

TITULO IV.

CAPÍTULO IV.

De las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres. — De los pactos celebrados contra ellas y de los actos ilegales en general.

1. Axioma.
2. Transición.
3. Teoría de Gayo.
- 4 á 6. Teoría de Papiniano.
7. Teoría general.
8. Declaración de Teodosio y Valentiniano.
- 9 y 10. Extensión de la teoría de Papiniano y sus causas.
11. Sistema de las Partidas.
12. „ del Código de Napoleon.
13. Comentario de Rogron.
- 14 á 17. Código del Illmo. Sr. Goyena.
18. Teoría del Dr. Sierra.
19. Código del Imperio.
20. „ de Veracruz.
21. „ del Estado de México.
- 22 á 24. Análisis del artículo 16 del Código civil.
25. Cuáles son las leyes á que se refiere el artículo 16 del Código.

26. Qué era derecho público segun la legislacion romana.
27. Qué es derecho público segun la jurisprudencia española.
28. Cuáles son las leyes de derecho privado.
29. Convenios contrarios al derecho público.
30. Acto contrario á leyes prohibitivas.
31. Qué es derecho público.
32. Leyes del Código penal y del de procedimientos.
33. Pactos contrarios á las buenas costumbres.
- 34 á 36. Primer precepto de la justicia.
- 37 y 38. Ley 3ª, título 1º, Partida 3ª
39. Cuestiones de moralidad.
40. Remision del dolo futuro.
41. Los actos ilícitos están declarados imposibles por nuestro Código:
- 42 y 43. Derecho público, segun Sala.
44. Derecho público, segun la jurisprudencia española.
45. Derecho de gentes: qué es.
46. „ privado.
- 47 á 54. Título 6º del Código Napoleon.
55. Actos ilegales en general segun la legislacion romana.
56. Legislacion posterior de los Emperadores.
- 57 á 61. Legislacion de Justiniano.
- 62 á 64. Cuestion: ¿será nulo *ipso jure* todo acto contrario á la ley?
65. Derecho canónico.
66. Ley 59, título 18, Partida 6ª
67. Diferencia entre la ley 28, título 11, Partida 5ª, y la ley anterior.
68. Ley 1ª, título 8º, Partida 3ª
69. Regla general.
70. Código de la Luisiana.
71. Jurisprudencia española.
72. Código de Portugal.
73. Código del Dr. Sierra.

74. Código del Imperio.
75. Código del Estado de Veracruz y del Estado de México.
76. Sistema de la comision de Código.
77. Excepcion que admite el sistema.
78. Pena impuesta á los que celebren convenios contrarios á la ley.
- 79 y 80. Leyes prohibitivas.
81. Generalizacion.
82. Qué son leyes prohibitivas.
- 83 y 84. Qué son leyes de interés público.
85. Actos practicados contra leyes renunciabes.
86. Referencia.
87. Toda ley prohibitiva produce la nulidad del acto prohibido.
88. Transicion.
- 89 á 91. Glosa de Gregorio López.
92. Jurisprudencia extranjera. España.
- 93 y 94. Jurisprudencia inglesa.
95. Comparacion de la legislacion y jurisprudencia española y la de Portugal.

CAPÍTULO IV.

De las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres.— De los pactos celebrados contra ellas y de los actos ilegales en general.

§ 1º

1. Es un axioma incontrovertible en la legislación moderna, lo mismo que en la antigua, el que los particulares no pueden, por medio de pactos ó convenciones que celebren entre sí, impedir que las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres produzcan todo el efecto legal que están destinadas á producir; en consecuencia, tales pactos son completamente ilegales, lo cual nos hará entrar en el exámen del valor que en derecho puedan tener los actos ejecutados contra la prevención de la ley.

2. Por ahora veamos las diferentes doctrinas que á este propósito se encuentran en el Derecho romano.

3. El juriconsulto Gayo, que floreció á principios del siglo II de la Era Cristiana, en el "Comentario del Edicto Provincial," enseñó que los pactos celebrados contra las reglas del derecho civil no son válidos; y despues de establecer este principio general, pone el ejemplo del pacto de liberacion ce-

lebrado por el pupilo sin autoridad de su tutor, diciendo lo mismo del pacto de la misma especie celebrado por el hijo de familias ó por el siervo. (*Ley 28, ff., tit. 14, lib. 2º*)

4. Vino despues Papiniano, y á fines del siglo II enseñó que el Derecho público no puede ser alterado por los pactos de los particulares. (*Ley 38, tit. 14, ff., lib. 2º*)

5. La enseñanza de Papiniano está probando que en su tiempo estaba ya relajada la doctrina de Gayo; y acaso por la extension que se diera á la doctrina de Papiniano, fué necesario que Ulpiano, comentando el edicto de los Ediles, hiciera la aclaracion de ser válidos los pactos que contra tal edicto se celebraran, sea que formaran parte de un contrato de venta ó que se estipularan separadamente.

