

EL ILÍCITO CIVIL 49

1. Acotación del tema.
2. El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental.
3. Ilícitud y antijuridicidad.
4. La finalidad ilícita. El ejercicio abusivo del derecho.
5. Los límites de la autonomía privada.
6. El ilícito y la causa de las obligaciones.
7. El objeto ilícito.
8. El orden público y las buenas costumbres.
9. Legalidad y legitimidad.

EL ILÍCITO CIVIL

SUMARIO: 1. Acotación del tema. 2. El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental. 3. Ilícitud y antijuridicidad. 4. La finalidad ilícita. El ejercicio abusivo del derecho. 5. Los límites de la autonomía privada. 6. El ilícito y la causa de las obligaciones. 7. El objeto ilícito. 8. El orden público y las buenas costumbres. 9. Legalidad y legitimidad.

1. *Acotación del tema.* El tema que será materia de esta breve disertación, considerado en toda su amplitud en su acepción jurídica general, presenta para el jurista innegable interés; porque el ilícito, en relación con la actividad de los particulares, fija los límites, las fronteras dentro de las cuales el derecho objetivo permite la existencia de un espacio en el que los sujetos de derecho pueden desarrollar aquella facultad de que se hallan investidos para proponerse la consecución de fines y para seleccionar libremente los medios de que se han de valer para alcanzar aquéllos.

Por otra parte, es por demás sabido que el concepto de ilícito civil juega un papel de vital importancia sobre los efectos de la voluntad de las partes que intervienen en un acto jurídico, efectos que o no se producen —porque ciertamente, en principio, el acto ilícito no debe ser considerado como un acto válido, susceptible de producir las consecuencias que las partes pretenden obtener, si observan una determinada conducta que no está permitida, o se producen ciertos efectos no queridos por el declarante: la obligación de reparar un daño causado.

El autor o los autores de un acto jurídico han realizado una determinada conducta que no les ha sido impuesta coercitivamente por la norma de derecho, sino que el ordenamiento a todo les ha otorgado la facultad de decidir, por propia voluntad, qué comportamiento observarán con vista a un interés particular. En este respecto, han podido decidir libremente.

Los conceptos de libertad y responsabilidad, que fundan la construcción del orden normativo, encuentran en el ilícito una de sus más importantes proyecciones.

El derecho supone y exige el libre albedrío. Si sanciona a quien no cumple sus obligaciones, si castiga al delincuente, es porque cree que la conducta de uno y otro pudo

haberse orientado en un sentido recto. Sin esta acepción del libre albedrío como molde dentro del cual se desenvuelve la actividad humana, no podría constituirse un orden jurídico, pues entonces habría que suponer la existencia de un determinismo negativo de toda libertad. Y para el derecho, en principio, los hombres son siempre responsables de sus actos.¹

Así, considerado en estos términos generales el ilícito civil, conviene tener presente que la conducta del hombre, en sus varias, amplísimas manifestaciones, puede ser estudiada como comportamiento indiferente para el derecho, en cuanto no es susceptible de producir consecuencias jurídicas de ninguna clase. El campo de lo ajurídico, no obstante que comprende una área vastísima de actos humanos, ha sido dejado de lado por el ordenamiento de derecho, que ciertamente no abarca, ni debe por otra parte abarcar, de una manera absoluta, toda la actividad del hombre.

Dentro del ámbito no menos amplio de la conducta humana que produce consecuencias de derecho, que es, claro está, aquel que demanda la atención del jurista, quedan comprendidos hechos y actos, de diversa naturaleza. No sólo aquellas conductas que se desenvuelven en plena conformidad con el orden jurídico, sino también las que se desarrollan en contraste con la norma de derecho. Una y otra conductas producen efectos jurídicos de distinta naturaleza en un caso y en otro.

La conducta que se desarrolla en conformidad con el orden jurídico, a la que llamamos conducta lícita, es objeto de tutela, de reconocimiento o protección por ese orden. La conducta que se realiza en contraste con las disposiciones del ordenamiento, por ser ilícita, produce también ciertos efectos de derecho, efectos que las partes no han buscado ni se han propuesto siquiera, pero previstos en la disposición de la norma. Consecuencias establecidas como sanción garantizadora del cumplimiento de la norma, aplicable en el caso de que acontezca aquel comportamiento que el ordenamiento considera que debe ser reprobado.

