

## CAPITULO PRIMERO

### El derecho en general.—La ley.—Definiciones Caracteres de las leyes.—Noción del orden público y de las buenas costumbres.

La palabra derecho es bastante difícil de definir, porque se emplea en sentidos diversos. Las dos acepciones más importantes y más usadas, á las cuales las demás están unidas, por otra parte, por un lazo estrecho fácil de descubrir, son las siguientes: la primera se encuentra en las expresiones; el derecho francés, el derecho público, el derecho privado, el derecho nacional, etc. En este sentido, la palabra derecho, significa "el conjunto de los preceptos ó reglas de conducta á cuya observancia es permitido constreñir al hombre por una coacción exterior ó física" (1) ó bien conforme á la definición dada por M. Beudant, las disposiciones impuestas ó convenidas que definen y coordinan las relaciones sociales, ó mejor dicho, las reglas que establecen estas. (2)

(1) Aubry. et. Rau. Droit civil français, t. I § 1. 4<sup>a</sup> edic.

(2) Beudant, Le droit individuel et l'Etat 1<sup>a</sup> edit. p. 23.

Este es el punto de vista objetivo; el derecho así entendido, se desprende de las relaciones de los hombres entre sí, y se establece ya por la costumbre, ya por la ley. Se le llama alguna vez también el derecho positivo, "es decir aquel que se halla establecido por las leyes y costumbres de los hombres, que está, por lo tanto, al abrigo de toda contestación y que es cierto y constante."

En la segunda acepción, la palabra derecho está considerada bajo el aspecto subjetivo; se emplea como designando una facultad, una prerrogativa perteneciente á un sujeto determinado. Se dice entonces: el derecho de crédito, el derecho de propiedad, el derecho de hipoteca, el derecho de patria potestad, los derechos civiles, los derechos políticos, etc. Bajo este punto de vista se puede definirlo así: un derecho es un poder atribuido por el derecho (considerado en su aspecto objetivo) á la voluntad de una persona relativamente á cierto objeto. (1) "El derecho, dice Savigny, se nos presenta como un poder del individuo. En los límites de ese poder, la voluntad del individuo reina, y reina por consentimiento de todos." (2)

En esta segunda acepción es en la que emplearemos casi constantemente tal expresión en el curso de esta obra, que está consagrada al estudio de los derechos privados. Es preciso, por de pronto, insistir un poco sobre la primera significación de la palabra, sobre el derecho considerado en su aspecto objetivo.

El derecho abraza todas las relaciones del hombre con sus semejantes, y se divide en varias ramas correspondientes á los diversos géneros de relaciones que la sociedad hace nacer entre los hombres. Las dos más importantes son, conforme á la clasificación tradicional, el derecho público y el derecho privado. (3) El derecho público arregla la organización del Estado, define

(1) Goudsmit, op. cit., § 17.

(2) Savigny op. cit. t. I § IV, p. 7, trad. Guénoux.

(3) Inst. libro I título I § 4.

sus funciones y determina las atribuciones de los poderes públicos que son los órganos del Estado.

El derecho privado tiene por objeto estudiar y reglamentar los derechos que pertenecen al individuo en sus relaciones con los demás hombres considerados como particulares, y establecer los límites que deben asignarse á estos derechos para impedir que invadan los de otro. Se subdivide este mismo derecho en varios ramos, de los que el más importante es el derecho civil propiamente dicho (1), el cual es aplicable á todos los particulares, y estudia los derechos y obligaciones de cada individuo considerado como miembro de una familia determinada y como titular de un patrimonio. El derecho privado general, es común á todos los hombres, mientras, que los otros ramos del derecho privado, como el derecho comercial el derecho internacional privado, no se aplican más que á situaciones especiales y á ciertas personas.

**La ley.**—La palabra ley en su acepción jurídica más lata, significa la regla de derecho que preside á las relaciones de los hombres y que cada uno debe observar y respetar.

