

JURISPRUDENCIA.—Exámen crítico-jurídico de la nulidad i rescision segun el Código Civil, considerada la primera como medio de estinguir las obligaciones i como pena de la violacion de la lei.—Discurso del señor don Clemente Fabres en el acto de su incorporacion a la Facultad de Leyes el 22 de diciembre de 1867.

Señores:

Voi a ocupar vuestra atencion con el “Exámen crítico-jurídico de la nulidad i rescision segun el Código Civil, considerada la primera como medio de estinguir las obligaciones i como pena de la violacion de la lei.”—Este es el tema designado por la Facultad para el curso que, segun los estatutos, debe tener lugar en el año próximo; i al elejirlo solo me he propuesto dar a la Facultad un testimonio del respeto i estimacion que merecen su ciencia, sus talentos i trabajos, i una muestra de gratitud por la honorable distincion con que me ha favorecido elijiéndome por su colaborador.

CAPÍTULO I.

SANCION I DIVISION DE LAS LEYES.

La lei es santa e inviolable porque entraña esencialmente la necesidad de su obediencia o ejecucion: una lei que no obligara no seria lei. Los tribunales de la plebe i los muros de Roma eran *santos* porque nadie podia atentar contra aquellos ni salvar éstos sin pagar con la vida: *Sic deinde quicumque transiliet mœnia mea*, dijo Rómulo al sellar con la sangre de su hermano los cimientos de la ciudad eterna. El medio de que se vale, pues, la lei para garantir su cumplimiento, llámase por esto sancion.

La sancion o pena civil, que podemos contraponer a la de escarmiento, se reduce en jeneral a desconocer mas o ménos los efectos del acto o contrato contrario a la lei o a negarle su proteccion, i a la indemnizacion de perjuicios. A ese desconocimiento o falta de proteccion se da en ciertos casos (los mas comunes e importantes) los nombres técnicos de *nulidad* i *rescision*, i son por decirlo así la primera i mas importante sancion civil.

Su oríjen lo encontramos en el primer artículo del Código Civil, que nos da la division tripartita de la lei, en imperativa, prohibitiva i facultativa. Esta clasificacion no puede tener otro objeto, i no es in-

vencion de las legislaciones modernas, porque en el Dijesto se dice: *Legis virtus hæc est: imperare, vetare, permittere, punire.*

Toda lei manda, porque es precepto obligatorio; pero manda de tres diferentes maneras: o manda hacer algo i se llama imperativa; o manda que no se haga algo, i se llama prohibitiva; o manda que se tolere o respete lo que ella permite i se llama permisiva. Las obligaciones que nos impone son por consiguiente de accion, de omision i de tolerancia.

La naturaleza i origen de esta division aunque a primera vista se encuentra en el modo o forma con que establece la lei su precepto, el provecho que de ella reporta la ciencia debe buscarse en los diversos efectos que producen estas tres clases de leyes i su infraccion; o bien en la diversa fuerza obligatoria que ellas encierran. Así, la lei prohibitiva obliga siempre i no puede renunciarse el derecho correlativo a la obligacion que ella establece. El art. 10 nos dice: “Los actos que prohíbe la lei son nulos i de ningun valor; salvo en cuanto designe espresamente otro efecto que el de nulidad para el caso de contravencion.” Esta clase de leyes forma una de las ramas o secciones de la nulidad absoluta: su fuerza es indeclinable; la obligacion que impone, no queda a la merced de la persona o personas a quienes compete el derecho correlativo. Podrán éstas abstenerse de hacer uso del derecho; pero no por esto será ménos cierto, eficaz i duradero. No es impropio decir que la lei prohibitiva es la mas poderosa.

En la imperativa hai que distinguir: o el acto prescrito dice relacion al órden público o a las buenas costumbres, como en el matrimonio, estado civil, testamento, sucesion hereditaria, etc., o solo mira al interes privado. En el primer caso su fuerza es igual a la de las leyes prohibitivas, porque el derecho correlativo no es patrimonio individual sino de la comunidad; i aunque uno o mas interesados pueden abstenerse de ejercerlo, no puede, sin embargo, ser destruido por su voluntad. Por esto decia la regla romana: “*Privatorum conventio juri publico non derogat;*” en la que se toman las palabras *juri publico* no en el sentido que se les da actualmente, en cuanto determinan la constitucion i atribuciones de la autoridad pública, sino en cuanto mira al bien público o de la sociedad, en contraposicion al interes privado o mero individual. En el segundo caso la fuerza de la lei imperativa queda entregada a la voluntad o arbitrio del interesado; su infraccion destruye el derecho que ella crea, si no se hace

valer en cierto espacio de tiempo o si se renuncia espresamente. Podríamos decir que la lei imperativa dictada en el interes privado, no es infrinjida cuando el dueño del derecho lo renuncia. Pero esta segunda clase de leyes imperativas tiene tambien su limitacion, i es cuando la lei ha prohibido su renuncia (art. 12); en este caso la existencia de la lei prohibitiva nos conmina con la nulidad.

Si en las leyes prohibitivas encontramos franco i espedito el elemento que constituye la nulidad absoluta, no sucede lo mismo en las imperativas, donde el discernimiento del interes público i del individual o privado podría ofrecer graves dificultades i embarazos en la aplicacion, si nuestro Código no nos hubiese dado reglas precisas i completas para dirijirnos con acierto en su determinacion.

Las leyes permisivas confieren directamente una facultad en proteccion del interes individual. La obligacion que imponen consiste en no impedir el ejercicio de esa facultad, i en respetar las consecuencias naturales i léjitas que nacen de ese ejercicio. Así las leyes que permiten testar i pescar obligan a tolerar i no impedir el ejercicio de estas facultades, i a respetar las disposiciones testamentarias i el derecho de propiedad que nace de la ocupacion.

Aunque el derecho i la obligacion son correlativos, de manera que donde hai derecho existe precisamente una obligacion i vice-versa, es de notar que las leyes prohibitivas e imperativas establecen primero la obligacion i como consecuencia el derecho, al paso que la lei permisiva constituye primero el derecho i como consecuencia la obligacion. Esta observacion nos hace fijar la índole especial de las leyes permisivas, o el elemento que las distingue de las imperativas i prohibitivas. En las primeras solo se nos habilita o autoriza para la adquisicion de un derecho, i por consiguiente para crear una obligacion: esta misma autorizacion es un derecho que tiene su obligacion correlativa, como hemos visto; pero este derecho no es sino un medio, no es el fin; al paso que en las últimas, la misma lei sin necesidad de acto alguno del hombre crea el derecho i obligacion finales.

La necesidad o utilidad de las leyes permisivas ha sido puesta en tela de juicio; i el argumento con que se las ha combatido no ha dejado de ofrecer sérias dificultades. El hombre, se ha dicho, goza naturalmente de libertad para hacer o dejar de hacer segun crea conveniente a sus intereses, libertad que solo está limitada por la lei prohibitiva o imperativa; de donde puede concluirse con todo rigor

lógico que es lícito o permitido todo lo que no es contrario a ellas.

Delvincourt se hace cargo de esta cuestion en la nota 8.ª a la páj. 10 del tom. I de su *Curso de derecho civil*, i su solucion puede reducirse a lo siguiente: El argumento es justo i lejítimo en cuanto a las leyes naturales, pues entre ellas no se ve alguna permisiva, sino solo imperativas o prohibitivas. Pero en el derecho civil no sucede lo mismo: el lejislador humano en consideracion a otras leyes naturales, como es, por ejemplo, la alta conveniencia o utilidad social, tiene que permitir o tolerar muchas cosas prohibidas por la lei natural, o tiene que limitar sus mismas leyes prohibitivas o imperativas, designando los actos u omisiones que no se encuentran comprendidos en ellas. Como ejemplo de la primera clase puede citarse la prescripcion; pues estando obligado por la lei natural todo deudor a pagar su deuda aunque trascurren cien años, sin embargo la lei civil permite alegarla, porque no es posible obligar al deudor al conservar perpetuamente los justificativos del pago, i en jeneral habria mayor peligro de obligarlo a pagar dos veces, que de que se quedase el acreedor insoluto; i se evitan así muchos pleitos que perturbaban el orden social. Lo mismo sucede con las leyes permisivas de la segunda clase: la lei francesa prohibe en jeneral las sustituciones, pero las permite respecto de ciertas personas en los arts. 1048 i 1049.

Segun esta teoría, las leyes permisivas no tienen otro oficio que limitar las leyes naturales i las prohibitivas positivas.

Sin desconocer el mérito de la solucion dada por el ilustre profesor, creemos que se puede avanzar un poco mas. En primer lugar es falso que no hayan leyes naturales permisivas: la misma libertad en virtud de la cual podemos hacer lo que nos plazca o nos sea útil en cualquier sentido, es una lei natural que nos permite hacer esto o aquello; lei que produce una obligacion idéntica a la de las leyes permisivas civiles, i que consiste en respetar o tolerar el ejercicio de esa libertad o facultad. Del mismo modo, la lei natural nos prohíbe dar muerte a nuestros semejantes; pero otra lei natural nos permite hacerlo en caso de justa defensa. En segundo lugar, no puede negarse que uno de los objetos de las leyes permisivas es el que les señala Delvincourt, pues como decia Portalis: “Lo que no es contrario a las leyes es lícito; mas lo que es conforme a ellas no es siempre honesto, porque las leyes se ocupan mas del bien político de la sociedad que de la perfeccion moral del hombre.” Pero tambien es cierto que destinarlas solamente a circunscribir las leyes prohibitivas

naturales o positivas, es señalarles un oficio muy limitado, porque mas bien pudiera decirse eso de las leyes imperativas o prohibitivas, que no son otra cosa que la limitacion de la libertad o de la facultad que tenemos para hacer lo que mejor nos parezca; con lo cual solo habriamos conseguido indicar un carácter comun a unas i otras, pero no fijar el elemento peculiar o distintivo.

Como se ve, estas observaciones justifican o sostienen el principio invocado en el argumento, esto es, que todo lo que no es contrario a las leyes prohibitivas e imperativas nos es lícito, i que puede aplicarse tanto a las leyes naturales como a las positivas; pero demuestran al mismo tiempo que es ilejítima la consecuencia que se intenta deducir, cual es, que son inútiles las leyes permisivas, o que no deben dictarse leyes permisivas. En efecto, hemos visto que las hai en el derecho natural, i a la verdad no son ménos necesarias en el orden civil; porque si es preciso señalar de un modo claro i positivo lo que debemos hacer o evitar, esto es, las obligaciones, no lo es ménos fijar del mismo modo las facultades o derechos que la lei nos garantiza. En el ancho campo de la libertad humana hai ciertas facultades o ciertos derechos que nos son mas importantes o que pudieran mas fácilmente ser desconocidos o atacados, i que necesitan por lo tanto ser mas garantidos por la lei civil, siendo éste especialmente uno de los fines de la sociedad. En la facultad que me confiere la lei para hacer testamento, para abrazar una profesion, no se limita ninguna lei prohibitiva, i nadie puede desconocer la conveniencia de que la lei garantice con una accion civil eficaz este i otros muchos derechos o facultades.

Podemos, pues, concluir diciendo, que el objeto de las leyes permisivas es no solo limitar las prohibitivas e imperativas, sino tambien garantir la libertad, marcando con claridad nuestras facultades para que no se desconozcan o perturben; i por último, para reglamentar el ejercicio de la libertad.

Massé en su obra *El Derecho comercial en sus relaciones con el derecho de jentes i el derecho civil*, lib. I, tit. II, cap. III, núm. 67 se ocupa de las leyes permisivas, i cita los autores que desconocen su necesidad o su valor; pero él por su parte solo nos demuestra la obligacion que imponen criticando la distincion sutil que apunta Scaccia entre la fuerza obligatoria de las diversas clases de leyes.

Establecida la naturaleza de las leyes permisivas, réstanos ver su influencia en la materia objeto de esta disertacion. — Aunque co-

no hemos dicho ellas tienen por objeto en general garantizar el interés privado, la lei ha prohibido en muchos casos su renuncia en consideracion al interés público, cuya línea de separacion no es fácil fijar con exactitud en la controversia académica, hasta que la misma lei se encarga de dictárnosla como un precepto. Podemos, pues, decir que cada cual puede abstenerse libre i válidamente del ejercicio de toda lei permisiva; pero que seria nula la obligacion en que se tratase de menoscabar o destruir en lo futuro el ejercicio del derecho que ella confiere, cuando nos encontramos con una prohibicion, como sucede con el art. 1001 que nos prohíbe coartarnos la facultad de testar o renunciar a ella, pero no nos impone la obligacion de testar.

No ha faltado quien desconozca en otro sentido la legitimidad de la division de las leyes de que venimos tratando i que adopta nuestro Código; i es ya tiempo de que juzguemos el valor de la impugnacion. La lei que prohíbe, se dice, manda al mismo tiempo, i la imperativa prohíbe que se deje de hacer lo que ella manda. Del mismo modo, la lei imperativa o que confiere un derecho, si es tal respecto de la persona a quien se impone la obligacion, es simplemente permisiva para aquel a quien se confiere el derecho, pues no está obligado a ejercitarlo o puede renunciarlo. Así la lei que manda dar alimentos es solo facultativa para el alimentario, en cuyas manos está pedirlos o pasarse sin ellos.

El argumento, como se vé, solo conduce a demostrar que toda lei presenta dos faces porque produce dos efectos, un derecho i una obligacion; pero no destruye el fundamento de la division, pues es fácil discernir, sea cuales fueren las palabras que se empleen, si se manda hacer o no hacer. Cuando el art. 1004 dice: “La facultad de testar es indelegable,” no hai duda que impone un mandato o una obligacion: aquí no hai negacion, ni se emplea la palabra *prohibo*; pero los autores del argumento ¿se atreverian a sostener que el mandato es de hacer? ¿Negarian que la intencion i las palabras de la lei son una prohibicion, o un precepto de no hacer? Con razon hemos dicho entónces al principio, que las obligaciones que nos imponen las leyes son de accion, de omision o de tolerancia; i siendo distintos los efectos, es lójico distinguir las causas.

Aunque no hace a nuestro propósito, no pasaremos adelante sin dejar consignada la ventaja que lleva la division de las leyes que adopta nuestro Código Civil a la que se encuentra en la lei romana. En esta última vemos un cuarto miembro: *punire*. Pero ya Marcadé

i Démolombe se han encargado de probarnos que la lei no castiga sino que *manda* castigar, i que la division romana adolece del defecto de dar como miembro distinto lo que forma parte de otro.

CAPÍTULO II.

DOS CLASES DE NULIDAD, CAUSAS QUE LAS PRODUCEN.

El art. 1681 nos anuncia las dos clases de defectos de que puede adolecer un acto o un contrato, i las dos distintas consecuencias que ellas producen, la nulidad absoluta i la relativa. El exámen de estas dos clases de defectos es un antecedente necesario para conocer a fondo la naturaleza de ambas nulidades, i para reconocerlas i distinguir las en cada caso particular; porque si en regla jeneral las causas de nulidad relativa lo son tales para todo acto o contrato, hai no obstante mas de un caso en que algunas de esas mismas causas producen la nulidad absoluta por disposicion espresa de la lei, i en vez de la accion rescisoria i sus efectos, nos encontramos con la falta de existencia o de valor del acto o del contrato, i con derechos radicalmente distintos.

El art. 1682 nos dice: “La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, i la nulidad producida por la omision de algun requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideracion a la naturaleza de ellos, i no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son *nulidades absolutas*.”

“Hai asimismo *nulidad absoluta* en los actos i contratos de personas absolutamente incapaces.

“Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa*, i da derecho a la rescision del acto o contrato.”

Clasificando los capítulos de nulidad absoluta podemos reducirlos a tres: 1.º objeto o causa ilícita; 2.º falta de requisito o formalidad peculiar al acto o contrato; i 3.º incapacidad absoluta.

§ 1.º

El objeto de un contrato o de un acto, o lo que es mas propio, el objeto de la obligacion, es la materia sobre que recae; así vemos en el art. 1460: “Objeto es la cosa o cosas que se trata de dar, hacer o no hacer.” El art. 1682 no consigna espresamente como causa de nulidad la falta de objeto o la falta de causa; dice solo que lo es el

objeto o causa ilícita, pero no por esto es ménos cierto que la falta de objeto o de causa impide absolutamente la existencia de la obligacion, i es por consiguiente nulidad absoluta. Este es un requisito comun a toda obligacion, no es peculiar a un acto o contrato determinado en consideracion a su naturaleza, i no podemos por consiguiente colocarlo en el segundo miembro de la clasificacion que hemos hecho.

I no se diga que es ociosa esta cuestion, en razon de que sin objeto o sin causa no puede haber obligacion; porque lo mismo debe decirse del consentimiento, i sin embargo, la lei ha cuidado de decir que la incapacidad absoluta es motivo de nulidad, no obstante de que a nadie puede ocurrírsele que un niño de tres años sea capaz de obligarse. Si la nulidad absoluta impide la existencia de la obligacion, es lo mismo la obligacion nula que la obligacion que no existe. Ni se diga tampoco, para salvar la dificultad, que no se concibe obligacion sin objeto, porque podriamos dar objeto dejándola en pié, con tal que fuese indeterminado: la obligacion de entregar un animal o de hacer un acto favorable, que podria cumplirse con un insecto o con un saludo, es tan ridícula i nula como la que carece de objeto absolutamente; o si se quiere, hai tanta carencia de obligacion en este segundo caso como en el primero. Es sinónimo en jurisprudencia la falta de objeto i la falta de objeto determinado, como es sinónimo el objeto ilícito determinado i el ilícito indeterminado. Que no pueda haber obligacion sin objeto o sin causa, es una prueba fehaciente de que es capítulo de nulidad absoluta, porque cabalmente la naturaleza de esta especie de nulidad consiste en impedir la existencia o el valor de la obligacion.