Existe pues, dentro de lo jurídico, una conducta jurídicamente valiosa y otra conducta jurídicamente "antivaliosa".

En este problema de estimativa jurídica, y para determinar en cada caso concreto a cuál de estos dos grandes campos corresponde una conducta, hemos de cotejar los fines que persiguen las partes al realizar el acto, así como los medios que al efecto hayan elegido, en comparación con las finalidades posibles dentro del orden jurídico y los medios que este orden pone a disposición de las partes, a fin de obtener

¹ Mouchet, Carlos y Zorraquin Becu, Ricardo, *Introducción al derecho*, Buenos Aires, 1947, p. 11.

como resultado la conformidad o la disconformidad de la conducta observada, con la norma establecida.

Algún autor, no sin razón, ha afirmado que el derecho, antes de transformarse en norma, es una posición que el legislador adopta frente a la conducta de los individuos. Esta posición es el presupuesto lógico normativo y determinante de la licitud o ilicitud, de la orden, de la permisión o de la prohibición que encontramos en el contenido de la ley.

2. *El ilícito como violación de un deber jurídico fundamental.* De esta manera y en razón de este presupuesto, las leyes son prohibitivas, preceptivas o simplemente permisivas.

Es bien sabido que los confines de la autonomía privada, en un orden jurídico determinado, están demarcados por las disposiciones prohibitivas y por las leyes preceptivas.

El artículo 8º del Código Civil del Distrito y Territorios Federales² taxativamente establece que “los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley disponga lo contrario”, y más adelante el artículo 1830 del mismo Código reitera, en parecidos términos, este principio cuando dice que “es ilícito el hecho contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres”.

Así pues, en principio, el acto ilícito, por ser contrario a las leyes prohibitivas, al orden público o a las buenas costumbres, no debe producir efecto alguno y por esta razón podría ser considerado como conducta irrelevante para el derecho. Y sin embargo no es así. El acto ilícito, realizado en disconformidad con el orden jurídico, tiene particular trascendencia jurídica aunque sea porque el derecho se ocupa de él para cuidar que sus autores no alcancen los resultados que pretenden con la ejecución del acto, pues dichos resultados se juzgan —de allí la relevancia jurídica del ilícito— contrarios al orden público o a las buenas costumbres.

Por regla general, el ilícito desemboca en la invalidez, en la ineficacia jurídica del acto. Hay casos no menos frecuentes, en que el ilícito produce efectos no de invalidez, sino de eficacia, en un sentido especial. Cuando aparece el solo calificativo de ilícito respecto de una conducta, ésta resulta dañosa en contra de un particular. En esta hipótesis de daño, el ilícito produce el efecto de dar nacimiento a la obligación, a cargo del autor del acto, de reparar el daño causado.

Hay casos excepcionales, finalmente, en que la conducta ilícita, a

² Los artículos del Código Civil citados en este trabajo, son del Código Civil del Distrito y Territorios Federales.

pesar de serlo, no invalida el acto ni da lugar a la obligación de reparar daño alguno. Se cita como ejemplo el de los matrimonios ilícitos que no son sin embargo nulos en el caso previsto por el artículo 159 del Código Civil, en relación con el artículo 264 del mismo Código, cuando se han celebrado estando pendiente la decisión de un impedimento que sea susceptible de dispensa, o en el caso del matrimonio del tutor con la pupila, o cuando el matrimonio se ha celebrado sin que haya transcurrido plazo de viudez a que se refieren los artículos 158 y 289 del mismo Código.

En estos casos el derecho objetivo, ponderando la gravedad de la sanción de invalidez con el orden público mismo, ha optado por decretar simplemente la reprobación jurídica del acto sin atreverse a privarlo de efectos en vista de que en el matrimonio se encuentran gravemente comprometidos intereses de terceros.

En esta indagación sobre la conducta jurídicamente relevante, conviene observar que la conducta es ilícita y por lo tanto se halla prohibida, en razón de que el comportamiento ilícito constituye una violación del deber jurídico fundamental; la sujeción de los miembros del grupo social a la totalidad del orden de derecho establecido.

La conducta humana que el derecho reprueba, en términos generales, es prohibida en cuanto perturba el orden social, transtorna el "orden público" en el sentido de que el sujeto que realiza el ilícito revela con su conducta que no está acatando las bases fundamentales de la convivencia humana.

