

vado ó á intereses particulares» (1). ¿Cómo sancionaria el legislador los convenios por los que los particulares quisieran subordinar el interés general al privado, esto es, la sociedad al individuo? No hay más medio de proteger el interés social que el de declarar nulos todos aquellos actos, que si se tolerasen comprometerian la existencia de la sociedad, puesto que los individuos se creerian autorizados á sacrificar el interés comun á sus conveniencias particulares.

51. No ofrece dificultad alguna la aplicacion del artículo 6º en lo que concierne al orden público. Siendo de orden público todas las leyes que se refieren al derecho publico, no pueden ser infringidas por los particulares, bajo pena de nulidad. Tales son las leyes que establecen los impuestos. La ley señala una contribucion á la propiedad raíz y la exige al propietario. ¿Si en un arrendamiento las partes dejan el impuesto raíz á cargo del arrendador, podia este convenio derogar la ley? En lo que concierne á los derechos del Estado será nula, el fisco podrá exigir al propietario el pago de la contribucion que le impone la ley, dejando á las partes contratantes el arreglo de sus intereses como les convenga.

Tales son tambien las leyes que arreglan el orden de las jurisdicciones. Las partes interesadas no pueden apelar directamente en sus procesos, ni dar competencia en materia civil á los tribunales de comercio, ni ampliar la jurisdiccion excepcional de los jueces de paz (2). Existe, sin embargo, un caso, en que las partes señalan la competencia. El artículo 111 del Código civil permite á las partes contratantes modificar la competencia en materia de acciones personales. Por lo regular estas acciones deben ser lleva-

1 Portalis. Discurso pronunciado en el Cuerpo legislativo el 23 de frimario del año X (Loché, t. 1º, p. 263).

2 Sentencia de la corte de casacion de 14 de Febrero de 1866 (Dalloz, Coleccion periódica, 1866, 1, p. 447).

das ante el tribunal del domicilio del demandado; pero las partes pueden estipular que si se suscita un proceso acerca de sus convenios, se someterá á otro tribunal. ¿Es esto una excepcion al principio que entraña el artículo 6º? No; más bien es una aplicacion de ese principio. Efectivamente, implica que pueden infringir las leyes de interés privado; así, pues, la ley que obliga al demandante á seguir la jurisdiccion del demandado, tiene por única base el interés de éste, y es dueño de renunciar á un derecho que sólo ha sido establecido en su favor (1).

52. Por ser de orden público las leyes que regulan el estado de las personas y determinan su capacidad ó incapacidad, adolece de nulidad todo convenio que las infrinja. En el artículo 1388 encontramos una aplicacion de este principio: «No pueden derogar los esposos los derechos que resultan de autoridad conyugal en la persona de la mujer y de los hijos, ni los derechos que al cónyuge *supérstite* conceden los títulos de la Patria potestad y de la Menor edad.» Serian nulos los convenios que los infringieran, aun cuando la ley no declare la nulidad. Así resulta de la naturaleza de las leyes que ajustan el estado de las personas y su capacidad. Claro es que es interés de los individuos que el legislador fije su estado y que los declare capaces ó incapaces. Para hacer esta clasificacion de las personas, el legislador toma en consideracion el interés de todos, el interés de la sociedad. ¿Cuando se trata de fijar la extension de la patria potestad, considera el legislador el interés de tal padre ó de tal hijo? De ninguna manera; por las costumbres, por el estado social, por los sentimientos generales de la nacion es por lo que confiere la patria potestad, fijándole sus caractéres y sus límites. Desde ese punto, el individuo no puede oponer sus convenien-

1 Merlin, en la palabra *Ley*, § 8.

cias al deseo de la ley; y si tratara de hacerlo, serian nulos sus actos.

La jurisprudencia ofrece ejemplos de este principio. Referiremos algunos por la singularidad de los hechos más bien que por la dificultad de la materia. Dos esposos encontraron conveniente hacer anular su matrimonio por un convenio, y lo que es más singular aún, hubo magistrados que extendieron una orden de *exequatur* sobre ese pretendido juicio arbitral. La corte de casacion lo casó *por el más caracterizado exceso de poder*; esos son los términos de la sentencia (1).

