

*SECCION II.—De los actos conformes á la ley.*

34. Es un principio muy elemental que los actos conformes á la ley son válidos. Hay que agregar: el legislador les debe su sancion, es decir, el apoyo del poder público, para asegurar la ejecucion forzosa de las obligaciones que de ellos provienen, y en consecuencia, de los derechos que de los mismos resultan. De aquí una consecuencia importantísima en la cual nos ocuparemos más adelante. Si pues los actos conformes á la ley están colocados bajo la proteccion del legislador, si éste está obligado á asegurar su ejecucion, claro es que no puede modificarlos, ni alterarlos en manera alguna, ni mucho ménos anularlos, dando nuevas disposiciones sobre la validez de esos actos. Por el solo hecho de que los ciudadanos se ajusten á la ley, deben estar seguros de que sus actos producirán los efectos que la ley les concede, desde el momento en que la cumplen. Precisamente para darles esta confianza, esta seguridad, da el legislador las leyes. ¿Qué seria de las leyes y de su autoridad si pudiesen modificar mañana lo que hoy determinaron?

35. Este principio debe, sin embargo, combinarse con otro igualmente esencial. La mision del legislador es velar incesantemente por los intereses generales de la sociedad, y puede, por lo mismo, ordenarlos como lo juzgue mejor. Más que un derecho para él, es un deber. Debe llenarlo, aun cuando perjudique intereses particulares, porque la esencia de la sociedad consiste en que ceda el interés individual ante el interés social. De aquí resulta, que el legislador puede y debe corregir las leyes, siendo como es el poderoso agente del progreso. En consecuencia, el progreso seria imposible si el legislador se detuviese ante el interés de los individuos. Empero, si el legislador puede y

debe innovar, no le es permitido atentar contra los derechos de los ciudadanos: en este punto debe detenerse. En vano invocaria el interés general; el mayor interés que pueden tener los hombres reunidos en sociedad, es que sean respetados sus derechos. De aquí dimana la doctrina de la no retroactividad de la ley, que más adelante exponremos.

*SECCION III.—De los actos contrarios á la ley.*

## § 1º Principios generales.

36. ¿Son nulos los actos contrarios á la ley? De pronto se podria creer que el legislador debe calificar de nulo todo acto que viole sus prescripciones. ¿No es la base del orden social la autoridad de la ley? ¿qué seria de esta autoridad si pudiesen los ciudadanos desconocerla impunemente? ¿Cuando un particular se permite desobedecer al legislador, haciendo lo contrario de lo que se le prescribe, no es preciso anular este acto para proteger el respeto que se debe á la ley? ¿No es colocar sobre la ley á los individuos, es decir, encima de la soberanía nacional, tolerar un acto que menosprecie de alguna manera al legislador? En este orden de ideas la nulidad de los actos contrarios á la ley parece ser la sancion natural, necesaria de la voluntad general.

Sin embargo, este principio nunca ha sido admitido de una manera absoluta. Es cierto que la autoridad de la ley no seria más que una palabra vana, si pudiesen los ciudadanos violarla impunemente; pero eso supone que el legislador ha ordenado ó prohibido una cosa de interés general. Ahora bien, sucede con frecuencia que la ley determina en un interés puramente privado, sin querer prescribir ni pro-

hibir nada. Sucede tambien que al disponer sobre un interés social no quiere el legislador agregar la pena de nulidad á la inobservancia de sus disposiciones. Es decir, que no hay principio absoluto en esta materia; es preciso ante todo ver cuál es la voluntad del legislador.

37. Cuando el legislador dicta leyes sobre los contratos, no pretende imponer á las partes contratantes las reglas que señala acerca de las condiciones y los efectos de los convenios. El principio es, por el contrario, dejarlas en entera libertad. Esta libertad es la esencia de los contratos. Hácense en un interés individual; ¿y quién es el mejor juez de este interés? El legislador no puede tener la pretension de conocer mejor que las partes interesadas lo que exige su interés. Por otra parte, le seria imposible prever las mil circunstancias en que están colocados los individuos y la inmensa variedad de las relaciones civiles que en cada caso particular exigen una cláusula diferente. La libertad es, por lo mismo, la esencia de los convenios. Sentado esto, ¿cuál es el objeto de las leyes que sobre esta materia dicta el legislador? No pretende ni ordenar ni prohibir; cíñese á señalar reglas generales para utilidad de las partes contratantes; prevé, presume lo que éstas pueden querer segun la naturaleza de los diferentes contratos. Si las partes quieren lo que el legislador presumió que querrian, no tienen necesidad de escribir en sus actas todas las obligaciones y todos los derechos que naturalmente se desprenden, y no tienen más que referirse á la ley en la que se encuentra escrito todo lo relativo. Si sus intenciones no concuerdan con las que supuso el legislador, pueden infringir la ley; el legislador se los permite, y estas infracciones son perfectamente válidas.