Para no mencionar ejemplos extraídos de otras ramas del derecho y sólo ceñirme al problema del derecho civil, la violación de ese deber jurídico fundamental acaece igualmente si se incurre por simple culpa o por dolo en el incumplimiento de una obligación voluntariamente contraída, porque con ello se viola el principio de la seguridad jurídica que desde el punto de vista contractual se conoce *pacta sunt servanda*. También se viola el deber jurídico en el caso de la conducta que causa injustamente un daño a otro, porque todos estamos obligados a no causar, sin derecho, daño a terceros, esencia del principio *neminem laedere*.

Este dato, la violación del deber jurídico, se presenta uniformemente en todos los casos del ilícito (ya en el derecho civil, en el derecho penal o en el administrativo, etcétera). Aunque la respuesta del ordenamiento jurídico es diversa en sus distintas ramas y según la naturaleza y la gravedad de la falta cometida.

Por lo que atañe al derecho civil, las sanciones, es decir, las consecuencias jurídicas que se derivan del incumplimiento de aquel deber, son de dos clases: si en el ordenamiento jurídico se toma en cuenta

para reprobable la conducta, la sola perturbación del orden jurídico y su grado de gravedad, por ser contraria al orden público o a las buenas costumbres, el acto es nulo, y no producirá los efectos jurídicos propios del acto; los efectos que haya podido producir, serán destruidos retroactivamente cuando el juez pronuncie la sentencia de nulidad (artículos 2225 y 2226 del Código Civil).

Si para calificar la ilicitud de la conducta la norma objetiva toma en cuenta el principio *neminem laedere* y el comportamiento observado ha causado un daño injusto a terceros, y en tanto se ha producido esa lesión, la conducta es ilícita; la consecuencia que del daño causado se sigue, es la obligación de reparar. En ese supuesto, el ilícito es fuente de obligaciones.

El artículo 1910 del Código Civil dice: “El que obrando ilícitamente o contra las buenas costumbres cause un daño a otro, está obligado a repararlo, a menos que se demuestre que el daño se produjo por culpa o negligencia inexcusable de la víctima.”

En el caso de que la consecuencia del ilícito sea la invalidez, el dato determinante estaría en la causa, motivo o fin perseguido con la realización del acto, por su autor.

En el supuesto de la conducta dañosa, el dato decisivo para que nazca la obligación de reparar —consecuencia jurídica del ilícito en esta hipótesis— se presenta en la culpa o, con mayor incidencia, en el dolo (culpa aquiliana).

La reacción del orden jurídico frente al ilícito civil ofrece en resumen dos aspectos: una función represiva a través de la invalidez del acto reprobable y una función restitutoria o reparadora del daño causado, a través de la responsabilidad civil.

La finalidad del acto ilícito *per se* y la responsabilidad civil del acto ilícito, generador de daño, garantizan la inalterabilidad del orden jurídico frente a los actos que pretenden perturbar o que llegan a perturbar el orden jurídico establecido.

Lo reprobable que puede predicarse respecto de la conducta en sí misma o del resultado de ella, no es desde el punto de vista del derecho, sino el presupuesto normativo para la aplicación de la sanción.

En esta indagación acerca del concepto de lo ilícito civil, hemos encontrado: a) la violación de un deber jurídico, b) la conducta o el resultado reprobable, c) la sanción que como ya se dijo, puede consistir en la invalidez del acto o en la reparación del daño causado.

3. *Ilícitud y antijuridicidad.* Cuando tratamos de ahondar un poco más en el aspecto que se refiere a la conducta reprobable, conducta

vedada, debemos advertir que si el derecho prohíbe una determinada conducta o impone coactivamente, en una ley preceptiva, un comportamiento ineludiblemente obligatorio, es porque el legislador ha querido precisar lo que constituye el orden público: prohíbe u ordena determinadas conductas, y el comportamiento vedado o la inobservancia de la conducta ordenada conducen a su autor a la aplicación de la sanción prevista en la norma de derecho como manifestación del aspecto coactivo del orden jurídico, y lograr, de esa manera, el restablecimiento del equilibrio perturbado por el acto ilícito.

La ruptura de ese equilibrio se produce no tanto por la violación misma de un determinado precepto o conjunto de preceptos legales concretamente señalados, sino porque el atentado ha tenido lugar, al realizarse un acto o actos que atacan en su base, en sus propios fundamentos, el orden del derecho; es decir, por cuanto el acto que prohibido fue ejecutado u ordenado no fue realizado, genera un resultado antijurídico.

