

blico. "*Quislibet potest juri suo renuntiare, modo tamen juri publico simul non renuntiet, quia privatorum pactis jus publicum infringi non potest.*"

81. Tutelar reforma la de nuestro Código, temiéndolo todo de la malicia de unos hombres y de la inexperiencia de otros; sin prohibir la renuncia de las leyes, establece que solamente pueda hacerse, especificándose la ley, cuyo beneficio se renuncia, y no pudiendo nunca recaer sobre leyes *prohibitivas* ó de *interés público*. Así el art. 1,307 (1), del Código, dice textualmente: "Las renunciaciones que legalmente pueden hacer los con- trayentes, no producen efecto alguno, si no se expresan en términos claros y precisos, y citándose la ley cuyo beneficio se renuncia." (2)

82. La legislación española previno, que no valiese ni aún la renuncia especial de ciertas leyes (3). La ley 30 de Toro, que es la 32, tít. 9º, Part. 6ª y la 9ª, tít. 20, lib. 10 de la Nov. Recop., hacen deducir que podían válidamente renunciarse las leyes, cuando no estuviera prohibido renunciar.

83. La principal dificultad, una vez establecido, que no vale la renuncia de las leyes en general, consiste en averiguar, para fijarlo con la posible precisión, cuáles son leyes *prohibitivas*, cuáles de *interés público*, cuáles de *buenas costumbres*.

84. Dice un célebre comentador francés (4), que estas expresiones *orden público* y *buenas costumbres*, es más fácil sentirlas, que definir las. No obstante tan respetable opinión, que

(1) Del libro 3º sobre contratos.

(2) Sentencia de 14 de Marzo de 1874, (Distrito Federal), "Fforo," tom. 3º, núm. 55.

(3) Leyes 17ª y 22ª, tít. 1º; 1ª, tít. 3º; 6ª y 7ª, tít. 11º, lib. 10º, de la Nov. Recop.

(4) Mourlon. Repet sur le Cod. Nap., tom. 1º, pág. 62.

tiene el inconveniente de abrir amplia puerta á las divagaciones y á los errores, creemos del deber de todo comentador afanarse por esclarecer todos los puntos de la jurisprudencia.

85. Dice Domat (1), "que leyes que miran al orden público, son aquellas que se llaman las leyes del Estado, que arreglan la manera con que los Soberanos son llamados al Gobierno, las distinciones y las funciones de los cargos públicos, las que miran á la policía de las ciudades y á los otros reglamentos públicos." No creemos que sea éste el sentido, que las palabras "interés público;" tienen en el Código Civil mexicano, pues de ser así, el art. 6º habría venido, por una parte, á invadir la esfera del derecho constitucional, lo cual no debemos racionalmente atribuir al legislador de 1870, y por otra, dicho artículo proclamaría un principio, de puro evidente y trivial, enteramente inútil en su promulgación. El primer proyecto de Código Civil (2), decía en su art. 9º, "que no podían alterarse por convenios particulares las leyes en que se interesaban el orden público y las buenas costumbres." Creemos, pues, que es en el sentido de leyes de comun utilidad, aún dentro del derecho privado, como deben entenderse las palabras de nuestro actual art. 6º. Así, el juriconsulto español Goyena dice que las palabras "orden público," significan: "todo lo que tiene por objeto la utilidad ó moral públicas, la forma y solemnidades de los actos é instrumentos y de los juicios," y despues añade: "que son por consiguiente de orden público, las leyes que se refieren al estado y capacidad de las personas, á mujeres casadas, etc., etc." Un ejemplo dará idea de la verdadera significación de las palabras empleadas por el legislador. El art. 1,704 del Código, señala cuatro casos, en los cuales, únicamen-

(1) Obra citada, cap. 11, núm. 4.

(2) Proyecto del Dr. Justo Sierra, de 18 de Diciembre de 1859.

te, pueden ser fiadoras las mujeres; supongamos, que alguna ha renunciado esta prohibicion, considerando que era un beneficio particular: ¿valdrá la renuncia? Negativamente ha resuelto esta especie el juez 2º de lo civil (Distrito Federal), por Sentencia de 14 de Marzo de 1874 (1), fundándose, en que aquel artículo establece, por interés social, una taxativa que parece sin embargo encaminada á favorecer simples intereses privados.

