

Los límites de la autonomía de la voluntad en el Derecho privado

INTRODUCCION

1.—Límites de la autonomía de la voluntad privada

El Derecho actual ha destacado, como una conquista más de la Jurisprudencia, en su incesante evolución, la llamada *función social del Derecho*, que bajo la forma de un progresivo intervencionismo estatal, puede ya considerarse, mediado el siglo presente, como uno de los rasgos sobresalientes, que definirán, sin que sea excesivamente audaz el augurio, la época que estamos viviendo, cuando el perfil de otros siglos, siempre cambiantes o renovados, la relegue, o si se prefiere la eleve, al campo de la Historia.

En aras de esa función social del Derecho, el Estado de esta época, sin distinción de países ni de ideologías, se ve forzado a invadir el campo de la autonomía privada, ese recinto amurallado en que el ser humano podía atrincherarse en el pasado siglo bajo el signo de la exaltación de los derechos individuales. Y asistimos así, a esa profunda mutación de tantos derechos subjetivos privados, que trasciende a la radical fundamentación de todo el Derecho privado, objetivamente considerado.

Pero esta mutación transformativa de los cuadros clásicos del Derecho Privado, aunque es siempre del máximo interés para el jurista actual que quiera conocer el Derecho de su propia época, ha sido tan magistralmente estudiada, y más aún, tan profusamente divulgada, que carece-



ría, sin duda, de interés, su exposición en este momento. Es casi un tópico entre los juristas de hoy, hablar de la crisis del principio de la autonomía de la voluntad, del liberalismo del siglo XIX, del intervencionismo del siglo actual, etc. No pretendemos, pues, hablar sobre lo que voces más autorizadas ya han expuesto. Dejamos el curso de la evolución del Derecho a un lado para fijarnos en determinados principios limitadores de la autonomía privada, aun vigentes, pero que gozan ya de una respetable ancianidad, en su misma vigencia; ancianidad, que podemos situar, no por falta de mayor ascendencia en el tiempo, sino como mero punto de relieve histórico y como medio de acotar nuestro estudio, en la Francia napoleónica, bajo los auspicios directos y dilectos del propio Emperador; situémonos así, en el año 1804, en que se promulga el *Code civil*, o Código de Napoleón.

Pero la suerte del código napoleónico, más perdurable y extensa, que la de las armas imperiales, influyendo decisivamente en numerosos códigos europeos y americanos y aún de otros continentes, extendió los principios limitadores de la autonomía privada, contenidos en el código centenario, a que nos vamos a referir, a otros países, y así podemos considerar como principios de rango casi universal en el ámbito del Derecho privado, los que resultan del respeto al llamado orden público y a las buenas costumbres.

He aquí, señores, el motivo por el que he iniciado mi disertación, refiriéndome a las actuales y crecientes limitaciones a la autonomía de la voluntad, aun no siendo éstas el objeto de la misma. Tal vez sea provechoso observar, que mientras tanto se ha censurado, generalmente con razón y a veces con exageración, el pernicioso individualismo de los legisladores decimonónicos, sobre todo en materia contractual, se ha olvidado muchas veces que la autonomía de la voluntad que se consagra en los códigos civiles bajo ese signo individualista, tenía también un límite infranqueable, el que imponen orden público y buenas costumbres, cuya mayor o menor amplitud como salvaguardia de un orden justo y moral, depende decisivamente del propio intérprete que en nuestra época ha de operar con esas nociones. Justo es recordarlo, y por ello, al estudio de tales principios dedicamos esta lección inaugural, que no versa por tanto, sobre los límites que el legislador de nuestra época ha tenido que imponer a la que hoy sería excesiva libertad individual en el ámbito iusprivatista configurado en los códigos del pasado siglo, como medida de emergencia que restablezca el equilibrio social, sino sobre los límites que el propio legislador de dicho siglo, trazó para el lícito ejercicio de aquella libertad.

No examinaremos, por tanto, el freno a la libertad jurídico-privada, que reputamos hoy excesiva, y desde luego dañosa a la sociedad actual, sino el contorno normal de esa misma libertad tal y como la concibieron

los que, como una conquista de entonces—*sic transit gloria mundi*—proclamaron el dogma de la libre autonomía de la voluntad privada. Pretendemos, pues, abordar un aspecto menos recordado, de este problema actual, las limitaciones de otra época, que conservan su vigencia *formal*, y ya veremos si también el valor de lo vivo, su vigencia *real* (valga la expresión), o tan sólo el recuerdo de lo anquilosado y fósil.

2.—El principio de orden público y de las buenas costumbres

Situados en el punto de partida que representa el Código francés, fijémonos en su art. 6, que con expresividad plena de firmeza, enuncia el siguiente principio: «no cabe derogar por convenciones particulares las leyes que afectan al orden público y a las buenas costumbres». Es el principio fundamental que marca los límites a la autonomía privada, cuya importancia para el legislador se ve bien claramente, por el lugar de su emplazamiento, formando parte del Título preliminar del Código. Este precepto sirve de contrapeso de aquel otro al que viene a limitar, que consagra el principio opuesto, el de la autonomía de la voluntad, contenido en el art. 1134, según el cual, las convenciones legalmente celebradas tienen fuerza de ley entre las partes que las han establecido.

Si nos fijamos más detenidamente en el art. 6 citado, veremos que esa limitación es doble, el orden público y las buenas costumbres; dos fuertes limitaciones a la voluntad privada. Pero todavía es preciso acentuar nuestra observación: aquello que hay que respetar, que marca el límite de nuestra libre volición, no es directamente el orden público y las buenas costumbres, sino éstos en cuanto son *recibidos* por el propio legislador. Es decir, que no cabe derogar por pactos particulares las *leyes* que afectan al orden público y a las buenas costumbres. Literalmente interpretado, el art. 6.º dice esto efectivamente, y esta interpretación ha sido mantenida por numerosos autores; pero ciertamente que el interés de las limitaciones que estudiamos sería muy escaso, o mucho menor, si el orden público y las buenas costumbres hubieran menester del refrendo del propio legislador, por que al menos estas últimas, carecerían de fuerza limitadora en sí mismas, quedando reducidas, por paradoja, a letra de ley escrita, al ser elevadas a este rango formal.

Es este el primer punto en que debemos detenernos, para saber si las limitaciones enunciadas bajo la denominación de orden público y buenas costumbres, son algo más que el precepto del legislador, o sólo una barrera impuesta por este mismo. Y puesto que hemos tomado como punto de partida histórico, el código de Napoleón, prescindimos por el momento, del planteamiento del problema, bajo otros códigos del pasado siglo y del actual.

Entre los antiguos comentaristas del código francés, Merlin, sostiene que las reglas derivadas de las buenas costumbres, para que limiten la voluntad privada han de estar consagradas por la ley. Y si en vez del testimonio de uno de los comentaristas de la primera época, buscamos otros más recientes, nos dirá Baudry-Lacantinerie, en su famoso Tratado, pleno de actualidad aún, que es necesaria la consagración legislativa de las reglas morales que integran las buenas costumbres, tanto por que así lo impone la letra de la ley, como por que, en caso contrario, «la libertad de los ciudadanos estaría demasiado amenazada, si el juez, extendiendo excesivamente, con el pretexto de consideraciones morales, la esfera del Derecho, pudiese siempre invalidar sus actos, como contrarios a las buenas costumbres, si no a las leyes» (1).

Se rechazan, pues, por los citados autores, las buenas costumbres, como límite directo de la autonomía individual, por temor a que la moral penetre directamente en el ámbito del Derecho. Es pues trascendental, esclarecer esta cuestión, puesto que de ella depende el que se acepte la subordinación de la voluntad privada a las reglas de la moral o que se rechace, como peligrosa y excesiva ingerencia de un orden normativo superior en el ordenamiento jurídico.