La conducta es ilícita porque el resultado práctico (finalidad) que se trata de obtener o que de hecho se obtiene, es una finalidad anti-jurídica.

El proyecto de Constitución Francesa de Cinco Fructidor decía de manera un tanto ampulosa: “Nadie es un hombre de bien si no es un fiel observante de las leyes establecidas”.

4. *La finalidad ilícita. El ejercicio abusivo del derecho.* Aunque no es el propósito conducir esta charla hacia el examen del ilícito como fuente de obligaciones, como conducta violatoria del principio *pacta sunt servanda*, campo en el cual habría que detenerse en el estudio de la mora, la culpa, el dolo y el daño.

Sólo conviene aclarar que, al respecto, el incumplimiento de la obligación que da lugar al pago de daños y perjuicios puede generar la ejecución forzosa o la rescisión de la obligación y en uno u otro caso, el pago de daños y perjuicios.

El propósito de esta exposición es el análisis del ilícito civil, que invalida el acto, con independencia de la causación de daños.

Empero, conviene considerar la figura jurídica del abuso de los derechos, comprendida dentro de las fuentes de las obligaciones, que presenta la característica de su ilicitud, por el solo motivo que ha impulsado al autor del acto.

En efecto, el artículo 1912 del Código Civil dice: “Cuando al ejercitar un derecho se cause daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejerció a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho.”

De acuerdo con este precepto legal, la ilicitud proviene de que el derecho se ejerza sólo para causar daño a tercero, sin que resulte utilidad alguna para el autor de la conducta observada.

Dejemos de lado por ahora la discusión acerca de si la figura del uso abusivo de un derecho requiere una disposición legal, específica, como ocurre en nuestro Código Civil. Sólo apuntaré que, al quedar comprendido el uso abusivo de un derecho en el concepto de hecho ilícito en general, la verdad es que en el artículo 1912 del Código Civil ha quedado plenamente establecido el principio de la relatividad instrumental de toda facultad o de todo derecho subjetivo reconocido en el ordenamiento jurídico. Es decir, las personas gozamos de un conjunto de derechos que debemos ejercer para fines lícitos y no dañinos. El ejercicio malévolo o “tortiziero” —como dicen las Siete Partidas—, es lo que determina el calificativo de ilicitud en el caso del abuso de los derechos; en donde se observa, por otra parte, que no se requiere que se cause el daño para prohibir el ejercicio de un derecho con la sola intención de dañar. Nadie puede torcer o desviar al ejercer un derecho, la finalidad por la cual se ha reconocido la existencia y protección del derecho mismo. En el uso abusivo del derecho se contraría la *ratio juris* en que se apoya el derecho reconocido.

La idea de finalidad de la tutela de un derecho subjetivo, nos permite calificar de reprochable su ejercicio cuando se pretende ejercer por motivos ilegítimos, no coincidentes con aquella finalidad.

El Código Civil soviético en su artículo primero establece que: “Los derechos civiles son protegidos por la ley, salvo la medida en que se ejerciten en un sentido contrario a su destino económico y social.”

En ese cuerpo de leyes, interviene decisivamente la idea de fin para otorgar o negar la tutela de la norma jurídica, tratándose del ejercicio de los derechos reconocidos por el Estado.

Ciertamente no es una idea completamente novedosa la que en este respecto ofrece el Código Civil soviético.

No lo es, particularmente para las legislaciones como la nuestra, de tradición romanista, en las que la causa informa —expresamente aceptada o no en la legislación positiva— la existencia de la obligación. Sólo bastará recordar las obligaciones contraídas por *causa turpis, conductio indebiti* del derecho romano y finalmente la inclusión de la causa como elemento de validez del contrato, expresamente reconocida en el Código Napoleón, cuya influencia directa o indirecta es innegable en los códigos de América Latina.

Y aun cuando es verdad que nuestro Código Civil de 1884 suprimió de la causa la “justa causa” como requisito de validez del contrato, no pudo eludir el legislador la presencia de este elemento básico de la

obligación (¿y cómo habría podido hacerlo?) para justificar la inclusión dentro de ese cuerpo de leyes, de clara tendencia positivista, de instituciones tales como el pago de lo indebido o el enriquecimiento ilegítimo.