86. No siempre que el legislador prescribe algo, atendiendo más al fin de la sociedad, que al interés de los particulares, se vale de expresiones severas y rigurosas, propias para disipar toda duda sobre su pensamiento: hé aquí por qué nos ha parecido conveniente fijar con la mayor exactitud que nos ha sido posible, el sentido jurídico de las palabras, "orden público," que parecen ser, como el género, que comprende las dos especies de *leyes prohibitivas* y de *buenas costumbres*. Todo lo que es, pues, relativo al *orden público* en la legislación, necesario para la utilidad de todos ó la mayor parte de los asociados, conveniente para el orden y marcha de la administración, es generalmente expresado en el Código Civil, por medio de frases *imperativas* ó *prohibitivas*, que deben entenderse en el sentido, de que los contratos de los particulares no pueden, so pena de nulidad, ménos que sujetarse a ellas. Del mismo modo, igual en todos los hombres el conjunto de ciertos principios, que fundados en la misma naturaleza humana, nos imponen á todos cierta clase de obligaciones, el legislador ha querido que no puedan renunciarse, pues su observancia es de comun utilidad, y que su infraccion importe la nulidad de los actos practicados.

87. Esta sancion de las *leyes prohibitivas* y de *buenas cos-*

(1) "Foro", tom. 3º, núm. 55, año de 1874.

*tumbres*, no es, sin embargo, absoluta. El art. 7º, dice en su segunda parte, que los actos ejecutados contra tales leyes, podrán ser válidos, si así se dispone expresamente por el legislador. Arnaldo Vinio, que trata extensamente esta cuestion, dice á proposito de ella: "*Multa fieri vetantur, quae tamen facta tenent.*" Así la ley 59, tit. 18, Partida 3ª, autorizaba la doctrina, de que la venta hecha por el mayor de catorce años y menor de veinticinco, valiera, si estaba autorizada con pena ó juramento, no obstante lo preceptuado en la 28, tit. 11º, Partida 5ª, segun la cual, todos los actos contra la ley eran nullos, aunque se agregara pena ó juramento: los comentadores explican esta ley, diciendo que debe tomarse como una excepcion de aquella. Un ejemplo de infraccion de ley prohibitiva ó de interés público, que no produce nulidad del acto, por expresa disposicion de la ley, se encuentra en los arts. 3,520 y 2,521 del Código, pues á pesar de prescribir el primero: "que una vez cerrado y autorizado el testamento, se entregue al testador, y el notario ponga razon en el protocolo, del lugar, hora, dia, mes y año en que el testamento fué autorizado y entregado," dispone el segundo: "que por la infraccion del artículo anterior, no se anula el testamento; pero el notario incurre en la pena de suspension por seis meses." Así, no obstante ser de notoria utilidad comun, que el testamento se entregue al testador, y que el notario ante el cual se ha otorgado, ponga razon de él en el protocolo, lo primero, para impedir los fraudes que serian posibles; y lo segundo, para el caso de que el testamento se perdiera; la infraccion de esta disposicion no importa la nulidad del testamento. Como éste, pudieran citarse otros ejemplos, tomados de expresa disposicion del Código.

Art. 8.º La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior.

Art. 9.º Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre ó práctica en contrario.

Art. 10. Las leyes que establecen excepciones á las reglas generales, no son aplicables á caso alguno que no esté especificado expresamente en las mismas leyes.

88. Expresion la ley de los intereses de la colectividad social, é inspirada por tanto al ser formada, en razones de un órden muy superior, está su existencia necesariamente muy por encima de todos aquellos acontecimientos, que son suficientes para acabar con las creaciones de los individuos aislados ó nacidas sólo con miras privativas ó pasajeras.

Mientras mueren fácilmente las instituciones promovidas sólo por un interés del momento, ó por motivos meramente particulares, están destinadas á vivir siempre todas aquellas que, encarnando las necesidades de todo un pueblo, traducen su manera de sér social, su civilizacion, sus derechos y el conjunto de las obligaciones que mantienen en él el órden y la tranquilidad públicas.