Pero no es sólo la referencia a las buenas costumbres, la que se ve prácticamente anulada, con la anterior interpretación, sino la propia alusión al orden público, pues también respecto a éste se ha pretendido, siguiendo literalmente el art. 6, que sus normas, han de estar recogidas en preceptos legales. Así, Hémar, afirma, que la violación del orden público, tiene su fuente en la ley (2).

Pero esta concepción estrecha de las limitaciones a la autonomía privada, predominante entre los juristas de la escuela exegética, tiende a ser abandonada sustituyéndola otra más amplia, aunque todavía queden partidarios de aquella entre autores más recientes, como hemos visto. En relación con las buenas costumbres, está muy generalizada, en efecto la opinión, de que no es preciso que estén sancionadas por un texto legal, para que hayan de ser tenidas en cuenta como límite a la libre autonomía individual. El camino seguido para esta importante recepción en el ámbito del Derecho vigente francés, de tan amplia limitación, ha sido el de interpretar conjuntamente el texto estricto del art. 6, con otros preceptos redactados diversamente, en que no se alude a las buenas costumbres como contenido de una ley, que no puede ser derogada por convenciones particulares, sino en que directamente se prohíben los pactos que pugnen con las buenas costumbres. Desde distintos puntos de vista con-

(1) BAUDRY-LACANTINERIE Y BARDI, *Personnes*, I, n.º 269 bis. En el mismo sentido: CAPITANT, *Introduction au droit civil*, n.º 33 y *La causa de las obligaciones*, trad. esp. n.º 107.

(2) HÉMAR, *Précis de droit civil*, I, n.º 264.

tienen esta limitación directa de las buenas costumbres, los arts. 900, 1133, 1172 y 1387, en que generalmente aparecen las buenas costumbres mencionadas expresamente junto a la ley, como dos diversas limitaciones (3). De esta suerte esas limitaciones han sido ampliadas de modo importante, puesto que junto a las prohibiciones de la ley escrita, figuran también estas prohibiciones impuestas por las buenas costumbres.

Y no solamente se han emancipado de la letra de la ley, las buenas costumbres, sino que también con referencia al orden público, se mantiene por algunos autores, que constituye una limitación diversa de la que resulta de la propia ley. Así en el magistral y universalmente leído, Tratado de Planiol y Ripert, se lee lo siguiente: «A veces se ha dicho que el art. 6 solamente se contrae a los convenios contrarios a una ley escrita. Pero si comparamos con aquél, el art. 1133 que declara ilícita la causa cuando está prohibida *por la ley*, cuando es contraria a las buenas costumbres o al *orden público*, forzoso es aceptar, que en el lenguaje del Código, las leyes de orden público, así como las reglas morales, comprenden leyes no escritas» (4). También aquí, el camino ha sido el de interpretar conjuntamente el estricto art. 6, con otros de contenido más rico, siendo indudablemente entre los anteriormente citados, el 1133, el más importante y completo. Del mismo resulta, al parecer, una triple limitación a la autonomía privada: ley escrita, regla moral y ley no escrita de orden público. Pero nada más distante de la realidad, que la posible creencia, de que nuestro camino está ya desprovisto de dificultades. Por el contrario, esas nociones del orden público y las buenas costumbres, que el esfuerzo de los juristas más progresivos han emplazado junto a la letra de la ley como límites al exceso individualista, son bien difíciles de precisar tanto en sí mismas, como en su recíproca relación. A exponer las principales opiniones sobre esta cuestión y algunos de los problemas que de ellas se derivan, se encamina esta disertación, que sucesivamente vamos a enfocar sobre los derechos francés, junto al que incluimos el belga, y el italiano, elegidos como jalones representativos en este punto, de las codificaciones civiles basadas en el Derecho común.

(3) En este sentido: DEMOGUE, *Traité des obligations*, II, n.º 774; PLANIOL-RIPERT *Traité élémentaire*; RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*; SAIGET, *Le contrat immoral*.

(4) PLANIOL Y RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, VI, n.º 225, nota 2 de la trad. esp. (nota 1 de la pág. 278 de la 2.ª ed. francesa). Vid. también en el mismo sentido: JULLIOT DE LA MORANDIERE, *Precis de droit civil*, II, n.º 102 (*Petits Précis Dalloz*, 9.ª ed. París, 1950).

CAPÍTULO I

DERECHO FRANCÉS (1)

3.—La noción del orden público

Se dice de la noción del orden público, que es más fácil de intuirlo que de definir, por tratarse de un concepto vago aunque fundamental (2), llegándose a afirmar que es imposible dar una definición de la misma, bien sea por vía general y abstracta, bien sea por vía de enumeración, al no ser posible prever todos los casos (3). Sin embargo, por grave que sea la dificultad, ha sido preciso intentar la definición, más o menos precisa de dicha noción.

Un camino muy seguido por la doctrina francesa, ha sido el de utilizar la distinción entre leyes imperativas e interpretativas o facultativas, para llegar a la conclusión de que la noción de orden público impide a los particulares derogar por su propia autoridad y libre iniciativa, las leyes imperativas, mientras que en cambio, pueden desconocer y contrariar las leyes facultativas (4). Esta solución parece exigir como planteamiento del problema, la identificación del orden público, con las leyes imperativas, es decir, que fuera de la ley (imperativa), no cabe hablar de la noción de orden público, con lo cual nos situamos en la interpretación restringida que la escuela exegética mantenía del art. 6 del *Code civil*. Pero, aun dentro de este cauce tampoco resuelve todas las dificultades, el

(1) Incluímos referencias a la doctrina belga, al estudiar el Derecho francés.

(2) V. por ejemplo, DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, n.º 91.

(3) Conclusiones del Procurador general Faider (1881), cit. DE PAGE, I, n.º 91, nota 5.

(4) V. PLANIOL Y RIPERT, *Traité pratique*, VI, n.º 226.

remitir el orden público a la ley imperativa, puesto que también en relación con esta distinción de las normas legales se requiere una ulterior precisión.

Evidentemente que si el propio legislador expresa el carácter imperativo de la norma, en Derecho positivo habrá desaparecido esta cuestión, pero lo más frecuente es que la ley guarde silencio respecto a su propio carácter imperativo, al menos, por lo que se refiere a las normas comprendidas en las codificaciones civiles, y en esta hipótesis es preciso encontrar el criterio externo a la propia ley, que nos permita descubrir la posibilidad o imposibilidad de su derogación por los particulares. Algunos autores franceses, acuden para ello a la división del Derecho en público y privado, identificando así las normas imperativas, con las de Derecho público. Se invoca en apoyo de esta indentificación, aquellos textos de la jurisprudencia romana en que se habla de la inderogabilidad del Derecho público por los pactos o convenios de los particulares (*privatorum conventio iuri publico non derogat etc.*) (5). Conforme a este criterio, el orden público dominaría en el ámbito del Derecho público, mientras que la autonomía de la voluntad no encontraría límites en el Derecho privado (6).

Sin embargo, ni está admitido unánimemente, que los fragmentos de los juriconsultos romanos alusivos a la inderogabilidad del derecho público, empleen esta expresión en el sentido de la distinción entre derecho público y privado definida en el célebre texto de Ulpiano (7), ni por otra parte, con independencia de esta cuestión romanista, cabe restringir la aplicación y limitación que el principio del orden público impone, al campo del Derecho público, ya que son numerosas las materias del Derecho privado, que han de ser respetadas por los particulares sin posibilidad de alteración o derogación, como acontece en muchos aspectos del Derecho de familia, como sin duda fué ya reconocido por los mismos romanos (8).