5. *Los límites de la autonomía privada.* Siempre dentro del campo de las obligaciones y de los contratos, y por lo que atañe al concepto de ilícito, me he de referir necesariamente al escabroso, difícil, problema de la causa y he de hacerlo, así sea de paso, y con el confesado temor de no ser lo suficientemente claro y preciso en el desarrollo de la exposición. Lo intentaré sin embargo.

Por lo que atañe al tema central de esta disertación que se refiere por modo exclusivo a la limitación de la autonomía privada a través del ilícito civil, no escapará a ustedes la trascendencia que tiene tal cuestión para el derecho privado, porque nos hallamos frente a un aspecto importante del ejercicio de la libertad jurídica por los particulares.

Con objeto de no desviar en la medida de lo posible el curso de estas explicaciones, cito a continuación las siguientes palabras de Francisco Geny.³

... Me siento inclinado a creer que no se descubrirá la medida justa y verdadera de los derechos individuales mas que penetrando su objeto económico y social y comparando su importancia, con la de los intereses que ellos contrarían... Estoy convencido de que el progreso jurídico se producirá más amplio y más seguro por un método de investigación sincera, que reconozca abiertamente las lagunas de la ley escrita y procurando remediarlas por medios de procedimientos científicos independientes, penetre con toda franqueza en la naturaleza de los casos objetivos, mejor que por el extraviado camino de una interpretación forzada de los textos legales.

Este autor, en el texto que acabo de citar, se refiere al método que le parece adecuado para colmar las lagunas de la ley; pero la cita invocada tiene una importancia decisiva para esclarecer la cuestión que nos interesa ahora, a saber, la invitación para penetrar con toda franqueza en la naturaleza de las cosas, en busca del equilibrio de los intereses. Es la búsqueda de ese equilibrio de intereses, con un criterio objetivo y de acuerdo con la naturaleza del orden social y económico legalmente establecido, lo que no debe perderse de vista en la indagación de la función del ilícito, cuyos resultados deseo presentar a la consideración de ustedes.

Es preciso, ahora, observar una vez más que la libertad jurídica, aun considerada como una creación del derecho objetivo, es un elemento necesario de todo ordenamiento, de necesidad absoluta, que se impone

³ *Métodos de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, 1925.

indefectiblemente al legislador, por encima de sus particulares puntos de vista y de sus personales deseos. La norma de derecho que contiene una orden o una prohibición dirigida a los sujetos de esa norma para que conforme a ella realicen una conducta, pone en claro la posibilidad de que el comportamiento no querido por el legislador pueda ser realizado. Así pues, la esencia misma del concepto de derecho —y de ello estamos tratando ahora, no de lo arbitrario ni de lo despótico—, lleva implícito el concepto de libertad.

Sólo que cuando se habla de libertad jurídica, también implícitamente aludimos a un cierto tipo de libertad, a libertad organizada, precisada, ordenada.

Desde el punto de vista de la libertad, el derecho es norma. Desde el punto de vista de la norma, el derecho es libertad jurídica, según los conceptos expuestos en este respecto por Legaz Lacambra.⁴

Frente a un deber hacer o un deber no hacer, existe siempre un poder hacer y un poder exigir.

Respecto a la primera consideración, tenemos las leyes prohibitivas y preceptivas; en la otra, aparecen las leyes permisivas o simplemente facultativas.

En estas últimas se desarrolla en toda su amplitud la autonomía privada como “acto de voluntad libre, que tiende a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico y que produce, como consecuencia de tal tutela, determinados efectos previstos en la norma”. En este intento de definición sigo con algunas variantes, las ideas de Salvador Pugliatti. Y si analizamos el contenido del negocio jurídico, como expresión plena de la autonomía privada, hallamos: 1º La finalidad propuesta por el autor del acto, 2º la selección de los medios para alcanzar esa finalidad, 3º La libertad de elección de tales fines y medios.

Si bien se observa, estos elementos que caracterizan a la autonomía privada se encuentran en íntima relación con el concepto de causa del contrato y también con la causa de la obligación, conceptos que difieren entre sí y tienen connotaciones distintas.

En efecto, cuando hablamos de la causa del contrato, nos referimos o queremos referirnos a la elección del instrumento jurídico, que las partes han escogido para realizar la finalidad o las finalidades propuestas por una de ellas.

