

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 también: 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 también se considere como no hecho, aunque el legislador

690
733

15

se haya limitado á prohibirlo, y no haya declarado que lo prohibia bajo la pena de nulidad. Y que si se hace, ó si sucede alguna cosa, ya como consecuencia, ya con ocasion de lo que se ha hecho despreciando la prohibicion de la ley, queremos que se la considere igualmente como nula y de ningun 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 estipulacion de esta naturaleza, ni conferir 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).»

70 X60. Inútil es decir que esta constitucion no tiene ya fuerza obligatoria desde la publicacion del Código. Para que se pueda admitir el principio que ella asienta, es necesario que el legislador francés la haya consignado, si no en términos formales, al ménos implícitamente. Lo que concede ya alguna autoridad á la ley romana, es que la comision encargada de redactar un proyecto del Código civil habia formulado el mismo principio en el libro preliminar que debia servir de peristilo al edificio de la nueva legislacion (2). Se lee en el título IV, artículo 6º: «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 habian 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 razon y si encuentran algun apoyo en nuestros textos. Pues bien, creemos que el principio tomado del derecho ro-

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

2 Se encuentra en Lermínier, *Introduccion á la historia del derecho*, cap. 20.

mano por los autores del código, tienen en su favor la razon 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 prohibicion, los particulares hacen lo que no tienen derecho de hacer: desde entónces sus actos carecen de valor. Esta es la ocasion de decir, con los jurisconsultos romanos, que los individuos no pueden alzarse en contra de la voluntad del legislador; porque si pudieran hacerlo impunemente, ¿qué sucederia con la autoridad de la ley? ¡Qué! ¡la nacion soberana, por medio del órgano del poder legislativo, declara que está prohibido á los ciudadanos celebrar tal convenio; y se encuentran ciudadanos que desprecian la prohibicion y pretenden poner su voluntad sobre la voluntad general: que violan audazmente la ley haciendo lo que ella les prohíbe hacer, y despues el legislador viene á dar su sancion á esos mismos actos que han insultado su autoridad! Porque el no nulificarlos, es sostenerlos, es aprobarlos, es concederles el apoyo del poder público. Obraria mejor el legislador no dando leyes prohibitivas, que permitiendo en su mente violarlas. Es necesario no favorecer la violacion de la ley, porque el respeto á las leyes es la base del orden social.

X61. ¿Cuándo existe disposicion 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?

197 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 autorizacion de su marido.»

198 El artículo 217 dice tambien que: «la mujer *no puede* donar, enajenar, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso sin la concurrencia del marido al acto, ó sin su consentimiento 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; prohibicion 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, despues de haber dicho lo que la mujer *no puede* hacer, el Código agrega, en el artículo 225:

203 «La nulidad fundada en la falta de autorizacion, 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

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

no comienza diciendo que los actos jurídicos hechos por la mujer casada son nulos; supone, por el contrario, esta nulidad, y únicamente decide la cuestion de si la nulidad es absoluta ó relativa, cuestion que en el derecho antiguo daba origen á innumerables pleitos. Luego la combinacion de los artículos 215, 217 y 225 prueba que la prohibicion 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-Préameneu, sostuvieron que las palabras *no puede*, no eran prohibitivas por sí mismas. En su opinion habria sido necesario 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 disposicion prohibitiva; pues bien, en el artículo 1388, la prohibicion trae consigo de una manera cierta la nulidad, puesto que no hace más que aplicar el principio del artículo 6º, el cual, según la confesion de todo el mundo, envuelve nulidad.

X 62. Con estos ejemplos se ve por qué las cláusulas prohibitivas traen consigo la nulidad; y es que la prohibicion 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 tambien 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 dis-

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

posiciones del Código que contienen una cláusula prohibitiva, y en todas encontraremos que la nulidad debe ser la consecuencia de ellas, salvas 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 ellas inherente; las disposiciones prohibitivas 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.

357. 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 3246 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.

X 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 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.» 1980

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

Hay tambien otra razon de esta disposicion, que se une igualmente al interés general; y el legislador quiso asegurar la libertad de las partes contratantes que el matrimonio alteró más ó ménos. Bajo este punto de vista, la nulidad es la sancion necesaria de la prohibicion. Tambien puede referirse al interés de terceros la disposicion 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 seria nula y no impediria á los acreedores el percibirla. Tambien 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 mismos. Así sucede con la disposicion del artículo 2126: y la nulidad no es dudosa, aunque no se encuentre escrita en la ley. Es tambien un interés general el que explica el artículo 2205; y justifica la nulidad que él envuelve.

X 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. Segun los términos del artículo 128 los que han sido puestos en posesion provisoria *no podrán* enajenar los bienes del ausente. Si los enajenasen, la enajenacion será evidentemente nula, porque para enajenar es necesario ser propietario, y los así puestos en posesion 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

636

531

lo mismo practicar ningun acto de disposicion. Hay además garantías prescritas en provecho del menor en materia de transaccion, lo que seria 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 condicion para la validez de la revocacion. 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 prohibicion envuelve nulidad porque la donacion no puede comprender más que los bienes presentes, y el artículo 943 declara expresamente la nulidad, cuando comprende los bienes futuros; luego la particion entre vivos es una donacion. «*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 ningun lazo de obligacion: el que en su nombre, estipula para otro, no adquiere ningun derecho, porque no tiene interés alguno apreciable en que la estipulacion se cumpla, y sin interés no hay accion.

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 prohibicion 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 caucion *no puede* existir sino sobre una obligacion válida, expresa una idea jurídica muy sencilla y es la de que no podrá haber obliga-

3461

2523

-1643