Al desechar, por insuficiente, la discriminación del orden público por referencia al derecho público, la doctrina francesa ha buscado, como criterio más amplio, el de la finalidad de la regla, estimando que son las reglas que defienden un *interés general*, las que tienen este valor de orden público, de que en cambio carecen las que se inspiran en un interés particular. La finalidad protectora de un *interés general o social*, sería pues, la característica que permitiría reconocer que nos encontramos frente

(5) D. 50, 17, 45.

(6) V. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Des lois d'ordre public et de la derogation aux lois*, París, 1899.

(7) V., p. ej., RUGGERO, *Inst de der. civ.*, trad. esp., I, 48; en contra JÖRS-KUNKEI, *Derecho romano*, trad. esp., p. 78.

(8) V., por ej., FERRARA, *Trattato*, pp. 71 y ss.

a un principio jurídico de orden público. Cuando por el contrario, se trata de proteger *intereses particulares*, no está en juego el principio de orden público. Solamente en el primer caso actúa dicho principio como límite a la voluntad privada, por su carácter preferente sobre ésta, que impide pueda derogarlo.

En el sentido expuesto, dice con gran precisión el Decano Julliot de la Morandière, que «el orden público supone un conflicto, en el seno de un Estado, entre dos fuentes de reglas jurídicas, la fuente principal, aquella de la que derivan las reglas que protegen los intereses generales de la comunidad nacional y una fuente secundaria que habla en nombre de intereses diferentes. Para limitarnos al Derecho civil, el conflicto se presenta entre las reglas jurídicas del Derecho nacional, del Derecho francés, y las reglas creadas entre los particulares por una convención, que tienen valor de ley en las relaciones entre las partes. La noción de orden público marca precisamente la supremacía de las reglas generales, de las reglas legales que protegen los intereses generales, el orden en el Estado, sobre las reglas convencionales, inspiradas en los intereses particulares. La convención tiene valor de ley en principio, salvo cuando choca contra una regla de orden público» (9). Y análogamente dice Hémard, que «el orden público consiste en el conjunto de las reglas establecidas por el legislador en el *interes vital de la sociedad*» (10).

Prescindimos, por el momento, de la diversa posición mantenida por los dos autores últimamente citados sobre la cuestión ya aludida de si es necesaria la recepción legal del principio de orden público, o si tiene carácter de norma extralegal, cuestión que hemos de volver a tratar más adelante, para fijarnos tan sólo en que el criterio últimamente indicado ofrece como guía para reconocer el carácter de orden público de una regla jurídica (legal o extralegal) el que la misma se inspire en los intereses generales del Estado.

Pero también esta fórmula definitoria del orden público, es decir, el interés general del Estado o colectividad, ha sido tachada de insuficiente, por estimar que quedaría fuera el Derecho privado, al cual alcanza también el efecto prohibitivo de la noción de orden público. De Page, en su importante y moderno Tratado de Derecho civil belga, hace dicha objeción a las definiciones que se refieren a los intereses generales de la colectividad o del Estado, afirmando que «en el Derecho privado hay también leyes de orden público», y proponiendo si no como definición, dada su dificultad, al menos como idea general la siguiente: «la ley de orden público es aquella que afecta a los intereses esenciales del Estado

(9) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, II, n.º 100.

(10) HÉMARD, I, n.º 265. V. también: CAPITANT, *Introduction cit.*, N.º 27 y 28 y *Repertoire de droit civil Dalloz*, voz *Ordre public*, n.º 1.

o de la colectividad, o que fija, en el Derecho privado las bases jurídicas fundamentales sobre las cuales reposa el orden *económico o moral* de una sociedad determinada» (11).

Habría, pues, que ampliar la fórmula del interés general, hasta hacer comprender en ella, los intereses sociales, que algunos llaman *vitales*.

Desde otro punto de vista, pero con una cierta coincidencia que después trataremos de precisar, Capitant afirma que «las leyes imperativas de Derecho privado o bien son leyes de orden público, o bien leyes de protección de intereses privados» (12). Este segundo grupo de leyes imperativas estaría constituido según el citado civilista por las que tienden a proteger a los incapaces contra sus propios actos o, en general, las que miran a proteger a cualquier individuo contra el perjuicio que un acto podría causarle en ciertas circunstancias (13).

A través de la opinión de Capitant, casi hemos vuelto al punto de partida, en esta investigación de la noción de orden público, aunque con un resultado divergente. Decíamos entonces que un criterio muy seguido por la doctrina era el de estimar que la expresión orden público se refería a las leyes imperativas, esto es, a las que no podían ser derogadas por los particulares en sus convenciones. Pero acabamos de ver que para Capitant, no coinciden el ámbito de las leyes imperativas y el orden público, ya que aquellas comprenden además de las leyes que tienen este carácter de orden público, otras de finalidad protectora de los incapaces o en general de intereses privados. Luego no bastará con saber que una ley es imperativa, aunque ella misma lo declare, para saber si se trata también de una ley de orden público, aunque en todo caso haya un efecto coincidente determinado por su inderogabilidad.

Esta no coincidencia del ámbito de la ley imperativa con la noción de orden público, se encuentra también proclamada por De Page, alegando que aunque la distinción en leyes imperativas y supletivas es interesante a los efectos de precisar la noción de orden público, «no es más que *indicativa* y en el fondo ha de rechazarse, de una parte porque las fórmulas que indican la sanción («bajo pena de nulidad», «no obstante cualquier convención contraria»), no existen siempre; de otra parte porque en ciertas leyes contemporáneas, estas fórmulas existen sin que pueda por ello concluirse que la ley sea de orden público» (14); añadiendo que si la distinción en leyes imperativas y supletivas de la voluntad puede ser útil para la determinación del carácter de orden público o no de una regla, no constituye en definitiva un criterio seguro, principalmente «si se entiende deducir el carácter imperativo de una ley del hecho de

(11) DE PAGE, I, n.º 91.

(12) CAPITANT, *Introduction*, n.º 26.

(13) CAPITANT, *Introduction*, n.º 26.

(14) DE PAGE, I, n.º 91.

que ella imponga sus soluciones bajo pena de nulidad, o sobre todo, no obstante cualquier cláusula o convención contrarias. Veremos, en efecto, que ciertas leyes contemporáneas que modifican el Código civil, usan, en numerosas ocasiones, estas expresiones. Y sin embargo no son incontestablemente leyes de orden público, porque de una parte, no tienen por fin más que proteger *intereses privados*, y de otra, la razón de las disposiciones impuestas, «no obstante cualesquiera cláusulas contrarias», parece ser sobre todo, al análisis, la necesidad de proteger mejor la *voluntad* de uno de los contratantes que se encuentra en una situación de inferioridad económica o social frente al otro» (15).

En el mismo sentido diferenciador de la ley imperativa y el orden público realiza un interesante esfuerzo Malaurie, quien después de ponderar la dificultad de definir la noción de orden público, indicando a modo de idea general, que mira a reconocer una fuerza mayor a una fuente o a una regla de Derecho, expone, que «el orden público no podría, por ejemplo, ser identificado con la ley imperativa, en la cual, ni el objeto, ni el método, ni los caracteres, ni la sanción, son necesariamente de orden público. Este tiene por *objeto*, hacer triunfar los intereses generales de la sociedad sobre los intereses particulares, mientras que la ley imperativa puede mirar a proteger un interés privado», continuando, en fin análisis, las diferencias, que desde el punto de vista del método, caracteres y sanción separan a las leyes imperativas de la noción de orden público, como después veremos con más detalle (16).