El conjunto de estas reglas constituye el derecho positivo entero. ¿Cómo se dictan y proclaman esas órdenes, esos preceptos que se imponen á los individuos? La primera fuente de donde proceden y la más antigua, es la *costumbre*, es decir, el uso, la tradición que eleva al rango de principios de derecho, las reglas aplicadas de una manera constante y uniforme en las relaciones de los individuos. En su origen, el derecho es siempre consuetudinario. Pero bien pronto el hombre experimenta la necesidad de dictar, de formular la regla de derecho en términos expresos, á fin de darle más firmeza y certidumbre; y así aparece el derecho escrito, la ley propiamente dicha.

Tomada en esta segunda acepción que es la usada

(1) Las demás subdivisiones del derecho privado, son el derecho comercial y el derecho internacional privado.

más frecuentemente, se puede definir la ley, la regla dictada por el poder social, que ordena, prohíbe ó permite, y á la cual se debe obediencia por todos. (1) Entre la ley así entendida y el derecho consuetudinario, la diferencia reside exclusivamente en la manera como el precepto se dicta; pero hay estrecho parentesco entre el uno y la otra, puesto que provienen del consentimiento tácito de los individuos; solo que difiere el modo por el cual se expresa este consentimiento.

La ley emana del poder legislativo, y el poder ejecutivo está encargado de velar por su ejecución. En efecto, aquella se encuentra siempre acompañada de una sanción que asegura su respeto y observancia. No hay ley sin sanción, puesto que la ley es la regla necesaria, indispensable que preside las relaciones de derecho, y que ella no puede ser violada sin que esté amenazada la organización social.

Supone, pues, necesariamente la idea de obediencia y de coacción; y toda infracción á las prohibiciones ó á las órdenes establecidas por la ley trae consigo, según los casos, indemnización de daños y perjuicios, multas, la anulación ó ineficacia del acto indebidamente ejecutado, (2) ó al mismo tiempo, varias de estas consecuencias.

Las leyes del derecho privado presentan un carácter particular que las distingue de las leyes del derecho público, y que parece á primera vista destruir el elemento imperativo que se encuentra en toda ley.

La mayor parte de las reglas contenidas en el Código civil son simplemente supletivas ó declarativas de la voluntad de las partes; lo que quiere decir que aquellas no se imponen á la voluntad de las personas, y que éstas son libres, cuando forman una relación concreta de derecho, de determinar, qué consecuencias jurídicas producirá, qué derechos y qué obligaciones hará nacer. Pueden desentenderse de las reglas esta-

(1) Beudant. *Le droit individuel et l'Etat*, 1<sup>a</sup> edic p. 18.

(2) Por excepción ciertas leyes carecen sanción; constituyen simplemente medidas de orden. Ejemplo el art. 171 del Cód. civ.

blecidas por la ley, para reemplazarlas por otras que juzguen preferibles. Las disposiciones legales no se aplican sino á los casos en que las partes no han dicho nada ó no han establecido ellas mismas su ley particular. Numerosos artículos del Código civil expresan esta idea: arts. 1134, 1135, 1387. Civ., art. 6 Civ., etc. El artículo 1387 que se halla colocado al principio del título del contrato de matrimonio, se encuentra concebido en términos muy marcados: "La ley no rige la asociación conyugal, en cuanto á los bienes, sino á falta de convenciones especiales que los esposos pueden hacer como juzguen conveniente, con tal que ellas no sean contrarias á las buenas costumbres, y además, con las modificaciones siguientes:"

Este carácter particular se encuentra en las disposiciones relativas á los actos jurídicos, es decir, á los actos voluntarios que tienen por objeto hacer nacer, modificar ó extinguir derechos. En principios el legislador deja á las personas que ejecutan un acto jurídico, la facultad de hacerle producir las consecuencias que ellas quieran, así como reglamentar sus efectos. Se contenta con formular reglas abstractas, determinar cuales son los derechos y las obligaciones que cada acto produce ordinariamente; y las reglas que establece, reciben su aplicación cuando las personas que ejecutan un acto jurídico, no las hacen á un lado expresamente, lo que es, por lo demás, el caso ordinario. El legislador limita pues su papel, á presumir la voluntad de las partes: "No impone, propone." (1.)