Pero si queremos ver con mayor evidencia que la falta de objeto produce nulidad, nos bastará observar que la lei coloca en la misma línea al hecho imposible que al ilícito: en el art. 1461, inc. 3.º se dice: “Si el objeto es un hecho, es necesario que sea física i moralmente posible. Es físicamente imposible el que es contrario a la naturaleza, i moralmente imposible el *prohibido* por las leyes, o contrario a las buenas costumbres o al orden público;” el 1093: Si el modo es por su naturaleza imposible, o inductivo a hecho ilegal o inmoral, o concebido en términos ininteligibles, no valdrá la disposicion;” i el 1475: “La condicion positiva debe ser física i moralmente posible.—Es *físicamente* imposible la que es contraria a las leyes de la naturaleza física; i *moralmente* imposible la que consiste

en un hecho *prohibido* por las leyes, o es opuesta a las buenas costumbres o al orden público.” Lo mismo se repite en el art. 1480.

El hecho imposible no solamente no existe, pero ni puede existir, es la falta de objeto mas radical i absoluta, i sin embargo dice la lei que es lo mismo que el hecho ilícito; ambos producen igual efecto, o bien ambos impiden igualmente la existencia de la obligacion. I para alejar hasta la mas remota duda acerca de la identidad entre la falta de objeto i el objeto ilícito, la lei queriendo espresar que un objeto es ilícito se contenta con decir que no puede ser objeto, como sucede con el derecho de heredar a una persona viva (art. 1463). Por último el art. 1814 pondrá término a la discusion con la autoridad del lejislador: “La venta de una cosa que al tiempo de perfeccionarse el contrato se supone existente i no existe, no produce efecto alguno;” lo que no es otra cosa que repetir en distintos términos la misma proposicion que venimos sosteniendo: la falta de objeto hace que el contrato no produzca efecto alguno; i que esta es una de las fórmulas de que se vale la lei para designar la nulidad absoluta, no tardaremos en comprobarlo.

No nos falta entónces mas que saber por qué la lei no consignó espresamente en el art. 1682, la falta de objeto como causa de nulidad, así como lo hizo con el objeto ilícito. Pero la solucion es fácil, i satisfactoria. Si por una parte nos habia asimilado la falta de objeto al objeto ilícito, por otra creyó tan supérflua la espresion de la pena para aquel caso, como condenar a muerte al suicida. Le bastaba decir que el objeto ilícito no era objeto o carecia de existencia legal, i que por esta razon viciaba el acto o el contrato: podriamos decir: *idem est non facere quod facere contra legem*; i como se dice en la Instituta: *is qui in fraudem creditorum manumittit nihil agit: quia Lex Elia Sentia impedit libertatem*.

Igual cosa podemos decir respecto de la causa; pero aquí la lei fué todavía, si es posible, mas esplicita: *No puede haber obligacion sin una causa real i licita* (art. 1467). El símil en la naturaleza i en los efectos o en la pena no podia espresarse con mas enerjía. Cuando dice, pues, la lei que el objeto o causa ilícita producen nulidad absoluta es porque les ha negado la existencia, i colocado en la misma situacion que la falta de ser; i repetir que esta causa de ser produce nulidad absoluta, habria sido un pleonasma tan inútil, como decir que un impúber no puede habilitarse de edad, despues de haber dicho que no pueden serlo los menores de 21 años.

Los arts. 1462 a 1466 nos enseñan algunos casos de objeto ilícito i nos dan una regla jeneral: *hai objeto ilícito en todo contrato prohibido por las leyes*. Los arts. 10 i 11 consignan la misma regla: el acto prohibido por la lei es nulo aunque se pruebe que no se ha contrariado la intencion de la lei; i por último el art. 1469 establece: “Los actos o contratos que la lei declara inválidos, no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan i en que se renuncie la accion de nulidad.” De todos estos artículos se deduce en rigor lójico la teoría de que la infraccion de toda lei prohibitiva produce nulidad absoluta. I como cuando está prohibida la renuncia del derecho conferido por la lei imperativa de interes privado i por la lei permisiva, tenemos una lei prohibitiva, encontramos igualmente una nulidad absoluta en su contravencion.

Nuestro Código ha seguido en el particular la doctrina romana. La lei 5.^a del Código, tit. XIV, *de legibus* etc. dice: “Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec pœnas insertas legibus evitabit, qui se contra juris sententiam sæva prærogativa verborum fraudulenter excusat. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsequutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas, trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est ut ea, quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. Sed et si quid fuerit subsequutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse præcipimus. § I. Secundum itaque prædictam regulam, qua ubicumque non servari factum lege prohibente censuimus, certum est nec stipulationem hujusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti.”

Pero la lei prohibitiva no se presenta siempre bajo la misma forma: aquí no se trata de palabras o fórmulas sacramentales, no es esencial la palabra *prohibo*; desde que encontramos un mandato de no hacer algo, debemos reconocer una lei prohibitiva. El lejislador no se ha cuidado de la uniformidad en la espresion de este jénero de leyes; i son tan varias sus locuciones que nos bastará recorrer algu-

nas de ellas. *No se puede, se prohíbe, no es lícito*, son sinónimos e nuestro caso, i a nadie le puede ocurrir duda alguna de que envuelven una obligacion de no hacer. Dumoulin citado por Perrin i Merlin sobre la lei I.^a ff. *de verborum obligationibus* dice a este respecto: “Negativa præposita verbo potest, tollit potentiam juris et facti et inducit necessitatem præcisam, designans actum impossibilem.” Tan obvia i lejitima es esta interpretacion, que se mira como doctrina comun; i en efecto ¿qué distinta intelijencia se daría al art. 2450 si en vez de decir: “No se puede transijir sobre el estado civil de las personas,” dijese: se prohíbe transijir etc.?” En una i otra aparece el mismo e idéntico precepto de no hacer, i la única diferencia que encontramos en las palabras, consiste que en aquella se espresa el objeto por la causa. Ella se encuentra ademas comprendida en los términos de la lei romana: *qui se contra juris sententiam*. Otro tanto sucede con las siguientes: 1.^a *No produce efecto alguno, u obligacion alguna*, como en los arts. 1554 i 1814; 2.^a *Se tendrá por no escrito*, como en los arts. 415, 1001, 1480, 1892, 2030 i 2031; 3.^a *Se mirará como no ejecutado*, art. 1701. En estas la prohibicion se manifiesta aun de un modo mas enérjico, porque se ha cuidado de consignar la pena o la sancion legal como para dar mayor garantía de observancia.

Pero si la infraccion de la lei prohibitiva produce por regla jeneral nulidad absoluta, no debemos olvidar la escepcion que encontramos establecida en el art. 10: *salvo en cuanto se designe otro efecto que el de nulidad para el caso de contravencion*. Escepcion que no ofrece dificultad alguna desde que aparece consignada espresamente en la misma lei prohibitiva. Así, la prohibicion de establecer dos o mas fideicomisos o usufructos sucesivos (arts. 745 i 769), no vicia de nulidad el primer llamamiento, ni destruye del todo los segundos, pues los conserva con el carácter de sustitutos. Del mismo modo, los arts. 2344 i 2431 prohiben que el fiador se obligue en términos mas gravosos que el principal deudor, i que la hipoteca se estienda a mas del duplo del importe conocido o presunto de la obligacion principal, aunque así se haya estipulado; pero la infraccion de estas prohibiciones no vicia de nulidad la constitucion de la fianza o hipoteca, sino que solo da derecho para que se reduzca el contrato accesorio a los términos legales. Igual cosa se ve en el art. 2062: a la prohibicion que allí se establece se señala otro efecto que el de nulidad en caso de contravenir a ella.

Pero esta escepcion no debe circunscribirse rigorosamente a los términos que dejamos consignados. Para que deje de haber nulidad absoluta, no es necesario que la misma lei que prohibe señale a su prohibicion; otro efecto que el de nulidad para el caso de contravencion; bastará que en otra lei distinta se señale ese efecto, porque no hai inconveniente alguno para que una lei imperativa sirva de limitacion a una prohibitiva, cuya funcion puede tambien ejercer la permisiva. El testo mismo del art. 10 no rechaza esta teoria: Allí no se exige que la misma lei prohibitiva designe el otro efecto distinto de la nulidad para el caso de contravencion; i el Código nos presenta muchos ejemplos que la confirman sin dejar lugar a la duda. Así vemos que el art. 137 prohibe a la mujer casada celebrar contratos, i el 303 prohibe al menor habilitado de edad hipotecar o enajenar sus bienes raices, sin que en dichos artículos se designe otro efecto que el de nulidad absoluta para el caso de contravencion; i nadie se atreverá a negar que solo produce nulidad relativa, con las terminantes disposiciones de los arts. 1682 i 1684; i porque la nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificacion, i el marido puede ratificar los actos o contratos de la mujer (art. 142). Ni se crea que el art. 10 ha querido hablar de una i otra nulidad, porque sus términos mismos no lo permiten; pues no se contenta con decir *nulo*, sino que agrega *i de ningun valor*, lo que solo es aplicable a la nulidad absoluta, desde que el acto o contrato con nulidad relativa tiene algun valor. Del mismo modo, el art. 253 prohibe al hijo de familia que administra peculio profesional o industrial, *tomar dinero a intereses, ni comprar al fiado (escepto en el jiro ordinario de dicho peculio) sin autorizacion escrita del padre*; i agrega que *si lo, hiciere no será obligado por estos contratos, sino hasta concurrencia del beneficio que haya reportado de ellos*. La limitacion que aquí se señala no es peculiar o esclusiva, sino la aplicacion de la regla jeneral consignada en el art. 1688, como sucede entre otros casos con los arts. 146 i 1578. Entre tanto, el contrato que no haya producido beneficio al hijo de familia no es nulo absolutamente, sino solo rescindible, porque la calidad o estado de las personas, salvo la incapacidad absoluta, solo es causa de rescision segun los artículos que ántes hemos citado.

Algunos autores quieren que se enumeren tambien entre las escepciones de la regla que señala la nulidad absoluta como sancion de la lei prohibitiva, los casos en que la declaracion de nulidad no

produciria efecto alguno, como son todos los hechos que impiden reponer las cosas al estado anterior; es decir, en que no puede cumplirse lo dispuesto en el art. 1687. Pero nuestro Código lo ha previsto en el art. 1555: "Toda obligacion, dice, de no hacer una cosa se resuelve en la de indemnizar los perjuicios, si el deudor contraviene i no puede deshacerse lo hecho."

Réstanos, por último, examinar otra fórmula no ménos jeneral i que a primera vista pudiera ofrecer algun embarazo para su inteligencia; tal es aquella en que la prohibicion se manifiesta con la palabra *nulo* o con las espresiones *vicia de nulidad* o *no vale*, como sucede en los arts. 1716, 1721, inciso 3.º, 1811, 1998, 2067, inciso 3.º, 2441, 2452, 2467, 2028, 2110, 1400, 1816. El lejislador no ha sido aquí tampoco mui escrupuloso en la uniformidad del significado de sus palabras. Aunque es verdad que reconoce dos clases de nulidad *absoluta* i *relativa*, la palabra nulidad sin otra determinacion o epíteto ha significado siempre la absoluta, i entre los ejemplos citados, si se esceptúa el art. 2110, todos los demas son nulidades absolutas, porque o son verdaderos mandatos de no hacer o son el resultado de la falta de un requisito o formalidad esencial. Sin embargo, son mui raros los casos en que la palabra *nulo* o la espresion *no vale* importan nulidad relativa en nuestro Código; i aunque para discernir su significacion hai que ocurrir a la verdadera intelijencia de la regla que acabamos de apuntar, esto es, tener en cuenta la causa que induce al lejislador a determinar la sancion, i dar como nulidad absoluta la que se declara por contravencion a una lei prohibitiva o por falta de requisito o formalidad esencial, i como nulidad relativa la que es orijjada por error, violencia, dolo, o la calidad o estado de las personas, no es, sin embargo, suficiente, pues tenemos casos de esta última clase que producen nulidad absoluta, i que forman una contraescepcion. Tal particularidad nos presenta el contrato de transaccion: entre los capítulos de nulidad que le señala el Código, se enumeran el dolo o la violencia (art. 2453), i el error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transijir (art. 2457). En uno i otro caso la lei dice que es *nula* la transaccion, i en el primero agrega ademias, que lo es *en todas sus partes*. Entre tanto, los arts. 1682 i 1691 señalan como causas de nulidad relativa la violencia, el error i el dolo. I no se crea que los arts. 2453 i 2457, al imponer la nulidad, han entendido la relativa; no, tal interpretacion la resiste el contesto de todos los artículos, i especialmente el 2456, en que al es-

tatuir sobre los efectos del error acerca de la persona con quien se cree transijir, dice que se podrá rescindir la transaccion. La contraposicion de las palabras *nulidad* i *rescision* en artículos contíguos i que tratan de la misma materia, no podia ser mas marcada. No es posible suponer que el legislador haya empleado indistintamente ambas palabras, porque sabia bien que su naturaleza i resultados establecen entre ellos una ancha línea de separacion. I tan presente lo tuvo, que en el art. 2460, despues de haber enumerado con especialidad i separacion en los artículos anteriores, los casos en que la transaccion es nula i cuando puede rescindirse, dice: “La transaccion produce el efecto de cosa juzgada en última instancia: pero podrá impetrarse la *declaracion de nulidad o la rescision*, en conformidad a los artículos precedentes.” No cabe, pues, duda alguna que la transaccion celebrada con dolo, violencia o error sobre la identidad del objeto, adolece de nulidad absoluta; no solo porque las palabras *nulo* o *no vale* que se emplean en ese título importan una prohibicion, que es la regla jeneral, sino porque estando contrapuestas a la rescision de un modo esplicito i repetido, no puede dársele otro significado, sin embargo de que las causas de esa prohibicion solo importen ordinariamente nulidad relativa. Podriamos decir que la lei prohibitiva no ha señalado aquí otro efecto que el de nulidad para el caso de contravencion, i recobra entónces su imperio la regla jeneral.

Otro tanto sucede con el testamento: la fuerza es un vicio que produce nulidad relativa por regla jeneral, i el término para instaurar la accion rescisoria se cuenta desde que cesa la violencia (art. 1691); pero segun el art. 1007: “El testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza es nulo en todas sus partes.” Esta nulidad es la absoluta, no la relativa; i lo es porque, como acabamos de demostrar, siempre que la lei dice *nulo* sin otra calificacion se entiende la absoluta; i porque la misma espresion ha empleado el legislador en el artículo anterior para calificar el testamento del impúber, del demente sujeto a interdiccion, etc., sobre los que no puede haber duda alguna que son nulos absolutamente.

El tercer miembro del primer capítulo de nulidad absoluta es la causa ilícita. El art. 1467 nos enseña que se tiene por tal la que es prohibida por la lei, o la que es contraria a las buenas costumbres o al órden público: así la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

“Se entiende por *causa*, nos dice el mismo artículo, el motivo que induce al acto o contrato”; pero este motivo puede ser muy vario, o bien pueden existir dos o tres motivos, de los cuales uno solo sea ilícito. Preciso es entonces saber cuál es el motivo a que se refiere la ley, o bien cuál es la causa legal del acto o contrato. Cuando se compra un cuchillo o una pistola para cometer un asesinato, cuando se compra metal para fabricar moneda falsa, tenemos un motivo prohibido que induce al acto o contrato, y sin embargo no podrían declararse nulas las compras de los instrumentos del delito. El Código no ha determinado cual es el motivo que toma en cuenta la ley para juzgar de la existencia de la obligación, y lo ha dejado en manos de la ciencia jurídica. Vinnio nos habla de lo que entendían los romanos por causa civil del contrato: “*Causam definitio dationem vel factum certa lege, puta si quid tibi dedi aut fieri ea lege. ut vicissim mihi aliquid dares aut faceres uti et jurisconsultus d. l. 7. § 2 ipse hoc explicat, et in numeris locis significatur..... id est, tale quod constituit contractus: unde obligatio et actio civilis, ne quis hic somniet de causa impellente aut finali quæ pasciscentes movit.*” Para que la dación o el hecho fuesen causa civil, era, pues, necesario que estuviese consignada espresamente en la ley, y esto era lo que constituía el contrato y lo desemejaba del pacto o convención, en los que también había causa impelente o final. Abolida la diferencia entre el contrato y el pacto, no tuvo necesidad la ley de especificar la causa para dar origen a la acción civil; pero no pudo desentenderse de la imperiosa necesidad de la causa para la existencia de la obligación.

