

habrá prueba literal; eso no impide que la convención sea válida, salvo que las partes lo probarán por uno de los medios legales admitidos por el Código. En 1841 la cuestión fué llevada á la Corte de Casación. Se invocaba la Exposición de motivos de Bigot Prémeneu y el informe de Jaubert; hemos dicho ya que los autores del Código, consagrando los verdaderos principios, los han fundado muy mal. Hé ahí como una redacción inexacta se convierte en una autoridad que se vuelve contra la ley.»

Ya se ve, pues, como á pesar de ser gramaticalmente claras é indudables las palabras de la ley (no son válidos—*ne sont valables*) la doctrina de los más eminentes y rigoristas jurisconsultos y las decisiones de los tribunales han creído que esas palabras no son jurídicamente tan claras é indudables que excluyan la interpretación y que no estén sometidas á la diferencia cardinal entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*. ¿Podrá sostenerse que nuestros legisladores han querido convertir en verdaderamente sacramentales y *solemnes*, en el sentido jurídico de esta palabra, casi todos los contratos, pues, de los veintisiete que define y reglamenta el código, dieciséis están sometidos á formalidades externas y sólo once (vease la nota anterior) están exentos de ellas? ¿Podrá sostenerse esto cuando recorriendo esos contratos sometidos á formalidades externas y comparándolos con los exentos de ellas aparecen entre estos últimos algunos de más gravedad y trascendencia que los primeros? ¿No es más grave, importante y trascendental el contrato de depósito cuando se refiera á mercancías, valores, ó alhajas de mucho precio, cuando pueden afectarse derechos de terceros por lo subrepticio del depósito, cuando el depositario abuse haciendo pasar por suyos los objetos depositados ó cuando se coludan deponente y depositario para defraudar á un tercero (1), no es más grave todo esto que un simple contrato á plazo de doscientos un pesos en el que no se afecte más interés que el de los dos contratantes? Un préstamo de un millón de pesos, una transacción sobre derechos, acciones ó muebles cuyo interés puede ser de muchos millones de pesos ¿no son contratos más graves, de consecuencias más comprehensivas y trascen-

(1) Actualmente hay muchos ejemplos de este abuso hasta el grado de simularse delitos para defraudar á un tercero.

dentales para el deudor, sus acreedores y los interesados en su situación civil, que un contrato de arrendamiento por 120 \$ mensuales, que el de prenda de un mueble que valga 10 pesos etc., etc.? Sin embargo el código exige formalidad externa para estos últimos y no le exige para los primeros.

El código no ha obedecido, pues, en su redacción sino á un empirismo jurídico anticientífico; no hay en él unidad de propósito, ni menos claridad en la redacción de sus preceptos; no hay un principio filosófico dominante, no hay un plan general y uniforme en sus preceptos en el punto que nos ocupa; no hay aquella trabazón y enlace lógico, aquella unidad de estilo que reflejan la armonía y la unidad de espíritu en la confección de una ley. Pero sí es evidente una cosa; si es indudable que ese código no quiso inspirarse en la conciencia simbólica y mística de las antiguas edades del derecho; si es notorio que sus autores y que el legislador que sancionó ese código, lo que menos conservaban era un respeto superticioso por la tradición ya hace siglos extinta de fórmulas misteriosas y ritos pantonímicos; lo que nadie ignora es que los autores de esa ley obraban empapados en el espíritu moderno, espíritu profano, práctico, que ve la realidad de la vida civil y que sabe y está hondamente compenetrado de la noción universal, fundamental, radical de las sociedades y civilizaciones modernas, de la noción característica de nuestro siglo y que es, como hemos visto, el rasgo que más lo distingue de los tiempos antiguos, de la noción jurídica del *libre consentimiento de los contratantes* como la verdadera causa generadora del vínculo de las obligaciones convencionales, como el factor real y positivo de casi toda la vida civil, como el elemento en que descanza el mecanismo todo de las sociedades modernas, de su tráfico, de su comercio, de su actividad en la lucha por la vida.