¿Puede emancipar al hijo un convenio celebrado entre éste y su padre? Siendo la patria potestad de orden público, lo es también el acto que pone fin á ella. La ley somete á solemnidades la emancipacion, y no depende de los ciudadanos suprimirlas. Así está juzgado por la corte de casacion (2).

Un marido mayor de edad cedió á su esposa la administracion de sus bienes y declaró que esta cesion equivalia á una interdiccion judicial. La corte de casacion anuló este extraño convenio, que infringia una ley que interesa al orden público (3). Efectivamente, la mayoría da á aquel que llega á la edad legal, el ejercicio de todos sus derechos; y no tiene poder para abdicar su capacidad, ni puede perderla sino por un juicio.

53. Las leyes que conciernen á los bienes no pertenecen á las de orden público en el sentido de que son extrañas á la clasificacion de las personas. Pueden, sin embargo, ser expedidas en interés general, y entónces quedan compren-

1 Sentencia de 6 de pluvioso del año XI (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Arbitro*, núm. 304).

2 Sentencia de 7 de Marzo de 1816 (Merlin, en la palabra *Ley*, § 5, núm. 10).

3 Sentencia de 7 de Septiembre de 1808 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Interdiccion*, núm. 31).

didadas en la significacion amplia de los términos empleados en el artículo 6º del Código, como si fueran de interés público. Tenemos de ello un ejemplo en el artículo 815 del Código: «Nadie puede ser obligado á permanecer en el estado de indivision de bienes, y siempre puede pedirse la particion á pesar de los pactos y prohibiciones que hubiere en contrario.» El pacto que prohibiera la particion seria en consecuencia nulo. ¿Por qué? porque está en el interés público que el legislador prohíba la indivision forzosa. Bajo ese concepto se necesita aplicar el principio tal como lo ha formulado Portalis: «Se anulan los convenios contrarios al derecho público, y entiéndese por derecho público aquel que interesa más directamente á la sociedad que á los particulares.» No son esos, en general, las leyes que conciernen á los bienes. Los bienes constituyen el objeto de los convenios y las partes disfrutan en principio de la más amplia libertad en sus contratos; la regla es que pueden infringir las leyes que les conciernen; la prohibicion de infringir en este caso forma la excepcion. Es preciso, por lo mismo, un interés general muy evidente para que se pueda admitir que él limita la libertad de las partes contratantes y que trae consigo la nulidad de los convenios en el caso en que se infrinja.

#### NUM. 2. LEYES QUE INTERESAN A LAS BUENAS COSTUMBRES.

54. Dice el tribuno Faure, en su discurso al Cuerpo legislativo, que las *buenas costumbres* son una dependencia del *orden público*. Le habria, pues, bastado hablar de las leyes que interesan al *orden público*; pero si se añadió las *buenas costumbres*, ha sido para dar á la redaccion *la mayor* claridad posible. Todo lo que concierne á las buenas costumbres interesa al orden público; pero no todo

lo que interesa al orden público concierne á las buenas costumbres (1).

Estas explicaciones responden á las que da Portalis sobre el orden público: son todas las leyes concernientes al interés general; pero esta tampoco es una definición. Abrimos el *Diccionario de la Academia*, y leemos en él que las costumbres son «los hábitos naturales ó adquiridos para el bien ó para el mal, en todo lo relativo á la conducta de la vida.» Las leyes que interesan á las buenas costumbres, serán por lo mismo aquellas que tienen por objeto hacer adquirir hábitos para el bien, é impedir á los hombres que contraigan hábitos para el vicio. ¿Cuáles son esas leyes? La legislación no es un curso de moral; ella no se ocupa de las costumbres más que para reprimir las acciones que perturban el orden social; es decir, los delitos. Es evidente que las leyes penales afectan las buenas costumbres en el sentido del art. 6º; y por consiguiente todo convenio que tenga por objeto un delito lleva el sello de nulidad. Decimos que esto es evidente, porque en efecto, ¿puede concebirse que el legislador sancione contratos por los cuales las partes se obligaran á cometer un delito?