Entretanto la misma legislación romana nos sirve para establecer la verdadera causa legal del acto o del contrato, porque si allí solo la dación o el hecho consignados en la ley eran causa, ahora que el pacto es lo mismo que el contrato, toda dación o hecho puede servir de causa, excepto los ilícitos. Así, es doctrina corriente que la causa de la obligación es la ventaja que obtiene del contrato la parte obligada, y cuando no hay ventaja, la pura liberalidad. En la compra de una casa (como en todos los contratos sinalagmáticos o bilaterales) la causa de la obligación del comprador es la adquisición de la casa, y la del vendedor el dinero o el precio.

La jurisprudencia reconoce en consecuencia dos jéneros de excusas de la obligación: la remota y la próxima o inmediata. Aquella queda entregada al arbitrio o capricho del contratante: que yo com-

pre la casa para habitarla, para arrendarla, para emplearla en un objeto ilícito, nada importa; el vendedor no se obligó a entregarla i sanearla sino por el precio i no por el propósito final o remoto que tuve en mira; la adquisicion del precio es entónces la causa legal de su obligacion.

Si cada obligacion necesita de causa propia para existir, i si en los contratos bilaterales hai obligacion por una i otra parte, debe haber en ellos forzosamente dos o mas causas; i no son por consiguiente sinónimas las espresiones *causa de la obligacion* i *causa del contrato*. Dos o mas obligaciones pueden tener una sola causa; pero es preciso que recaiga en una sola de las partes contratantes; las obligaciones de entregar la cosa vendida i la de sanearla, tienen una misma causa.

Fácil nos es ahora calificar la causa ilícita i distinguirla del objeto ilícito. Si la dacion, el hecho o la omision que sirven de causa están prohibidos por la lei, o son contrarios a las buenas costumbres o al órden público, son objetos ilícitos i al mismo tiempo causas ilícitas. Siguiendo el ejemplo propuesto, si se compran estatuas o pinturas obscenas, hai objeto ilícito para el vendedor, i causa ilícita para el comprador. La materia o el objeto sobre que versa la obligacion del vendedor es ilícito; pero la materia o el objeto sobre que versa la obligacion del comprador es lícito, porque la entrega de dinero es lícita. La causa de la obligacion del vendedor es lícita, porque el motivo que lo induce a obligarse es la adquisicion del dinero, que es lícita; mas la causa de la obligacion del comprador es ilícita porque el motivo que lo induce a obligarse es la adquisicion de las estatuas obscenas, que son materia ilícita.

De estos antecedentes no se desprende, sin embargo, de que siempre que haya causa ilícita para la obligacion de una de las partes, haya objeto ilícito en la obligacion de la otra. Si Antonio promete a un juez 1000 pesos porque le dé una sentencia justa, no hai objeto ni causa ilícita por parte de Antonio; el objeto que son los 1000 pesos i la causa que es el hecho de la sentencia justa, no son ilícitos. Por parte del juez no hai objeto ilícito en la obligacion, porque no es tal la sentencia justa; pero hai causa ilícita, porque el motivo que lo induce a obligarse a dar sentencia justa es la adquisicion de los 1000 pesos, i no el cumplimiento de su deber. Igual cosa sucede si yo prometo dar 1000 pesos a un individuo porque no mate a otro; aquí no hai objeto ilícito por ninguna de las dos partes, porque ni la dacion

de los 1000 pesos ni la omision del homicidio son ilícitos; solo es ilícita la causa del que se obligó a no cometer el homicidio.

La causa es ilícita entónces en dos casos: 1.º cuando hai objeto ilícito en la obligacion de la otra parte, i 2.º cuando siendo lícito dicho objeto, la lei prohíbe no obstante, el motivo de la adquisicion, o ese motivo es contrario a las buenas costumbres o al órden público. Respecto de la primera clase de causa ilícita, nada tenemos que agregar a lo que dejamos espuesto sobre el objeto ilícito, i esto no ofrece dificultad alguna. La causa ilícita de la segunda clase puede ser tal, por tres motivos: 1.º por estar prohibido por la lei. La teoría que hemos desarrollado sobre las leyes prohibitivas tiene aquí completa aplicacion: la lei prohibitiva produce nulidad absoluta. El art. 1392 dice: "Es nula asimismo la donacion hecha al curador del donante, ántes que el curador haya exhibido las cuentas de la curaduría i pagado el saldo, si lo hubiere en su contra." La donacion i la promesa de donar hechas al ex-curador en el caso previsto, adolece de nulidad absoluta, aunque el donante sea mayor de 25 años i libre administrador de sus bienes; i lo son por causa ilícita. La liberalidad que es aquí el motivo que induce a la obligacion se hace ilícita por la prohibicion de la lei. Lo mismo debe decirse en general de todos los casos en que la lei prohíbe la renuncia de los derechos que miran al interes individual: las obligaciones fundadas en esta renuncia son nulas por lo ilícito de la causa, i esta lo es tal por la prohibicion de la lei. 2.º La causa es tambien ilícita, apesar de que no haya objeto ilícito, cuando es contraria a las buenas costumbres, como sucede en los dos casos propuestos de la sentencia justa i de no cometer homicidio. 3.º Lo es, por último, cuando contraria al órden público: tal se estima el contrato de dar una cantidad por no ejercer los derechos electorales o ciertas funciones públicas arbitrarias.

Ya hemos visto anteriormente que la falta de causa produce nulidad absoluta, como espresamente lo estatuye el art. 1467: *no puede haber obligacion sin causa real*. Pero no pasaremos adelante sin notar la equivocacion sufrida en la redaccion del art. 1816: *La compra de cosa propia no vale*, se dice en el primer inciso; i en efecto no necesitaba decirlo el Código, porque le faltaba la causa por parte del comprador, o lo que es lo mismo, la causa seria falsa: la adquisicion de la cosa que es el motivo que lo inducia al contrato no podia tener lugar, pues nadie puede adquirir lo que es suyo. Sin em-

bargo, el mismo artículo agrega en el tercer inciso: “Todo lo dicho en este artículo puede ser modificado por estipulaciones espresas de los contratantes.” Deducir de aquí, que los contratantes podían estipular que la compra de cosa propia valiese, sería un error manifiesto; i no obstante la deducción sería legítima según las palabras de la lei. La nulidad absoluta no puede sanearse por la ratificación de los contratantes (art. 1683); la causa es de la esencia de la obligación, i si falta lo que es de esencia, el contrato no produce efecto alguno o dejenera en otro contrato (art. 1444); *los actos o contratos que la lei declara inválidos* (la compra de cosa propia *no vale*) *no dejarán de serlo por las cláusulas que en ellos se introduzcan i en que se renuncie la acción de nulidad* (art. 1469). Si los contratantes quisiesen hacer válida la compra de cosa propia, el contrato dejeneraría en donación, porque no pudiendo tener lugar la adquisición, que era la causa del contrato de compra, solo podría darse cabida en tal carácter a la liberalidad o beneficencia.

§ 2.º

El segundo capítulo de nulidad absoluta es la falta de requisito o formalidad peculiar al acto o contrato. Los cuatro requisitos comunes para la legalidad de todo acto o contrato están señalados en el art. 1445, i son: capacidad, consentimiento, objeto lícito i causa lícita. Si hubiéramos de atenernos a las palabras empleadas en dicho artículo tendríamos que decir que la falta de uno de esos requisitos impide la existencia de la obligación; pero su complemento i comentario lo encontramos en el art. 1682 que determina cuáles requisitos impiden la obligación i cuáles la rescinden después de nacida.

En el párrafo anterior nos ocupamos del objeto i causa ilícita como capítulos de nulidad absoluta i en el 4.º trataremos del consentimiento i de la capacidad como causas de rescisión. Aunque la incapacidad absoluta impida también la existencia de la obligación, el Código la señala por separado porque es un requisito jeneral o comun, i no lo comprende por consiguiente entre aquellos *que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos*, i que son los únicos de que debemos ocuparnos por ahora.

Si la infracción de las leyes prohibitivas produce objeto o causa ilícita, que es una de las fuentes de la nulidad absoluta, la infrac-

cion de la lei imperativa de órden público nos da igual resultado. Cuan difícil sea fijar el límite de separacion entre el interes público i el privado, nos lo advierte el estudio detenido de la ciencia legal, i la diverjencia que se nota en las opiniones de los jurisconsultos i decisiones de los Tribunales; i hasta la misma regla de que se echaba mano, que consistia en examinar si la formalidad exigida era grave i sustancial o si solo era accidental i lijera, i declarar la nulidad en el caso de la infraccion de la 1.^a, i no estimar la lei sino como conminatoria en la 2.^a Perrin, en su tratado de nulidades, cap. III, sección XI, despues de consignar la regla i analizar los casos de aplicacion, se ve forzado a concluir: "Es menester, pues, si se quiere evitar en cuanto es posible los abusos de la inconstancia i de la arbitrariedad, no ocurrir a la máxima de que se trata, sino a falta absoluta de otros datos. Solo entónces puede servirse de ella, porque vale mas seguir una regla imperfecta o mala que no tener ninguna." Massé por su parte, lib. I, tit. II, cap. III, repite lo mismo: "La aplicacion de esta regla ha dado lugar a mui numerosas dificultades que se ha tratado de resolver por medio de distinciones mas o ménos justas; pero cuya solucion que depende con frecuencia de las circunstancias, no me parece que permita formular una teoria estable i uniforme." Zachariæ tit. preliminar § 35: "Segun el Código Civil las nulidades resultan, pues, ya de una declaracion espresa de la lei, ya de la violacion de la razon o del espíritu de un precepto legal (en el primer caso son espresas, en el segundo virtuales). La cuestion en que se trata de saber, en este último caso, si un acto determinado contrario a las leyes deba ser considerado como nulo a consecuencia de la violacion de la lei que ha transgredido, queda reservada a la apreciacion del juez." I en la nota 9.^a agrega: "Relativamente a esta cuestion, se distingue ordinariamente las prescripciones legales en esenciales i no esenciales. Sin embargo, esta division casi no ofrece ventajas, porque lo que es esencial o no lo es debe apreciarse en cada caso particular segun el fin de las leyes que le conciernen."

Pero nuestro Código Civil, dijimos ántes, nos ha dado reglas precisas i seguras que nos conduzcan con acierto en tan difícil tarea. Sin ocuparse en deslindar de un modo directo el interes público i el privado, que es una discusion mas propia de la escuela o de la filosofia jurídica, nos da las tres reglas jenerales que se encuentran en los arts. 1444, 1469 i 1682; i aunque en el primero no ha hecho otra

cosa que repetir la doctrina antigua que distinguía en cada contrato lo que era esencial, de lo que era natural o accidental, fácil nos es traducir lójicamente esta espresion segun la enseñanza de la misma doctrina adoptada en el Cóligo, diciendo: que lo que debe distinguirse en cada contrato son los requisitos necesarios para su valor o existencia (esto es lo esencial), i los derechos i obligaciones que produce, que son naturales o accidentales. Así queda en perfecta armonía este artículo con el 1682, i no hai que ocurrir a la fútil i peligrosa distincion de los requisitos esenciales o graves, i los accidentales o lijeros. En nuestro Cóligo se han desterrado las formalidades o requisitos de esta última clase; i si en el matrimonio se hace mencion de ellos o se establecen espresamente, es solo por los respetos debidos a su carácter de sacramento, i por guardar consonancia con las prescripciones canónicas.

Si en nuestro Cóligo no hai formalidades o requisitos accidentales o lijeros, si todos los que se reconocen como tales son graves i producen nulidad, no son todos, sin embargo, de una misma clase, pues los unos impiden la existencia de la obligacion i causan por lo tanto nulidad absoluta, i los otros, sin dejar de ser graves, solo autorizan para destruir la obligacion despues de haber nacido, a lo que se da el nombre de nulidad relativa o rescision. Deslindar i clasificar con precision estas formalidades o requisitos es el objeto del art. 1682, i su propósito lo ha satisfecho cumplidamente.

I no se crea que la division de nuestro Cóligo en requisitos de nulidad absoluta i de nulidad relativa viene a parar al mismo resultado de los requisitos graves i accidentales, porque ni la omision de cualquiera de los graves produce indistintamente (en la teoría que los adopta) nulidad absoluta, ni la omision de uno de los últimos la produce relativa. En nuestra division no hai requisito alguno sin sancion, cualquiera de ellos que falte hai nulidad; i aunque esta es diferente o de dos clases, los requisitos de cada especie o seccion tienen idéntica eficacia para causar por su omision la respectiva nulidad. En la division que impugnamos, al contrario, los de una clase o seccion, los graves, no dan lugar indistintamente a la misma nulidad, i los de la otra, los accidentales o lijeros, carecen de sancion, su falta no desvirtúa la obligacion, lo que equivale a dividir las cosas o derechos, en los que son tales i los que no los son.

No desconocemos, sin embargo, que la clasificacion del art. 1444 es imperfecta: en su tenor literal no se comprenden las causas de res-

cisión o de nulidad relativa, porque ni son esenciales, según el sentido que se dá a esta palabra en dicho artículo, puesto que su falta no impide del todo los efectos del contrato, ni son naturales o accidentales, porque esto es solo propio del resultado o de los efectos del contrato, esto es, los derechos i obligaciones. Mas, el art. 1682 ha salvado este defecto. Los requisitos esenciales, nos dice este artículo son tres: el objeto i causa ilícitos, el requisito peculiar al acto o contrato i la capacidad absoluta; los otros requisitos no son esenciales, su falta no impide la existencia de la obligación, sino que da lugar a que se rescinda.

El requisito peculiar lo determina la lei imperativa, i es tal aun que se presente en forma negativa o prohibitiva, porque nos manda hacer, la obligación que impone es de acción. “No se admitián en juicio, nos dice el art. 1723, escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, a no ser que se hayan otorgado ántes del matrimonio i con las mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas;” lei imperativa que ordena el requisito esencial de que se otorguen las escrituras ántes del matrimonio i con tales solemnidades. I las leyes imperativas de esta clase son siempre de interés público, tanto porque no pueden renunciarse, aunque la lei no lo espese, cuanto porque producen todas el mismo efecto, i su sancion está encomendada a la acción oficiosa del juez; espresiones que vienen a importar una misma cosa, i que nos hacen desaparecer la necesidad de investigar en cada caso el interés público o el privado, desde que en la ciencia legal, como en todas las otras, no ofrece dificultad el aceptar como iguales dos cosas que producen idénticos efectos.

Las tres reglas jenerales que hemos enunciado, tienen solamente por objeto determinar los efectos de la omisión de los requisitos que la lei exige para el valor i eficacia del acto o del contrato; mas respecto de los esenciales o los relativos al valor, el único signo distintivo que nos anuncia el art. 1682, es el que sean peculiares del acto o contrato, o lo que importa lo mismo, que las leyes los prescriban en consideración a la naturaleza de ellos. Su determinación la encontramos entónces en los títulos correspondientes a cada acto o contrato, donde ha cuidado el legislador de fijar con claridad, aunque con diversas espresiones, los elementos constitutivos del acto o contrato, que forman, por decirlo así, su naturaleza o sustancia. En el acto de la emancipación voluntaria, por ejemplo, tenemos cinco requisitos de dos distintas clases i efectos: instrumento público, consentimiento

del padre, pubertad del hijo, consentimiento de éste i autorizaci6n del juez. El consentimiento no es requisito peculiar de la emancipacion, todo acto o contrato lo exige; es un requisito comun cuyo vicio solo causa por consiguiente nulidad relativa (salvo el absolutamente incapaz), i no dá lugar mas que a la accion rescisoria. No nos quedan ent6nces como requisitos peculiares sino la escritura pública, la pubertad del hijo i la autorizaci6n del juez, porque éstos no se exigen jeneralmente para todos los actos o contratos; en ellos se obliga o adquiere derechos el impúber por medio de su representante legal. La autorizaci6n judicial la exige la lei en forma negativa, pero esto no arguye contra su identidad con los otros dos requisitos, ni deja de ser un precepto que impone la obligaci6n de hacer: sin instrumento público i pubertad del hijo la emancipacion *no se efectúa*, i sin autorizaci6n judicial *no vale*; i que no efectuarse o no valer son una misma cosa en jurisprudencia, lo vamos a ver en los capítulos siguientes.

En el testamento, otro de los actos mas frecuentes e importantes de la vida civil, es aun mas fácil descubrir los elementos constitutivos o sustanciales: la lei ha cuidado de señalarlos de manera que no ofrezca duda alguna. Respecto del solemne, el art. 1026 i las disposiciones del párrafo 1.º del mismo título no pueden ser mas esplicitas; i en el otorgado en pais extranjero i en el privilegiado no se presenta tampoco dificultad alguna.

No es mas difícil descubrir en cada contrato los requisitos necesarios para su valor, segun su naturaleza propia. Cuando no emplea la lei la misma palabra *requisito*, dice que no vale en otra forma, o que no hai contrato, o que debe siempre hacerse así, etc. Los requisitos del censo nos pueden servir de ejemplo de estas diversas formas de enunciaci6n: los cinco artículos desde el 2024 hasta el 2028, señalan cinco distintos requisitos de iguales efectos; todos ellos son esenciales; todos se espresan en diversos términos; solo en dos se nombra la palabra requisito, en los demas se emplea otras fórmulas, pero que no son ménos significativas; i ninguno de ellos dice relacion al estado o calidad de las personas.