En los anteriores ensayos para precisar las diferencias entre ley imperativa y orden público, late en el fondo una coincidencia a pesar de los diversos puntos de partida, coincidencia según la cual, el ámbito de la ley imperativa es mayor que el del orden público, porque aquella puede tender a proteger no solamente intereses generales del Estado o colectividad, sino también intereses meramente privados, en tanto que el orden público vela por los intereses generales, bien sean los estrictamente estatales, bien sean, como señala De Page, aquellos sobre los que reposa el orden económico o moral de una sociedad. Parece, pues, que puede señalarse una diferencia fundamental entre ambas nociones, que se concretaría en la exclusión de la defensa de intereses meramente privados, particulares, del campo de acción de la noción de orden público. La defensa de esos intereses, se realizaría a través de leyes imperativas.

Así diferenciadas estas nociones, queda todavía la duda de si es que la protección de esos intereses particulares, como los relativos a los incapaces, no es en sí misma, de interés general y por tanto de orden público. ¿No interesa a la sociedad la protección de tales incapaces? Esta ob-

(15) DE PAGE, I, n.º 91 bis, letra B.

(16) MALAURIE, *Ordre public* (*Repertoire de droit civil Dalloz*), n.º 1.



jeción no podía escapar a los propios autores que proponen la anterior distinción. Y así Capitant, se hace cargo de la misma, afirmando que en efecto es de orden público el principio de protección a los incapaces, pero establece la ulterior distinción, apoyándose en anterior observación de PILLET (17), de que «es el principio de protección sólo el que es de orden público. En cuanto al modo de organización de esta protección, en cuanto a las disposiciones positivas establecidas por la ley, son ante todo medidas de protección de intereses privados» (18).

Pero apartándonos de un mayor esclarecimiento sobre esta cuestión de la diferencia entre ley imperativa y orden público, cabe destacar que como opinión predominante en la doctrina francesa y belga, se sustenta la de que la noción de orden público afecta o mira a los intereses generales del Estado o de la sociedad, mientras que la ley imperativa puede también atender a la protección de intereses particulares. Omitimos, la teoría que trata de precisar la noción de orden público por referencia a las disposiciones de carácter no patrimonial, que sustentada por Anglave en el pasado siglo, y recogida recientemente por Marmión, viene con razón rechazada, pues también entre las materias de carácter patrimonial juega muchas veces el interés general y por tanto el orden público (19).

4.—Caracteres de la noción de orden público

En la doctrina francesa se destacan como caracteres del orden público, la *flexibilidad* y la *variabilidad* (20). La flexibilidad, implica que el orden público puede imponer su efecto prohibitivo aún fuera de un texto legal, criterio admitido generalmente, como ya vimos en la doctrina reciente. Por consecuencia así como una ley imperativa delimita por sí misma, el ámbito de su eficacia, el orden público actúa de un modo más flexible, pues en su determinación y aplicación tiene un papel preponderante el juez (21). Malaurie expresa esta diferencia diciendo que «mientras la ley determina el imperativo según un método general y abstracto, el orden público siendo definido concretamente por la contradicción que le hace la fuente de derecho que le amenaza, solamente el juez puede proceder a esta determinación que supone una comparación entre dos fuentes de derecho contrarias» (22).

(17) PILLET, *De l'ordre public en droit int. privé* (Paris, 1890, p. 34).

(18) CAPITANT, *Introduction cit.*, n.º 26, p. 59, nota 1.

(19) ANGLAVE, *Action du Ministère public et théorie des droits d'ordre public en matière civil* (Paris, 1868); MARMIÓN, *Etude sur le dois d'ordre public en droit civil interne* (Paris, 1924).

(20) V. sobre los caracteres: JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, n.º 101 ss.; MALAURIE, *loc. cit.*, n.º 1 ss.; y desde otro punto de vista, HEMARD, I, n.º 266.

(21) JULLIOT DE LA MORANDIERE, II, n.º 102.

(22) MALAURIE, *loc. cit.*, n.º 1.

Pero ¿cómo formará el juez, su criterio en esta apreciación de que una determinada regla de derecho creada por los particulares pugna contra el orden público, cuando éste no resulta de una regla escrita? Para Julliot de la Morandière, «el juez no es libre, sin embargo, de tener una concepción personal del orden público. Debe deducirla del conjunto de textos en vigor en el día en que juzga, del espíritu de la ley. Es una cuestión de derecho, sometida al control del Tribunal de casación» (23).

El segundo de los caracteres del orden público es su variabilidad. Una misma institución según las concepciones políticas o sociales imperantes en un Estado, puede ser unas veces de orden público y otras no, como aconteció en Francia con el divorcio admitido en 1804, considerado contraria al orden público en 1816 y nuevamente admitido en 1884. Pero no solamente es variable el orden público por consecuencia de los cambios políticos que se reflejan en la propia ley, respecto a una misma institución, sino que instituciones que nunca tuvieron la consideración de orden público, logran alcanzarla en un determinado momento histórico, como acontece con todo el campo de disposiciones que denominamos de derecho social, que en tantas materias imponen hoy su carácter de normas de orden público.

La variabilidad del orden público se muestra en la actualidad en un sentido continuamente progresivo o amplificador, es decir, invadiendo campos que nunca tuvieron ese carácter. Con razón se dice, que el dominio de aplicación del orden público «era relativamente restringido en la primera mitad del siglo XIX. Controlaba las convenciones contrarias a la organización política del Estado, la buena marcha de las funciones públicas, las convenciones de carácter inmoral, las convenciones que derogaban las reglas sobre el estado y la capacidad de las personas o sobre la reserva hereditaria. Pero en el terreno patrimonial, el Estado practicaba la política liberal, no anulando más que las convenciones que atentaban a la libertad de trabajo o de comercio. El campo del orden público no ha cesado de aumentar con el progreso de las doctrinas llamadas sociales: hoy día es considerable la intervención constante del Estado en la dirección de la economía de la Nación» (24).

También se presenta como uno de los caracteres del orden público, por algún autor el rigor de su sanción, pero de este punto nos ocuparemos a propósito de los efectos que produce dicha noción.

(23) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, II, n.º 102.

(24) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, II, n.º 103.

5.—Esfera de eficacia del orden público

El orden público tiene una esfera de eficacia muy amplia en la época actual, como se ha indicado; no sólo se refiere a la estructura estatal, sino que llega a amplias zonas del orden económico. La doctrina francesa hace enumeraciones de diversos grupos de materias afectados por el orden público, es decir, en los cuales éste ejerce su eficacia. Así Baudry-Lacantinerie, a título de ejemplo, menciona los siguientes: Organización social, política o general, económica, moral e ideas religiosas (25). Planiol y Ripert, también por vía demostrativa, enumeran las siguientes materias: organización general del Estado y leyes que afectan a la seguridad y salubridad públicas; leyes fiscales y monetarias; régimen de las funciones públicas; profesiones reglamentadas o controladas; estado y capacidad de las personas; organización de la familia; integridad e independencia de la persona humana; protección de los incapaces; protección de los terceros; principios fundamentales de la organización económica actual; pactos sobre la sucesión futura; libertad de asociación (26).

Esta diversidad de materias afectadas por el orden público, hace que se hable en la doctrina de diversas clases o subespecies del orden público, como las de orden público estatal, fiscal, monetario, penal y civil (27). Recientemente se ha destacado la importancia del llamado orden público económico al que se han dedicado importantes trabajos, entre los que destacan los de Ripert (28).