6. La doctrina de Papiniano es la que figura como concordante de nuestro artículo, y debe advertirse que Dionisio Gothofredo enseña en sus Anotaciones, que por derecho público debe entenderse el que es útil al público; lo cual es inexacto, pues no hay ley que no deba ser de utilidad pública, como lo resolvió Ulpiano, diciendo: "*Jura non in singulas personas sed generaliter constituuntur.*" (*Ley 8ª, tit. 3º, ff., lib. 1º*)

7. Los jurisconsultos en diferentes casos reprobaron los pactos ilegítimos, tales como aquellos que alteraban la forma del derecho fiscal (*Ley 42, ff. de pactis*); los que contenian alguna causa torpe (*Ley 27, § 4º, de pactis*); los que dañaban el derecho de los demas (*Ley 3ª, ff. de transact.*), y por último, aun las cauciones que contenian algun vicio (*Ley 6ª, ff. qui satisdare cogantur*), llevando su justo respeto á la ley, hasta el extremo de declarar que ni aun lo hecho por el Pretor podia derogar el derecho.

8. Los Emperadores Teodosio y Valentiniano resolvieron que todo lo que se hace contra las leyes no solo es inútil, sino que se tiene por no hecho. (*Ley 5ª, tit. 14, C., lib. 1º*)

9. De manera que, segun la tópica legal, el principio que Papiniano estableció con relacion al derecho público, se hizo despues extensivo á todo pacto contrario á las leyes, fueran

ó no de derecho público, en virtud de la resolucion posterior de los Emperadores.

10. A lo dicho contribuyó eficazmente el mismo Papiniano, diciendo en otro lugar, en términos muy generales: *Nam quae facta ledunt pietatem, existimationem verieundiam nostram et ut generaliter dixerim contra bonos mores fiunt nec facere nos posse credendum est.* (*L. filius 15 ff. de condit instit.*)

§ 2º

11. Y tal era en efecto la extension que tenia el principio del derecho romano cuando apareció el Código de las Partidas, que insistiendo en los de la legislacion imperial romana, vino proclamando que "todo pleito que es fecho contra nuestra ley é contra las buenas costumbres non debe ser guardado; magüer pena ó juramento fuere puesto en él." (*Ley 28, tit. 11, Partida 5ª*)

§ 3º

12. El Código Napoleon dice literalmente: "No se pueden derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres." Este cánón de la legislacion moderna tiene sus concordancias en el Código Napoleon, artículo 7º; en el Sardo, artículo 13; en el Holandés, artículo 14; en el de Vaud, artículo 4º, y en el de la Luisiana, artículo 11.

13. El comentador Rogrón nos enseña, que las leyes del orden público á que se refiere el artículo 6º del Código Napoleon, son aquellas que tienen por objeto el interes general de la sociedad; y que como ellas no se refieren únicamente á los intereses de los particulares, no pueden por lo mismo ser renunciadas válidamente; que por este principio no puede un

marido renunciar la potestad marital, ni un padre la patria potestad, y que las estipulaciones que hicieran á este respecto serian nulas: "*Privatorum conventio juri público non derogat.*"

Y despues de poner otro ejemplo, que es el relativo á la apelacion irrenunciable de una sentencia de interdiccion, asienta que se pueden derogar, por medio de convenios particulares, aquellas leyes que tienen por objeto los intereses privados; por ejemplo, una sucesion abierta y una prescripcion consumada, segun el principio de: *Cuique licet renuntiare juri in favorem suum introducto.*

§ 4º

14. El Código del Illmo. Sr. Goyena dice: que no podrán derogarse las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres. (*Artículo 11.*)

15. En la explicacion de este artículo dice: que encuentra más propia la locucion *jus publicum* que la de orden público. Agrega que la ley romana es mucho más lata que la francesa, pues comprende casos que rigurosamente no deberian entenderse comprendidos en la francesa, y sin embargo lo están.

16. Y da por razon, que aunque en la acepcion vulgar "*orden y sosiego público*" son sinónimos, no es tan mezquino el sentido del artículo 11, sino que, por el contrario, se extiende á todo lo que las leyes romanas comprendian en la locucion "Derecho público;" es decir, que se extiende á toda ley que tenga por objeto la moral pública, la forma y solemnidades de los actos ó instrumentos y de los juicios.