Por último, al requisito o formalidad peculiar que con mas frecuencia se exige en ciertos actos o contratos, cual es la escritura pública, le consagra el legislador dos artículos o reglas jenerales (arts. 18 i 1701), declarando que su falta no puede ser suplida por otro medio, i que el acto o contrato se mirará como no ejecutado o celebrado: con-

secuencias idénticas a la falta de cualquiera otro requisito esencial, puesto que todos los de esta clase tienen igual importancia, i que en nuestro Código no se reconoce mas que una sola especie de nulidad absoluta.

3.º

De los requisitos comunes a todos los contratos que estatuye el art. 1445, hemos visto que solo el objeto o causa ilícita son siempre motivo de nulidad absoluta; los otros dos, la capacidad i el consentimiento no son necesarios *ordinariamente* para el valor del acto, sino para su legalidad o eficacia. El art. 1447, divide la incapacidad en absoluta i relativa. Bien obvia es la razou filosófica de esta division para que nos detengamos en su análisis: en el absolutamente incapaz falta el consentimiento, pero esta incapacidad no está fundada en la falta sino en la imposibilidad de su existencia; i si en el sordo-mudo hai o puede haber consentimiento, la imposibilidad de espresarlo por escrito, único modo de asegurarse de su existencia, lo constituye en lá misma incapacidad que al demente i al impúber.

¿Los dementes son absolutamente incapaces aunque no se hallen bajo interdiccion? El art. 1447 no hace distincion alguna: "Son absolutamente incapaces, dice, los dementes, los impúberes i los sordo-mudos que no pueden darse a entender por escrito." Si no hubiera otra disposicion en el Código sobre esta materia, la afirmativa no ofreceria dificultad alguna. Pero los arts. 465 i 1005 estatuyen reglas en que se hace diferencia entre el demente sujeto a interdiccion i el que no lo está, relativamente al valor de sus actos i contratos; i el art. 497 declara inhábil al demente para toda tutela o curaduría, espresando que lo es *aunque no esté bajo interdiccion*; como el art. 510 declara nulos los actos del tutor o curador demente, *aunque no haya sido puesto en interdiccion*. La esplicacion i concordancia de estos artículos nos resolverán la cuestion propuesta.

En el art. 465 se establecen dos reglas: en el primer inciso se declaran nulos todos los actos i contratos del demente posteriores al decreto de interdiccion, sin escepcion alguna, *aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido*; i en el inciso segundo se declaran válidos todos los actos i contratos anteriores a la interdiccion, *a ménos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente*. Si este inciso hubiera dicho que eran válidos los actos o contratos del demente ejecutados o celebrados sin prévia in-

terdiccion en un momento lúcido, no habria ofrecido dificultad alguna; pero que esta es la verdadera intelijencia, solo se deduce de la palabra *entónces* que acompaña a la de *demente*, i de la contraposicion que hai entre los dos incisos.

Demente segun el art. 456 es el que se halla en un estado habitual de demencia aunque tenga intervalos lúcidos; pero esta definicion solo se ha dado para determinar a quienes debe sujetarse a interdiccion por esta causa, mas no para calificar la capacidad del individuo en cuanto a los actos i contratos. Cuando el inciso 2.º del art. 465 dice que los actos o contratos son nulos, si se prueba que el que los ejecutó o celebró estaba *entónces* demente, no ha querido decir otra cosa sino que *no estaba entónces en un momento lúcido*. La palabra *demente* tiene por consiguiente dos significaciones, segun nuestro Código: estado habitual de demencia, i enajenacion actual de la mente. En el primer sentido se toma para decretar la interdiccion, i en el segundo, para calificar el valor de los actos i contratos del que no está bajo interdiccion. Los actos i contratos de la persona no sujeta a interdiccion son nulos, si en el momento de ejecutarlos o celebrarlos no estaba en intervalo lúcido, porque estaba *entónces* demente: tal es a significacion de esa palabra en el referido inciso.

Confirman esta interpretacion los otros artículos que se dejan citados. En el 510 se declaran nulos los actos i contratos del tutor o curador demente aunque no hayan sido puestos en interdiccion; regla diametralmente opuesta a la del inciso 2.º del art. 465. Aquí, es claro, la palabra *demente* está tomada en el sentido de estado habitual de demencia (art. 456); i es como si hubiera dicho: son nulos los actos del guardador que hubiera podido sujetarse a interdiccion, aunque los haya ejecutado en un intervalo lúcido. Si al art. 510 quiséramos dar la misma escepcion que se consigna en el inciso 2.º citado, tendríamos una repeticion no solo inútil sino peligrosa; la que por otra parte no es aceptable, desde que aparece de manifiesto que la proteccion de los pupilos es lo que ha inducido al lejislador a dictar para los actos de sus representantes una regla estraordinaria. Por eso en el art. 497, núm. 3.º cuidó de espresar que el demente es incapaz de toda guarda, *aunque no esté bajo interdiccion*; i a nadie le ocurrirá poner en duda que *demente* está tomado aquí tambien, no por enajenacion actual de la mente, sino por el estado habitual que dá mérito para la interdiccion. I si este estado habitual es una incapacidad, i si la incapacidad sobreviniente pone fin a la guarda

(art. 509), nada es mas lójico que declarar nulos los actos i contratos del guardador demente no sujeto a interdiccion, aunque los ejecute o celebre en un intervalo lúcido. El art. 1,005, núms. 3.º i 4.º no es mas que la aplicacion a un caso particular de la regla dada en el art. 465: el testamento del demente, dice aquel artículo, es nulo si lo ejecuta estando bajo interdiccion o con enajenacion actual de la mente.

Ahora vemos que al art. 1447, le bastó decir que el demente es absolutamente incapaz, pues segun los artículos anteriores debe tenerse por tal: 1.º al que se halla bajo interdiccion, aunque tenga intervalos lúcidos, i al guardador que podría sujetársele a interdiccion por la misma causa; i 2.º al que no estando bajo interdiccion, se halla en estado habitual de demencia, respecto de los actos o contratos ejecutados o celebrados con enajenacion actual de la mente.

El art. 1682 determina los dos efectos diferentes de las dos incapacidades. La absoluta, podriamos decir que es tal en dos sentidos, para todo acto o contrato, i para todo efecto civil, sea cual fuere el acto o el contrato. En la relativa, o no falta del todo el consentimiento, o en el mismo individuo encuentra la lei el medio de reparar esa falta con el plazo que otorga para reclamar la rescision, durante el cual se supone que ha recobrado el conocimiento o la razon. De aquí viene que en el acto o contrato del absolutamente incapaz, la lei no reconoce vida o existencia alguna, al paso que en el relativo solo se descubre una enfermedad que puede conducir a la muerte por el ministerio i declaracion del juez, pero cuya curacion admite remedio.

§ 4.º

Las causas de nulidad relativa no las enumera el art. 1682, dice solamente: "Cualquiera otra especie de vicio produce *nulidad relativa*, i dá derecho a la rescision del acto o contrato." Estas otras especies de vicio debemos buscarlas en los diversos lugares del Código en que se hace mérito de ellas.

El art. 1447 nos determina la incapacidad relativa de los menores adultos no habilitados de edad, entre los que deben comprenderse los hijos de familia; de los disipadores sujetos a interdiccion; de las mujeres casadas; de los relijiosos, i de las personas jurídicas. La incapacidad de los relijiosos, aunque muertos civilmente, no es absoluta, porque solo se les considera tales en cuanto a los derechos de propiedad i a la patria potestad (arts. 95 i 266), mas no para recibir alimentos (arts. 325 i 1087, inc. 4.º, 2274, inc. 2.º).

Las otras incapacidades de que habla el inc. 3.º del mismo artículo, aunque relativas porque se circunscriben a ciertos actos i contratos, producen nulidad absoluta, porque son establecidas por leyes prohibitivas que importan objeto a causa ilícita. Así, el que no sabe leer ni escribir i el ciego, son incapaces de otorgar testamento cerrado, porque la lei (arts. 1019 i 1022), lo prohíbe; como los empleados públicos i los tutores i curadores son incapaces de comprar ciertos bienes, porque tienen igual prohibicion (arts. 1798 i 1799).

Ademas de la incapacidad relativa, son vicios que dan lugar a la rescision, el error, la fuerza i el dolo, segun los describen los arts. 1452 a 1458; salvo los casos en que la lei los señala como capítulos de nulidad absoluta. Así, la fuerza que de cualquier modo interviene en el testamento lo anula radicalmente (art. 1007); del mismo modo, hemos visto que en la transaccion el dolo, la violencia i el error son causas de nulidad absoluta (arts. 2453 i 2457). Pero estas son excepciones de la regla jeneral; i las hemos considerado tales, porque la palabra *nulo* empleada por el lejislador importa ordinariamente la absoluta.

Hai ademas otros vicios especiales que dan mérito a la rescision, como los redhibitorios i la lesion enorme en ciertos contratos (arts. 1860-1888 i 1900); las enajenaciones i contratos hechos en fraude de los acreedores (art. 2468), las donaciones inoficiosas (art. 1425). Pero la lesion, aun en los contratos en que la lei le dá efectos jurídicos, no siempre es causa de rescision del contrato: así, en el mutuo hai lesion siempre que el interes corriente al tiempo del contrato no exceda de los dos tercios del interes pactado; i sin embargo, el contrato no se rescinde, sino que solo dá derecho para reducir este interes hasta el valor del corriente. Tambien se dá accion rescisoria contra las enajenaciones de los bienes del difunto hechas por el heredero i los gravámenes que les hubiere impuesto dentro de los seis meses subsiguientes a la apertura de la sucesion, i que no hayan tenido por objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios (art. 1384). Del mismo modo, podria considerarse como rescision la accion de reforma del testamento (art. 1216). Por último, hai accion rescisoria contra el decreto de posesion definitiva de los bienes del desaparecido.

¿La resolucion i la revocacion podrian ser consideradas como nulidades relativas i asimilárseles del todo con la rescision? La diferencia que a primera vista se presenta es que el vicio que dá causa a la rescision ha existido o debe existir en el momento de ejecutarse el acto

o de celebrarse el contrato, al paso que la resolucion i revocacion tienen lugar por vicios supervinientes. La rescision siempre es causada por un vicio o defecto, siempre es pena o sancion de la lei, i hasta tal punto que no puede renunciarse en el mismo acto o contrato al derecho correlativo de la obligacion a que dá orijen el vicio o defecto: los arts. 1465 i 1892 prohiben la condonacion del dolo futuro, i la renuncia de la accion rescisoria a que diere lugar el mismo contrato en que se hace la renuncia. Talvez los únicos casos en que la rescision no es pena, son los de los arts. 93 i 1425, la rescision del decreto de posesion definitiva i de las donaciones inoficiosas. La calidad de estas donaciones, i por consiguiente su rescision, puede ser efecto de accidentes casuales e inculpables. La resolucion i la revocacion no siempre son causadas por vicios o defectos, ni siempre importan sancion; pueden ser materia de estipulaciones lícitas i válidas, i el legislador se ha ocupado de fijarles reglas en este carácter. La resolucion i la revocacion se pueden pedir en virtud del contrato o de lo estipulado; la rescision solo en virtud de la lei.

Hai ademas otra diferencia importante: la rescision pronunciada judicialmente da accion reivindicatoria contra terceros poseedores (arts. 1687-1689-717-2416.) Las escepciones de esta regla no son muchas i se encuentran espresamente consignadas en la lei (arts. 1432-94-1893-976.) Para la resolucion tenemos otras reglas, arts. 1432-1490-1491; i para la revocacion, cuando no es arbitraria, no se reconoce otra causa que la ingratitud.

Por lo demas, los efectos de la rescision, resolucion i revocacion son los mismos; pero las diferencias indicadas han sido suficientes para que se señale la resolucion como causa distinta de la terminacion de la obligacion (art. 1567.)

CAPITULO III.

NATURALEZA DE LA NULIDAD ABSOLUTA I DE LA RELATIVA.

Nuestro Código saca ventaja al Código modelo, el frances, en la claridad, precision i lójica con que ha determinado las causas de la nulidad absoluta i de la relativa; ha conseguido un verdadero progreso en la ciencia, o diremos mas bien, sus preceptos son mas ajustados a los verdaderos principios. Otro tanto sucede con las decisiones relativas a la naturaleza de ambas nulidades: las ha deslindado

con claridad, precision i lójica; justísimo será cualquier elogio que se le tribute a este respecto.

En el derecho romano se conocia la diferencia radical entre lo nulo *ipso jure* i lo anulable o rescindible. Al examinar la naturaleza de la nulidad absoluta que reconoce nuestro Código, tendremos ocasion de recordar los principios de aquella legislacion.

En el tít. 20 del libro 4.º se trata de la nulidad i la rescision; pero no es allí donde encontraremos las verdaderas nociones, porque éstas se encuentran desparramadas en diversos títulos del Código.

La primera verdad, el principio fundamental en esta materia, es que el Código no reconoce mas que una sola clase de nulidad absoluta: todas las nulidades absolutas son idénticas en su naturaleza; sea cual fuere la causa de donde nazcan, la nulidad es la misma. Las causas son varias, pero el resultado debe ser el mismo. El art. 1682 coloca en la misma línea los tres capítulos de nulidad absoluta; todos tres la producen igualmente. Si encontramos, pues, bien especificada la nulidad absoluta en la calificacion de uno de esos capítulos, lejítimo será aplicar la misma nocion a los otros; de lo contrario, tendríamos que decir que hai tantas clases de nulidad absoluta como son los motivos que la producen, formando así un sistema del todo desconocido, i que nos conduciría a resultados absurdos. La misma teoría habria de ampliarse a la nulidad relativa; i las dificultades se multiplicarian a proporcion del número de miembros que se asigtase a la division.

El acto o el contrato prohibido, nos dice el Código, que no tiene valor alguno (art. 10.) En otra parte dice que no produce efecto u obligacion alguna (arts. 1554-1814-1701); que debe tenerse por no escrito (arts. 1480-1892-2030-2031-415-1061); i en el último nos agrega, *aunque se confirmen con juramento*. Por último, en otras ocasiones dice que la falta de un requisito hace que el acto o el contrato se mire como no ejecutado (art. 1701), o que no hai contrato (arts. 1809-2025-2055); o que no tiene *valor alguno* (art. 2410); i que no haber contrato o ser nulo, es una misma cosa para el Código, se ve aun mas claramente en los arts. 1809 i 2067, donde para casos idénticos emplea indistintamente ambas espresiones.

A no suponer hipérbole en todas estas frases, lo que seria imperdonable en un lejislador, ellas nos dan la definicion mas completa i exacta de la nulidad absoluta. Lo nulo es la nada, es lo que no existe, lo que no ha nacido. Es idéntico por consiguiente contrato

nulo i contrato que no se ha celebrado, acto nulo i acto que no se ha ejecutado. En esto consiste el carácter de sancion que la lei atribuye a la nulidad absoluta, esta es la pena que la lei civil inflige a su contraventor: si haces tal cosa o si no la haces de tal manera, no te protejo en ningun sentido, no te confiero derecho alguno; *idem est non facere quod facere contra legen*. Este es uno de los motivos porque a esta nulidad se agrega el epíteto de *absoluta*: si ella no impidiera todo efecto, toda obligacion, todo valor, dejaria de ser absoluta en este sentido; del mismo modo que si esta carencia de efectos o de valor no dijese relacion a determinada persona, la nulidad dejaria de ser absoluta en este otro sentido. En uno i otro caso habria acto o contrato i no lo habria al mismo tiempo; en uno i otro caso vendria mui mal la palabra *absoluta*, que es el *summum* de la afirmacion o de la negacion.

Todo acto i todo contrato es una entidad compleja, es el conjunto de diversos elementos que llamamos requisitos esenciales; la falta de uno solo impide la existencia del acto o del contrato, i la impide tanto como si faltaran dos, tres o todos. Cada requisito no lleva su contingente determinado de valor; cada uno no tiene por sí solo importancia alguna: su fuerza la obtienen por la reunion, i la obtienen toda o carecen absolutamente de ella. El contrato es indivisible en cuanto a su existencia o valor; no hai media existencia ni medio valor. Esto nos explica por qué el contrato nulo es lo mismo que el contrato que no existe. El contrato nulo tiene una apariencia de existencia, i la apariencia es mayor o menor a proporcion del número de requisitos que reune; pero sea cual fuere la apariencia nunca es la realidad, i esta es la única que tiene valor.

Ni es nuevo el lenguaje empleado por nuestro legislador, ni lo es tampoco la doctrina que le atribuimos. En la famosa lei *Non dubium* del Código, que dejamos copiada en el capítulo anterior, se dice: “Nullum enim pactum, nullum conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente”; donde la palabra *nullum* está tomada en su mas verdadera i lejítima acepcion, cual es la negacion de la existencia. Así Visinio, citando esta lei en sus *Cuestiones selectas* lib. 1.º cap. 1.º “Igitur verbí causa, si filius familia sine consensu patris, uxorem duxerit, nec vir, nec uxor, nec matrimonium, nec dos intelligitur”; i despues agrega: “Quippe eo ipso, quod quid fieri lex prohibet, efficit, ut frustra et inutiliter fiat, quod prohibitum est:

“ adeo ut nec opus hic sit aliqua vel exceptione vel rescissione aut res-
 titutione.” Tanto el legislador como el jurisconsulto romanos re-
 piten con pleonasma que lo nulo no existe: *non solum inutilia sed
 pro infectis etiam habeantur..... illud quoque cassum atque inutile
 esse præcipimus: frustra et inutiliter* & Ni en nuestra legislacion ni
 en la romana hai hipérbole en estas frases, tanto en la una como en
 la otra tienen cabida estos axiomas: *neminem fraus sua potrocinari
 debet, i nemo ex delicto suo debet consequi actionem*; espresiones enér-
 jicas de la sancion-civil.