Ante panorama tan amplio y que excede notoriamente de nuestras posibilidades, puesto que afecta a varias ramas del Derecho público, limitamos nuestra investigación al campo del Derecho privado, en el que interesa aún sin ánimo exhaustivo, enumerar las materias más afectadas por el principio de orden público. Pero aún restringida la investigación a este sector jurídico sería imposible abordarla en este momento, dada su extensión. Por otra parte en esta visión de conjunto que esbozamos sobre los límites de la autonomía privada, interesa más, a nuestro juicio, continuar en el plano de una teoría general de los mismos, debiendo ir a una ulterior parte especial el examen de cuestiones concretas. Baste pues, con indicar ahora, que dentro del orden público civil, tienen su encaje, la protección a las personas, a la familia y a los bienes (29).

(25) BAUDRY-LACANTINERIE, *Personne*, I, n.º 269 (trad. it.).

(26) PLANIOL Y RIPERT, VI, n.º 235 y ss. (2.ª ed. fr.).

(27) MALAURIE, n.º 29 y ss.

(28) RIPERT, *L'ordre économique et la liberté contractuelle*, 1935 (*Etudes Gény*, II, p. 325), y *Le régime démocratique et le droit civil moderne* (París, 1948), p. 255, n.º 140.

(29) MALAURIE, loc. cit., n.º 71 y ss. divide el orden público civil en dos grupos: referente a las personas y a los bienes. En otros autores como en PLANIOL, II, n.º 104, se alude al estatuto familiar.

6.—Orden público interno y orden público internacional.

Hasta ahora nos hemos referido a las diversas zonas que dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, están afectadas por el principio de orden público, pero además de las divisiones que por consecuencia de tales zonas, resultan en cuanto a dicho principio, todavía hay que establecer otra división de gran raigambre, que resulta del hecho de que dentro de un Estado no sólo existen sus súbditos o nacionales, sino que también pueden encontrarse súbditos de otros países o extranjeros. Si el principio de orden público limita la autonomía privada, cabe preguntarse si dicho principio tal y como se interpreta en un determinado país, ha de aplicarse a todos, nacionales y extranjeros, o sólo a los primeros.

La cuestión viene generalmente resuelta en el sentido de diferenciar dentro de la noción de orden público, el llamado *orden público interno* y *el orden público internacional*. Baudry-Lacantinerie define el primero como el «conjunto de reglas que se imponen de modo absolutamente imperativo y sin posible excepción, solamente a los nacionales», mientras que el segundo comprende según el mismo autor, las reglas «cuyo carácter rigurosamente obligatorio es oponible tanto a los extranjeros que se encuentren en el territorio, como a los ciudadanos del país» (30).

El citado autor explica, como ejemplo, que el orden público internacional no puede ser turbado por nadie, sin que todo el cuerpo social se resienta de ello, como ocurre con la poligamia en Francia, que está prohibida tanto a los extranjeros como a los franceses. El orden público interno no ha de ser respetado más que por los nacionales, por ser indiferente al país de que se trate el que los extranjeros sigan esas normas u otras, como ocurre en materia de estado y capacidad.

La distinción, aunque generalmente admitida, es combatida por algún autor como Pillet, que trata de demostrar que no hay más que una sola especie de orden público, pero puede decirse que la tesis dualista ha adquirido carta de naturaleza tanto por parte de civilistas como de internacionalistas, y su más preciso desarrollo debe quedar para el Derecho internacional privado, en el que ha sido ampliamente elaborada por la propia necesidad y función del mismo, sin que aquí podamos hacer nada más que esta somera referencia.

7.—La noción de las buenas costumbres

Después de examinar sumariamente la noción de orden público en el Derecho francés, hemos de realizar igual tarea por lo que respecta

(30) BAUDRY-LACANTINERIE, *Personne*, I, n.º 273.



a otra de las limitaciones que encuentra la autonomía privada, las buenas costumbres. Pero también aquí, la tarea es difícil, porque el legislador al remitirse a unas determinadas normas, bajo la denominación de buenas costumbres, no ha expresado claramente a qué normas se remitía. ¿Se trata de unas normas filosóficas, religiosas, sociales? Ya se comprende por esta simple interrogación que la cuestión de precisar dichas normas ha de dar lugar a diversas teorías, que se orientan principalmente hacia una de esas metas.

En la Introducción a este trabajo ya vimos cómo la noción de las buenas costumbres se emancipa de la letra de la ley, a que parece sujetarla la dicción estricta del art. 6 del *Code*, no siendo por tanto preciso que estén recogidas tales normas por la ley escrita. Planteada así, acertadamente, la cuestión, resulta mucho mayor la dificultad de la precisión de tales normas. Desde este momento situamos como dilema primero en que se debate la doctrina francesa, el de si esas normas emanan de un determinado ideal ético o si por el contrario han de ser registradas como consecuencia de un mero acaecer social y fáctico. El dilema es trascendental, porque en el primer caso las buenas costumbres se identifican con un sistema normativo con existencia apriorística al cual han de someterse los particulares en el ámbito de su vida jurídica, mientras que en el segundo las buenas costumbres se reducen a un sistema limitador que surge *a posteriori* por consecuencia de ciertos hechos sociales. El salto de un sistema a otro no puede ser mayor.

Pero, sigamos, siquiera a grandes rasgos, la evolución de la doctrina francesa en el siglo y medio de vigencia del Código francés. Es muy conocida, la postura de veneración que dicho cuerpo legal inspiró a los juristas franceses durante el pasado siglo, que les valió en su conjunto el nombre de Escuela exegetica. El poder imperial pareció encontrar fiel reflejo en la idea de la omnipotencia legislativa. Es también conocida la anecdótica frase del Emperador que temiendo por la suerte del Código, en manos de los juristas, en su labor interpretadora del texto, exclamó con escepticismo: «esas gentes quieren quitármelo». Y así mismo aquella enfática afirmación de un gran jurista de la escuela exegetica, que en realidad desmentía tales temores: «yo no enseño Derecho Civil; sólo enseño Código de Napoleón». La exaltación del valor de la ley, que encierra la referida escuela va a repercutir en la posición que los juristas de la misma adopten frente al problema que nos ocupa.

En efecto, si todo está en la ley, dada su omnipotencia para resolver cualquier problema, es evidente que las buenas costumbres a que el Código alude, o han de ser una noción desvaída y de escasa importancia, o han de estar expresamente recibidas en cada caso concreto por la ley misma. Y en efecto, estas posiciones son las mantenidas por los exegetas

frente a la noción de las buenas costumbres. Ya hemos aludido a la tendencia que trata de interpretar el art. 6.º en el sentido de que lo que constituye un límite a la libertad de contratación no son directamente las buenas costumbres, sino tan sólo las leyes que las sancionan, con lo cual es en definitiva tan sólo la ley escrita, la que viene a limitar dicha libertad. Por otra parte si repasamos las grandes figuras de la escuela exegética, apenas si encontramos vagas referencias a esta noción de las buenas costumbres, como algo de escaso relieve junto a la omnipotente ley. Así, Durantón, Demolombe, Marcadé, Toullier, Aubry y Rau, Laurent, etc.

Encontramos, sin embargo, un ensayo más definido, de precisar las buenas costumbres, ya en el declive de los exegetas, en Huc, quien cree consisten en los «hábitos adquiridos por el bien en tanto en cuanto están protegidos o determinados por la ley positiva» (31). Según este autor, la ley positiva entendería proteger a través de sus disposiciones, los siguientes hábitos o costumbres: 1.º En relación con la concepción de la familia, el matrimonio, reprobando por el contrario el concubinato. Se deduciría este principio del trato inferior concedido por la ley al hijo natural, frente al legítimo.

2.º En relación con la moral, el decoro público. Se deduce este principio de los textos que sancionan el ultraje al pudor.