El código establece este principio para el más importante de los contratos; segun los términos del artículo 1387, «la ley no regula la sociedad conyugal, en cuanto á los bie-

nes, más que á falta de capitulaciones especiales que pueden hacer los esposos como juzguen conveniente.» Lo que la ley dice del contrato de matrimonio, se aplica á todos los contratos. Resulta de esto que no puede tratarse de anular los convenios que violen la ley. En ello no hay violacion, puesto que el mismo legislador permite infringir las reglas que establece. Infringir las leyes sobre los contratos, es sujetarse á la voluntad del legislador, más bien que contrariarla. Por eso mismo son perfectamente válidas esas infracciones.

38. Encuéntranse, no obstante, en las leyes sobre los contratos, disposiciones que no pueden infringir las partes. Tal es el artículo 1674, que dice que el vendedor no puede renunciar de antemano el derecho de pedir la rescision por causa de lesion; tiene el derecho de pedir la rescision aun cuando la haya renunciado expresamente. La renuncia está, pues, afectada de nulidad. ¿Es esto una excepcion al principio que acabamos de exponer? Podria creerse, y asi se ha dicho (1). ¿No está establecida en interés del vendedor la rescision por causa de lesion? Deberia tener, pues, el derecho de renunciar, y sin embargo, la ley declara nula su renuncia. La razon de esto es que la renuncia está viciada por la misma causa que vicia la venta; y por eso mismo el legislador no podia admitirla. Hay tambien de por medio un interés general; y consiste en que por causa de equidad, de humanidad, viene la ley en auxilio del vendedor y lo permite rescindir un contrato que le ha impuesto el comprador abusando de su posicion desgraciada. En consecuencia, desde que el interés no es puramente individual, no puede recibir su aplicacion el principio que permite á las partes infringir la ley.

1 Vallet sobre Proudhon, *Tratado acerca del estado de las personas*, t. 19, p. 8, nota.

39. ¿Pueden las partes contratantes infringir las leyes que son de interés general? La negativa se deduce de la esencia misma de estas leyes. Deja en libertad á los individuos para infringir leyes que no conciernen más que á su interés privado, y que no hacen más que prever lo que quieren los contratantes. Pero cuando se trata de un interés general, el legislador no se remite ya á la voluntad de los individuos. Es seguro que siempre tiene en cuenta su interés, puesto que el conjunto de los intereses particulares es el que forma el interés general; pero puede ser, y sucede con frecuencia, que el interés social esté en oposicion con el interés de tal ó cual persona. ¿Cuál debe ceder en este conflicto? Evidentemente el interés privado. Luego cuando el legislador dispone en interés de la sociedad, impone la voluntad general á las voluntades particulares, lo que implica que los individuos no pueden infringir la ley, porque, infringiéndola, pondrian sus conveniencias encima de las conveniencias de la generalidad. Si se les permitiera violar una ley de interés general, entónces la consideracion de la autoridad de la ley recobraría toda su fuerza. Si las voluntades particulares deben plegarse ante la voluntad general, los actos por los que un individuo se coloca en oposicion con la voluntad de todos, no pueden ser sostenidos sin comprometer la existencia misma de la sociedad. Es necesario, para salvar la autoridad de la ley, que esos actos sean tachados de nulidad.