Si es indudable que esta noción y los sentimientos y principios de ella derivados fueron los que inspiraron y han inspirado nuestro código como todos los códigos modernos; si es indudable que nadie ha pensado retrogradar á la época en que no se concebía la voluntad convencional sino á través de fórmulas místicas y sacramentales, entonces no cabe tampoco duda alguna en que nuestros legisladores no quisieron, no se pro-

pusieron establecer las inúmeras solemnidades externas que hemos visto contiene el código con el objeto de atribuirle una virtud simbólica, una eficacia mística, y un poder sacramental para producir obligaciones civiles, desconociendo así que la verdadera fuente de éstas es la voluntad y relegando esta á la categoría de un accidente, despreciando sus funciones en la vida social, aminorando su legítima misión en el sistema de la moderna contratación; no, lo que se propusieron fué prevenir litigios y fraudes por medio de *pruebas formales* de los actos. Sabemos las fuentes de donde están tomadas esas precauciones *formalistas*, sabemos que están tomadas de la doctrina y de los códigos extranjeros modernos; sabemos que están tomadas de allí con más ó menos discreción, aumentando ó alterando el número de esas precauciones ó de esas formalidades; alterando sin propósito la redacción de los preceptos que sancionan la necesidad de esas formalidades; sabemos que en todo esto no existe unidad de estilo, ni armonía en los propósitos; sabemos que se trabajaba sobre el modelo de códigos extranjeros retocándolos sin cuidarse de la lógica del compuesto; y sabemos sobre todo que no se preocuparon mucho nuestros legisladores del sentido que la doctrina, la jurisprudencia, la costumbre y trabajos científicos de primer orden daban á los preceptos de esos códigos que sirvieron de modelo al nuestro.

Pero precisamente porque sabemos todo esto, podemos decir con toda seguridad que la luz que debe iluminar las tinieblas de nuestro código está allá, en los comentadores de los códigos extranjeros, sobre todo el francés; que esos comentarios, esas doctrinas, esos trabajos de filosofía y coordinación son los que nos deben dar la clave para explicar y aplicar nuestra ley civil; que allá es un dogma que las formalidades externas de los contratos no son *sacramentales* sino cuando, no la prueba, sino la existencia misma del acto depende del cumplimiento de las formalidades externas. Así por ejemplo, no es simplemente nulo en el sentido de anulable el matrimonio contraído sin las formalidades substanciales de presencia del Juez del estado civil, acta en el libro respectivo, etc., sino es un matrimonio no existente, es la nada ju-

rídica. Así también una hipoteca constituida en instrumento privado, sin la formalidad de la escritura pública y su registro, es otra nada jurídica, que la voluntad de los interesados es impotente para convertir en acto válido. ¿Quién equiparará la nulidad ó más bien la *no existencia* de estos actos por defecto de forma con la nulidad de un contrato de arrendamiento de más de cien pesos, de un contrato de mútuo con rédito de uno por ciento, de una sociedad con capital de más de 300 pesos, etc., etc., celebrados verbalmente y sin estar consignados en escrito privado ó en escritura pública? En aquellos, en los actos ó contratos solemnes, ni el cumplimiento voluntario, ni la ratificación tácita ó expresa, ni la prescripción, son bastantes á cubrir su nulidad, ó mejor, á dar vida y existencia jurídica á un acto que jamás la ha tenido; en los segundos, cualquiera de esas circunstancias basta para purificar al acto de todo vicio de forma y hacer que el mismo produzca todos sus efectos jurídicos entre los interesados y respecto de los terceros. (Art. 1679 y relativos del cod. civ.) En los no solemnes la acción ó la excepción de nulidad son personales á favor de los contratantes, y los terceros son extraños á esa nulidad; en los solemnes, como el acto no existe jurídicamente, cualquiera puede prevalerse de esa no existencia para impedir que en perjuicio suyo se le atribuyan efectos jurídicos. En los unos la nulidad es una excepción que debe alegarse y se ha de decidir en juicio; en los otros la nulidad ó no existencia pueden y aún deben decidirse de oficio por los tribunales aún sin alegación alguna por parte de los interesados. En general, los actos solemnes se relacionan con el derecho público ó con los intereses de gran número de personas, mientras que en los actos no solemnes las solemnidades externas tienen por objeto únicamente la protección de intereses privados.