55. Merlin propone, como ejemplo, el convenio por el cual el padre, la madre ó el tutor de un hijo menor se obligaran, mediante la promesa de una cantidad de dinero, á prostituirlo. Efectivamente el Código penal castiga este hecho con penas correccionales. El convenio sería por lo mismo nulo. Merlin pregunta si sucedería lo mismo con el convenio por el cual una persona mayor de edad se prostituyera, mediante una promesa de dinero. Responde que no, porque la ley penal no castiga este hecho, y el art. 6º del código es por lo mismo inaplicable. ¿Es decir, que un convenio semejante sería válido? No podría ser atacado en virtud del art. 6º del

1 Loaré, legislación civil, tomo 1º, p. 319.

Código civil, pero sería nulo conforme á los arts. 1131 y 1133. El primero expresa que la obligación sobre una *causa ilícita* no puede producir ningún efecto, y el segundo dice: que la causa es *ilícita*, cuando ella es contraria á las *buenas costumbres* ó á *el orden público*. No es pues necesario que exista una ley concerniente á las buenas costumbres para anular un convenio inmoral; porque basta que sea contrario á las buenas costumbres para que no produzca efecto alguno.

56. Los arts. 1131 y 1133 extienden el alcance del principio asentado por el art. 6º, pero aumentan también la dificultad de la interpretación. Toda ley penal se comprende en el art. 6º; pero el Código penal no prevé todas las acciones inmorales. Nace pues la cuestión de cómo puede conocer el juez si un convenio es contrario á las buenas costumbres. La corte de Turin decidió que se debe juzgar contrario á las buenas costumbres lo que la opinión pública reputa ilícito para todos, ó aun para cierta clase de personas (1). La definición es muy vaga y hasta falsa: pues no hay distinción que hacer entre las diferentes clases de la sociedad, cuando se trata de costumbres; porque la moral debe ser la misma para todos los hombres. ¿Pero dónde buscar esta moral que servirá de regla al juez? ¿Es la moral religiosa? Esta será ciertamente la opinión del juez, si es católico. Si toda la sociedad fuera católica, no habría dificultad, porque no habría más que una moral religiosa. ¿Es necesario agregar que hay muchas religiones y que ellas no están de acuerdo siempre en la moral? ¿Encontraremos más certidumbre en la moral filosófica? Los filósofos están divididos lo mismo que las religiones. ¿Se dice con esto que el juez no tiene regla en esta materia? No; se exagera al

1 Sentencia de 30 de Mayo de 1811 (Daloz, *Repertorio*, en la palabra *Culto*, núm. 114).

quejarse de la incertidumbre de la moral (1); sería necesario decir que la moral es progresiva; porque cambia, pero depurándose y perfeccionándose. ¿Y cuál es el órgano de ese progreso incesante? La conciencia humana. Existe en cada época de la vida de la humanidad, una doctrina sobre la moral, que la conciencia general acepta, salvo las disidencias individuales que no entran en cuenta. En este sentido puede decirse que existe siempre una moral pública; y los convenios contrarios á esta moral, serán, por este mismo hecho, contrarios á las buenas costumbres, y como tales, heridos de nulidad.

57. Cuando los convenios son contrarios á una ley que interesa á las buenas costumbres, es inútil decir que son nulos. El art. 6º, como hemos dicho tratando del orden público, les pone implícitamente el sello de nulidad. En cuanto á los convenios contrarios á las buenas costumbres, en el sentido de los arts. 1131 y 1133, el Código no puede ser más formal; pues declara que no deben producir ningun efecto. Esto es más que la nulidad; porque lo que es nulo puede no obstante producir un efecto jurídico, mientras que la ley no reconoce ningun efecto á los convenios inmorales; pues estos convenios no existen ante ella. El Código deroga estos principios en materia de donaciones y testamentos; reputa no escritas las condiciones contrarias á las buenas costumbres, que en ellos se encuentran; las borra, y sostiene, esto no obstante, las disposiciones hechas bajo esas condiciones. No es este el lugar de entrar en más detalles sobre estos puntos.