Tal es el carácter de la ley, obra, no de un sólo hombre, sino de la nacion entera. Con solo fijarse, pues, en el destino que cumplen las leyes, se convence uno fácilmente, de que deben ser inaccesibles á la intriga, al desuso abusivo, á la costumbre empeñada en destruirlas.

89. Antiguamente, sin embargo de que la ley era proclamada (1) *comune preceptum, virorum prudentium consultum*, podía ser derogada por la larga costumbre *longa consuetudi-*

(1) Digesto romano, lib. 1.º, tit. 3.º, Ley 1.ª

ne (1). La misma fuerza tuvo tal manera de derogar las leyes en nuestra antigua legislacion patria, modelada toda ella ó en su mayor parte sobre la legislacion romana; mas se exigía (2), que la costumbre "fuese generalmente usada en todo el reino, porque si era especial, entónce no desataría la ley sino en aquel logar tan solamente do fuese usada." Había costumbre *præter legem, secundum legem et contra legem* (3).

90. Estas disposiciones fueron expresamente derogadas por D. Felipe V (4), quien mandó que no pudiera "admitirse la excusa de decir que las leyes no están en uso."

Como dice el Sr. Goyena, conviene á la dignidad del legislador y á la de la misma ley, que no pueda ser derogada por otra, y con este motivo se recuerda la regla 35 de derecho: *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere quo colligatum est*, y el principio tan conocido: *Ejus est tollere cujus est condere*.

91. En el rigorismo científico del derecho, no es lo mismo *abrogar* que *derogar* una ley. La abrogacion de la ley (5) se diferencia de la derogacion, en que aquella, anula la ley en su totalidad, y ésta, en una sola parte. *Abrogatur legi cum prorsus tollitur, derogatur legi, cum pars detrahitur*.

92. La abrogacion podía hacerse en términos expresos ó tácitos: llámase abrogacion expresa la que era establecida por la nueva ley en términos claros y precisos, diciéndose, que quedaban derogadas todas las leyes contrarias á las disposiciones

(1) Dig. Ley 32, § 1.º, lib. 1.º, tit. 3.º

(2) Ley 6.ª, tit. 2.º, Part. 1.ª

(3) Gregorio López, glosa á la ley de partida anterior.

(4) Ley 11, tit. 2.º, lib. 3.º, Nov. Recop.

(5) Enciclopedia de derecho y administracion, palabra "abrogacion."

de la nueva; llámase abrogación tácita, la que consiste en imponer obligaciones contrarias á las existentes según la ley anterior, ó bien en el cambio verificado en el orden de cosas, que había dado lugar á la expedición de ley determinada, y así se decía: *Cessante in universum legis ratione, cessat lex.*

93. Nuestros artículos 8° y 10° ponen fin fuera de toda duda á la abrogación tácita, estableciendo que las excepciones traídas por una nueva ley á otra, no deben ser tomadas en cuenta, sino cuando son expresas y claras (1), y que solo una ley posterior puede destruir á otra.

Art. 11. *La capacidad jurídica se adquiere por el nacimiento; pero desde que el individuo es procreado, entra bajo la protección de la ley, y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el presente Código.*

94. Este artículo, como dicen los autores del Código de 1870, en su parte expositiva: "sanciona un principio universalmente reconocido, y que desde el Fuero Juzgo hasta las leyes de Toro, ha venido repitiéndose en la legislación española. Aunque el nacimiento es el que da la capacidad jurídica, la ley protege al hombre desde que es procreado. Ha sido necesario consignar el principio, porque de él dimanaban varias disposiciones relativas á legitimación, á reconocimiento de

(1) "Foro" sentencia del juzgado 4° de lo civil del Distrito Federal, de 16 de Setiembre de 1880.—Sentencia de casación del Distrito federal, de 19 de Setiembre de 1881. "Considerando 3°"

"hijos, á tutela y á sucesiones hereditarias, todas de verdadera importancia en el orden social."