Se podría creer que las disposiciones legales que ofrecen esta particularidad, no son verdaderas leyes, puesto que es permitido derogarlas; pero esto no es sino una falsa apariencia, porque las reglas supletivas establecidas por el legislador deben ser respetadas y obedecidas, cuando no se ha prohibido su aplicación. Si las partes aprovechan la libertad que les es concedida y arreglan ellas mismas sus relaciones de derecho en toda su ex-

(1) Beudant. *Cours de droit civil, Introduction*, n<sup>o</sup> 121; Paris 1896

tensión, hacen una ley especial, concreta, que también presenta con el mismo título que la primera carácter obligatorio; pero que no es aplicable sino en un caso particular. Es por esto que el artículo 1134 del Código civil, decide que las convenciones tienen fuerza de ley para los que las han hecho.

Queda por saber ¿porqué las leyes del orden privado presentan este carácter particular que no se encuentra jamás en el derecho público?

La razón es fácil darla. El derecho privado se halla establecido en favor de los particulares, á fin de determinar la medida en la cual la libertad de cada uno puede ejercerse frente á frente de la de otro en lo que concierne á las relaciones de patrimonio ó de familia. Pero si el orden social está interesado en que los límites de esta libertad se hallen exactamente establecidos y fijados, á efecto de asegurar que la justicia y la moral presidan el comercio jurídico de los individuos, poco importa, una vez trazados esos límites, cómo se ejerza esa libertad, con tal que no salga del dominio determinado por la ley. Es asunto de los hombres debatir sus intereses, y arreglar las consecuencias de los actos que ejecutan. (1)

Pero no todas las leyes del orden privado presentan este carácter de disposiciones supletivas ó declarativas de la voluntad de las partes. La libertad del hombre está circunscrita en los límites trazados por el legislador porque esta libertad no puede ser útil y fecunda, sino á condición de no degenerar en licencia y de comprometer el interés común el orden público en el Estado y al mismo tiempo de no invadir el dominio de la liber-

(1.) En una sociedad como la nuestra que estima en muy alto precio el desenvolvimiento del espíritu de iniciativa que tiene fe en su fecundidad y confianza en sí misma para el arreglo de las relaciones de intereses entre los hombres, la ley no limita la libertad de cada uno sino lo menos posible, es decir, en tanto que esta es compatible con la libertad de otro, ó inconciliable con las ideas esenciales sobre las que reposa la constitución social" Houques-Fourcade y Baudry Lacantinerie, Des persones, I n° 266; Paris.

tad de otro. Así encontramos en el derecho privado leyes absolutas ó imperativas, las cuales no es permitido derogar.

Los motivos que determinan al legislador á dictar reglas colocadas por encima de la voluntad de los particulares, pueden ser de dos clases: en primer lugar, como acabamos de decir, conviene asegurar el mantenimiento del orden público, es decir, del orden general que forma el sostén de la organización social, y el respeto de la moral pública, prohibiendo todos los actos cuya naturaleza puede turbar la economía, la armonía de la sociedad ó atacar las buenas costumbres.

Al mismo tiempo, y en segundo lugar, la ley debe asegurar ayuda y protección á las personas que su edad, su sexo, sus enfermedades, las hacen incapaces de defender ellas mismas sus intereses, y que pudieran ser víctimas de su debilidad ó de su impericia, de su inexperiencia cuando ejecutan un acto jurídico; de una manera más general ella debe proteger á toda persona contra el perjuicio inmerecido que un acto jurídico puede causarle en ciertas circunstancias. Pero esta segunda categoría de disposiciones, debe ser necesariamente imperativa, porque es evidente que las reglas dadas para proteger á una persona faltarían á su objeto, si pudieran ser hechas á un lado por la voluntad de las partes. Así las leyes imperativas en materia de derecho privado, serán de dos especies: leyes destinadas á asegurar el mantenimiento del orden público y el respeto de las buenas costumbres, leyes de protección de intereses privados.

Basta recorrer los textos del Código civil, para encontrar entre las disposiciones que tienen un carácter prohibitivo ó imperativo, que en ellas existen las dos categorías que acabamos de señalar. El artículo 6° nos dice desde luego: "No se puede derogar por convenios particulares las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres;" y varias disposiciones contenidas en el Código no hacen más que aplicar este principio: art. 335 del Código civil, art. 791 Código civil, etc.