3.º Respecto al empleo de la propia fortuna, se protegería su buen empleo, como hay que deducir de las disposiciones que incapacitan al pródigo, prohíben los juegos de azar, apuestas, etc.

4.º Los principios triunfantes en la Revolución francesa.

5.º Respecto a la contratación, los principios de la buena fe y de la libertad, como lo demostrarían los textos que reprimen el dolo y la violencia y aseguran la libertad de comercio e industria.

Esta enumeración de Huc, sería cerrada, limitativa, como corresponde a las ideas exegéticas del jurista, con lo cual nos encontramos siempre en la órbita de la ley. Solamente lo que el legislador ha dado a entender que protegía, constituyen las buenas costumbres aludidas por la propia ley. Por tanto, aunque aparentemente, el sistema de las cinco proposiciones de Huc, representa una innovación, nada fundamental, sin embargo aporta en relación con los anteriores comentaristas, pues si bien parece precisar más la noción de las buenas costumbres, sigue siendo vaga dentro de esos grandes principios que enumera. Y por otra parte, no se comprende, que si el legislador quería referirse a esos principios con-

(31) Huc, *Commentaire théorique et pratique du Cod. civ.*, I, n.º 194. Puede verse una referencia más detenida a los demás autores de la Escuela exegética, citados de modo general en este trabajo, en el excelente libro de SAIGER, *Le contrat immoral*, pp. 39 y ss., donde también se expone más ampliamente la tesis de Huc y su crítica.

cretamente, no los hubiese enunciado directamente (32). Sin duda con buen criterio el sistema de Huc, apenas ha tenido resonancia en la doctrina.

La escuela exegética no aporta por tanto a este problema, luz alguna, encerrándose por el contrario en la estrechez del texto legal. Es preciso llegar a fines del pasado siglo y principios del actual, para encontrar otra tendencia que trate de explicar de otro modo la noción de las buenas costumbres. Nos referimos a la teoría sociológica, que sobre una base filosófica positivista han desenvuelto en el campo del Derecho civil francés, por limitarnos tan sólo al mismo y prescindiendo de sus precursores y expositores filosóficos, algunos juristas en tiempos aún recientes. Y de éstos citaremos tan sólo a Demogue y Josserand.

Demogue, considera que las buenas costumbres «no se determinan según un ideal religioso o filosófico, sino según los hechos o la opinión corriente» (33). Análogamente Josserand. En otro autor de nuestros días, Hémard, se sigue también esta dirección. Merece la pena, por lo expresivo, recoger el siguiente párrafo, de su excelente, en general, *Précis de droit civil*: «la concepción de las buenas costumbres no es abstracta, no se deduce de un ideal de moral. Es concreta, corresponde a la conciencia pública, a la moral consuetudinaria de un país en un momento dado. Es variable, porque es sumisa, por su misma naturaleza, a la evolución de las ideas en materia de moral privada. El juez no la buscará en los simples convencionalismos, sino en los verdaderos usos del término medio de las personas honestas. Las buenas costumbres comprenden los principios que este término medio hace de la lealtad en los negocios, del respeto de la moralidad en la vida jurídica» (34). No es solamente este autor quien habla así en la actualidad.

Los peligros que resultan de la concepción sociológica, son bien evidentes y han sido puestos de relieve por otro sector de la doctrina francesa. Esmein, se pregunta: «Si el juez ha de atenerse a la opinión dominante en el país en que juzga, ¿cómo determinará esta opinión? ¿Hará una especie de referendum por una observación de los hechos, que le será desde luego imposible practicar de modo completo? El resultado sería tal vez la consagración de prácticas inmorales, toleradas o incluso favorecidas por la gran mayoría. El juez no debe seguir a la masa, cuando manifiestamente se extravía, sino por el contrario, dirigirla, no haciendo prevalecer concepciones personales aisladas, sino apoyándose en

(32) V. una detallada crítica a Huc, en la tesis de SIGUÉ, *Essai sur le critérium et la nullité des obligations immorales et illicites* (París, 1925). Puede verse alguna referencia en el libro de SAIGET.

(33) DEMOGUE, *Traité des obligations*, II, n.º 773 bis; JOSSERAND, *Cours*, II, n.º 134.

(34) HEMARD, *Précis de droit civil*, I, n.º 268.

la opinión de los elementos sanos de la población, guardianes de una tradición ya probada» (35).

De las objeciones que se formulan en las anteriores palabras por Esmein, creemos tiene un valor más profundo la segunda. Ese referendun a que se alude, es desde luego impracticable, pero también es realmente innecesario para conocer la existencia de una determinada costumbre predominante en un país y época determinados, por parte del juez. Este, puede conocer esa opinión común fácilmente, por lo mismo que se trata de una costumbre extendida y practicada por la mayoría. No creemos pues, que se trate de una verdadera dificultad. Pero, en cambio, sí nos parece certera, la otra objeción. Conocida una determinada costumbre muy difundida, ¿basta este hecho para convertirla en norma? Nos encontramos frente a un hondo problema, que trasciende en realidad los límites de este trabajo, para alcanzar al tema de la creación del Derecho y del método jurídico. Por otra parte, en otra disertación inaugural hace años, impugnábamos las posiciones sociológicas en ese problema de la originación e interpretación del Derecho, posición que ahora no hacemos sino mantener (36). ¿Cómo vamos a aceptar, que lo que la mayoría haga pueda convertirse en regla de nuestros actos, sea lo que fuere, sin sujeción a normatividad previa alguna? No cabe aceptar el imperio de los meros hechos sociales, como normatividad jurídica.

Como dice acertadamente, Ripert, «el recurso a una concepción sociológica de las buenas costumbres testimonia simplemente el gran temor de los juristas de ver imponerse la regla moral en el mundo jurídico, y revelarse superior a la ley civil puesto que jugaría un papel normativo y rompería los contratos que reuniesen todas las condiciones puestas por la ley civil» (37).

Por su parte la jurisprudencia francesa ha sabido resistir a la sugestión de la moda sociológica, sabiendo, como dice con frase certera el propio Ripert, que los Tribunales «son censores de las pasiones humanas y no sus servidores. No creen que la moda haga la justicia»; añadiendo que «maravilla ver en una sociedad en que la relajación, el juego, la corrupción, la especulación, el enriquecimiento injusto, son considerados con indulgencia por la opinión pública, que los tribunales no toleren que tales móviles puedan inspirar convenciones válidas» (38).

Frente a esa concepción sociológica de las buenas costumbres, vemos alzarse, esta otra concepción moral mantenida destacadamente por Ri-

(35) ESMÉIN, en el *Traite de PLANIOL y RIPERT*, VI, n.º 229 (2.ª ed.).

(36) V. nuestro Discurso de inauguración del año académico 1946-47, en el Centro de Estudios Universitarios: *El Derecho natural y la moderna metodología*, esp. p. 21. (Publicado por dicho Centro, Madrid, 1946).

(37) RIPERT, *La regle morale cit.* n.º 39, p. 78, 3.ª ed.

(38) RIPERT, *La regle cit.*, n.º 39, p. 78.

pert en obras que han alcanzado una difusión bien merecida, como la titulada *La regla moral en las obligaciones civiles*. Pero aún dentro de esta dirección moral, se plantean dudas sobre el contenido de la moral que deberá definir las buenas costumbres. Podemos considerar que hay dos corrientes dentro de esta dirección.

Una opinión bastante extendida entre los juristas actuales, se refiere a la moral corriente o dominante en un determinado país y época, como contenido, por tanto variable, de esa moral. Así CAPITANT, afirma que la delimitación del dominio de las buenas costumbres «es una cuestión de apreciación que el juez resolverá inspirándose en lo que se ha llamado justamente la moral consuetudinaria, es decir, las reglas de conducta que acepta la conciencia general de un país» (39).