40. Falta saber qué leyes son de interés general. No es tan sencilla la cuestion como aparece á primera vista. Efectivamente, el interés general es inseparable del interés privado. Sería una singular manera de proveer al interés de la sociedad, ofender y herir el interés de los individuos. El interés social y el interés individual se enlazan, se confunden y con frecuencia es difícil distinguirlos. No es esto todo. Hay materias que son evidentemente de interés gene-

ral. ¿Quiere decir que el legislador pretende prescribir, so pena de nulidad, las menores formalidades que á ello se refieren? El legislador mismo ha manifestado una intencion contraria. Ciertamente que el matrimonio es de interés general; pero de esto no se sigue que todas las formalidades que prescribe la ley en esta materia, tengan una importancia bastante grande para que el legislador tache de nulidad la menor inobservancia de la ley. No obstante estar encargado de anular el matrimonio en todos los casos en que no se haya observado una formalidad cualquiera, no pronuncia la nulidad sino por causas graves. No es bastante, por lo mismo, que una materia sea de interés general para que por solo eso todas las disposiciones que le conciernen sean prescritas so pena de nulidad. Esto complica la dificultad. ¿Cuándo permanecerá válido el acto, á pesar de la inobservancia de la ley? ¿Cuándo debe ser anulado?

41. Hay un principio en el cual todos están de acuerdo, y es que las nulidades no pueden ser establecidas más que por la ley, y que solo la ley tiene derecho de pronunciarlas (1). El juez no puede anular por su propia autoridad, un acto que el legislador no ha querido anular. Efectivamente, los tribunales tienen por única mision aplicar la ley; no pueden formarla; y formar la ley sería pronunciar una nulidad. Al legislador, y sólo á él corresponde ver qué sancion quiere dar á sus disposiciones: esta cuestion no puede ser decidida sino por el poder legislativo, el cual está llamado á conciliar los diversos intereses, dando la preferencia al de mayor consideracion. En este sentido es en el que se debe entender el singular adagio del antiguo derecho que *las nulidades son odiosas*. Si esto se tomara en el sentido literal, implicaría una censura contra el legislador, porque supone que hay nulidades inútiles, nulidades que sólo sirven para favorecer la tendencia al embro-

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

llo (1). La nulidad que la ley pronuncia es una sancion de la voluntad del legislador, y si las leyes no fueran sancionadas carecerian de autoridad. Nada es, pues, más legitimo que las nulidades. Empero, tambien traen consigo grandes inconvenientes: introducen la confusion en las relaciones civiles, y destruyen lo que han pactado las partes interesadas, lo cual redundo, con frecuencia, en contra de terceros. Precisamente por esta razon sólo el legislador puede establecer las nulidades.

42. Cuando se trata de pronunciar la nulidad de un acto contrario á la ley, debe el legislador pesar el mal que resulte de la inobservancia de la ley y el mal que produce la anulacion. Si sostiene el acto, aunque la ley haya sido violada, compromete su autoridad; las leyes impotentes no son respetadas, y sin el respeto á la ley no hay sociedad. Por otra parte, si el legislador anulara todo acto que contuviera la menor irregularidad rebasaria el límite; está en el interés de la sociedad que anule: ahora bien, el interés de la sociedad no exige ese lujo de nulidad, porque á fuerza de asegurar la autoridad de la ley, se la haria realmente odiosa, puesto que los ciudadanos se verian á cada instante inquietados en sus posesiones; y esta inquietud puede ser un mal mayor que la inobservancia de la ley. No todas las disposiciones de las leyes tienen la misma importancia. Así es que el legislador no puede tolerar la violacion porque haya de por medio un interés capital. Por el contrario hay algunas que prescriben formalidades, útiles sin duda, pero de un interés secundario. ¿Anulará el legislador los actos del estado civil, por inobservancia de la menor formalidad, la falta de un pronombre, la mala indicacion de una profesion? (Código civil, artículo 34). Se cuidaria mucho de hacerlo, porque anulando los actos irregulares, comprometeria el estado de los ciudadanos despo-

1 Solon. *Tratado de las nulidades*, p. IV.

jándolos de la prueba ordinaria de los hechos que la constituyen. En otras materias, por el contrario, el legislador exige con rigor la observancia exacta de las formas que prescribe. El artículo 1001 pronuncia la nulidad de los testamentos desde el punto en que no se haya observado alguna de las formalidades establecidas por la ley; la razon de esto es que esas formalidades tienen por objeto garantizar la libre expresion de la voluntad del testador, y son, por lo mismo, esenciales.