Por otra parte, un gran número de artículos concebidos en la forma imperativa ó prohibitiva, tienen por objeto establecer medidas de protección. Estas medidas de protección son de dos especies. Unas establecidas en favor de todas las personas que pueden estar interesadas en un acto jurídico: así la ley decide que ciertos actos que estima de una importancia, de una gravedad particulares, deberán ser hechos en una forma determinada, ante oficiales públicos, cuya presencia constituirá una garantía y una protección para aquellos que concluyan un acto de esta especie; estos actos se llaman actos solemnes, y son en corto número. Los principales son, en el derecho de la familia, el matrimonio, la adopción, el reconocimiento de un hijo natural, y en el derecho del patrimonio, el contrato de matrimonio, la donación entre vivos, el testamento, la hipoteca, etc. Las reglas sobre la forma de los actos, están destinadas en cierta medida á asegurar la conservación del acto y á facilitar su prueba, pero, ante todo, se han establecido para garantizar y proteger á las personas que ejecutan esos actos, porque tienen por objeto llamar la atención sobre la importancia que presentan y las consecuencias que entrañan, y asegurar la independencia y la libertad de las partes.

En segundo lugar, el Código civil contiene toda una serie de disposiciones destinadas á proteger directamente á ciertas personas en los casos en que ellas han sido engañadas, ó bien cuando son incapaces á causa de su edad ó de sus enfermedades de administrar por sí mismas su patrimonio; por ejemplo, cuando yo contrato bajo el imperio del error, del dolo, de la violencia, cuando sufro una lesión considerable en la venta de un inmueble, puedo pedir la nulidad del contrato. De igual modo, el menor, el sujeto á interdicción, la mujer casada que han ejecutado un acto sin conformarse á las prescripciones que la ley establece en su favor, pueden hacer pronunciar su nulidad. ¿Por qué en estos diferentes casos el legislador impone á las partes la obligación de conformar-

se, bajo pena de nulidad, á las reglas que establece? Evidentemente que con un fin de protección á favor de estas personas que, ó son incapaces, ó han sido engañadas, violentadas ó lesionadas. (1)

En resumen las leyes imperativas del derecho privado, son ó bien leyes de orden público, ó bien leyes de protección de intereses privados (2)

Se puede invocar en apoyo de esta distinción un pasaje de los trabajos preparatorios del Código civil que la confirma de un modo muy claro. En su discurso al Cuerpo Legislativo, Portalis oponía el derecho público al derecho privado y decía que el primero es aquel que interesa más directamente á la sociedad que á los particulares, mientras que el segundo interesa más á los particulares que á la sociedad. Añadía que 'á esta distinción correspondía la de las nulidades absolutas y las nulidades relativas. Ahora bien, las disposiciones de la ley que tienen por objeto proteger á los incapaces son sancionadas, no por la nulidad absoluta ó la inexistencia, sino por la nulidad relativa. (3)

[1] Las medidas de protección establecidas por el legislador en favor de los incapaces, sin duda afectan el orden público, porque es indispensable que en una sociedad civilizada las personas que la edad ó las enfermedades las colocan en una situación de inferioridad, estén protegidas contra las maquinaciones de los terceros de mala fé y contra las consecuencias perjudiciales de una administración inexperta de su patrimonio. El principio de la protección debida á los incapaces es, pues, de orden público; así será preciso decidir que toda cláusula por la que un incapaz renuncie de antemano, al ejecutar un acto, á prevalerse de su incapacidad, sería nula y se tendría por no puesta, como contraria al orden público. Pero como observa muy justamente M. Pillet, *De l'ordre public en droit int privé (Paris, Grenoble 1890 p, 34)* es solo el principio de protección el que es de orden público. En cuanto al modo de organizar esta protección, en cuanto á las disposiciones positivas establecidas por la ley, deben tenerse ante todo como medidas de protección de intereses privados.

[2] Alglave, *Actión du ministere public, t I p. 601 y sig*; Toullier *Droit civil In 108*; Pillet *De l'ordre public en droit international privé; Paris Grenoble, 1890 p 33 y 34*

[3] Art 1125 Civ. Véase Loaré *Legislation t. I p. 48 El art. 83 Procciv.* demuestra igualmente que el legislador ha tenido la inten-

Nos falta ahora determinar cuales son entre las leyes imperativas, las que descansan en consideraciones de orden público ó en el respeto á las buenas costumbres.

