada, y no se concibe ciertamente que falte ó que pueda demandarse la nulidad

1 Véanse los títulos *del Matrimonio, de la Adopción y de las Obligaciones*.

de la nada. El idioma francés no tiene palabra especial para distinguir estos actos de los actos nulificables; y los llama también *nulos* (artículo 1601). Esta palabra tiene, por lo mismo, dos significaciones: ordinariamente indica un acto nulificable, y algunas veces, un acto que no tiene existencia jurídica. Hay autores que á este último lo llaman *no existente ó inexistente*; el término es más expresivo, pero no es francés. No hacemos más que indicar la distinción, porque no es este lugar de desenvolverla (1).

72. Debiendo declararse por el juez la nulidad, es importante saber quién es el que tiene derecho de pedirla. Podía creerse que, cuando el legislador establece la nulidad, debe mantener la declaración que de ella ha sido hecha. Efectivamente, ¿de qué serviría la sanción, si la pena de nulidad no era aplicada? Partiendo de ahí podría decirse que toda parte interesada debe tener el derecho de provocar la nulidad del acto, y esto sería una garantía de que el acto nulo será realmente nulificado. En efecto, este principio está enseñado (2). Pero reflexionando en ello, se vé que el principio descansa sobre una base falsa. Supone que la nulidad está establecida por un interés público, de manera que el legislador se interesa en que se haga la nulificación. Es cierto que en ese caso, siendo la nulidad de orden público, toda parte interesada puede prevaleerse de ella; pero hay también nulidades que establece el legislador por un interés privado. No estando la sociedad ya interesada en que exista la nulificación, no hay razón para poner en movimiento todos los intereses, y por el contrario, es necesario limitar el derecho á sólo aquellos á cuyo interés importa que se declare la nulidad. Esta puede establecerse únicamente en provecho de una de las partes: tales son las nulidades que proceden de los vi-

1. En el lenguaje del Código, ella significa lo que se hace sin la intervención del juez (1290, 1184, segunda parte.)

2. Solon. *Tratado de las nulidades*, cap. IX, p. 108.

cios del consentimiento (artículo 1117) y de la incapacidad de las partes contratantes (artículo 1125). Estas nulidades son relativas por su naturaleza misma. Existen otras nulidades que se han introducido por interés de las dos partes contratantes; tal es la nulidad del pago cuando el deudor no es propietario de la cosa que paga (artículo 1238); y se les llama absolutas para marcar que, á diferencia de las nulidades relativas, pueden ser invocadas por todas las partes interesadas. Estos principios tienen su origen en la naturaleza misma de las diferentes nulidades; pero su aplicación no es siempre fácil. ¿Cuál es el carácter por que se reconocen las nulidades absolutas y las relativas? Es necesario ver las causas por las que las ha establecido el legislador. Es una causa de interés general, entonces ya no hay duda. Está en el interés de las partes, es necesario ver si el legislador tuvo á la vista la ventaja de una de las partes ó la ventaja de todas las partes contratantes. Remitimos las explicaciones á las diversas materias en las que se presente la dificultad.