De aquí sacaba origen la regla romana: *quod nullum est nullum
 producit effectum*. Si lo nulo no existe, i si no puede haber efecto
 sin causa, el acto o contrato nulos no pueden producir efecto alguno:
 el derecho i la obligacion no pueden nacer de la nada; solo la lei o
 el hecho del hombre fundado en la lei, pueden darles vida; i la lei se
 la niega, i desconoce el hecho, lo mira como no ejecutado. En nues-
 tra legislacion se acepta, pues, la regla hasta con sus mismas espresio-
 nes.

Lo mismo sucede con la otra: *Quod initio vitiosum est, non potest
 tractu temporis convalescere*, admitida por nuestro Código aunque
 con espresiones ménos adecuadas. No puede sanearse, dice el art.
 1683, por la ratificacion de las partes, *ni por un lapso de tiempo que
 no pase de treinta años*. Segun la regla romana no podia sanearse
 por tiempo alguno, ni aun por cien años. El tiempo no puede por
 sí solo dar la vida a lo que exige la obra del hombre para existir:
 puede crear un derecho o una obligacion, porque la lei lo autoriza
 para ello, pero no puede crear un acto o un contrato que no ha exis-
 tido. La venta de un fundo por escritura privada seguida de la en-
 trega i el trascurso de treinta años confiere al comprador el dominio, de
 la misma manera que se lo conferiria el hecho material de tomar la
 cosa sin contrato i la posesion de treinta años. El contrato de venta no
 ha contribuido entónces con un ápice para la adquisicion del dominio:
 no es por consiguiente el contrato el que se ha saneado, es solo el tiem-
 po el que confirió el derecho por disposicion de la lei. Aquí la pres-
 cripcion no está fundada en título; ella misma es título i modo de
 adquirir al mismo tiempo. Tan cierto es que el tiempo no sana un
 acto nulo, que si suponemos el testamento de un impúber que no se
 haya ejecutado, en vano contará cincuenta años de fecha, no por
 eso será válido; i aunque fué para casos semejantes que se inventó la
 regla catoniana que venimos examinando, la legislacion la aceptó no

obstante mas tarde como jeneral para todas las nulidades absoluta. Quítesele al tiempo la fuerza de crear por sí solo el derecho i la obligacion, i veremos como desaparece el saneamiento del acto o contratos nulo. Supóngase la venta de una parte del alta mar, del derecho de administrar justicia (contratos nulos por lo ilícito del objeto) i agréguese el trascurso de cien años, ¿se habrá saneado el título o el contrato? nó, porque ámbas cosas están fuera del comercio, son imprescriptibles; el tiempo no es poderoso para constituir el dominio o el derecho. No se puede decir entónces en nuestro caso que el tiempo sana sino que crea, porque no puede sanearse lo que no existe.

No sucede lo mismo con la nulidad relativa. El acto o el contrato con un vicio de esta clase, existe, tiene vida propia, vale i produce efecto. Puede rescindirse i desaparecer, pero esto mismo prueba su existencia, por que la nada no es susceptible de destruccion. El acto o el contrato rescindibles adolecen de una enfermedad, que si puede darles la muerte puede tambien ser saneada con dos remedios: la ratificacion i la prescripcion; i cualquiera de ellos que intervenga produce la sanidad retroactivamente: la existencia del acto o del contrato se cuentan desde la ejecucion o celebracion, i no desde el saneamiento (arts. 672 inc. 2.º-682 inc. 2.º-705-721 inc. 2.º-1819-1818-2412-1577.)

Aun la palabra nulidad es impropia para espresar esta clase de vicio; i solo se acepta por la semejanza que adquiere con la absoluta cuando el acto o contrato perecen por la rescision pronunciada judicialmente, porque se reponen las cosas al estado anterior, i da accion reivindicatoria contra terceros poseedores. Dicese relativa esta nulidad en cuanto a sus efectos, porque pueden desaparecer si se usa en tiempo de la accion rescisoria; i lo es tambien en cuanto a las personas, porque no todas pueden invocarla, sino solo aquellas en cuya proteccion la introduce la lei.

La nulidad relativa es una sancion ménos fuerte; es una pena discrecional que la lei deja en manos del interesado, porque solo protege el interes privado. Por esto no es impropio decir que el acto o contrato rescindible es válido. No hai acto mas valido que el decreto de posesion provisoria o definitiva de los bienes del desaparecido; i sin embargo no hai otro mas rescindible o respecto del cual dura mas tiempo la accion rescisoria; pues ésta se estingue ordinariamente en cuatro años, miéntras que en aquel caso dura indefinidamente, no tiene mas término que la vida del desaparecido o el de la prescripcion

ordinaria para sus herederos. Lo mismo podríamos decir de cualquier contrato rescindible, que es válido sin perjuicio de la acción rescisoria. Esta acción léjos de oponerse a la validez del acto o del contrato, la supone; porque, repetimos, la nulidad relativa no quita la vida, causa solo enfermedad; i en el lenguaje jurídico *vivir es valer*: la vida sana es valor absoluto, la vida enferma es valor relativo.

CAPÍTULO IV.

EFFECTOS DE LA NULIDAD ABSOLUTA I DE LA RELATIVA.

§ 1.º

Si la nulidad absoluta es la negacion de la existencia, i si la nada no puede producir efecto alguno, porque es absurdo suponer efecto sin causa, decir efectos de la nulidad absoluta, es espresar una paradoja o una implicancia en los términos, es como si dijéramos, *efectos de lo que no produce efecto*. Con los antecedentes que han quedado establecidos en el capítulo anterior, nuestra proposicion es evidente.

Sin embargo, en el tema que nos hemos propuesto desarrollar se dice: “considerada la primera (la nulidad absoluta) *como medio de extinguir las obligaciones*.” Nuestro Código ha colocado *materialmente* a la nulidad en medio de las causas de estincion de las obligaciones; pero no ha dicho que sea un modo de estincion. El art. 1567 enumerando estos modos dice: “8.º Por la *declaracion* de nulidad o por la rescision.” ¿Pero es léjítima esta espresion? es efectivo que la obligacion se estingue por la declaracion de nulidad? Nada es más falso; pues a ser cierto habria que sostener que la obligacion nula existia, tenia valor i fuerza ántes de la declaracion de nulidad; porque, lo repetimos, no puede estinguirse lo que no existe, i a la inversa, la estincion supone esencialmente la existencia anterior, como la muerte supone la vida. Así, es igualmente impropia la espresion empleada en el inc. 1.º del citado artículo que dice: “Toda obligacion puede estinguirse por una convencion en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan *en darla por nula*.” Las partes no pueden dar por *nula* una obligacion válida, no pueden hacer que no haya existido una obligacion que ha existido, porque esto es un imposible metafísico; lo único que pueden hacer es poner término a las obligaciones i derechos, a los efectos del contrato. El único sentido en que podria ser aceptada la frase *darla por nula*, seria la nulidad relativa, porque la rescision estingue la

obligacion; pero aun así es impropia, porque las partes no pueden hacer vicioso el orígen de una obligacion que fué puro, ni pueden por consiguiente destruir con su solo consentimiento los derechos adquiridos por terceros en virtud del contrato que se rescinde. La verdadera i léjitima espresion es *resolver*: las partes pueden dar resolucion al contrato existente, pero no rescindirlo. Ni es ménos impropia la jeneralidad con que está redactado el citado inciso: es falso que toda obligacion pueda extinguirse por una convencion de los interesados libres administradores de lo suyo, porque aun los derechos que aparentemente son de interes privado no pueden renunciarse cuando está prohibida su renuncia (art. 12); i así no puede renunciarse el derecho de pedir alimentos (art. 334), o no puede extinguirse por una convencion la obligacion correlativa, del mismo modo que no puede la mujer renunciar en las capitalaciones matrimoniales la facultad de pedir la separacion de bienes a que le dan derecho las leyes (art. 153.)

Pero si nuestro Código ha cometido un error al decir que la obligacion se estingue por la declaracion de nulidad, debemos tener presente que no es obra de nuestros legisladores, i que no han hecho otra cosa que seguir la corriente de la atmósfera jurídica de que estaban impregnados. Veamos como sostiene Pezón el mismo error, fundado en la legislacion francesa. En la seccion III, cap. III examinando la regla, “Nullités de plein droit n’ont pas lieu en France,” se espresa así: “Segun los doctores i los jurisconsultos mas ilustrados, ella “no ha debido significar jamas, ni puede dar otro resultado, sino “que es menester dirigirse al juez para que reconozca i pronuncie la “nulidad.”

“Esta última opinion es la única razonable. Ella no destruye la “ficion legal en virtud de la cual un acto nulo se reputa no haber “existido jamas. Lo único que hace es subordinar el nacimiento de “esta ficcion a la comprobacion previa de los vicios del acto atacado; i “esto solo importa un homenaje al buen orden que no permite que “nadie se haga justicia a sí mismo.”

Refiere en seguida un caso de nulidad absoluta en que uno de los interesados, en vez de entablar la accion de nulidad, se limitó a pedir se cancelasen las inscripciones efectuadas en virtud del contrato nulo, fundándose en que no tenia necesidad de demandar la nulidad de su obligacion, porque esta nulidad tenia lugar de pleno derecho; i el Tribunal rechazando este sistema se funda entre otras cosas: “Que a

“ la verdad, habiendo desistido en seguida la señora Menager de la
 “ parte de sus conclusiones concerniente a la nulidad del acto, ha
 “ restringido su demanda a la cancelacion de las inscripciones, con el
 “ pretesto de que en Normandia siendo nula de pleno derecho la
 “ obligacion de la mujer sujeta a poder de marido, no tenia necesi-
 “ dad de demandar la nulidad del acto en cuestion; pero que esta pre-
 “ tension es un error, pues es de principio que *no hai nulidad de*
 “ *pleno derecho, etc.*”

Despues agrega: “La máxima que aquí se recuerda tal como la
 “ esplicamos, impide a los ciudadanos hacerse jueces en su propia
 “ causa. Ella los reúne en torno de los magistrados, que son mas ca-
 “ paces por sus luces de comprender el sentido de las leyes, i por su
 “ imparcialidad de aplicarlas con justicia; es por consiguiente una de
 “ las mas preciosas del orden social: ella pertenece mas al derecho
 “ público que a la legislacion civil.”

No se puede hacer mejor defensa en favor de la necesidad de la
 declaracion de nulidad; pero tampoco hai razones mas fútiles que las
 aducidas en su apoyo. Desde luego, el principio que invoca la sen-
 tencia francesa, que no hai nulidad de pleno derecho, no puede ser
 mas falso, sea cual fuere el sentido en que se tome, que de todos modos
 viene a parar a la nulidad absoluta o a la nulidad *ipso jure* del dere-
 cho romano; i viene a importar entónces probar lo mismo por lo mis-
 mo: no hai nulidad de pleno derecho porque todas deben ser decla-
 radas por el juez, i todas deben ser declaradas por el juez porque no
 hai nulidad de pleno derecho.

No ha sido mas feliz Perrin i los juriscultores a que alude. La ra-
 zon de buen orden en que se fundan, queriendo impedir que cada
 cual se haga justicia a sí mismo, es notoriamente fútil, i no resiste el
 menor ataque. El error proviene de la lastimosa confusion que algu-
 nos juriscultores ilustrados, especialmente los que escribieron recien
 se publicó el Código frances, han hecho de la nulidad i de la rescis-
 ion. Asi Delvincourt dice (seccion VII, tit. V, lib. III) que esta dis-
 tincion no es ya necesaria; i en la nota 10 a la páj. 180 señala esta
 diferencia: “que en el caso de nulidad, el contrato debe ser declara-
 “ do nulo solo porque hai nulidad i sin que el que la demanda esté
 “ obligado a probar otra cosa sino que hai nulidad. Por el contrario,
 “ cuando solo hai lugar a rescision, es menester que aquel que la de-
 “ manda pruebe que el acto le ha sido dañoso.” Pero Delvincourt se
 habia refutado ántes en la nota 7.^a a la página 124, tomo II “Antigua-

mente habia esta diferencia entre la violencia i el error, que el error era causa de nulidad de las convenciones, *quia qui errat, non consentit*. La violencia, por el contrario, no era sino una causa de rescision, porque aquel que consiente, aunque por fuerza, siempre consiente: *coacta voluntas est semper voluntas*. Actualmente que el Código ha colocado en la misma línea las obligaciones nulas i las obligaciones rescindibles, esta distincion no es útil ya mas que en el fuero interior." Marcadé ha demostrado con toda claridad el oríjen de este error en la seccion VII, tí. III, lib. III, probando contra Toulhier que la accion de nulidad o de rescision de que habla el art. 1304 del Código frances es una misma cosa, que esa accion de nulidad no es la de nulidad absoluta, como se ve por el art. 1117, que dice: "La convencion celebrada por error, violencia o dolo, no es nula de pleno derecho (la sentencia citada por Perrin dice que no hai nulidad de pleno derecho); da lugar solamente a una accion de nulidad o de rescision, en los casos i de la manera, etc." La nulidad, pues, de que aquí se habla, lo mismo que la del art. 1304 es la relativa, que es una misma cosa que la rescision. La nulidad que el Código frances ha colocado en la misma línea que la rescision, como dice Delvincourt, es la nulidad relativa, no la absoluta o de pleno derecho.

Volviendo a las razones con que se sostiene la necesidad de la declaracion judicial de la nulidad, notaremos las palpables equivocaciones en que incurre Perrin. Supone desde luego que solo en virtud de una ficcion legal se reputa no haber existido jamas el acto nulo. Semejante suposicion es de todo punto arbitraria e incalificable: no es una ficcion sino una realidad mui positiva que el acto o el contrato nulos no han existido jamas; el someter o subordinar esta carencia de existencia a la declaracion judicial, sí que es una ficcion contraria a la naturaleza i sin fundamento alguno en la lei. La confusion proviene de no distinguir la existencia material de la existencia legal. El contrato que hace un niño de seis años existe materialmente, pero no legalmente: habria ficcion si supusiésemos que no existe materialmente, como la habria si se le reputase por algun tiempo con existencia legal. En el lenguaje de la ciencia jurídica existir es valer, lo que no vale no existe; por eso el contrato nulo no existe a los ojos de la lei, ni a los del majistrado ejecutor de la lei, ni a los de persona alguna que deba cumplir con la lei. Subordinar la nulidad a la declaracion judicial, nos da precisamente por resultado la ficcion de que el acto o

el contrato han existido o tenido valor ántes de la declaracion, lo que es diametralmente opuesto a la naturaleza i a la lei, porque ambas nos enseñan que ese acto o contrato no ha tenido jamas valor alguno.

Mas especioso es el otro argumento fundado en el homenaje que se quiere tributar al buen órden, para impedir que los ciudadanos se hagan jueces en su propia causa, pero no es mas sólido que el anterior. El buen órden no se altera, ni se hace juez en su propia causa el que hace uso de los derechos que le competen i que no fueron destruidos por el contrato nulo, ni mas ni ménos que si hiciera uso de esos derechos sin haber existido contrato material. El vicio de este argumento consiste en suponer que el acto o el contrato nulos estorban o embarazan de alguna manera el ejercicio de los derechos que habrian perecido si el acto o el contrato hubiesen sido válidos, con lo que se viene a parar a la ficcion que ántes hemos refutado. El argumento es *nimis probans*, i por eso es especioso i fútil. Veámoslo en el ejemplo propuesto. El niño que vendió un fundo de su propiedad, no tiene embarazo alguno para volverlo a vender cuando llegue a mayor edad, con la misma libertad que si no lo hubiese vendido cuando tenia seis años. Pero supóngase que a mas de haberlo vendido lo entregó; tampoco le ofrece esto embarazo alguno para volverlo a vender i entregar (por la inscripcion en el Registro del Conservador) cuando llegue a mayor edad; i el segundo comprador o el mismo niño no necesitan pedir la declaracion de nulidad del primer contrato, sino entablar directamente la accion reivindicatoria. Lo mismo habria sucedido si el niño hubiese entregado el fundo sin contrato: no podria, es cierto, quitarle por su propia mano el fundo a la persona a quien se lo entregó, porque esto sí que seria hacerse justicia a sí mismo; pero tampoco tendria ménos inconveniente que en el caso anterior para instaurar accion reivindicatoria. Supóngase mas: el impúber ni vendió ni entregó el fundo, sino que se lo quitaron. ¿Varía por ventura este caso de los anteriores en cuanto a los derechos del impúber? Las tres suposiciones nos dan idénticos resultados: en todas el niño llegando a mayor edad, i su curador ántes de esa época, no pueden quitar el fundo por su propia autoridad, pero aquel puede hipotecarlo, gravarlo i enajenarlo libre i válidamente, i en esto no se hace juez de su propia causa: en todos tres, puede entablar franca i directamente la accion reivindicatoria, i la posesoria sino hubiere prescrito: en todas es el que recibió i tomó el fundo es idénticamente poseedor de mala fé. ¿Para qué tomamos entónces en cuenta el contrato? Qué elemen-

to de importancia nos ha traído al terreno legal, o qué efecto jurídico puede atribuírsele? Ninguno. ¿I para qué pedir entónces la declaracion prévia de nulidad? Qué provecho le reporta al niño esta declaracion de nulidad, o en qué le impide el ejercicio de sus derechos la falta de esa declaracion? En la segunda i tercera suposicion no podría darse tal declaracion, i seria ridículo que para ejercitar la reivindicacion o la accion posesoria, o para vender o gravar el fundo se pidiese la declaracion prévia de ser nula la entrega que habia hecho el incapaz, o el acto por el que le quitaron el fundo.