### § 3. De las leyes prohibitivas é imperativas.

58. Llegamos á la cuestion más difícil en esta difícil materia. El art. 6º del código asienta un principio de

1 Manguin, en Sirey. IX, 2, pág. 348 y siguientes.

grande elasticidad; y tal como los oradores del gobierno y del tribunal lo han interpretado, comprende todas las leyes de interés general. Mas la dificultad consiste en saber cuáles son, en el dominio del derecho privado, las leyes concernientes al interés de la sociedad. Hay leyes que por su naturaleza indican que son de interés social: tales son las que arreglan el estado de las personas y la capacidad ó incapacidad á ellas inherente; tales son tambien: las leyes que afectan las buenas costumbres. Hay otras leyes que son de derecho público, usando el lenguaje de Portalis, porque las causas que las hicieron dar, están basadas en el interés de la sociedad: hemos citado como ejemplo el art. 815 que prohíbe la indivisión forzosa. Pero estas diversas categorías de leyes no terminan la cuestion de las nulidades. Las hay que son extrañas al estado de las personas y á las buenas costumbres, y no se sabe si son de interés general; ó si el interés general es su causa, no pudiendo precisarse el límite que tienen. Si se derogan estas leyes por convenios particulares, ¿esos convenios serán nulos?

59. Uno de nuestros grandes jurisconsultos creyó encontrar en la forma que el legislador da á su pensamiento, un indicio de su voluntad: toda ley prohibitiva, dice Merlin, envuelve la nulidad de los actos que son contrarios á ella, sin que la ley tenga necesidad de declararla. Se funda en una constitucion de los emperadores Teodosio y Valentiniano: «queremos, dicen, que todo pacto, todo convenio, todo contrato que sea verificado entre aquellos á quienes la ley prohíbe hacerlo, se consideren como no celebrados; de manera que baste al legislador haber prohibido lo que no quiere que se haga, para que todo lo demás siga conforme á la intencion de la ley, como si estuviera expresamente ordenado; es decir, que todo lo que se ha hecho contra la prohibicion de la ley, sea no solamente inútil, sino que tambien se considere como no hecho, aunque el legislador

se haya limitado á prohibirlo, y no haya declarado que lo prohibia bajo la pena de nulidad. Y que si se hace, ó si sucede alguna cosa, ya como consecuencia, ya con ocasion de lo que se ha hecho despreciando la prohibicion de la ley, queremos que se la considere igualmente como nula y de ningun efecto. Conforme á esta regla, por la cual deshacemos todo lo que es contrario á las leyes prohibitivas, es cierto que no debe ni admitirse una estipulacion de esta naturaleza, ni conferir un mandato de esta especie, ni tener respeto ó miramiento al juramento que tienda á cubrir la nulidad de lo uno ó de lo otro (1).»

60. Inútil es decir que esta constitucion no tiene ya fuerza obligatoria desde la publicacion del Código. Para que se pueda admitir el principio que ella asienta, es necesario que el legislador francés la haya consignado, si no en términos formales, al ménos implícitamente. Lo que concede ya alguna autoridad á la ley romana, es que la comision encargada de redactar un proyecto del Código civil habia formulado el mismo principio en el libro preliminar que debia servir de peristilo al edificio de la nueva legislacion (2). Se lee en el título IV, artículo 6º: «las leyes prohibitivas traen consigo la pena de nulidad, aunque esta pena no esté formalmente expresada.» El libro preliminar fué separado; y no se conservan de él más que los seis artículos que forman el título preliminar. Esto no impide que las máximas que los autores del Código habian admitido en él, tengan un valor científico, pues casi todas sus reglas son aceptadas por la doctrina y por la jurisprudencia. Es necesario ver si están fundadas en razon y si encuentran algun apoyo en nuestros textos. Pues bien, creemos que el principio tomado del derecho ro-

1 L. 5, C., *De Legg* (1. XIV).

2 Se encuentra en Lerminier, *Introduccion á la historia del derecho*, cap. 20.

mano por los autores del código, tienen en su favor la razon y á la vez la voluntad del legislador.