Cuando hablamos de causa de la obligación, aludimos a los motivos determinantes, a la multiplicidad de móviles que han influido decisivamente en el ánimo del contratante para obligarse.

La causa del contrato se entiende así en sentido objetivo; es la causa típica de la institución, es la función específica de una cierta figura

⁴ *Filosofía del derecho*, Barcelona, 1953, p. 593.

de contrato apta para producir determinados efectos que el derecho objetivo atribuye a la figura jurídica abstracta, reconocida y reglamentada por la ley. Así, por ejemplo, si queremos adquirir la propiedad de una cosa mediante el pago de un precio, recurrimos a la figura del contrato de compraventa, aunque también podemos elegir el contrato de permuta. A la finalidad propuesta por el comprador y el vendedor, corresponde una figura de contrato específico: la compraventa.

Los motivos determinante, los móviles, los fines variadísimos que han hecho que una de las partes quiera adquirir la propiedad de un inmueble, constituyen propiamente la causa de la obligación: se desea comprar una casa para habitar en ella, para darla en arrendamiento o para establecer una industria o comercio, etcétera. La causa de la obligación es la consideración del fin que obra sobre la voluntad del contratante.

Aquí, la causa ilícita puede ser considerada como uso abusivo de un derecho; por ejemplo, la norma reconoce a todos los posibles compradores la facultad para adquirir una cosa mediante el pago de un cierto precio. Pero ciertamente yo estaré realizando la finalidad en razón de la cual me ha sido reconocida la tutela jurídica, si el propósito que me propongo alcanzar con el ejercicio de ese derecho es torcido, en suma ilícito, porque *so capa* el ejercicio de un derecho, en realidad pretendo defraudar a mis acreedores.

No debe perderse de vista, para poder juzgar de la ilicitud de un acto o de la celebración de un contrato, la función esencialmente instrumental de cada institución, los fines prácticos para los que ha sido creado cada contrato, en función del interés u objetivo perseguido por las partes, que ha de ser en todo caso no reprochable.

El intérprete debe entonces establecer una valoración de este interés en función de aquellos fines legítimos propios de la institución.

Parece oportuno hacer notar al respecto la importancia del criterio que para realizar una clasificación de los contratos ofrece Messineo, atendiendo a la función económicosocial de cada uno de ellos. Así, podemos hablar de contratos de cambio (compraventa y permuta), contratos de crédito (mutuo y operaciones bancarias), contratos de colaboración o mejor, de organización (asociación, sociedad), contratos de garantía, hipoteca, prenda, fianza), contratos de prevención de riesgos (seguro).

Como puede observarse, la base económica y funcional de la clasificación propuesta por Messineo, nos permite precisar la función instrumental de cada contrato y facilitar el cotejo entre los fines que se propone el contratante y los fines propios del contrato como figura abstracta.

En la simulación relativa, aparece claramente esta disyunción o disconformidad entre el contrato fingido o simulado y el contrato real o disimulación subyacente, oculto entre las cláusulas establecidas exteriormente por las partes.

Por lo demás, este criterio es útil para precisar cuál es o debe ser el contenido de las cláusulas esenciales, las naturales y las accidentales en cada caso.

6. *El ilícito y la causa de las obligaciones.* Por lo que toca a la causa de la obligación, es decir, a los motivos determinantes, a los móviles para contratar, la ilicitud ejerce notoria influencia también sobre los vicios de la voluntad; es decir, sobre el error declarado en el contrato y determinante de la obligación, en la medida en que tal error sobre los fines que cada una de las partes tuvo a la vista para celebrar el contrato sea conocido por ellas, habiendo sido declarado como presupuesto de la voluntad de contratar (artículos 1813 y 1821 del Código Civil).

Y de la misma manera, la causa o motivo determinante influye sobre la condición impuesta por los contratantes: si la condición es ilícita, produce la nulidad del acto (artículo 1943 del Código Civil).

Finalmente, la ilicitud incide sobre el objeto de la obligación.

7. *El objeto ilícito.* El objeto de la obligación (no del contrato, como erróneamente dice el artículo 1824 del Código Civil), es la cosa que el obligado debe dar o el hecho que debe hacer o no hacer, y el artículo 1827 del mismo Código dice que el objeto del contrato además de posible debe ser lícito. La licitud o ilicitud del objeto califica exclusivamente al hecho que el obligado debe hacer o no hacer (prestación o abstención). Por lo tanto, la ilicitud recae sobre la conducta del obligado. Cuando ésta es ilícita se produce la nulidad de la obligación (artículo 2225 del Código Civil).