Y para De Page las buenas costumbres, tampoco estarían identificadas con la moral, sino integradas por la llamada «moral consuetudinaria», queriendo eliminar así toda incertidumbre sobre las diversas morales, así como la aplicación de cualquier moral confesional, como contraria a la libertad de conciencia (40).

Por el contrario otra tendencia, no quiere ver en la moral a que se refiere el legislador, simplemente la moral *social*, sino más concretamente la moral religiosa o cristiana. Hacia esta dirección se orienta sobre todo RIPERT, como hemos visto. También en las últimas ediciones del Tratado elemental de PLANIOL, debidas al mismo RIPERT y BOULANGER se lee lo siguiente: «En realidad la regla moral admitida en un país es una regla de origen religioso. En Francia, como en los países de Europa y de América, es el cristianismo el que ha impuesto una cierta moral. Las reglas de esta moral son seguidas por convicción, por hábito o por razón, poco importa. El juez constata su existencia y no tiene que pronunciarse sobre su fundamento. Cuando constata que la convención de las partes quiere crear un vínculo jurídico que sería contrario a las reglas de la moral o permitiría infringir una de estas reglas, debe anular la convención como contraria a las buenas costumbres» (41).

A conclusiones muy próximas llega ESMEIN, al decir, que «es cierto que las reglas morales seguidas en las sociedades humanas no son inmutables. Sobre puntos fundamentales ha habido y hay entre las diversas sociedades, divergencias considerables de opinión: por ejemplo, sobre las condiciones de las relaciones sexuales, sobre la honestidad en las ventas y relaciones comerciales, sobre el juego». «Pero hay—añade—, en las sociedades de civilización europea, un cuerpo común de doctrina moral,

(39) CAPITANT, *Introduction* cit., n.º 33, p. 65.

(40) DE PAGE, I, n.º 92.

(41) PLANIOL-RIPERT Y BOULANGER, *Traité élémentaire*, II, n.º 109. V. también la citada obra de SAIGET, en favor de la moral cristiana, donde se trata más ampliamente la materia.

tomado de la filosofía antigua y de las tradiciones cristianas, sobre el cual las divergencias son mínimas» (42).

Podemos ya, con una visión de conjunto, catalogar las diversas teorías que principalmente se han mantenido sobre la noción de las buenas costumbres:

a) Para unos, éstas consistirán en aquellos principios consagrados implícitamente por el propio legislador (Escuela exegética).

b) Por el contrario, las buenas costumbres, para otros, no se encuentran en la ley, y hay que buscarlas en el medio ambiente social (teoría sociológica).

c) Finalmente, otros creen que dicha noción no puede encontrarse ni en la propia ley, ni tampoco en la simple repetición de hechos sociales, sino que solamente ha de encontrarse en la moral. Pero mientras que para unos, la mayoría, se trata de la moral consuetudinaria o moral social, otros con mayor rigor, la identifican con la moral cristiana. Aunque también los partidarios de la moral social, reconocen que ésta se basa en la moral cristiana.

8.—Relación entre las buenas costumbres y el orden público

Al hablar de la noción del orden público vimos cómo según algunos juristas, comprende no solamente lo que afecta a los intereses generales del Estado, sino también las bases morales, sobre las que reposa la sociedad, posición que, por ejemplo, defiende De Page. Y como las buenas costumbres se identifican, en una de las posiciones que hemos examinado, y desde luego la que nos parece más exacta, con la moral cristiana, podemos preguntarnos, si en realidad se trata de dos nociones diferentes, o por el contrario existe una relación estrecha entre ambas, hasta el punto de que una de ellas esté comprendida en la otra. Y en este último caso, cual de ellas, como de contenido más amplio, absorberá a la otra.

Algunos tratan de establecer una clara separación entre las buenas costumbres y el orden público. Así Hémaré, como ya vimos, dice que «el carácter ilícito de un acto puede depender bien de su ilegalidad (atentado al orden público), bien de su inmoralidad (atentado a las buenas costumbres). Todo acto ilegal o inmoral es ilícito; un acto ilícito no es necesariamente ilegal, puede ser inmoral. El interés de la distinción entre el orden público y las buenas costumbres aparece desde el punto de vista de sus fuentes y de su sanción por el Tribunal de casación. En cuanto a sus fuentes, los casos en que el orden público es atacado resultan de la ley; aquellos en que las buenas costumbres son violadas, de la

(42) ESMEIN, en el *Traité de Planiol y Ripert*, VI, n.º 229.

observación de la vida social, esto es, de los hechos», estimando en cuanto a la *sanción*, que mientras el orden público, derivado de la ley está sometido como cuestión de derecho al control de la casación, en cambio las buenas costumbres, como cuestión de hecho, escapan a ese control (43).

Esta distinción, que pretende establecerse con toda nitidez, entre dichas nociones es inadmisibles, por serlo las bases sobre las que descansa. Ya hemos indicado, cómo según la mayoría de la doctrina francesa contemporánea, no es posible circunscribir el orden público a los textos legales; y por otra parte hemos rechazado como errónea, con buena parte de dicha doctrina, la tesis sociológica de las buenas costumbres. Es pues imposible, desde dichos puntos de vista, aceptar la separación que se pretende entre ambas nociones, como derivada de la diversa fuente, de que procederían, ley y hechos, y naturalmente la otra diferencia, su diversa sanción, desde el punto de vista del control de la casación, cae por tierra al negar tal separación.

Otros autores por el contrario, se limitan a establecer las respectivas nociones de orden público y buenas costumbres, sin entrar a examinar sus diferencias o relaciones, aunque del concepto dado sobre ambas puede deducirse su posición en este punto. Así en el Curso de Colín y Capitant, se define el orden público por referencia al interés general del Estado, y las buenas costumbres por referencia a la moral (44). Parece, pues, que dentro de esa posición quedan separados ambos conceptos por la respectiva órbita del derecho y la moral.

Pero otros autores tienden a aproximar, dichas nociones, en el sentido de hacer entrar a las buenas costumbres en la noción del orden público, que sería así un concepto más amplio que el de aquellas. Julliot de la Morandière, dice, en este sentido, que «entre las reglas de orden público hay que colocar las que interesan a las buenas costumbres, es decir, las reglas de la moral social consideradas como fundamentales para el orden mismo en la sociedad» (45). Y en las reediciones hechas por Ripert y Boulanger del *Traite elementaire de Planiol*, se escribe que, «el respeto a la moral entra, a decir verdad, en el del orden público» (46).

Por su parte la jurisprudencia francesa tiende también a aproximar ambas nociones, anulando muchas convenciones como contrarias a la vez a las buenas costumbres y al orden público (47).

(43) HEMARD, *Precis: cit.*, I, n.º 264.

(44) COLÍN Y CAPITANT, *Curso cit.*, I, pp. 171 y ss., 3.ª ed. esp.

(45) JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *Precis, cit.*, II, n.º 100, p. 52.

(46) PLANIOL, *Traite elementaire*, ed. cit., II, n.º 109. También en este sentido SAIGET, *Le contrat immoralé*, cit. pp., 171 ss.

(47) V. SAIGET, loc. cit., nota anterior.

9.—Caracteres de la noción de buenas costumbres

Prescindimos, lo mismo que hicimos al referirnos al orden público, de los caracteres específicos de la acción de nulidad, procedente contra el acto inmoral, materia que habría de ser tratada con propia sustantividad, una vez expuesta esta teoría general de los límites a la libertad contractual, como sanción a la infracción de los mismos. Pero, no podemos prescindir, de referirnos a una característica muy acusada de la nulidad procedente de la transgresión a las buenas costumbres por parte de los contratantes, en los actos jurídicos bilaterales.