Bajo estos principios, bajo estos propósitos, en este sentido fueron redactados en el punto que nos ocupa los códigos extranjeros de donde se tomó nuestro código civil de 1870: pero vino su reforma en el nuevo Código de 31 de Marzo de 1884 y de la manera más imprudente, indiscreta y empírica, sin medir las consecuencias de lo que se hacía, sin tener en

cuenta esa diferencia substancial entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*; confundiendo en la rigidez dogmática de una misma fórmula las nulidades de derecho público y las de derecho privado, sometiendo á las mismas exigencias é hiriendo con igual pena los vicios de forma de los actos más menudos de la vida civil que aquellos cuyo carácter auténtico se desprende de su misma naturaleza, sancionó una innovación completa estableciendo en el artículo 1279 que «para que el contrato *sea válido* debe reunir las siguientes condiciones: I Capacidad de los contrayentes: II Mútuo consentimiento: III Que el objeto material del contrato sea lícito: IV *Que se haya celebrado con las formalidades externas que exige la ley.*» De esta manera las formalidades externas *ad probationem* parece que adquirieron el carácter de condiciones tan esenciales para la validéz y existencia de un contrato como lo son las de capacidad de los contrayentes, el mutuo consentimiento y la licitud en el objeto materia del contrato.

Pero como es imposible que la ley luche con la realidad, como las necesidades sociales de la vida civil tienen que sobreponerse á las exigencias imprudentes del derecho escrito, como no se pueden llevar la consecuencia de los dogmas metafísicos hasta la negación de la realidad, resulta que por más que ese Código en el artículo 1279 haya querido asimilar absolutamente los contratos solemnes con los que no lo son ó haya querido convertirlos á todos en solemnes, no lo ha hecho, porque no ha cuidado de reglamentar en todas sus consecuencias el principio sancionado en el artículo 1279; no ha cuidado de establecer que en virtud de ese precepto los contratos que carecen de las solemnidades legales ni son susceptibles de ratificación, ni se purga su nulidad por la prescripción y el cumplimiento voluntario, ni deja de ser exclusiva de los contratantes la acción y excepción de nulidad, ni deja de ser preciso hacer valer esa nulidad por vía de acción ó excepción. Léjos de haber hecho esto el moderno código, reprodujo los preceptos del antiguo sobre nulidad, prescripción, ratificación, etc., (artículos 1664 á 1682); y aunque ese capítulo de nuestro código es quizá uno de los más deficientes, de los que más vacíos contienen, de los más oscuros, sin embargo él solo basta para que adquiera car-

ta de naturalización ó patente de legitimidad en nuestro derecho la racional y purísima doctrina extranjera sobre diferencia entre contratos solemnes y contratos no solemnes entre formalidades *probationis causa* y formalidades *solemnitatis causa*, y sobre consecuencias jurídicas derivadas forzosamente de esta distinción. En efecto basta que el artículo 1679 haya preceptuado que «la ratificación y el cumplimiento voluntario de una obligación nula por falta de forma ó solemnidad en cualquier tiempo en que se hagan extinguen la acción de nulidad, exceptuándose los casos en que la ley *expresamente* dispone lo contrario;» basta que el artículo 1674 dé á las nulidades el carácter de *excepción* ó acción respectivamente, es decir, de alegación de hecho ó derecho que debe someterse á un debate judicial y limite el ejercicio de ellas á las partes principales y á sus fiadores; basta que no haya precepto *expreso* que en la generalidad de los casos excluya á los contratos nulos por falta de formalidades externas de la aplicación de esos dos preceptos, para que esas formalidades no deban considerarse *solemnitatis causa* y para que tome legítimo asiento en nuestro derecho toda la teoría ó doctrina relativa á la ratificación tácita ó expresa de los contratos nulos por ese defecto y á los demás medios de justificar esa nulidad.