Cuando el legislador prohíbe un acto, necesita tener grandes razones para hacerlo; porque generalmente, respeta la libertad de los ciudadanos. Las disposiciones prohibitivas limitan esta libertad, ó mejor dicho, la quitan en cuanto á los actos que prohiben hacer á los ciudadanos. A pesar de esta prohibicion, los particulares hacen lo que no tienen derecho de hacer: desde entónces sus actos carecen de valor. Esta es la ocasion de decir, con los jurisconsultos romanos, que los individuos no pueden alzarse en contra de la voluntad del legislador; porque si pudieran hacerlo impunemente, ¿qué sucederia con la autoridad de la ley? ¡Qué! ¡la nacion soberana, por medio del órgano del poder legislativo, declara que está prohibido á los ciudadanos celebrar tal convenio; y se encuentran ciudadanos que desprecian la prohibicion y pretenden poner su voluntad sobre la voluntad general: que violan audazmente la ley haciendo lo que ella les prohíbe hacer, y despues el legislador viene á dar su sancion á esos mismos actos que han insultado su autoridad! Porque el no nulificarlos, es sostenerlos, es aprobarlos, es concederles el apoyo del poder público. Obraria mejor el legislador no dando leyes prohibitivas, que permitiendo en su mente violarlas. Es necesario no favorecer la violacion de la ley, porque el respeto á las leyes es la base del orden social.

61. ¿Cuándo existe disposicion prohibitiva que envuelva la nulidad? No es necesario que el legislador haga uso de las palabras vedar; prohibir, interdecir, porque muy frecuentemente se limita á decir que tal persona *no puede* hacer tal cosa, ó que tal cosa *no puede hacerse*. Esto basta para manifestar su voluntad de declarar nulo lo que se haga contrariando sus disposiciones. Esto es lo que dijo uno de nuestros grandes jurisconsultos, Cárlos Dumoulin:

«la palabra *no puede*, quita toda facultad de hecho y de derecho; y de allí resulta una necesidad precisa de conformarse con la ley, y una imposibilidad absoluta de hacer lo que ella prohíbe (1).» Decir que un acto es imposible, hablando legalmente, es declarar con energía que si este acto se practica, será nulo. ¿Puede concebirse que el legislador proclame que tal convenio es imposible y que esto no obstante lo sostenga?

Queda por probar que tal es la doctrina del Código civil. Tenemos un texto notable que lo establece muy claramente. El artículo 215 dice que: «la mujer *no puede* comparecer en juicio sin la autorizacion de su marido.» El artículo 217 dice tambien que: «la mujer *no puede* donar, enajenar, hipotecar, adquirir á título gratuito ú oneroso sin la concurrencia del marido al acto, ó sin su consentimiento dado por escrito.» Si la mujer hace lo que la ley declara incapaz de hacer, ¿qué suerte correrá el acto? El Código no declara la nulidad en los artículos 215 y 217; pero ella existe allí virtualmente. En efecto, se trata de leyes del orden público y es una consecuencia de la potestad marital la incapacidad jurídica de la mujer casada. Hay por lo mismo lugar á que se aplique el principio del artículo 6º que prohíbe derogar las leyes que afectan al orden público; prohibicion que, como lo hemos demostrado, trae consigo la nulidad de los convenios derogatorios. En nuestra especie lo prueba el texto mismo del Código, porque efectivamente, despues de haber dicho lo que la mujer *no puede* hacer, el Código agrega, en el artículo 225: «La nulidad fundada en la falta de autorizacion, no puede oponerse sino por la mujer, por el marido ó por sus herederos.» ¡Márquese bien! La ley no declara a nulidad, y no es tal el objeto del artículo 225; porque

1 Dumoulin, sobre la ley I, D. De las obligaciones por palabras, núm. 2.

no comienza diciendo que los actos jurídicos hechos por la mujer casada son nulos; supone, por el contrario, esta nulidad, y únicamente decide la cuestion de si la nulidad es absoluta ó relativa, cuestion que en el derecho antiguo daba origen á innumerables pleitos. Luego la combinacion de los artículos 215, 217 y 225 prueba que la prohibicion indicada por las palabras *no puede*, envuelve nulidad sin que la ley tenga necesidad de decirlo (1).

El principio que acabamos de establecer fué debatido en el Consejo de Estado, al discutirse el artículo 1388. Este artículo contiene que los esposos no pueden derogar los derechos que proceden de la potestad marital sobre la persona de la mujer y de los hijos. Berenger y Bigot-Prea-meneu, sostuvieron que las palabras *no puede*, no eran prohibitivas por sí mismas. En su opinion habria sido necesario agregar una cláusula irritante para que fuesen nulos los convenios contrarios al artículo 1388. Pero las enmiendas que propusieron fueron desechadas. Esto prueba que en la mente del legislador, las palabras: *no pueden* producen el efecto de una disposicion prohibitiva; pues bien, en el artículo 1388, la prohibicion trae consigo de una manera cierta la nulidad, puesto que no hace más que aplicar el principio del artículo 6º, el cual, segun la confesion de todo el mundo, envuelve nulidad.