43. La nulidad es en medio extremo al que no recurre el legislador sino en casos de necesidad. Hay en este punto una sancion que no presenta los mismos inconvenientes, y es la multa ó el arresto. La ley se conforma con esta sancion para asegurar la regularidad de los actos del estado civil (Código civil, artículo 50). ¿Será preciso deducir que «cuando la ley impone una multa no ha lugar á anular el acto irregular? (1)» Esto es por las irregularidades que cometen los oficiales del estado civil en la redaccion de las actas; sin embargo, no es una regla absoluta, ni aun en materia de estado civil. El artículo 136 castiga con multa y prision al oficial del estado civil que proceda á la celebracion del matrimonio de hijos menores, sin que conste en el acta del matrimonio el consentimiento de los padres; lo cual no impide que el matrimonio sea nulo si no ha sido dado ese consentimiento. En materia de inscripciones hipotecarias, concurre la nulidad junto con la multa. (Ley de 16 de Diciembre de 1851, artículos 85 y 132).

44. Puesto que las nulidades sólo pueden ser declaradas por la ley, puesto que toca al legislador ver qué sancion manda establecer para asegurar la observancia de sus disposiciones, si ordena conformarse con una pena pecuniaria, ó si manda acumular la nulidad y la multa, preciso es de-

1 Perrin. *Tratado de las nulidades*, p. 193 y siguientes.

ducir que al legislador corresponde declarar su deseo, de manera que no quede ninguna duda acerca de su voluntad. Sin embargo, no siempre lo hace el legislador. Los autores del Código lo han hecho solamente en dos materias, en el matrimonio y en los testamentos. Existe allí un capítulo especial relativo á las demandas de nulidad de matrimonio, y es de principio que no puede ser anulado el matrimonio, sino cuando la ley pronuncia la nulidad. El Código civil establece ciertas causas que sirven de obstáculo para que se celebre el matrimonio; pero si á pesar de los impedimentos legales el oficial del estado civil procedió á la celebracion del acto, el Código no permite oponerse á ello. En razon de la importancia del matrimonio, el legislador ha tenido cuidado de decidir cuáles son las condiciones cuya inobservancia produce la nulidad, y cuáles forman únicamente un impedimento prohibitivo. Entre las numerosas formalidades que prescribe el Código, sólo las que se refieren á la publicacion pueden dar motivo á que se anule el matrimonio. La ley no ha querido ordenar la nulidad de un acto tan importante por la inobservancia de formalidades no esenciales. ¿Si se ha omitido en el acta de matrimonio indicar el domicilio de uno de los testigos ó aun el del padre y de la madre de los futuros conyuges, seria esto una razon para anular el matrimonio? La anulacion produciria un mal infinitamente más considerable que la subsistencia del matrimonio, aun cuando éste adoleciese de una ligera irregularidad. Si la ley se muestra más rigurosa en materia de testamentos, es porque la inobservancia de las formas hace nacer una duda sobre la verdadera voluntad del testador, y desde que hay duda, no puede ser válido el testamento.

45. Los autores del Código civil no hicieron para las otras materias lo que creyeron deber hacer para los matrimonios y testamentos. ¿Que harán los jueces en el silen-

cio de la ley? La doctrina y la jurisprudencia admiten como principio que la nulidad puede ser pronunciada en virtud de la voluntad tácita del legislador. En teoría la voluntad tácita, debe tener la misma fuerza que la voluntad expresa. Siempre forma la ley la voluntad del legislador: ¿qué importa cómo se exprese? A decir verdad, no existe el silencio de la ley, porque si no se manifestase de alguna manera la voluntad del legislador, seria el juez quien declararia la nulidad, y ya dijimos que el juez no tiene derecho para ello. Empero, si la teoría de las nulidades tácitas ó virtuales debe ser admitida, no es ménos cierto que esa teoría es vaga, y por lo mismo, peligrosa. ¿Cómo saber que la voluntad del legislador es anular el acto contrario á la ley? Contestar, como lo hace uno de nuestros mejores autores, que el juez debe declarar la nulidad cuando es una consecuencia de los principios generales de derecho, es no decir nada, porque subsiste la dificultad (1). ¿Cuáles son esos principios generales de derecho invocados por Zachariae? El autor no lo dice. Confesémoslo; en el Código civil hay un vacío: el legislador es quien habria debido examinar, en cada caso, si la inobservancia de la ley debe ó no producir la nulidad. Los autores del Código descuidaron hacerlo. Resulta de esto que el juez debe entregarse al trabajo que incumbe al poder que dicta la ley. ¿Debe ver lo que habria decidido el legislador si hubiese previsto la dificultad? En realidad no aplica lo que el legislador ha prescrito, sino lo que habria prescrito. ¿No es esto desempeñar las funciones del legislador? El juez se sale de su esfera porque se ve obligado á ello. Debe con frecuencia pronunciar la nulidad so pena de dejar sin sancion las leyes; es el único medio de reparar el olvido ó el descuido del legislador. La dificultad es grande: se trata de