En verdad, en último análisis, toda obligación se resuelve en conducta, ya positiva ya negativa.

La ilicitud en el objeto significa que el comportamiento (lo que el obligado debe hacer o no hacer) ha de producir la invalidez de la obligación, cuando el comportamiento que debe observar el obligado entraña una conducta antisocial. Tal es el caso de la estipulación en el contrato de trabajo de jornadas inhumanas que comprometen la seguridad de la vida del trabajador o las que contengan renuncia de los trabajadores a cualquiera de los derechos o prerrogativas otorgadas por la ley en su favor (artículo 22 de la Ley Federal del Trabajo). La ilicitud de esta conducta antisocial se funda en la necesaria protección de la vida y seguridad del obrero.

De la misma manera, la huelga es ilícita si se lleva al cabo cuando

la mayoría de los huelguistas ejecutan actos violentos contra las personas o las propiedades o, en caso de guerra, cuando los trabajadores huelguistas pertenezcan a establecimientos que dependan del gobierno (artículo 263 de la Ley Federal del Trabajo).

Debemos, sin embargo, hacer una distinción respecto de la ilicitud del objeto. En cada caso será preciso indagar si el ilícito incide sobre el efecto buscado por las partes (por ejemplo, renuncia al ejercicio de la acción proveniente de dolo o violencia en que la ilicitud produce la nulidad del acto en todo caso) o si la ley prohíbe el uso del medio empleado. Así por ejemplo, la prohibición del pacto comisorio no impide que el acreedor pueda adquirir la cosa dada en prenda si el precio ha sido fijado por peritos. En ese caso es posible, sin incurrir en ilicitud, alcanzar el efecto deseado, empleando los medios que para el caso la ley establece.

8. *El orden público y las buenas costumbres.* Analicemos por último los conceptos de orden público y de buenas costumbres a los que aluden los artículos 8 y 1830 del Código Civil, para caracterizar el ilícito.

El artículo 8º del Código Civil parece atribuir al Estado la facultad amplia e ilimitada de prohibir a los particulares toda conducta que en concepto de los titulares del poder público convenga declarar ilícita.

En párrafos anteriores he tratado de presentar el ilícito como una conducta: a) contraria a los fines de una determinada institución jurídica, y b) como una conducta contraria a los medios legalmente permisibles para realizar un determinado efecto que se considera reprochable porque perturba el orden social. La prohibición deriva de aquella perturbación que ataca al orden público y a las buenas costumbres. La conducta no es ilícita por ser prohibida.

No toda conducta vedada es ilícita necesariamente. Sólo puede ser calificado como reprochable aquel comportamiento que no es conforme al orden público y a las buenas costumbres.

En verdad, el artículo 8º del Código Civil debería propiamente postular: son nulos los actos ejecutados contra el tenor de una ley prohibitiva, por ser contrarios al orden público y a las buenas costumbres.

Y el orden público y las buenas costumbres no se originan de la ley, no de las fuentes formales del derecho, son la *ratio* de la prohibición o de la conducta imperativamente obligatoria. Uno y otro concepto toman su origen en las fuentes reales del derecho, es decir, en los hechos sociales mismos, en la estructura jurídica, política y económica del grupo social que el legislador ordinario está obligado a respetar y hacer cumplir.

Si el orden público y las buenas costumbres fueran solamente un

dictado del legislador y no coincidieran con las fuentes reales del derecho, incidiríamos en lo que constituyó la razón del descrédito de la escuela de la exégesis: el culto exagerado de la ley, que ha sido definitivamente superado en nuestros días y cuya crítica sería innecesario repetir ahora.

No es este aspecto doctrinal el único que puede hacerse valer contra esa supuesta facultad omnímoda del legislador para la determinación del ilícito. Esta actitud legalista necesariamente degenera —y está degenerando ya— en un poder legislador de la burocracia en el que han caído casi todos los países y que consiste en una anormal actividad legisladora de los empleados administrativos, en toda suerte de materias y problemas para resolver los cuales, lo más expeditivo ha sido la abundante proliferación de la legislación especial, dejando de lado, como ha sido notorio en algunos casos recientes, básicos conceptos de la técnica jurídica y de los principios constitucionales de nuestro régimen.

