

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 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.

NUM. 1. DE LAS LEYES QUE INTERESAN AL ORDEN PÚBLICO.

-15- X 46. Dice el artículo 6º 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 debería 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

1 Murlon, *Repeticiones* sobre el Código de Napoleon, t. 1º, p. 62.

trabajo. Cuando no define el legislador, deja ese cuidado á la doctrina; ésta 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.

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

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

X 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, (1) 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 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 jurisconsultos romanos (2), 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, lo hace en la inteligencia de que las impone á las partes interesadas; que prevé sólo lo que ellas querrian 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

X 49. El proyecto decía «*leyes que interesen al público.*» Boulay propuso la redacción actual, *orden público*, y se aprobó sin discusión (3). Los jurisconsultos romanos, de

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

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

3 Loaré. *Legislación civil*, t. 1º, p. 219, 224.

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. 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 jurisconsultos. 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 jurisconsultos romanos califican de *derecho público*, y comprendian 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.

X 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 pri-

1 L. 31 D., de pactis (11, 14).

vado ó á intereses particulares» (1). ¿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 sociedad, puesto que los individuos se creerían autorizados á sacrificar el interés comun á sus conveniencias particulares.

X 51. No ofrece dificultad alguna la aplicacion del artículo 6º en lo que concierne al orden público. Siendo de orden público todas las leyes que se refieren al derecho publico, no pueden ser infringidas por los particulares, bajo pena de nulidad. Tales son las leyes que establecen los impuestos. La ley señala una contribucion á la propiedad raíz y la exige al propietario. ¿Si en un arrendamiento las partes dejan el impuesto raíz á cargo del arrendador, podia 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 contribucion que le impone la ley, dejando á las partes contratantes el arreglo de sus intereses como les convenga.

Tales son tambien 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 jurisdiccion excepcional de los jueces de paz (2). 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 lleva-

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

2 Sentencia de la corte de casacion de 14 de Febrero de 1866 (Dalloz, Coleccion periódica, 1866, 1, p. 447).

1520

das 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 excepcion al principio que entraña el artículo 6º? No; más bien es una aplicacion de ese principio. Efectivamente, implica que pueden infringir las leyes de interés privado; así, pues, la ley que obliga al demandante á seguir la jurisdiccion del demandado, tiene por única base el interés de éste, y es dueño de renunciar á un derecho que sólo ha sido establecido en su favor (1).

X 52. Por ser de orden público las leyes que regulan el estado de las personas y determinan su capacidad ó incapacidad, adolece de nulidad todo convenio que las infrinja. En el artículo 1388 encontramos una aplicacion 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 *supérs-tite* conceden los títulos de la Patria potestad y de la Menor edad.» Serian 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 clasificacion de las personas, el legislador toma en consideracion el interés de todos, el interés de la sociedad. ¿Cuando se trata de fijar la extension 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 nacion es por lo que confiere la patria potestad, fijándole sus caractéres y sus límites. Desde ese punto, el individuo no puede oponer sus convenien-

1930

1992

1 Merlin, en la palabra *Ley*, § 8.

cias al deseo de la ley; y si tratara de hacerlo, serian 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 casacion lo casó *por el 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 emancipacion, y no depende de los ciudadanos suprimirlas. Así está juzgado por la corte de casacion (2).

Un marido mayor de edad cedió á su esposa la administracion de sus bienes y declaró que esta cesion equivalia á una interdiccion judicial. La corte de casacion anuló este extraño convenio, que infringia 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.

X 53. Las leyes que conciernen á los bienes no pertenecen á las de orden público en el sentido de que son extrañas á la clasificacion de las personas. Pueden, sin embargo, ser expedidas en interés general, y entónces quedan compren-

1 Sentencia de 6 de pluvioso del año XI (Daloz, *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 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Interdiccion*, núm. 31).

690
733

didadas en la significacion 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 indivision de bienes, y siempre puede pedirse la particion á pesar de los pactos y prohibiciones que hubiere en contrario.» El pacto que prohibiera la particion seria en consecuencia nulo. ¿Por qué? porque está en el interés público que el legislador prohíba la indivision forzosa. Bajo ese concepto se necesita aplicar el principio tal como lo ha formulado Portalis: «Se anulan los convenios contrarios al derecho público, y entiéndese por derecho público aquel que interesa más directamente á la sociedad que á los particulares.» No son esos, 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 prohibicion de infringir en este caso forma la excepcion. 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 A LAS BUENAS COSTUMBRES.

X 54. Dice el tribuno Faure, en su discurso al Cuerpo legislativo, que las *buenas costumbres* son una dependencia del *orden público*. Le habria, pues, bastado hablar de las leyes que interesan al *orden público*; pero si se añadió las *buenas costumbres*, ha sido para dar á la redaccion *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 definicion. 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? La legislacion 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?

15 X 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 seria por lo mismo nulo. Merlin pregunta si sucederia 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 seria válido? No podría ser atacado en virtud del art. 6º del

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

Código civil, pero seria nulo conforme á los arts. 1131 y 1133. El primero expresa que la obligacion sobre una *causa ilícita* no puede producir ningun 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.

X 56. Los arts. 1131 y 1133 extienden el alcance del principio asentado por el art. 6º, pero aumentan tambien la dificultad de la interpretacion. Toda ley penal se comprende en el art. 6º; pero el Código penal no prevé todas las acciones inmorales. Nace pues la cuestion de cómo puede conocer el juez si un convenio es contrario á las buenas costumbres. La corte de Turin decidió que se debe juzgar contrario á las buenas costumbres lo que la opinion pública reputa ilícito para todos, ó aun para cierta clase de personas (1). La definicion es muy vaga y hasta falsa: pues no hay distincion 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 opinion del juez, si es católico. Si toda la sociedad fuera católica, no habria dificultad, porque no habria 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

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

quejarse de la incertidumbre de la moral (1); 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, salvas 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.

X 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, en el sentido de los arts. 1131 y 1133, el Código no puede ser más formal; pues declara que no deben producir ningun efecto. Esto es más que la nulidad; porque lo que es nulo puede no obstante producir un efecto jurídico, miéntras que la ley no reconoce ningun 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 ó imperativas.

X 58. Llegamos á la cuestion más difícil en esta difícil materia. El art. 6º del código asienta un principio de

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

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: hemos citado como ejemplo el art. 815 que prohíbe la indivisión forzosa. Pero estas diversas categorías de leyes no terminan la cuestion 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?

X 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 declararla. Se funda en una constitucion 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 intencion de la ley, como si estuviera expresamente ordenado; es decir, que todo lo que se ha hecho contra la prohibicion de la ley, sea no solamente inútil, sino que tambien se considere como no hecho, aunque el legislador

690
733

15