Esta exposición de los autores del Código de 1870, no ha dejado de ser verdadera, á pesar de las reformas, que en punto al derecho de testar, han sido hechas últimamente en nuestras leyes civiles. Procuraremos, pues, en el curso de este comentario, señalar las varias aplicaciones que en la materia civil tenía conforme al Código antiguo, y continúa teniendo conforme al moderno, el artículo que nos ocupa.

95. La capacidad para los actos jurídicos depende necesariamente de la reunión de todos aquellos requisitos y condiciones reclamados por la naturaleza misma de los actos de que se trata. Esta dependencia existe lo mismo en el Derecho civil, que en el Administrativo y Político, pues siempre deben ser necesarias en el hombre la aptitud y ciertas condiciones propias para el desempeño de determinadas funciones. Sin embargo, motivos de justicia y de humanidad, trabajando de consuno por emancipar la ciencia del derecho de las trabas del formulismo, que en la primitiva legislación romana eran causa de que, una vez establecido un principio jurídico, se desenvolviese hasta sus postreras consecuencias, frecuentemente con agravio de la justicia misma; y sin atender á la diferencia de circunstancias, lograron desde antiguo que, la capacidad jurídica subordinada al principio, á la existencia *extrauterina*, fuese también adquirida aun por los seres todavía pertenecientes al seno materno, supuesto que eran más dignos que los nacidos, de solicitud y cuidado; y en el término fatal de la naturaleza, habrían de ser, como los otros seres, cooparticipantes también de la vida civil. Pudiera decirse que en esta materia, como en otras muchas del derecho, la *equidad*, tomada esta palabra en su sentido histórico, ha ganado terreno en el campo de la justicia estricta, dulcificando los principios rigu-

rosos de la jurisprudencia primitiva. Es la *humanización* del derecho.

96. En la primera época de la legislación romana, los *no-nacidos*, como personas inciertas *incertæ personæ* no podían ser objeto de las consideraciones del testador ni para la herencia, ni para legados, ni para recibir tutor (1). Así dice Gayo (2): *ac ne heres quidem potest institui postumus alienus; est enim incerta persona* (3).

97. Tal era el derecho primitivo en todo su rigor. Mas abriéronse paso despues en él principios según los cuales, aun aquellos mismos jurisconsultos creían que los *no-nacidos* eran dignos de los cuidados de la ciencia del derecho. Vemos en el Digesto (4), *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur, quoties de commodis ipsius partus quæritur; quamquam allii, antequam nascatur nequaquam prosit.— Qui autem in ventre est, dice otra ley (5), etsi in multis partibus legum comparatur jam natis; tamen neque in presentia questione neque in reliquis civilibus muneribus prodest patri: et hoc dictum est in constitutione divi Severi* (6). De esta suerte quedaron fundados, aun desde la legislación romana, los derechos de los *no-nacidos*, que se consideraban ya co-

(1) Ortolan Instit. de just; tom. 1º, tít. XIII, § 4º

(2) 2, § 241,

(3) Ulp. Reg. 22, 4. *Incerta persona heres institui non potest; quoniam certum consilium debet esse testantis.—Paul. Sent. 3. 6. § 13. Legatum nisi certæ rei et ad certam personam deferatur, nullius est momenti.*

(4) Dig. Ley 7ª, tít. 5º, lib. 1º

(5) Dig. Ley 2ª, § 6º, tít. 1º, lib. 26.—Dig. Ley 26, tít. 5º, lib. 1º.—Gayo 2, § 238 y siguientes.—Dig. Ley 29, § 12, tít. 2º, lib. 28.

(6) Gayo 1. § 147.—Id. 2, § 130.

mo miembros de la sociedad, siempre que se trataba de su utilidad.

Esta teoría tenía dos limitaciones: una era aplazar sus efectos hasta la época del nacimiento, y la otra, privar de sus beneficios al monstruo, y al que reuniese condiciones de vida. *Qui monstrui nascuntur, neque nati, neque procreati videntur* (1). *Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur; veluti si mulier monstruosum aliquid, ant prodigiosum enixa sit* (2).