Esos medios no existen jamás respecto de los contratos solemnes cuya nulidad es irreparable; y aplicables como son á los contratos no solemnes tenemos desde luego que una de las formas de ratificación tácita es el silencio en juicio por parte del que puede alegar la nulidad y no la alega como excepción en tiempo oportuno. «La ratification tacite (dice Solon op. cit. núm. 457 tomo 2º) résulte souvent du silence gardé sur une interpellation judiciaire. Par exemple: Mevius est creancier de Titius pour une somme de \$1000; mais son titre est susceptible d'être rescindé: Mevius en poursuit néanmoins l'exécution et voulant s'assurer le paiement de sa creances il somme Titius de déclarer s'il à remboursé cette somme à son creancier: cette reponse une foi faite et les conclusions prises dans ce sens Titius n'est plus recevable á demander la rescision de son engagement: son silence est pris pour *aveu de la dette et de lors pour ratification tacite.*» Además, en nuestro sistema de enjuí-

ciamiento la nulidad es una excepción, y toda excepción debe alegarse expresa y precisamente al contestarse la demanda, so pena de no tomarse en consideración en el debate judicial, ni en el fallo: de donde se deduce que el demandado que no alega la nulidad por falta de forma renuncia ese medio de defensa quedando purificado de ese vicio el contrato respectivo. Pero supongamos que alegó la nulidad del contrato por vicio de forma y esta no sea de aquellas establecidas *idemnitatis causa*: pues todavía en este caso y precisamente en este caso creemos que esa alegación no puede tener otro efecto que el de privar al actor de la prueba, testigos, presunciones, documentos privados, etc., pero no de la prueba de la confesión judicial, porque desde el momento en que se acepte que la ley no ha nulificado á determinados contratos por defecto de forma sino con el único objeto de evitar litigios é incertidumbres en la prueba de las obligaciones desde el momento en que la ley acepta la ratificación tácita en los vicios de forma ¿qué inconveniente jurídico hay en aceptar la confesión judicial expresa como una ratificación de las obligaciones contraídas, como una prueba más perfecta y segura que toda otra preconstituida? Si mi deudor reconoce deberme \$3000 sobre una alhaja que me empeñó ¿por qué no tendré derecho á retener esa alhaja, puesto que el deudor reconoce su obligación en forma tan solemne que la exigida por ley? ¿No es cierto que todos los peligros que la ley quiso conjurar y las precauciones que quiso vincular con las formalidades externas están conjurados, más ciertamente los primeros y satisfechas con más fidelidad las segundas, por medio de la prueba por excelencia, la confesión judicial? Si á esto se agrega que el efecto de la confesión no es prejuzgar ni perjudicar derechos de tercero, ni resolver cuestiones en que se compliquen intereses extraños, sino que el efecto de esa confesión debe limitarse á dar por justificado el *vínculo personal* entre los obligados, no es posible dejar de apartar á esa confesión sus efectos naturales y circunscritos, los de que se declare que uno está obligado á dar ó á hacer algo á otro: *obligationum substantia non in eo consistit ut aliquid corpus nostrum aut servitutem nostram faciat; sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum.*

Sin embargo de lo dicho, que puede tener aplicación en los Estados donde esté vigente el Código civil del Distrito, debemos confesar que en este y en los lugares en que existan preceptos semejantes á los consignados en el artículo 8º de nuestro Código de procedimientos civiles no es posible llegar á la práctica de la doctrina propuesta, porque no es posible legalmente entrar á juicio sin un contrato que carezca de las formalidades externas exigidas por la ley.