1 Zachariae, *Curso de derecho civil francés*, traducido por Aubry y Rav, t. 10, § 37.

adivinar en cierto modo la mente del legislador. Preciso es buscar la solución en la naturaleza de las diferentes leyes. Esto es lógico. En razón de la importancia de una disposición legislativa debe tener por sanción la nulidad. Pues bien, hay leyes que por su objeto mismo tienen tal importancia que no puede el legislador permitir que sean impunemente violadas: puede decirse que la nulidad está escrita en esas leyes sin que tenga necesidad de expresarlo el legislador. En cuanto á las leyes que carecen de esta importancia, pueden permanecer sin sanción; no resultará de ello un mal considerable: entre dos males, el juez elegirá el menor. Tal es el principio; vamos á procurar aplicarlo.

§ 2. De las leyes de orden público y de buenas costumbres.

NUM. 1. DE LAS LEYES QUE INTERESAN AL ORDEN PUBLICO.

46. Dice el artículo 6º del Código que: «las leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres no pueden ser derogadas por convenios particulares.» ¿Qué es necesario comprender por leyes que interesan al orden público y á las buenas costumbres? El legislador no da respuesta á esta pregunta. Leemos, no sin sorpresa, en un buen autor, que si la ley se abstiene de señalar reglas sobre este particular, es porque estos asuntos más que definirlos es preciso sentirlos (1). Esta máxima no debería figurar en un libro destinado á los alumnos ni en ningún libro de derecho. En la jurisprudencia no hay ni debe haber nada vago. La precisión de las ideas y la claridad del lenguaje, he aquí todo el derecho. Nuestra ciencia es una serie de principios lógicos fundados en la razón; no debe ceder al sentimiento. Sin duda que á veces es muy dificultoso precisar los principios; pero es forzoso no retroceder nunca ante el

1 Mourlon, *Repeticiones sobre el Código de Napoleon*, t. 1º, p. 62.

trabajo. Cuando no define el legislador, deja ese cuidado á la doctrina; ésta no puede dispensarse de hacerlo y ménos cuando se dirige á la juventud: sería acostumbrarla á conformarse con palabras, ó lo que es lo mismo, con ideas incompletas.

47. ¿Qué significan las palabras *orden público*, tomadas en el sentido gramatical? *Orden*, segun el *Diccionario de la Academia*, quiere decir «arreglo, disposición de las cosas puestas en su línea, en su lugar.» Las leyes no se ocupan en las cosas ni en su clasificación, sino en las personas. Esta significación especial está indicada con la palabra *público*, que, segun la *Academia* señala: «lo que pertenece á todo un pueblo;» en este sentido, *público* es sinónimo de *social*. *Orden público* significa, pues, el arreglo de las personas en la sociedad. Efectivamente, cada una de las personas tiene su rango en la sociedad; este rango concierne á las relaciones políticas ó á las relaciones privadas. La constitución es la que determina el lugar de las personas, bajo el punto de vista social, y los derechos que les resultan así como las obligaciones. El Código civil ordena el rango de las personas segun la edad, el sexo, la capacidad, la nacionalidad y el estado de éstas. De aquí la clasificación de los individuos en extranjeros é indígenas, en menores y mayores, en hombres y mujeres, en casados y solteros, en capaces é incapaces, y en interdictos ó sujetos á tutela. Se ve que la clasificación de las personas establece cierta posición social que llamamos *estado*, y el estado tiene por consecuencia la capacidad ó la incapacidad. Llegamos así á esta definición: que por leyes que *interesan al orden público*, entiende el Código las leyes que fijan el estado de las personas, y la capacidad ó incapacidad que les pertenece (1).