La adopción de un criterio simplemente legalista para definir el ilícito, es por otra parte completamente inaceptable para el jurista. Aun en el supuesto de que la burocracia legisladora ciñera todos sus actos a la técnica formal para la elaboración de una ley, no puede eludir el deber de consulta a las fuentes reales del derecho, antes de proceder a calificar de ilícita determinada conducta, antes de establecer una norma prohibitiva o preceptiva, válida constitucionalmente.

La naturaleza del ilícito, como algo que escapa y está por encima del poder arbitrario del legislador, se pone de relieve en el caso del fraude a la ley. Los actos realizados en fraude a la ley, cuya ilicitud no creo que alguien ponga en duda, proporcionan un ejemplo bien claro, en el sentido de que el ilícito no reside en la legalidad del acto, sino en la finalidad (*causa turpis*) que se persigue con su realización.

En efecto, el acto que se realiza para defraudar el propósito, la *ratio juris* de la ley, se caracteriza, hasta donde sabemos, porque reviste una completa sumisión a la norma establecida; es un acto realizado para burlar el ordenamiento jurídico acatando mañosamente, respetuosamente, la letra de la ley, pero eludiendo las finalidades que el ordenamiento persigue en su conjunto; mejor dicho, mediante el fraude a la ley se obtiene en vía indirecta, un fin vedado, sin que el acto por sí mismo pueda ser calificado de violatorio de este o aquel precepto. Es un acto ilícito, *contra juris*, pero *secundum lege*.

9. *Legalidad y legitimidad.* Frente al problema de la naturaleza y origen del ilícito, es necesario distinguir, en cuanto a los poderes del Estado, los conceptos de legalidad y legitimidad.

El primero, por su propia naturaleza, se agota en el concepto de ley

resultado del proceso legislativo; proceso o trámite legislativo formalmente establecido en la constitución.

La legitimidad, en cambio, en el esquema de constitución de un estado de derecho, está en la esencia del ejercicio del poder público y es garantía importante de la coexistencia ordenada de la sociedad civil. La legitimidad se inserta en la raíz misma del estado de derecho y se relaciona, considerando el problema desde el punto de vista del derecho privado, con el fundamento de la autoridad de los órganos del Estado y de la soberanía del pueblo.

La legitimidad de un acto legislativo del poder público es la expresión, en forma de ley, de un conjunto de principios rectores de todo un sistema jurídico, económico, político, social, que constituye, por decirlo así, las “reglas del juego” conforme cada uno espera que se desarrolle la convivencia del grupo.

En los países de derecho legislado, la ley, el reglamento, las sentencias de los tribunales, constituyen simplemente una fórmula que expresa o pretende expresar la norma en ellas contenida.

En los países de derecho consuetudinario, la fuerza obligatoria de los precedentes judiciales descansa en que la sentencia es expresión de la norma contenida por la costumbre como fuente real de derecho.

La interpretación del precedente, para aplicarlo a los nuevos casos, no se liga en aquellos países a un concepto letrista, sino que se inclina por extraer del precedente la idea directriz que informa la resolución dictada anteriormente, pues dicha idea expresa una norma de derecho susceptible de ser aplicada a la controversia planteada al juzgador.

Estos principios, que desde el punto de vista de la técnica jurídica informan el concepto de lo ilícito, deben tenerse presentes para el deslinde del campo de su aplicación en el derecho privado, problema en el que los estudiosos de esta rama de la jurisprudencia deben aportar su experiencia, los resultados de sus investigaciones y los conceptos elaborados a través del desarrollo de esa disciplina.

Este aspecto del derecho privado, que podríamos llamar orgánico, puede adaptarse y debe adaptarse a los nuevos requerimientos económicos y sociales del mundo moderno. De ello han dado muestras evidentes los estudios de derecho civil y de derecho mercantil de reciente elaboración y sobre este aspecto he querido llamar la atención de ustedes.

Para terminar esta disertación general sobre el ilícito civil, considerado como ataque o insumisión al orden jurídico, y la gravedad de sus consecuencias, quiero citar la elegante definición del derecho que nos legó Dante Alighieri con profundo sentido jurídico y humanístico:

“El derecho es una adecuada proporción en las relaciones de los hombres entre sí y de estos con las cosas, así que respetando esa debida proporción sirve a la sociedad y corrompiéndola, corrompe a la vez a ésta.”