62. Con estos ejemplos se ve por qué las cláusulas prohibitivas traen consigo la nulidad; y es que la prohibicion envuelve la idea de que existe por causa un interés general. Esto es evidente cuando se trata del Estado y de la capacidad de las personas, y tambien es del todo evidente que los convenios contrarios al orden público no pueden ser sostenidos, debiendo sobreponerse el interés de la sociedad al de los particulares. Vamos á recorrer las dis-

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

posiciones del Código que contienen una cláusula prohibitiva, y en todas encontraremos que la nulidad debe ser la consecuencia de ellas, salvas las excepciones que tendremos cuidado de explicar.

Hemos mencionado ya el artículo 6º que asienta un principio general. El principio se aplica en todos los casos en que se trata del estado y de la capacidad de las personas. Acabamos de decirlo en lo relativo á los artículos 215, 217 y 1388. Los artículos 344 y 346 que arreglan las condiciones de la adopción, se refieren también al matrimonio y á la potestad marital, materias que son esencialmente del orden público; de donde se infiere que la derogación de estas disposiciones prohibitivas tendría el sello de nulidad. La tutela y las garantías que la ley establece en favor de los menores son igualmente de orden público; y de allí provienen las disposiciones prohibitivas de los artículos 463, 464 y 935. Lo mismo sucede con la minoría de edad y la incapacidad á ellas inherente; las disposiciones prohibitivas de los artículos 903 y 904 han sido por esto mismo sancionadas por la nulidad. Se puede todavía agregar al orden público el artículo 1097, puesto que tiene por objeto impedir que uno de los esposos abuse de la influencia que ejerce sobre su cónyuge.

El principio del artículo 6º comprende también las leyes que interesan á las buenas costumbres. Cuando el artículo 335 dice que el reconocimiento *no podrá* tener lugar en provecho de los hijos nacidos de un comercio adulterino ó incestuoso, establece una prohibición por interés de la moral pública, sacrificando el interés de los hijos al de la sociedad. Todo convenio contrario será nulo, porque el legislador no puede favorecer la inmoralidad. También es por interés de las buenas costumbres por lo que la ley prohíbe los pactos sucesorios (artículos 1600, 791, 1389); pues no hay duda de que esos pactos adolecen de nulidad aun

cuando el código no la declare. El principio del artículo 6º basta para decidirlo así.

63. Hemos dicho que el artículo 6º en la mente de los autores del código comprende también las leyes del orden político, y generalmente todas las que son de interés general. El artículo 5º contiene una disposición prohibitiva bajo la forma de prohibición: «*Es prohibido* á los jueces decidir, por vía de disposición general y reglamentaria, en las causas que les están sometidas». La infracción de esta prohibición constituye un delito (Código penal, artículo 237). Es por lo mismo inútil decir que las disposiciones reglamentarias tomadas por un tribunal serían nulas. Así se ha decidido en un gran número de sentencias de la corte de casación (1).

El interés general es suficiente para traer consigo la nulidad; y solamente en el dominio del derecho privado, es difícil algunas veces precisar lo que es de interés general; pues la forma prohibitiva de que se sirve el legislador, viene en auxilio del intérprete, pues él debe suponer que es por graves motivos y por tanto, por un interés general por lo que la ley establece una prohibición. Abramos el código, y encontraremos una disposición prohibitiva en el contrato más favorable. «Los esposos, dice el artículo 1390, no podrán ya *estipular*, de una manera general, que su asociación se arregle por una de las costumbres que están abrogadas por el presente código.» La prohibición trae consigo la nulidad, porque el legislador quiso asegurar la unidad de la legislación, lo que ciertamente es un interés general.

El interés de terceros es también un interés general; y explica, en parte, la disposición del artículo 1395, según cuyos términos «los convenios matrimoniales *no pueden* recibir cambio alguno después de la celebración del matrimonio.»

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Real corte*.