17. Y concluye, que aunque por regla general pueden derogarse los pactos privados ó renunciarse las leyes que tienen por objeto primario la utilidad de los particulares, no sucede así con las que al mismo tiempo envuelven utilidad pública

y suelen concebirse en términos prohibitorios, como son las relativas á pródigos, menores y mujeres casadas.

§ 5º

18. El Código del Dr. Sierra decia: Las leyes en cuya observancia está interesado el orden público y las buenas costumbres, no pueden alterarse por ninguna clase de convenios particulares. (*Artículo 9º*)

§ 6º

19. El del Imperio dijo: Las leyes que afectan el orden público y las buenas costumbres, no pueden alterarse por ninguna clase de convenios privados. (*Artículo 9º*)

§ 7º

20. El Estado de Veracruz hizo una modificacion, pues al establecer la insubsistencia del convenio particular que pugne con leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres, agregó: que cuando el contrato principal pueda subsistir sin el convenio contrario á la ley, se tenga este por no puesto, subsistiendo en lo demas el contrato; modificacion que no creyeron necesaria los otros Códigos por el principio de que: *Utile non debet per inutile vitari.*

§ 8º

21. El Estado de México, en su Código, hizo lo mismo que el de Veracruz.

§ 9º

22. Haciendo el análisis de nuestro artículo, tenemos que son objeto de su prescripción las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres; que de estas leyes dice que no pueden ser alteradas ó nulificadas en cuanto á sus efectos por convenios celebrados entre particulares.

23. Despues de hecha la descomposicion de nuestro artículo, cabe preguntar: ¿cuál es la pena con que está sancionada su prescripción? Y si nos fijamos en la palabra "no pueden" de que usa la ley, desde luego ocurre que esta palabra, con una ligera inversion de redaccion, nos da el siguiente precepto: El convenio celebrado entre particulares, no puede alterar ó nulificar los efectos que deben producir las leyes en que se interesan el derecho público y las buenas costumbres.

24. Esta redaccion, que en nada altera la sustancia de nuestro artículo, funda la calificación de ser legalmente imposibles los convenios privados que sean contrarios á leyes de la especie expresada; y como los convenios, cuyo objeto es legalmente imposible, son nulos (*Artículo 1421*), lo es indudablemente el convenio privado á que se refiere nuestro artículo 7º.

25. Ahora, ¿cuáles son las leyes en que se interesan el Derecho público y las buenas costumbres?

26. El Derecho público, segun la legislación romana, era el que se referia al estado romano.

27. Segun la jurisprudencia española, derecho público es el que se compone de leyes establecidas para la utilidad común de los pueblos; y si bien esta definición no da toda la luz que es necesaria en la materia, puede disminuirse mucho la oscuridad que reina en este capítulo, si se dice que son leyes de derecho público aquellas que en su aplicacion práctica no ponen el interes particular de un individuo legalmente

completo, frente al interes privado de otro individuo que se encuentra en las mismas condiciones legales; de modo que ejecutada su prescripción venga á afectar intereses que no son los componentes del patrimonio privado de dos ó más individuos, sino que aunque sea de un solo lado, afecta algo más que el interes privado del individuo, ya sea el doméstico de las familias ó el público de la sociedad.

28. Con esta explicacion puede decirse: que son de derecho privado las leyes que aplicadas á las operaciones de la vida práctica, ponen desde luego y de una manera primaria, inmediata y directa, el interes privado del individuo en contacto con el interes igualmente privado de otro ó otros individuos.

29. Tomando como punto de partida estas conclusiones, debe decirse, que en cumplimiento de nuestro artículo no pueden celebrarse convenios que contraríen el derecho público internacional, constitucional ó administrativo, y que en cuanto al derecho civil la regla debe ser, que no valen los convenios que contraríen aquellas leyes que en su aplicacion práctica afecten no solo el interes privado del individuo, sino algo más, sea que este algo más consista en el interes colectivo de la sociedad ó en el doméstico, pero tambien colectivo de la familia.

30. Con estas reglas podemos decir que el individuo que tiene capacidad jurídica, puede, en materia de convenios, hacer todo lo que no contrarie las leyes del derecho público. Y haciendo la aplicacion del artículo 7º, puede decirse que si el acto que se ejecuta contraria leyes prohibitivas, tal acto seria nulo, aun cuando las leyes contrariadas ó infringidas no fueran de derecho público; y á propósito del artículo 6º debe asentarse que aun cuando se quiera dar validez y consistencia al acto ejecutado, haciendo expresa y especial renuncia de las leyes que están en pugna con él, esa misma renuncia será nula si las leyes son prohibitivas ó de interes público.