98. La teoría romana fué recibida por nuestro derecho patrio, y aun ampliada en sus aplicaciones. Una ley del Código de las Partidas, decía. (3) *De mientras que estuviere la creatura en el vientre de su madre, toda cosa que se haga ó se diga á pro de ella, aprovechase ende, bien así como si fuese nacida; mas lo que fuese dicho ó fecho á daño de su persona ó de sus cosas non le empece.*

Otra ley (4) del mismo Código declaraba que: *non deben ser contados por fijos los que nacen de la mujer, e non son figurados como homes, así como si hubiesen cabeza de bestia. E por ende non son tenudos el padre, nin la madre de heredarlos en sus bienes, nin los deben tener, magüer sean establecidos por herederos.* Conforme á otra disposición (5), si una mujer en cinta cometía algun delito por el que debiera ser castigada con la muerte, la creatura que naciese de ella, debía ser libre de pena, para lo cual se guardaba la madre, hasta que se verificase el alumbramiento (6).

(1) Ley 129, de verb. sign.

(2) Ley 14, de stat hom.

(3) Ley 3ª, tít. 23, Part. 4ª.—Ley 8ª, tít. 38, Part. 7ª

(4) Ley 5ª, tít. 38, Part. 7ª

(5) Ley 3ª, tít. 28, Part. 4ª

(6) Esta prevención ha pasado al Código penal español vigente.

99. A los no-nacidos podía dárseles tutor (1): tenían derechos hereditarios (2). La madre en cinta podía ser puesta en posesion de los bienes hereditarios, vivir y mantenerse con ellos (3).

100. Nuestro artículo 11 está tomado literalmente del 6º del Código Portugués, é íntima y necesariamente ligado con el 303, Código civil, que dice: "Para los efectos legales solo se reputa nacido el feto que desprendido del seno materno, nace con figura humana, y que, ó vive veinticuatro horas naturales, ó es presentado vivo al registro civil."

101. Segun el Código civil de 1870, la institucion de heredero resultaba nula, si en ella se omitían los herederos forzosos, aun cuando nacieran despues (art. 3484) de muerto el testador. La superveniencia de descendientes legítimos ó legitimados, naturales ó espurios, reconocidos, hacia caducar el nombramiento de heredero ó la distribucion del caudal en legados (art. 3512). Establecida segun los artículos 3464, 3465 y 3466, cierta distribucion forzosa de los bienes hereditarios, para los casos en que concurrieran hijos legítimos ó legitimados, con hijos naturales ó con espurios, ó aquellos con éstos, estaba mandado por el art. 3513 que, si sobrevenían hijos naturales ó legítimos, instituido ya heredero un espurio y muerto ya el testador (art. 3514), se rectificase la distribucion del caudal hereditario en el sentido fijado por aquellos preceptos. Del mismo modo, segun el art. 2753, las donaciones hechas por quien, al otorgarlas, no tenía herederos forzosos, quedaban revocadas por el solo hecho de sobrevenir al donante hijos le-

(1) Ley 3ª, tít. 16, Part. 6ª

(2) Ley 16ª, tít. 6º, Part. 6ª—Ley 17, id. id.

(3) Ley 7ª, tii. 22, Part. 3ª

gítimos ó legitimados, naturales ó espurios, si nacían viables conforme al art. 327.