Si todas las nulidades absolutas son idénticas; como lo dejamos probado en el capítulo anterior, la teoria que hemos aplicado al caso del contrato del absolutamente incapaz, tiene lugar en todas los otros sin diferencia alguna. Para llevar mas allá, si es posible, la demostracion, examinemos el contrato nulo propuesto por Perrin i fallado por la Corte francesa. Este es el ejemplo mas difícil que pudiera presentarse, porque parece que no hai otro arbitrio para destruir la hipoteca o la inscripcion que pedir la declaracion de nulidad o la cancelacion de la inscripcion; pero no es así: uno i otro arbitrio son del todo inútiles. La hipoteca no embarazaba ninguno de los derechos de la mujer casada. Disuelto el matrimonio, la mujer podía vender libremente el fundo o gravarlo con otras hipotecas, que serian sin disputa alguna preferidas a la anterior; i el sucesor singular o universal de la mujer podía igualmente disponer del fundo sin consideracion alguna a la hipoteca nula, de la misma manera que si no hubiese habido hipoteca. Ahora, si el acreedor viene a ejercitar su pretendido derecho de hipoteca, se le diria que no habia hipoteca o que la hipoteca era nula, espresiones sinónimas en el foro; se le negaria la accion, i esto bastaba. El juez fallaria tan bien diciendo que no habia hipoteca como diciendo que la hipoteca era nula: idéntico fallo daria si se demandare una hipoteca no inscrita, o una hipoteca sin título alguno, o una hipoteca inscrita en otro departamento distinto del de la situacion del inmueble, porque inscribir en otro departamento es lo mismo que no inscribir. Si el acreedor hipotecario no aguardaba el plazo de treinta años para sanear por prescripcion (como dice impropriamente nuestro Código) el derecho de hipoteca, su situacion no mejoraba, ni empeoraba tampoco; porque no hai cosa ménos que la nada; ántes de los treinta años habria perdido por prescripcion su accion hipotecaria si la hubiese tenido (art. 2516). Si el abogado que inició la demanda que analizamos cometió una equivocacion por haber pedido una

cosa inútil, no fué menor la de la Corte francesa al negar la cancelacion de la inscripcion porque no se habia pedido previamente la declaracion de nulidad. Igual fallo habria tenido que dar si se hubiera pèdido la cancelacion de la inscripcion efectuada sin contrato, i entónces no le habria servido ni de fundamento aparente el grave error de que no hai nulidad de pleno derecho.

Pero se dirá: la mujer o su sucesor miéntras no pidiere la declaracion de nulidad estaria en la situacion de Damócles, temiendo que se le iniciare un juicio en virtud de la hipoteca. En igual situacion nos encontramos todos los que no hemos contraido deudas hipotecarias i que tenemos fundos sin este gravámen, i se encontraria la misma mujer o su sucesor aun sin el contrato nulo. Si este no ha conferido derecho alguno al pretendido acreedor, el temor es vano porque el peligro no existe; i si esto quiere llamarse peligro, nadie se librará de él aunque todos los días estemos iniciando pleitos para que el juez declare que no hemos celebrado contrato, que no hemos enajenado nuestra propiedad, ni la hemos hipotecado, etc., porque idéntica cosa es pedir que se declare que no hemos celebrado contrato que pedir que se declare la nulidad; esta última accion lo mismo que la primera solo vien en a importar una demanda de jactancia.

La prueba de que la nulidad absoluta es la nada, es la carencia de existencia, nos ha demostrado que la declaracion de nulidad no pone término a la obligacion, i que es por consiguiente inútil en este sentido. De aquí podria deducirse, se nos dirá, que no existe la accion de nulidad; i sin embargo, el Código hace alusion a ella en varios lugares; i en el art. 1683 niega el derecho de alegarla al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. ¿Qué otra cosa importa esta negativa que la carencia de accion? ¿Si la accion de nulidad es inútil, porque lo niega el Código en este caso? ¿Qué es lo que se ha propuesto entónces con esta negativa?

Esta es la dificultad mas grave que ofrece la materia de nulidad absoluta, segun las reglas de la nueva legislacion, i su solucion exige un análisis detenido para descubrir el propósito del legislador i todo su alcance.

En el mismo art. 1683, se manda al juez que declare de oficio la nulidad absoluta, *aun sin peticion de parte*, se dice, *cuando aparece de manifesto en el acto o contrato*; i este es el primer precepto con que se dá principio a dicho artículo. Si la infraccion de las leyes pro-

hibitivas o de orden público puede escapar en algun caso de la sancion, jamas puede ser esto obra del juez. La lei no podria escusar en ningun caso a su ejecutor de cualquiera omision o falta de diligencia para hacer cumplir la lei. Pero la obligacion que este articulo impone al juez puede hallarse en conflicto con la negativa del derecho de alegar la nulidad absoluta que se hace al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. En este conflicto, ¿cesa la obligacion del juez de declarar de oficio la nulidad, o cesa la negativa de alegarla? Tal es la cuestion que presenta el artículo que nos ocupa.

Examinemos primero qué importa el derecho de alegar la nulidad. En su calidad de accion, hemos sostenido ántes, que era completamente inútil. Si la nulidad no embaraza el ejercicio de mis derechos, no tengo para que pedir su declaracion prévia: mis derechos no nacen de esta declaracion. Del ejemplo del incapaz que nos ha servido de base en la discusion anterior, no podemos echar mano actualmente, porque no ha sabido o debido saber el vicio que invalidaba el contrato. Pero si una persona capaz vende un fundo por escritura privada i lo entrega, ha celebrado un contrato de nulidad absoluta sabiendo el vicio que lo invalidaba: esta persona no puede alegar la nulidad, se nos dice, segun el art. 1683. En hora buena, dirá el vendedor, no hai cosa mas cierta; pero no lo es ménos que por ese contrato no he trasmitido yo el dominio, i por consiguiente no lo he perdido. Yo ejercitaré mi accion reivindicatoria i no la accion de nulidad. ¿Cómo se defenderá el comprador? Alegando el contrato cuya nulidad aparece de manifesto. El vendedor dirá por su parte que el contrato es nulo, pero que su accion no es la de nulidad sino la reivindicatoria; que *el reo en la escepcion se hace actor*, i no teniendo título en que fundarla porque el juez debe desecharlo de oficio, no puede ménos que darse cabida a su demanda.

Otro ejemplo: Pedro firmó una escritura pública obligándose a pagar a Juan todos los años 300 pesos porque se abstuviese de jugar juegos prohibidos o de embriagarse; i pagó durante veinte años la cantidad estipulada. No quiso cubrir despues dos anualidades, i queria librarse de este compromiso. ¿Necesitaba entablar la accion de nulidad? ¿Necesitaba pedir que se cancelase la escritura? Este es un caso idéntico al que falló la Corte francesa de la hipoteca del fundo de la mujer casada, sin mas diferencia, que una nulidad es por causa ilícita i la otra por objeto ilícito (segun la lejislacion vijente en Norman-

día, vimos que ese contrato era prohibido.) ¿Qué ventaja sacaba Pedro de que se cancelase la escritura? Supóngase que demandase la nulidad del contrato, i que el juez no diese cabida a la accion porque el art. 1683 no permite alegar la nulidad al que celebró el contrato sabiendo el vicio que lo invalidaba, ¿qué perdía Pedro por esto? ¿Si Juan demandase las anualidades vencidas, el juez condenaría a Pedro a pagarlas, i haría ejecutar un contrato nulo contra la espresa prohibicion de la lei?

En ambos casos declararía el juez la nulidad de oficio, como se lo manda la lei, i declarándola no le daría efecto alguno al contrato. Ni el demandante en el primero, ni el demandado en el segundo han tenido necesidad de alegar la nulidad; no han hecho otra cosa que ejercitar los derechos que tenían al tiempo del contrato i que no fueron destruidos por él. En ambos se habría alegado la nulidad como escepcion, en ninguno como accion; i no es necesario alegarla como escepcion porque el juez la suple de oficio, ni como accion porque no embaraza el ejercicio de los derechos que nos competen i que no sufrieron detrimento por el contrato nulo.

Fórjese el caso que se quiera i no se encontrará mas que uno en que aparentemente es necesario entablar la accion de nulidad. Si el contrato ha sido celebrado pero no ejecutado, no hai objeto alguno para que decir de nulidad, basta aguardar que se entable la accion correspondiente exijiendo el cumplimiento de las obligaciones que nacerian del contrato. Si el vicio aparece de manifiesto, no se necesita otra cosa que negar la accion, *sine actione agis*, como decian los romanos. En nuestras leyes de partida se reconocen tambien estas dos maneras de contestar la demanda, negando la accion i oponiendo escepcion (leyes 7.^a i 8.^a, tít. III, part. III) En el primer caso se sostiene que no ha existido jamas la accion; tal seria si me cobrasen 1,000 pesos con la accion de mutuo, i yo negase el contrato o que se me hubiesen prestado los 1,000 pesos, o si me cobran mi casa con la accion de compra i yo niego la venta. En el segundo caso se reconoce haber existido la accion, pero se opone una escepcion que la destruye tal seria si dijere ser cierto el mutuo pero que lo habia pagado o que habia prescrito, o si dijere ser cierta la venta; pero alégase la escepcion de lesion enorme i pidiese la rescision. La nulidad absoluta no es propiamente escepcion, porque se niega la accion, se sostiene no haber existido jamas. Esta teoría se encuentra desarrollada con claridad i concision en Bonjean *Traité des actions*; lib. III, cap. II,

§ 309: “Los medios de defensa contra las acciones son de tres especies principales: las *defensas en cuanto al fondo*, las *escepciones* i las *prescripciones* en el interes del demandado.”

“La defensa de fondo consiste en negar ya sea el hecho, ya el derecho en que funda el demandante su pretension. Por ejemplo: si el demandante se pretende acreedor, el demandado rechazará la demanda mostrando o bien que el demandante no ha probado la existencia del hecho de que deriva la pretendida obligacion, o bien que el pretendido contrato era nulo segun el derecho civil, o ya en fin que la obligacion reclamada ha sido estinguida por una causa de estension civil (1). Para proponer tales defensas, el demandado no tiene ninguna necesidad de estar autorizado para ello por una cláusula especial inserta en la fórmula; i en esto es en lo que las defensas de fondo se distinguen mui claramente de las escepciones i de las prescripciones.” “La escepcion se presenta siempre como medio *subsidiario*, de que el juez no debe ocuparse sino cuando la demanda se justifique plenamente en el hecho i en el derecho. La naturaleza jurídica de las escepciones i el papel que desempeñan en el procedimiento romano son ya conocidos por lo que se ha dicho de ellos en el lib. II.” Aunque entre nosotros la palabra escepcion no tiene un significado tan rigoroso como el que le daban los romanos, i se espresa en la definicion que se acaba de copiar; se sostiene, sin embargo, la profunda diferencia entre la defensa de fondo i la escepcion, tal como lo dejamos espuesto. Entre los romanos la nulidad no era, pues, escepcion sino defensa de fondo, i lo mismo es entre nosotros; i era i es defensa de fondo porque solo importa la negativa de la accion.

Supóngase el contrato ejecutado, i tendremos la misma resolucion. En el caso de la venta hecha por escritura privada no hai dificultad alguna, i aparecerá con mas evidencia si el vendedor era poseedor inscrito, i si la compra, a mas de ser hecha por escritura privada, no se inscribió. En este caso, ni siquiera la posesion se ha pedido por el vendedor (art. 728). Pero si no fuese poseedor inscrito, habria perdido la posesion, mas no el dominio; i ejercitando la accion reivindicatoria se le opondría siempre con mal éxito el contrato nulo. Aquí tendria cabida el proverbio, *melior est non habere titulum quod habere*

(1) Las defensas de esta última clase son entre nosotros verdaderas escepciones, como puede verse en la lei 8.ª tit. III, part. III, i si entre los romanos no se les daba este nombre era efecto solo de la fórmula de la accion.

vitiosum; porque el título nulo léjos de probar el dominio del comprador, ahorraba al vendedor de justificarlo por su parte.

Si el contrato ejecutado era nulo por haber tenido objeto o causa ilícita, como es un caso espresamente esceptuado en la lei art. (1468—1687), que no permiten repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, no tendrían lugar el procedimiento i resolucion indicados anteriormente.

Pero si el contrato es celebrado con un incapaz, como cuando se presta dinero a un impúber, a un demente, o a un sordo-mudo que no puede darse a entender por escrito, ¿qué accion tendria el prestamista para recobrar su dinero? Aquí habria necesidad de presentar el título nulo para entablar la demanda, o por lo ménos hacer mérito de él; i vendria a importar la alegacion de la nulidad, lo que no le era permitido, porque celebró el contrato sabiendo el vicio que lo invalidaba. La reivindicacion de los dineros existentes no ofrecería dificultad, segun lo que dejamos espuesto para el caso de la renta de un bien raiz; pero si los dineros no existen o se han confundido, habrán perdido su calidad de reivindicables; i no quedaba mas recurso que la declaracion de nulidad hecha por el juez de oficio, la que no podia hacerse valer contra el incapaz sino en virtud del art. 1688: “Si se declara nulo el contrato celebrado con una persona incapaz sin los requisitos que la lei exige, el que contrató con ella no puede pedir restitution o reembolso de lo que gastó o pagó en virtud del contrato, sino en cuanto probare haberse hecho mas rica con ella la persona incapaz.” Aquí se permite jeneralmente recobrar del incapaz aquello en que se hizo mas rico en virtud del contrato nulo, i no se esceptúa el caso en que el que celebró el contrato sabia el vicio que lo invalidaba; ni ha querido por consiguiente comprenderlo la lei en la prohibición de alegar la nulidad.

Luego hai algun caso, se nos dirá, en que es preciso alegar la nulidad; i por lo tanto es falso que esa alegacion sea inútil. No habria inconveniente en aceptar la premisa si se quiere dar el nombre de accion de nulidad a la que se ejercita en ese caso; pero si la cuestion viene a quedar reducida al nombre que se le dé a la accion, puesto que el Código no se lo dá en otros casos análogos, como luego vamos a verlo, el antecedente solo seria verdadero como proposicion particular o esceptcional, i no destruiría por lo tanto la regla jeneral que se rechaza en la consecuencia. De todos modos el juez debe declarar de oficio la nulidad que aparece de manifiesto.

Ya tenemos bastantes antecedentes para fijar con precisión el sentido i alcance de la prohibicion que impone el art. 1653 al que ejecutó el acto o celebró el contrato para alegar la nulidad cuando sabia o debia saber el vicio que lo invalidaba. Esta prohibicion no tiene lugar sino cuando el vicio no aparece de manifesto en el acto o contrato. Es inútil, repetimos, alegar la nulidad si el juez debe declararla de oficio; pero si el juez no puede ni debe declararla de oficio, es importante i necesaria tal alegacion. El art. 1653 dice que el juez *puede i debe declararla* pero solo cuando aparece de manifesto en el acto o contrato, luego no puede ni debe hacerlo a peticion del que no puede alegarla, cuando no aparece de manifesto.

¿Qué vicio es el que puede quedar oculto o no aparecer de manifesto en el acto o contrato? Tres son las causas o vicios que producen la nulidad absoluta: objeto o causa ilícita, falta de formalidad o requisito peculiar, e incapacidad absoluta. Los requisitos peculiares i la incapacidad deben aparecer de manifesto; solo el objeto o causa ilícita pueden quedar ocultos; de manera que solo a estos últimos puede referirse la prohibicion que se hace de alegar la nulidad al que ejecutó el acto o celebró el contrato con conocimiento real o presunto del vicio. Tal sería un documento otorgado por una deuda contraida en juegos prohibidos, en que no se espresase la causa del crédito. El juez no deberia declarar de oficio esta nulidad porque no aparece de manifesto, ni podria alegarla el deudor porque lo otorgó con conocimiento del vicio que no aparece de manifesto.

Que ésta ha sido la intencion del lejislador, i que no puede darse mas alcance a su prohibicion, se deduce no solo de la demostracion precedente, con la que se evita el conflicto de la obligacion que se le impone al juez de declarar la nulidad, con la prohibicion de alegarla, sino tambien de los términos en que estaba redactado el proyecto. Allí se decia, art. 1866: "excepto el que ha contratado a sabiendas de la causa ilícita que vicia el contrato." En el Código se cambiaron estas espresiones dándoseles una jeneralidad ilimitada, pero que no podrán comprender otra cosa mas que el objeto ilícito, porque los otros vicios deben aparecer de manifesto, i para este caso se daba al mismo tiempo la regla de que se declarase de oficio por el juez, de cuya declaracion debian aprovecharse los contratantes, puesto que es absurdo suponer que se declare nulo un contrato i que se sostenga su cumplimiento.