31. Un escritor muy conocido en nuestro foro, enseña que

el derecho público comprende la ley fundamental ó constitucion, las leyes relativas á la organizacion de las autoridades y tribunales, las que tienen por objeto reprimir atentados contra la moral y afianzar el buen órden y la seguridad del Estado y de los ciudadanos, las que establecen las condiciones del matrimonio, la patria potestad, la cualidad de las personas, &c.

32. De esta doctrina debe concluirse que forman parte del derecho público las leyes del Código penal y del de procedimientos; de manera que si no fuera expresa la resolucion de algunos artículos de nuestro Código de procedimientos (*Artículos 891, 10º, 911 y 912*), deberíamos decir que no hay ley de procedimientos que sea renunciabile.

33. La segunda parte del artículo enseña que los pactos de los particulares no pueden alterar ni modificar los efectos de las leyes en que se interesan las buenas costumbres.

34. La legislacion romana enseña que el primer precepto de la justicia obliga á vivir honestamente; y uno de los comentadores de sus leyes, explica que con este precepto nos veda la justicia todos los actos que pugnan con las buenas costumbres y con la pública honestidad.

35. Y para dar idea de la extension de este precepto, cita un pasaje de Ciceron que dice: "*Est aliquid quod non oportet etiamsi liceat.*"

36. A este propósito nos dice Paulo: "No todo lo que es lícito es honesto." Esta regla de derecho comentada por Bronchorst, trae doctrinas de muy justa aplicacion en este lugar.

37. La ley 3ª, título 1º, Partida 3ª, que se cita como concordante de la regla de derecho romano, dice: "Et los mandamientos de la justicia, et del derecho son tres; el primero, que home viva honestamente quanto en sí; el segundo, que non faga mal nin daño á otri: el tercero, que dé su derecho á cada uno: et aquel que cumple estos tres mandamientos, face lo que debe á Dios et á sí mismo, et á los homes con quien vive, et cumple, et mantiene la justicia."

38. En el comentario de dicha regla, se ve que Bártolo dijo muy elegantemente, que debemos obrar no solo segun la obligacion, sino tambien segun lo aconseje el pudor, y que por esto se ha establecido que en materia de matrimonios se atiende al pudor y á la vergüenza; esto en efecto tiene aplicacion en las leyes relativas al matrimonio, de que tratan los primeros títulos de la Partida 4ª

39. Se comprende que las cuestiones de la moralidad ó inmoralidad de un acto, no se resuelven por las prescripciones de las leyes positivas, sino por las de la ley natural, de la cual nos ha dicho Ciceron, que no es una en Roma y otra en Atenas, sino que es una misma en todo el universo, y de la cual está tambien dicho no ménos elegantemente: "*Scriptum est in tabulis quod in cordibus non legebant non quod scriptum non habebant sed quod legere nollebant.*"

40. La antigua legislacion española que profesa el principio de ser nulos los pactos contrarios á las leyes ó buenas costumbres, resuelve que no vale el convenio en que se haga remision del dolo futuro porque daria ocasion á pecar; pero sí la remision del dolo pasado (*Ley 29, tit. 11, Partida 5ª*); ni el de volver más de lo recibido fuera de los casos permitidos por derecho (*Ley 31, tit. 11, Partida 6ª, y 21, tit. 1º, lib. 10, Nov. Recop.*); ni el de *quota-litis* (*Ley 14, tit. 6º, Partida 3ª*); ni el de recibir parte por la victoria en el pleito (*Ley 22, tit. 22, lib. 5º, Nov. Recop.*); ni el relativo á la prescripcion de salarios de abogados y procuradores; ni el pacto de heredarse recíprocamente (*Ley 33, tit. 11, Partida 6ª*); ni el que hacen entre sí los que creen que se les deja algo en un testamento que no esté abierto. (*Ley 1ª, tit. 2º, Partida 6ª*)

41. Esto era lo establecido en la antigua legislacion española; y dicho esto debemos recordar que nuestro Código civil resuelve que son legalmente imposibles los actos ilícitos (*Artículo 1423, § 4º*), y que poco ántes nos habia dicho ser nulo el contrato, cuyo objeto es física ó legalmente imposible (*Ar-*