102. Abolida por las reformas hechas en 31 de Marzo á nuestro Código civil, la institucion de herencias forzosas (artículo 3,323 del Código civ. vig.), la superveniencia de los póstumos dejó de producir necesariamente los efectos indicados; mas con todo, los no-nacidos (art. 3,236) son llamados á la sucesion, sin que importe su existencia solo intra-uterina. El simple hecho de la concepcion, al tiempo de la muerte del autor de la herencia, unido á la viabilidad en los términos del art. 303, basta para que los no-nacidos sean capaces (artículo 3,289) de adquirir por testamento y por intestado, con tal de que no nazcan despues de trescientos dias, contados desde la muerte de aquel. Esta restriccion está apoyada en la consideracion científica é innegable, de que no pudiendo prolongarse la preñez más allá del décimo mes, el ser nacido despues de ese tiempo, no era el concebido al verificarse la muerte del autor de la herencia (1). La restriccion sin embargo deja de existir, cuando se trata de hijos que nacieren de ciertas y determinadas personas vivas al verificarse la muerte del testador; pues respecto de ellos, dispone el art. 3,290, que no sea necesaria ni la simultaneidad de la concepcion con la muerte del testador, á causa de que, si en el caso del art. 3,289, hay una persona absolutamente *incierto*, como que segun la ciencia, no estaba ni concebida al tiempo de la muerte del testador; en el presente, la certidumbre existe respecto á los padres del póstumo, y se comprende que en una institucion hereditaria de esta especie, el autor de la herencia se ha fijado más bien en aquellos que en éste. Por el art. 2,634 y aplicándose siem-

(1) Nøgele et Grenser. Traite des accouchements, tomo único, pág. 87.

pre la teoría de la libre-testamentifacion, las donaciones hechas por quien, al otorgarlas, no tenía hijos, pueden ser revocadas por el donante, si le sobrevienen hijos legítimos ó legitimados, naturales reconocidos, ó espurios designados, que hayan nacido viables segun el art. 303. Mas si muerto el padre, nace un hijo que sea legítimo, la donacion se considera revocada en su totalidad. Si en alguno de los primeros casos, el padre no revoca la donacion, ésta deberá reducirse segun el art. 2,635, de tal manera que no se perjudique el derecho que por alimentos tienen, segun el art. 2,615, los ascendientes, descendientes y cónyuge.

Los no-nacidos pueden ser, además, legitimados en los términos del art. 334, y reconocidos, segun lo dispuesto en el 351. Por el 428 puede serles nombrado tutor en testamento. El cap. I, tit. 5º, lib. IV, trata de las medidas que el legislador ha establecido, para cuando la viuda quede en cinta.

103. Tales son, brevemente indicados, los efectos civiles para los cuales, segun la ley mexicana, tienen capacidad jurídica los seres no-nacidos.

Art. 12. *Las leyes concernientes al estado y capacidad de las personas, son obligatorias para los mexicanos del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, aunque residan en el extranjero, respecto de los actos que deban ejecutarse en todo ó en parte en las mencionadas demarcaciones.*

Art. 13. *Respecto de los bienes inmuebles sitos en el Distrito Federal y en la Baja California, regirán las leyes mexicanas, aunque sean poseidos por extranjeros.*

Art. 14. *Respecto de la forma ó solemnidad externa de los contratos, testamentos y de todo instrumento público, regirán las leyes del país en que se hubieren otorgado. Sin embargo, los mexicanos ó extranjeros residentes fuera del Distrito ó de la California, quedan en libertad para sujetarse á las formas y solemnidades prescritas por la ley mexicana, en los casos en que el acto haya de tener ejecucion en aquellas demarcaciones.*

Art. 16. *Las obligaciones y derechos que nazcan de los contratos ó testamentos otorgados en el extranjero por mexicanos del Distrito y de la California, se regirán por las disposiciones de este Código, en caso de que dichos actos deban cumplirse en las referidas demarcaciones.*

Art. 17. *Si los contratos ó testamentos de que habla el artículo anterior fueren otorgados por un extranjero y hubieren de ejecutarse en el Distrito ó en la California, será libre el otorgante para elegir la ley á que haya de sujetarse la solemnidad interna del acto en cuanto al interés que consista en bienes muebles. Por lo que respecta á los ratces, se observará lo dispuesto en el art. 13.*

Art. 19. *El que funde su derecho en leyes extranjeras, deberá probar la existencia de éstas, y que son aplicables al caso.*

104. Hasta aquí hemos hablado de la ley, considerando sus condiciones esenciales y la manera con que debe aplicarse en cuanto al lugar, y en cuanto al tiempo. Vamos ahora á exponer cuáles son su fuerza y su campo de acción, la virtud de expansión de que está dotada; en otros términos, cómo se aplica no solo respecto de los nacionales residan ó nó en nuestro