Confirmase esta interpretacion con la resolucion que hemos dado

en el único caso de verdadero conflicto, cuando se quiere recobrar del incapaz lo gastado o pagado en virtud del contrato nulo. El art. 1688 que dejamos copiado, es jeneral i sin limitacion alguna en cuanto a la declaracion de nulidad; no se exceptúa el caso en que el que celebró el contrato sabia el vicio, que dificilmente puede ser ignorado. I por esto el art. 1578 declarando nulo el pago hecho al incapaz (sin distincion alguna aunque lo sea absolutamente), da, no obstante, accion al que pagó para repetir lo pagado, en conformidad al art. 1688. En este caso tampoco cabe el distinguir si el que hizo el pago sabia o nó el vicio de la incapacidad: sépalo o no lo sepa, la accion le compete. Esta es la *conditio sine causa* de los romanos, que tambien lo es entre nosotros, porque en el contrato con el incapaz falta la causa o el motivo que induce al otro contratante, cual es la obligacion del incapaz.—Lo mismo sucederia si se hubiese arrendado un fundo sin fijar o determinar el precio; el contrato seria nulo o no habria contrato; ¿i se negaria al dueño el derecho de reclamar su cosa cuando quisiese, so pretesto de que habia celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba?

Por último, los arts. 1468, 1687 i 2057 deciden la cuestion sin dejar lugar a duda alguna: “Si se formase de hecho una sociedad, “ dice el último, que no pueda subsistir legalmente, ni como sociedad, “ ni como donacion, ni como contrato alguno, cada socio tendrá la “ facultad de pedir que se liquiden las operaciones anteriores, i de “ sacar sus aportes. Esta disposicion no se aplicará a las sociedades “ que son nulas por lo ilícito de la causa u objeto, las cuales se rejirán “ por el Código criminal.” Aquí se dice espresamente que cuando la sociedad es nula, los socios tienen derecho o accion para pedir la liquidacion i sacar sus aportes; no se distingue ni se exceptúa el socio que celebró el contrato con conocimiento del vicio que lo invalidaba. No se dice que los socios tengan la accion de nulidad, porque es inútil, o importa lo mismo que la otra accion que terminantemente se concede, de pedir la liquidacion i los aportes. Sea cual fuere el motivo de nulidad, i sepan o no sepan el vicio los socios, la accion de liquidacion i aportes les compete. Solo se exceptúa el objeto o causa ilícita, único vicio que quita la accion a los socios. Este artículo es el mas completo i luminoso comentario del 1683 en la parte en que niega el derecho de alegar la nulidad al que ejecutó el acto o celebró el contrato con conocimiento real o presunto del vicio. Si se forma, pues, de hecho una sociedad con un incapaz (un demente sujeto ^a

interdiccion, que ha recobrado el pleno uso de su razon, mas no se ha cancelado la inscripcion, ni ha cesado por consiguiente la curaduría), sabiendo la incapacidad, i se le entregan capitales u otros objetos, hai derecho para recobrarlos, no con la accion de nulidad, propiamente hablando, sino con la accion o el ejercicio de los derechos que no se destruyeron por el contrato nulo o por la falta de contrato que es una misma cosa. Nótese ademas, como sanciona este artículo la diferencia que consignamos ántes entre el contrato material o *de hecho*, i el contrato legal o *válido*.

La interpretacion que damos al art. 1683 en la parte que niega el derecho de alegar la nulidad al que ejecutó el acto o celebró el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, guarda perfecta consonancia con las disposiciones de los arts. 1468 i 1687. En estos artículos se declara que no puede repetirse lo que se ha dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, luego es lejítimo deducir *a contrario sensu*, que puede repetirse lo que se ha dado o pagado a consecuencia de un acto o contrato con nulidad producida por cualquiera de los otros dos vicios, incapacidad absoluta, o falta de formalidad o requisito peculiar, aun cuando se haya ejecutado el acto o celebrado el contrato con conocimiento del vicio. A no ser así, el Código habria dicho: “No se podrá repetir lo que se haya dado o pagado *por un acto o contrato nulo*,” i si esta regla se encontrase consignada en algun otro artículo, o hubiese querido establecerla el lejislador en el art. 1683, no habria vuelto a repetir en el 1687 que solo no puede recobrase lo dado o pagado por objeto o causa ilícita.

Si hai derecho en aquel caso para repetir lo dado o pagado por un acto o contrato nulo, aunque se haya ejecutado o celebrado con conocimiento del vicio, es tambien lejítimo deducir que la única nulidad que no puede alegar el que ejecutó el acto o celebró el contrato es la proveniente de causa u objeto ilícito, que no aparecen de manifiesto, i fueron o debieron ser conocidos por el que ejecutó el acto o celebró el contrato. La induccion es evidente: si la lei me da accion para recobrar lo dado o pagado en virtud de un contrato nulo, *a fortiori* me autoriza para oponerme a dar o pagar lo que se me cobra por un acto o contrato-nulo. Es así que el art. 1687 confiere espresamente la accion al reembolso de lo dado o pagado por el acto o contrato-nulo, sin mas limitacion que lo dado o pagado por objeto o causa ilícita, i lo dado o pagado al incapaz en cuanto éste no se haya he-

cho mas rico; luego el art. 1683 quiere decir que solo el que ejecutó el acto o celebró el contrato con objeto o causa ilícita, no puede oponer esta nulidad si supo o debió saber este vicio, i ademas no aparece de manifesto en el acto o contrato. Inútil parece agregar que debió saber el vicio el que debió saber las leyes, o lo que es lo mismo, que no escusa en este caso la ignorancia de la lei o el error de derecho, en conformidad a los art. 8.º i 706, inc. 4.º

No hai entónces mas que un defecto de redaccion en el citado art. 1683, que consiste en la jeneralidad con que se niega el derecho de alegar la nulidad al que ejecutó el acto o celebró el contrato con conocimiento del vicio, puesto que la prohibicion solo puede referirse a uno solo de los vicios que producen la nulidad absoluta, i no comprende por consiguiente a los otros dos.

La misma teoría que hemos desarrollado respecto de los que ejecutaron el acto o celebraron el contrato con algun vicio de nulidad absoluta, se aplica a los terceros interesados: éstos no tienen que decir de nulidad, sino ejercitar la accion que les compete contra el que ejecutó el acto o celebró el contrato nulo o contra sus bienes, como sino hubiera ejecutado el acto o celebrado el contrato. Si una persona hace un testamento nulo, los herederos abintestato no se presentarán con la accion de nulidad del testamento, sino con la accion de peticion de herencia: el heredero instituido se escepcionará con el testamento nulo; i haciéndose entónces actor en la escepcion, será rebatido con la de nulidad o la negacion del título que es lo mismo. Un acreedor perseguirá los bienes raíces de su deudor que éste hubiera enajenado nulamente, como si no los hubiera enajenado, i sin necesidad de decir de nulidad, miéntras no se le oponga el título nulo; en cuyo caso no lo ataca con la accion de nulidad, porque esta no es su demanda. Por último, en un concurso, los verdaderos acreedores no rechazan con la accion de nulidad a los que comparecen con título nulo, porque la accion que ejercitan todos los acreedores es la que nace del título o crédito que quieren hacer valer. Todos los acreedores son demandantes i demandados al mismo tiempo; el concurso es una especie de juicio doble: todos los acreedores son demandantes en cuanto al crédito o cosa que cobran, i cada cual es demandado en cuanto al crédito o accion de los otros. El acreedor con título nulo es demandante, i los demas son demandados en cuanto a este título; i la nulidad que éstos oponen no es accion, porque son demandados, ni es escepcion propiamente hablando, como ántes lo hemos visto, sino

defensa de fondo o negacion de accion, que el juez puede i debe suplirla de oficio, quando aparece de manifesto.

Reasumiendo diremos: que la declaracion de nulidad no pone término a la obligacion o no la estingue, porque no puede terminar lo que jamas ha existido; i esto mismo es lo que tiene que decir el juez al declararla. Que el acto o el contrato nulos existen material o aparentemente, pero no legalmente, porque en el lenguaje de la lei, existir es valer.

Que no es necesaria la accion de nulidad, porque se pueden ejercitar franca i directamente los derechos que competan, sin consideracion alguna al acto o contrato nulos, como si no se hubieran ejecutado o celebrado, porque no los destruyeron o alteraron. Conviene hacer aquí una distincion que importa una regla jeneral: si se trata de derechos reales constituidos por acto o contrato nulo, o que hubieran sido destruidos por dicho acto o contrato en caso de ser válidos, lo que corresponde en sana filosofia es la accion que nace del derecho real existente al tiempo de la ejecucion del acto o celebracion del contrato, como si éstos no hubieran existido; pero sino se trata de derechos reales sino de obligaciones personales, no hai tampoco necesidad de accion para pedir la nulidad del título (bien que nuestro Código no prohíbe ejercitarla, i aun la otorga implícitamente), pues basta aguardar que el supuesto acreedor demande con el título nulo, en cuyo caso, si la nulidad aparece de manifesto, aunque sea de objeto o causa ilícita, el juez debe declararla de oficio. En los demas casos, no es tampoco necesaria la accion de nulidad, propiamente hablando, sino la *conditio sine causa* de los romanos, o el reembolso de lo entregado sin causa, como lo espresan los arts. 1578 núm. 1.º i 2057 i se deduce *a contrario sensu* de los arts. 1468 i 1687.

Que entre los terceros interesados i los que ejecutaron el acto o celebraron el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba, no hai mas diferencia sino que aquellos pueden oponer al acto o al contrato toda clase de vicio, tanto el que aparece de manifesto en el acto o en el contrato, como el que no aparezca, salvo lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas, porque esto no puede repetirse por nadie; mas los que ejecutaron el acto o celebraron el contrato con conocimiento real o presunto del vicio, no pueden oponer este vicio quando no aparece de manifesto, porque entónces no puede declararlo el juez de oficio. I por último, que los únicos vicios que la lei supone que pueden quedar ocultos, son el objeto o la causa ilícita,

i éstos son por consiguiente los únicos que no pueden oponer los que ejecutaron el acto o celebraron el contrato a sabiendas del vicio, como se deduce del art. 1866 del proyecto i 1468, 1578, 1687 i 2057 del Código, i esto en el caso de que no aparezcan de manifiesto; lo que no importa otra cosa que rehusar la prueba que se ofrezca del vicio. Así, otorgado documento por valor de mercaderías compradas, no podrá el que lo firmó negarse al pago alegando que eran pinturas o estatuas obscenas, ni se le admitirá la prueba sobre ello; alegacion que se permite a los terceros interesados, como serian los acreedores del deudor.

Despues del penoso análisis que hemos hecho para investigar la verdadera intelijencia i todo el alcance de las disposiciones del art. 1683, solo nos resta preguntarnos, cómo se habrian evitado estas dificultades, o como se evitarian al presente, sin alterar las reglas que se han consignado en nuestro Código acerca de la nulidad absoluta; pregunta que puede convertirse en esta otra: i en qué consiste el defecto en que ha incurrido nuestro Código sobre esta materia?

La respuesta es fácil: el defecto consiste solo en el método, no en el fondo. Sepárese la nulidad absoluta de la relativa, que son cosas tan distintas, pues la primera impide la existencia del acto o del contrato, i por consiguiente las obligaciones, i derechos que de ellos debieran resultar, al paso que la segunda destruye en virtud de su declaracion o de la rescision el acto o el contrato i las obligaciones i derechos que de ellos nacen; i contraponiéndolas, se tratará en un título de los requisitos necesarios para el valor o existencia del acto o del contrato, o lo que es lo mismo, de los vicios que impiden la existencia o valor del acto o contrato, que son exactamente los mismos que señala el art. 1682. Declárese en ese título que la nulidad absoluta es idéntica a la no ejecucion del acto o no celebracion del contrato, i que tanto importa lo uno como lo otro, sin mas que estas dos limitaciones: 1.^a que lo dado o pagado por un objeto o causa ilícita a sabiendas no puede repetirse por nadie, i 2.^a que cuando la causa o el objeto ilícito no aparece de manifiesto en el acto o en el contrato, no puede rechazarlos por esas causas el que lo ejecutó o celebró sabiendo o debiendo saber ese vicio, ni se le admita prueba sobre ello; i tendremos con brevedad i claridad toda la teoría de nuestro Código sobre nulidad absoluta. En el otro título, destinado a los modos de estinguirse las obligaciones, tendria su lugar oportuno la nulidad relativa que produce la rescision, cuyo oficio es poner término a los efec-

tos del acto o contrato, aunque de distinta manera i con distintas consecuencias que los otros modos de estincion.

Ahora se ve fácilmente que aunque en regla jeneral, la nulidad absoluta no produce efecto alguno, el Código, por via de escepcion, le ha señalado dos, que son las mismas dos limitaciones que acabamos de apuntar, i que la distinguen de la no ejecución del acto o no celebracion del contrato.—El que la nulidad deba declararla el juez de oficio, es propio igualmente de la no ejecución del acto o no celebracion del contrato; pues si se demanda en virtud de dicho acto o contrato aunque el reo no se defienda o no conteste la demanda, debe el juez declarar de oficio que no se ha probado que el acto se haya ejecutado o que el contrato se haya celebrado.—Que la nulidad no pueda sanearse por la ratificacion ni por un lapso de tiempo que no pase de treinta años, es igualmente propio de la no ejecución del acto o no celebracion del contrato, porque no puede sanearse lo que no existe; i si el acto o el contrato se revisten de las solemnidades o requisitos que la lei exige, su fecha o valor no se retrotrae, sino que se cuenta desde que se reunieron todas las solemnidades o requisitos; i por último, se adquieren del mismo modo los derechos con el trascurso de de treinta años, cuando no han existido ni aparentemente el acto o el contrato, que cuando éstos han sido nulos. Estos no son por consiguiente efectos de la nulidad absoluta, como no puede decirse que sean efectos de la no celebracion del contrato; i esto mismo nos prueba que ambos casos son idénticos.

Finalmente, que pueda pedirse la declaracion de nulidad absoluta por el ministerio público en el interes de la moral o de la lei, es solo relativo al objeto o causa ilícita, que, como hemos visto, es la única diferencia que por via de escepcion ha establecido el Código entre la nulidad absoluta i la no existencia material o aparente del acto o del contrato.

La teoría sobre nulidad absoluta que estatuye nuestro Código no puede ser mas sencilla i lójica. Aquí no tenemos las cuatro divisiones de nulidad a que recurre la jurisprudencia francesa para salvar las dificultades que ofrece de suyo la materia, i que las agravan en vez de resolverlas, dando lugar fácilmente a la arbitrariedad judicial: nulidades de orden público i nulidades de interes privado; nulidades absolutas i relativas; nulidades legales de pleno derecho o *ipso jure* i judiciales *ex sententia judicis*; nulidades intrínsecas extrínsecas (*Zacharia* tit. preliminar, cap. VI, § 35). No necesitamos entrar en el

análisis de estas divisiones: basta ver su número para conocer que las dificultades se han de multiplicar a proporcion de la cantidad de reglas que ellas exigen; pues si no hai diferencia entre unas i otras, las divisiones son inútiles, i si la hai, las reglas para determinar sus diversas causas i diversos efectos son indispensables, i la complicacion es inevitable. Tal es lo que sucede, como hemos visto, hasta el punto de que hai autor que pretende ser conveniente que el lejislador ponga al pié de cada lei qué clase de nulidad produce su infraccion. Por esto, jurisconsultos distinguidos tropiesan lastimosamente, i llegan a olvidar las nociones fundamentales de la materia.

En nuestra jurisprudencia no necesitamos de largos debates para reconocer en cada caso particular el interes público i el privado; i si no podemos determinar *a priori* las reglas que según nuestro Código fijan la línea de reparacion entre ambos intereses, no es ménos cierto que son completas i seguras, como lo dijimos al principio, i ponen término a la discusion escolástica, deduciéndolas *a posteriori*: toda nulidad absoluta es de interes público; toda nulidad relativa, de interes privado. Si no hai dificultad para discernir la nulidad absoluta de la relativa, no puede haberla tampoco para discernir el interes público del privado. El lejislador dedujo las dos clases de nulidad de las dos clases de interes; a nosotros nos toca un procedimiento inverso, i reconocemos la clase de interes por la clase de nulidad consignada en la lei.

El defecto de nuestro Código, lo repetimos, no está mas que en el método: el fondo es sano i arreglado a los verdaderos principios de la ciencia. Las escepciones que establece respecto del objeto i causa ilícita son fáciles de percibir i de juzgar; i por otra parte son útiles, porque evitan las dificultades i cuestiones odiosas que nacian de distinguir lo ilícito en el que daba i recibia, i lo ilícito en uno solo de ellos; distincion que si es necesaria en el fuero interno, no deja de ofrecer en el esterno embarazos i complicaciones.

§ 2.º

La nulidad relativa produce un solo efecto, la [accion rescisoria, que se estingue por la ratificacion o la prescripcion; pero que pronunciada judicialmente produce a su vez dos efectos: se reponen las cosas al estado en que se hallarian sino hubiese existido el acto o contrato vicioso, i da accion reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las escepciones legales (arts. 1687-1689). Estas

excepciones son las siguientes: 1.^a respecto de las donaciones, art. 1432; 2.^a la rescision por lesion enorme, arts. 1893 i 1895; i 3.^a si se consideran como rescisiones por la semejanza que con ella tienen, la del decreto de posesion definitiva de los bienes del desaparecido, art. 94 núm. 4.^o, i la accion de indignidad, que no pasa contra terceros de buena fe, art. 976.

