

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

7794 cion accesoria sin obligacion 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 no está dado en la forma auténtica. Segun 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 condicion 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 Prescripcion encontramos la misma locucion 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 prescripcion,» dice el artículo 2220; y no agrega, que la renuncia es nula; y sin embargo, no se puede dudar de la nulidad, porque la prescripcion es de orden público en el sentido del artículo 6. «El que no puede enajenar, *no puede* renunciar la prescripcion adquirida (2222);» «es una condicion esta que se deriva de la renuncia.» «Los jueces *no pueden* de oficio suplir la forma que resulta de la renuncia (2223).» Tambien es esta una consecuencia de la naturaleza de la prescripcion. «*No se puede* prescribir el dominio de las cosas que no están en el comercio (2226);» siempre por aplicacion de los principios elementales de derecho; y siendo la prescripcion 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

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

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

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 redaccion 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 tambien 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 despues del matrimonio ni por acta firmada en papel simple. Esto nos parece que confirma la doctrina de Merlin en vez de debilitarla.

• 66. Alguna vez el legislador, despues 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 razon particular para agregar la nulidad á la prohibicion. El artículo 943 dice que: «la donacion entre vivos *no podrá* comprender más que los bienes presentes del donador.» Hé aquí la prohibicion; despues 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 donacion

2527
2523

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 despues 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 traeria consigo la nulidad? ¿No es un principio que, las disposiciones sobrederogatorias no derogan el derecho comun? 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

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

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 ménos, 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

975

que equivalen á una prohibicion; y entónces 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 expresion 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 intencion 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 tambien 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 ménos 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 confesion de todo el mundo no tienen esta sancion. Tales son las numerosas formalidades que prescribe el código para la redaccion 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, aun cuando sean irregulares? Porque se supone que

tal es la voluntad del legislador. Es decir, que el intérprete, cuando calla la ley, tiene obligacion 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 podian darle.» Esta es la definicion 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 casacion, 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 sustanciales, puesto que organizaban la publicidad, uno de los elementos esenciales de nuestro régimen hipotecario; y de aquí infirió que por su naturaleza debian ser observadas bajo pena de nulidad; pero agregó esta reserva, que debía hacerse una excepcion en los casos en que algun interés no se lastimara por la falta de observancia de la ley, y puso como ejemplo la omision de los prenombrados, ó de la profesion (3). La corte de casacion consagró esta doctrina por un célebre fallo de 22 de Abril de 1807. Partió del princi-

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

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

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

pio 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 1º de Octubre de 1810 la corte decidió que habia, en la inscripción hipotecaria, formalidades no sustanciales que no eran más que un accesorio puramente accidental: que tal era la designacion de la profesion 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 sancion un principio tan importante como el de la publicidad de las hipotecas. Con todo eso la distincion consagrada por la corte de casacion está lejos de quitar todas las dificultades. ¿Cómo saber con alguna certidumbre si tal formalidad es sustancial ó accidental? La corte misma varia en la aplicacion del principio. Nuestra ley hipotecaria puso fin á esas incertidumbres fastidiosas, fijando como principio que la omision 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 el 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 razon. Las nulidades, aun cuando han sido establecidas por un interés general, conciernen en la aplicacion, al interés privado. Por lo mismo, se hace necesario dejar al interés privado el cuidado de perseguir la nulificacion. El legislador no tiene razon alguna para intervenir directamente en esta materia, y su intervencion 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 legislacion civil no hay más que una excepcion de esta regla, y es la que se encuentra en el artículo 692 del Código de procedimientos. En el Código civil, no la hay. Sin embargo, algunas veces se encuentra una expresion que parece indicar la intencion 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 interdiccion posteriormente á ésta, son nulos *de derecho*; pero esto no quiere decir que la nulidad no deba pe-

407
408
409
470