¿Qué es preciso entender por estas palabras orden público y buenas costumbres? (1)

**Orden Público.**—Determinar cuales son las leyes de orden público, es cosa difícil, porque se trata de una expresión un poco vaga que la ley no ha definido en ninguna parte; pero esta determinación es importante y debe intentarse, pues las leyes de orden público presentan caracteres particulares que las distinguen profundamente de las otras leyes civiles.

Desde luego, como acabamos de verlo, no es permitido derogar las leyes de orden público, y todas las veces que en un acto jurídico una persona haya desconocido una disposición legal fundada en consideraciones que afectan al orden público, ese acto será ineficaz, es decir, que no podrá producir ningún efecto, aun cuando la ley no haya unido expresamente esta sanción á la regla que dictaba; se tendría por no pasado. En efecto, si la ley reconociese algún valor al acto hecho con violación de sus disposiciones, se pondría en contradicción consigo misma. (2)

En segundo lugar, resulta del artículo 3º del Código civil, que las leyes de policía y seguridad son territoriales, es decir, que obligan á todos los que habitan el territorio, no solo nacionales sino también extranjeros, y por esta expresión los redactores del código han querido designar indudablemente las leyes de orden público.

ción de distinguir las leyes de orden público y las leyes de protección, porque somete el conocimiento del ministerio público: 1 Los asuntos que conciernen al orden público; 2 los que conciernen al estado de las personas, y las tutelas.

(1) Consultese además de los autores citados antes, Despagnet *Journal de droit international privé*, 1889 p 5. y 207, Beudant *Cours de droit civil, Introduction*, § 119 á 125; Baudry Lacantinerie et Houques Fourcade, *Des personnes* t. I. § 265 á 286.

(2) Así el art. 900 del Código civil decide que en toda disposición entre vivos ó testamentaria se reputan no escritas las condiciones

En fin, el ministerio público tiene el derecho de promover de oficio la ejecución de las leyes en materia civil en aquellas disposiciones que interesan al orden público. (1)

De una manera general se puede decir, que el orden público, es el orden en el Estado, es decir, el arreglo de las instituciones, la organización de las reglas que son indispensables para la existencia y funcionamiento del Estado. La palabra orden público, indica, en efecto, la idea de una disposición lógica, de una subordinación que dá al conjunto unidad y vida.

Por su naturaleza misma las leyes civiles de orden público deben ser la excepción, toda vez que el derecho civil está destinado á reglamentar las relaciones de los individuos entre sí, esto es, intereses puramente privados; estas leyes no afectan al orden público sino en la medida en que establecen el límite de libertad de los individuos, á fin de impedir que esta libertad se convierta en una causa de desarreglo, de perturbación para el orden social y la seguridad general. Solamente en el caso en que pueda haber conflicto, oposición entre el interés privado y el interés general, es cuando el legislador tiene derecho de dictar disposiciones, que aun cuando arreglen relaciones de particulares, se impongan á su voluntad.

contrarias á las leyes ó á las buenas costumbres. El art. 1172 Civ. dispone que toda condición de una cosa prohibida por la ley es nula y hace nula la convención que de ella depende: y así, en fin, el art. 1181 Civ. declara que la obligación que tiene una causa ilícita no puede producir ningún efecto. Sin embargo, en materia de matrimonio hay una particularidad que señalar. La ley establece cierto numero de impedimentos para el matrimonio que, aun cuando fundados en consideraciones de orden público, son simplemente prohibitivos, lo que significa que, si á pesar de la prohibición hecha, el oficial del Estado civil procede á la celebración del matrimonio, este no puede ser atacado por tal capítulo. La anulación del matrimonio es un partido extremo cuyas consecuencias son muy graves bajo el punto de vista de la familia, y la ley no se resuelve á ello sino en ciertos casos limitativamente determinados.

(1) Art 46, segunda parte, ley de 20 de Abril de 1810. Véase sobre este texto que suscita una grave dificultad, Alglave, *Action*