La accion rescisoria, considerada como real en muchos casos por la lejislacion justiniana, aunque no se hubiese estimado tal por los antiguos jurisconsultos romanos, es una accion personal segun nuestro Código Civil. El pretor la otorgaba para destruir la usurpacion i los contratos válidos segun la lei civil, i en el sistema adoptado por nuestros lejisladores puede sostenerse el mismo principio respecto de los últimos. El acto o contrato rescindible es válido, porque debe respetarse i cumplirse miéntras no se pronuncie judicialmente la rescision, i porque no puede rescindirse sino lo que existe o vale, así como no puede sanearse lo que no existe o no vale.

Saneado el acto o el contrato rescindible por la ratificacion o por la breve prescripcion que señala la lei, se *valida* retroactivamente (arts. 705-672-1684-2412); pero es de notar que esta espresion es impropia, como lo es la de *nulidad relativa* para espresar el efecto del vicio que da lugar a la rescision, i solo se emplean figuradamente, en cuanto la sentencia judicial puede *invalidar* el acto o el contrato. Tan cierto es que vale el acto o el contrato rescindible, que solo puede alegar la rescision la persona en cuyo beneficio la establece la lei (art. 1684). Si Pedro me compra una casa con error o violencia, yo quedo tan obligado por el contrato como si no hubiese existido tal vicio; Pedro puede ejercitar sus acciones para la entrega i el saneamiento sin obstáculo alguno. Pero él queda tambien obligado a pagarme el precio, hasta que consiga sentencia que le rescinda su obligacion; en cuyo caso se rescinde del mismo modo la mia, porque desaparece entónces la causa de mi obligacion: yo no puedo estar obligado sin que lo esté Pedro, i éste no puede librarse de su obligacion sin libramiento de la mia. I si Pedro recibe la casa o paga el precio despues de salir del error o de haber cesado la violencia, o si deja pasar cuatro años sin entablar su accion, su obligacion se hace tan *eficaz* como la mia, sin que haya dejado de ser válida un solo instante.

La accion rescisoria no puede por consiguiente ser reemplazada por la reivindicacion, como sucede con la nulidad absoluta, porque

aquella no puede inñstaurarse sino contra el que contrató, i solo dura un breve plazo. Yo no podria, en el caso propuesto, reivindicar la casa que le vendí a Pedro porque me habia obligado i habia perdido el dominio, i porque carecía de la accion rescisoria; pero si la venta hubiese sido por escritura privada (nulidad absoluta), la reivindicacion no tendria obstáculo alguno, no solo contra Pedro, sino contra cualquier poseedor. Si Pedro, a quien compete la accion rescisoria, fuese el vendedor, i yo hubiese enajenado la casa, no podria dirigir la accion rescisoria contra el tercero, porque es personal, ni tampoco la reivindicatoria, porque la venta que me hizo debia respetarse i sentir su efecto hasta que fuese rescindida por sentencia judicial, i esta sentencia no podia pronunciarse sino en el juicio que se siguiese por las mismas personas que celebraron el contrato vicioso.

Supóngase ahora que el vendedor intentase contra el mismo comprador la accion reivindicatoria en lugar de la rescisoria: éste se escepcionaria con buen éxito con la escritura de compra, escepcion que podria alegarse en cualquier estado de la causa, i hasta en segunda instancia; i miéntras no se rescindiese el contrato, la reivindicacion no podia tener efecto. La rescision no puede suplirse de oficio por el juez, como sucede con la nulidad. La rescision es temporal como accion i como escepcion; aquí no tiene aplicacion el axioma, *temporalia ad agendum sunt perpetua ad excipiendum*. Otorgada la escritura de compraventa, i trascurrido el breve plazo de prescripcion, el comprador puede pedir eficazmente la entrega de la cosa vendida, i ejercitar las demas acciones que nacen del contrato; i lo mismo puede hacer el vendedor, aunque el contrato hubiese adolecido de nulidad relativa.

Con la nulidad absoluta no es así: este vicio no se *sanea* sino con treinta años, i ántes de este tiempo, esto es con veinte años, habrian perecido las acciones personales que nacieron del contrato. En la nulidad absoluta no se necesita de previa declaracion judicial para ejercitar la reivindicacion: si no fuere suficiente la detenida demostracion que acabamos de hacer, bastará el art. 1756 en que se concede espresamente la accion reivindicatoria contra terceros poseedores i la accion para cancelar la hipoteca, sin necesidad de previa declaracion de nulidad. El art. 1689 que otorga la accion reivindicatoria en virtud de la nulidad judicialmente declarada, no ha querido por consiguiente hablar mas que de la nulidad relativa, aunque en la jeneralidad de sus espresiones pudiera comprenderse la absoluta.

La nulidad relativa, o la rescision que es su efecto, no viene entónces a importar otra cosa, que la facultad temporal que concede la lei a determinadas personas para destruir los efectos del acto o del contrato; con lo que se declara implícita pero inequívocamente que el acto o el contrato produce efecto o que es válido.

No nos detendremos mas en el análisis de los efectos de la nulidad relativa i de la rescision, porque no es materia comprendida en el tema que nos propusimos desarrollar, ni ofrece cuestiones tan graves e importantes como la nulidad absoluta.

Réstame solo cumplir con el grato deber que me imponen los estatutos universitarios, recordandoos los méritos i valiosos servicios de mi ilustre predecesor el señor don Manuel Carvallo.

A la fiesta solemne que celebraron los patriotas de 1818 para jurar la independendencia nacional, asistió el niño Carvallo presidiendo una de las secciones de los alumnos de la escuela de primeras letras que rejentaba un religioso mercenario. Concluida su instruccion primaria pasó al Instituto Nacional, donde cursó los ramos superiores bajo la direccion de profesores distinguidos, entre los cuales, los señores don Juan Manuel Cobo i don Ventura Marin conservan hasta ahora especial aprecio por el alumno. A este último, que no solo lo conoció como maestro, sino tambien en la vida familiar, le hemos oido decir: Carvallo era alumno de notable moderacion, i su modestia tal que llegaba al punto de encubrir su capacidad; de manera que por lo jeneral no era notado en sus clases como sobresaliente, pero sin que tampoco fuese señalado en ninguna de ellas entre los últimos. El profesor que lograba conocerlo a fondo no podia dejar de distinguirlo. Desde entónces anunciaba ya el carácter laborioso, es cudriñador i diligente que lo distinguió mas tarde en su carrera pública.

Mui jóven todavía, en 1829, fué nombrado oficial de la Secretaría del Senado, i mui poco despues oficial mayor del Congreso de Plenipotenciarios reunido en 1830. Desempeñaba este cargo cuando en 17 de abril del mismo año, se le nombró oficial mayor del Ministerio de Interior, donde empezó a distinguirse en la redaccion de sus oficios i notas diplomáticas, por la propiedad, correccion i dignidad de su lenguaje; cualidades de que participaba hasta su estilo familiar o epistolar.

Se creyó descubrir en el oficial mayor brillantes disposiciones para la carrera diplomática, i esas esperanzas no fueron defraudadas. Afines de 1833 partió Carvallo para los Estados Unidos en calidad de

Encargado de Negocios, i allí ajustó el tratado de amistad, comercio i navegacion que nos liga con la gran República.

Terminada su mision con feliz éxito, volvió Carvallo a su patria, a fines de noviembre de 1835; i se dedicó al ejercicio de la profesion de abogado: en la que alcanzó triunfos que lo colocaron en elevada escala. Una causa criminal ruidosa por la calidad del acusado i por el delito que se persiguió (un parricidio), i cuya defensa se encomendó en 2.^a instancia al jóven abogado, fué, podremos decir, la que le dió ocasion para inaugurar su nueva carrera, i atraerse las atenciones del foro. Su alegato compuesto de tres grandes cuadros en que se consigna la prueba del sumario, la rendida por el ajente fiscal, i la del acusado, manifiesta al par que sagacidad en la investigacion de los hechos i sus antecedentes, habilidad en sus observaciones i deducciones, i especialmente una paciente laboriosidad, con la que se ponen de relieve los datos i detalles mas menudos. El proceso criminal demanda para el juez i para el abogado mas talento, perspicacia i observacion que profunda ciencia. Las reglas de la justicia penal son pocas i sencillas; en su mayor parte quedan abandonadas a la prudencia i discrecion del juez i del abogado. Carvallo manifestó en el desempeño de su cometido todas aquellas aventajadas cualidades, i obtuvo ante el tribunal superior la revocacion de la sentencia de 1.^a instancia i absolucion de su cliente.

Continuó en el ejercicio de la profesion de abogado hasta el mes de diciembre de 1845 en que se le nombró Ministro Plenipotenciario de la República ante el Gobierno de los Estados- Unidos de América, para arreglar la cuestion que desde cuatro años ántes venia ajitándose entre ambos Gobiernos con motivo de una presa hecha en el territorio del Perú durante la guerra de la independencia.

En 1841 la casa de comercio norte-americana de Perkins i C.^a en tabló por conducto de su Gobierno un reclamo contra el de Chile, cobrándole la cantidad de 78,000 pesos, que en 9 de mayo de 1821 fué capturado por nuestro ejército en el valle de Sitana, entre Arica i Arequipa. Esta suma en monedas i barras de plata la conducia Eliphalet Smith, ciudadano norte-americano i capitán del bergantin *Macedonian*; i era el resultado de la venta de mercaderías traída de la China en ese buque. Cobrábanse ademas los intereses desde la fecha de la aprehension.

Nuestro Gobierno se opuso desde el principio a semejante reclamacion, i sostuvo su existencia con tal lucidez i erudicion, que abru-

mado el Ministro norte-americano, olvidó el tono i decero propios de la correspondencia diplomática. Estando a punto de romperse la negociacion, se convino en continuarla en Washington; i éste fué el objeto de la mision de Carvallo.

En el interin se habian descubierto en Lima nuevos documentos que corroboraban los hechos que se sostenian por nuestra parte. De ellos aparecia que las mercaderías aportadas por el bergantin *Macedonian* pertenecian a la casa de comercio española de Abadia i de Arismendi residentes en Lima, i que solo se habia dado un pequeño interes a Smith en el negocio, autorizándole para levantar empréstitos con este objeto. Firme el Gobierno de los Estados Unidos en sus pretensiones, no pudo arribarse a otro resultado que someter la cuestion a un arbitraje, elijiéndose como juez al Rei de los Belgas; convencion que se firmó en Santiago por nuestro Ministro de Relaciones Exteriores en 1858; i a la que accedió el Gobierno de Chile por la confianza que le inspiraban los documentos i testimonios obtenidos últimamente.

Carvallo continuó en la defensa de los intereses de Chile ante la Corte de Bruselas, donde publicó dos memorias i un resúmen, que importaban un alegato vigoroso, elocuente i erudito, i que manifestaban el acierto de nuestro Gobierno al confiarle tal cometido. Aquí aparecen mas en claro las relevantes dotes del eminente abogado i hábil diplomático. Su talento de observacion i de análisis, su perspicacia i discrecion, su esposicion clara i razonada, su argumentacion calorosa, pero rigurosamente lójica, justifican el concepto que hemos emitido.

Nuestro Ministro de Relaciones Exteriores al dar cuenta al Congreso en la memoria de 1863 de la sentencia pronunciada por el árbitro, se espresa en estos términos: “Podemos felicitarnos de que haya concluido definitivamente esta prolongada controversia, objeto de tan larga i sérias discusiones. El Rei de los Belgas ha admitido algunas de las escepciones opuestas por Chile i ha desechado otras; i debemos acatar su fallo como el resultado del mas escrupuloso exámen, i como la espresion de la verdad i de la justicia.

“Creo por último de mi deber manifestar al Congreso que el Ministro de Chile en Bruselas ha desempeñado la importante mision que le fué confiada, con el celo e intelijencia que tanto recomiendan a este digno funcionario.”

El pais es ademas deudor a don Manuel Carvallo de otros impor-

tantes servicios. Vuelto de su segunda mision a Norte-América ejerció con honor durante dos años el cargo de Ministro del primer Tribunal de Justicia de la República; i por su renuncia se le encomendó la formacion del Código Penal.

La época de la codificacion habia llegado para Chile; i nuestro Gobierno, penetrado de tan importante i grave necesidad, encomendó a los mas distinguidos jurisconsultos la redaccion de los respectivos proyectos. Las leyes penales que aun nos rijen, por su mayor parte antiquísimas, se encuentran desparramadas en diversas compilaciones, que dictadas en distintos tiempos i para diversos lugares, i remendadas, por decirlo así, precipitada i aisladamente, es imposible formar de ellas un sistema homogéneo. Deficiencia en la clasificacion de los delitos i sus grados, dejando ancho campo a la arbitrariedad judicial o atando del todo las manos a la justicia; falta completa de armonia en la determinacion de las varias clases de penas i su estension, cayendo casi siempre en los extremos o de la arbitrariedad judicial o de la arbitrariedad de la lei, que todavia es peor; exesiva dureza en algunos de ellos, que obliga con frecuencia a ocurrir al Gobierno por el indulto o conmutacion, estableciéndose así como una tercera instancia ordinaria; desconocimiento casi completo del sistema de circunstancias agravantes o atenuantes; carencia casi absoluta de reglas sobre la prescripcion de la accion pública o privada para la persecucion del delito, i de la que nace de la sentencia para la ejecucion de la pena. Tales son los principales defectos de nuestra actual lejislacion penal; i gracias a la habilidad i severa integridad de nuestros majistrados, no se han hecho sentir con todo su rigor, i aun pasan inapercibidos para el vulgo.

El proyecto redactado por don Manuel Carvallo atiende a todos estos defectos, i se han tenido presente para su formacion todos los adelantos de la ciencia legal en este importante ramo de la lejislacion. Podría mas bien acusársele de exajeracion en la reforma, de recargo excesivo en los detalles, de organizacion demasiado sistemática, sino revelara desde luego que el autor no se ha propuesto tanto consignar sus propias opiniones, como la reunion completa de los datos que han de operar la reforma i servir de base sólida a la nueva lei. Aquí ha dejado tambien marcada su huella el carácter del autor: labor, diligencia, observacion. No le habia dado aun la última mano cuando los intereses de su patria lo llevaron a la Corte de Bruselas.

La cuarta i última mision diplomática del señor Carvallo, la des-

empeñó ante la Corte de Lóndres durante cuatro años; i fué la mas laboriosa i meritoria por la multiplicidad de los negocios i frecuentes viajes que le demandó la injusta agresion con que nos vimos acometidos por la España.

La nacion tiene empeñada su gratitud para con el señor Carvallo por veinticinco años de valiosos servicios, prestados en los primeros puestos públicos. El foro, la tribuna, la Universidad reconocen tambien i lamentan su falta. La sociedad entera oyó con grave pesar la noticia, que nos trajo el vapor del 22 de agosto, del fallecimiento de nuestro representante en Inglaterra, en medio de los penosos i multiplicados afanes que le imponia la guerra en que estaba comprometida su patria, i la que contribuyó por mucho a tan irreparable pérdida.

Las virtudes i prendas personales del ilustre finado realzaron al hombre público, i han dejado en el seno de las relaciones doméstica i de la amistad gratos i sentidos recuerdos. Católico sincero i observante, los deberes de hijo i de padre llamaron siempre su atencion, i los desempeñó con el celo i asiduidad que imponen tan respetables i solemnes creencias. Afectuoso en sus relaciones de familia, la correspondencia que sostuvo con su padre durante su primera mision a Norte-América, era el testimonio mas elocuente del amor filial, del corazon mas tierno por las afecciones domésticas, i de la modestia e ilustracion hermanadas con sólido vínculo. Acreedor a la gratitud nacional por sus buenos i largos servicios, lo es tambien a la de sus conciudadanos por los ejemplos que nos ha dejado como jefe de una familia honorable i de porvenir para el pais.

BIBLIOTECA NACIONAL.—Su movimiento en el mes de diciembre de 1867.

RAZON, POR ÓRDEN ALFABÉTICO, 1.^o DE LOS DIARIOS I PERIÓDICOS, I 2.^o DE LAS OBRAS, OPÚSCULOS, FOLLETOS I HOJAS SUELTAS, QUE, EN CUMPLIMIENTO DE LA LEI DE IMPRENTA I OTRAS DISPOSICIONES SUPREMAS, HAN SIDO ENTREGADAS AL ESTABLECIMIENTO DURANTE ESTE TIEMPO; 3.^o DE LO QUE SOLO SE HA ENTREGADO UN EJEMPLAR, O ENTREGÁNDOSE INCOMPLETO; 4.^o DE LO QUE NO SE HA ENTREGADO EJEMPLAR ALGUNO, NO OBSTANTE LA PUBLICACION HECHA; 5.^o DE LO QUE SE HA ENTREGADO TRES EJEMPLARES PARA OBTENER PRIVILEJIO DE PROPIEDAD LITERARIA; 6.^o DE LO QUE SE HA ADQUIRIDO POR OBSEQUIO; 7.^o DE LO QUE SE HA ADQUIRIDO POR COMPRA; 8.^o DE LAS OBRAS QUE HAN SIDO LEIDAS POR LOS CONCURRENTES A LOS DOS DEPARTAMENTOS DE LA-