«Ninguna acción (dice el citado artículo), sea real ó personal, puede intentarse sino se acompaña el título legal que la acredite en todos los casos en que el código civil exige para la validez de los contratos que se otorguen en escritura pública ó en escrito privado; los Jueces desecharán de plano toda acción de esta clase que se intente sin este requisito, bajo la pena de suspensión de uno á seis meses.» Ante precepto tan severo y que combinado con el 1279 del Código civil viene á poner el último sello sobre esa innovación empírica que hace depender la existencia de los contratos de su forma exterior, ante ese precepto tan severo, parecería que puede sostenerse que según nuestro derecho civil todos los contratos sometidos á una forma exterior son solemnes y que respecto de ellos ha desaparecido la filosófica y universal distinción entre virtualidades *probationis causa* y virtualidades *solemnitatis causa*. Y sin embargo, creemos lo contrario, creemos que esta distinción subsiste, no solo teóricamente, cosa que ya hemos demostrado, sino con efectos prácticos. El artículo del Código de Procedimientos no puede exigir que se presente el documento en que se funda la acción cuando este se ha perdido ó se ha destruido: no puede exigirlo cuando habiéndose confirmado el contrato nulo por falta de forma tácita ó expresamente (1) la acción se funda en esa ratificación ó confirmación ó en el cumplimiento voluntario del contrato: no puede exigirlo cuando el vicio de falta de formalidad proviene de dolo del obligado que de alguna manera pre-

(1) Aplicando esta doctrina se resuelve la gran dificultad que tiene el actor en varios contratos y sobre todo en el de arrendamiento para impedir que el inquilino por falta de contrato escrito, se prevalezca de esta omisión para convertirse en verdadero usurpador de la finca y llegue hasta el escándalo de colocar á su arrendador en la situación de que no pudiendo ejercer la acción «locati conductis» tenga que verse en el extremo de tener que ejercer la reivindicatoria contra su propio inquilino.

tenda aprovecharse de las ventajas de hecho derivadas de actos de su coestipulante que obró de buena fé. Fuera de estos casos es inconcuso que los tribunales deberán ver siempre con indulgencia omisiones de poco momento en los contratos no solemnes, deberán atender de preferencia, hacer que prevalezca la buena fé de las convenciones contra las chicanas que busca en las irregularidades de forma un arbitrio para sustraerse al cumplimiento de las obligaciones que legítimamente aceptó y deberán por lo mismo tener como regla de interpretación y de alta justicia la enseñada por el jurisconsulto tantas veces citado (Solon ob. cit. tom. I, núm. 30) «La nullité qui résulte d'un vice de forme est, en general, odieuse, il convient donc de ne l'accueillir qu'avec circonspection et dans les circonstances où la volonté du législateur est manifeste.»

JACINTO PALLARES.

---

## TERRENOS BALDIOS.

---

*Disertación presentada por sus autores en la cátedra de Derecho Mercantil y leyes civiles no codificadas de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, á cargo del C. Profesor Lic. Jacinto Pallares.*

---

- I. Origen de la propiedad en México.
- II. Qué debe entenderse *juridicamente*, por terrenos baldíos.
- III. Cuáles son las leyes vigentes sobre la materia y sus correlativas de colonización.
- IV. Que procedimiento debe seguirse por las compañías ó particulares deslindadores, aunque tengan contrato del Ejecutivo, para justificar el carácter baldío del terreno y á quien corresponde la prueba.
- V. El denunciado puede defenderse por los tres medios: juicio sumario de posesión, juicio plenario de posesión y juicio de propiedad. Citas correspondientes de los Códigos.
- VI. Prescriptibilidad de los terrenos baldíos.

### I.

Antes de 1521, México tenía un sistema feudal, semejante al de las naciones europeas.

Las costumbres guerreras forman caciques, y los caciques se adueñan de las propiedades; pero México como la mayor parte de los pueblos de la edad media, era no solo guerrero sino también monárquico y teocrático. El rey y los señores feudales eran todo; más como no puede haber ni se concibe una casta pobre y dominante, se comprende que la propiedad estaba dividida entre el emperador, la casta guerrera y la sacerdotal. Los indios no tuvieron, pues, propiedad particular.

Vino la conquista, y como la célebre bula de Alejandro VI, concedió á los reyes de España el dominio de las tierras conquistadas en las Indias Occidentales, el territorio nacional pa-