1 Manguin, *Disertación sobre el artículo 6º del Código civil inserto en Sirey*, t. IX, 2ª parte, p. 245 y siguientes.

48. Tal es el sentido gramatical de estas palabras un poco ambiguas; tienen también un sentido técnico en derecho francés, sentido que les da más grande valor. «Las leyes que se refieren al *orden público*, dice Domat, (1) son aquellas que se llaman las leyes del Estado, que arreglan la manera con que son llamados al gobierno los príncipes soberanos, las que arreglan las distinciones y las funciones de los cargos públicos, las que se refieren á la policía de las ciudades y á otros reglamentos públicos.» En este sentido, *orden público* sería sinónimo de *interés público*, y el artículo 6º significaría que los particulares pueden infringir las leyes de interés privado, pero no las de interés público. Este principio ha sido divulgado por los jurisconsultos romanos (2), y resulta de la naturaleza misma de esas leyes. Ya hemos dicho que cuando el legislador establece reglas sobre materias que son puramente de interés privado, lo hace en la inteligencia de que las impone á las partes interesadas; que prevé sólo lo que ellas querrian y que por eso mismo les permite tener una voluntad contraria. No sucede así cuando el legislador habla en nombre del interés general. Entonces prescribe ó prohíbe, siempre en interés de la sociedad; ahora bien, la sociedad no sería posible, si en razón de su interés particular pudiesen los ciudadanos sobreponerse al interés social, infringiendo las leyes que le conciernen. Es, pues, un principio de eterna verdad que no se debe permitir que los ciudadanos infrinjan las leyes de interés público. Queda por ver, si los autores del código han comprendido así el principio formulado en el artículo 6º

49. El proyecto decía «leyes que interesen al público.» Boulay propuso la redacción actual, *orden público*, y se aprobó sin discusión (3). Los jurisconsultos romanos, de

1 Domat. *Tratado de las leyes*, cap. XI, núm. 40.

2 «Privatorum pactio juri público non derogat.» L. 45, D., de reg. juris. (L. 17). Cnsúltese á Voet, ad Pandect., lib. I, tit. IV, part. 2, núm. 18.

3 Loaré. *Legislacion civil*, t. 1º, p. 219, 224.

quienes se ha tomado el principio, dicen: que los particulares no deben infringir el derecho público. Tal es el sentido en que Portalis explica el artículo 6º. El Tribunado objetó que las palabras *jus publicum* no significan lo que llamamos *derecho público*, sino las leyes escritas y solemnemente publicadas en oposición á los simples usos y costumbres que no se establecen con la misma solemnidad. Portalis confiesa que las leyes romanas presentan á veces ese sentido. Pero cuando se trata de saber si los particulares pueden infringir las leyes, distinguen los jurisconsultos. Se lee en el Digesto «que es permitido tratar contra el tenor de una ley que no se refiera más que á la utilidad privada de los hombres» (4). En oposición á estas leyes de interés privado enseñan que los particulares no pueden infringir con sus convenios aquello que es de *derecho público*; entienden por esto lo que interesa más directamente á la sociedad que á los ciudadanos. Esta es la máxima de todas las épocas, agrega Portalis. El Código civil entiende, pues, por *orden público* lo que los jurisconsultos romanos califican de *derecho público*, y comprendian en él el *interés público* en su más lata acepción. Portalis se expresa en estos términos en su última exposición de motivos: «Para mantener el orden público es para lo que hay gobiernos y leyes.» Lo cual quiere decir que los convenios de los particulares están subordinados al interés social.

50. El Código civil no expresa qué clase de convenios particulares violan el orden público; pero no puede caber duda acerca de la voluntad del legislador que los declara nulos. Portalis lo dice en su discurso al cuerpo legislativo como de propia inspiración: «Se anulan los convenios contrarios al derecho público; no se anulan aquellos que son contrarios á las leyes, que sólo corresponden al derecho pri-

1 L. 31 D., de pactis (11, 14).