La nulidad por infracción a las buenas costumbres, ha dado ocasión, en efecto, al nacimiento de dos aforismos, cuyo sentido y ámbito son controvertidos: *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*; *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*. En virtud del primero de estos adagios no cabe invocar una convención inmoral, por quien da lugar a la inmoralidad, para pretender exigir judicialmente ningún efecto, y si la inmoralidad es compartida por ambas partes, ninguna podrá pretender la eficacia de lo pactado, en virtud del segundo aforismo.

Pero puede ocurrir que la convención inmoral haya sido voluntariamente ejecutada total o parcialmente y en este caso, cabe pensar si al menos para deshacer los efectos ya producidos por el acto inmoral, podrá acudirse ante los tribunales ejercitando la acción de nulidad. ¿Será posible, por tanto, la repetición? Aunque parece lógico, que el acto inmoral desaparezca del mundo jurídico anulando sus consecuencias, la acción de nulidad resulta impedida por los citados adagios. La repetición cesa, para el que cometió la inmoralidad, porque ni siquiera para anular la convención se le permite recurrir ante los Tribunales: *Nemo auditur...* Aunque parezca extraña esta solución, a primera vista, se inspira en la idea de que el mantenimiento de los efectos ya producidos, implica una sanción para el que dió lugar a la inmoralidad, prohibiéndosele la repetición. Puede ocurrir que el fin inmoral se persiga por ambas partes, y entonces la repetición se prohíbe a los dos contratantes, desplegando su eficacia el segundo de los adagios: *In pari causa turpitudinis...* No podemos pasar de estas someras indicaciones sobre los excepcionales e importantes efectos de la acción de nulidad (y en general sobre toda la acción), en caso de contravención a las buenas costumbres. Pero era preciso destacar que la doctrina de los citados brocardos viene a caracterizar muy acusadamente dicha noción, dejando para más adelante el examen más detallado de estos efectos.

10.—Esfera de eficacia de las buenas costumbres

Se comprende fácilmente que, siendo el fundamento y esencia de la noción de las buenas costumbres, la moral, su campo de aplicación sea ilimitado, tan amplio como el ingenio humano, por desgracia no siempre bien empleado. Allí donde el ser humano, en su extravío trata de apartarse de la regla moral, hasta allí mismo se extiende esta noción, que viene a defender a la sociedad de la relajación. Afirma con razón De Page, que «cuando se examinan las múltiples aplicaciones que la jurisprudencia ha hecho de la noción de acto contrario a las buenas costumbres, es cuando se advierte que el derecho no es solamente una técnica, y que limitado a este solo elemento, no sería en realidad, más que un engaño. Afirmando con una firmeza inquebrantable el respeto a las buenas costumbres, los tribunales salvan diariamente a la sociedad contra sus propios extravíos» (48).

Sistematizando las decisiones jurisprudenciales de los tribunales franceses y belgas sobre esta materia, la doctrina de estos países, enumera las diversas materias a que se aplica prácticamente la noción de buenas costumbres, como límite frente a los actos inmorales.

Es interesante observar, previamente, como hace Esmein, que según se deduce de dicha jurisprudencia, un mismo acto puede ser o no inmorales según las condiciones que se den en el mismo. Especialmente según que haya sido o no remunerado y según las condiciones de su remuneración. En realidad sería preciso examinar alguna serie de actos que según la jurisprudencia, tengan o no el carácter de atentado a las buenas costumbres, para analizar más detenidamente esta proposición aparentemente contradictoria, de que un mismo acto pueda ser inmorales o no, según medie o no remuneración, o según la manera de dicha remuneración. Pero no es posible entrar en esta interesante cuestión.

Indicada la amplitud de la eficacia anuladora de la moral sobre los actos jurídicos, y sin detallar, igual que hicimos con referencia al orden público dicha eficacia, recogemos, por vía demostrativa, una parte de la enumeración que de las convenciones anuladas por inmoralidad, hace De Page (49):

- 1.º Convenciones relativas a lugares inmorales.
- 2.º Convenciones relativas a relaciones entre concubinos.
- 3.º Ciertas convenciones relativas al corretaje matrimonial.
- 4.º Convenciones relativas al juego.
- 5.º El pacto de cuota litis.

(48) DE PAGE, I, n.º 92, p. 111.

(49) DE PAGE, I, n.º 93.

6.º Convenciones que tienen por objeto la venta o el tráfico de influencia.

7.º La obligación de no demandar en juicio.

8.º Toda convención que implique prohibición de reconocer la responsabilidad.

9.º La dicotomía, etc.

1. Introducción: Descripción general del curso y sus objetivos.

2. Fundamentos de la programación: Variables, operadores y estructuras de control.

3. Algoritmos y estructuras de datos: Listas, matrices y árboles.

4. Programación orientada a objetos: Clases, objetos y herencia.

5. Aplicaciones prácticas: Ejercicios de programación y resolución de problemas.

6. Conclusión: Resumen de los conceptos aprendidos y perspectivas futuras.

7. Bibliografía: Recursos adicionales para profundizar en el tema.

8. Anexos: Ejercicios adicionales y soluciones.

9. Índice: Tabla de contenidos detallada.

10. Glosario: Definiciones de términos clave.

11. Referencias: Fuentes de información utilizadas.

12. Agradecimientos: Reconocimiento a quienes ayudaron en el desarrollo del curso.

13. Contacto: Información de contacto para consultas.

14. Notas: Observaciones y comentarios.

15. Conclusión final: Reflexión sobre el aprendizaje y el futuro.

16. Anexos adicionales: Documentos de apoyo y recursos.

17. Índice de figuras: Tabla de contenidos de imágenes y gráficos.

18. Glosario de términos: Definiciones de palabras clave.

19. Referencias bibliográficas: Lista de libros y artículos.

20. Agradecimientos finales: Palabras de agradecimiento.

21. Contacto de emergencia: Información de contacto para situaciones críticas.

22. Notas finales: Comentarios y sugerencias.

23. Conclusión general: Resumen de todo el curso.

24. Anexos finales: Documentos de cierre y recursos.



CAPÍTULO II

DERECHO ITALIANO

11.—Los límites a la autonomía de la voluntad en general

El Derecho italiano siguió, en su código de 1865, muy de cerca al código francés y como el vigente código de 1942 ha continuado la misma trayectoria, con algunas modificaciones en la materia que estudiamos, presenta una gran analogía con el Derecho francés, el panorama del actual Derecho italiano. Esta coincidencia podía excusarnos de tratar de modo particular sobre el último, pero nos induce a lo contrario el que el desarrollo doctrinal alcanzado en Italia, en materia de Derecho privado y en general en cualquier rama jurídica, revela en estos últimos años un esfuerzo tan considerable que con razón se aprecia a veces una precisión conceptual de fecundos resultados prácticos, por encima de un conceptualismo exagerado en que pueda incurrirse en alguna ocasión. Por ello vamos a intentar una exposición de la doctrina italiana sobre el tema que tratamos, si bien sea a grandes rasgos, como hemos hecho en relación con la francesa.

Previamente, hemos de indicar los principales textos legales, sobre los cuales se ha elaborado la construcción doctrinal, pues su consideración inicial de conjunto facilitará la comprensión de ésta.

La última de las disposiciones preliminares del vigente código italiano, contiene un precepto análogo al art. 6 del código francés, despojándolo de la parte directamente referente al Derecho internacional privado, al cual parece referirse en primer término, por ir precedido de otras disposiciones propias de esa rama jurídica y por su propio contenido.

Pero también contiene precepto atinente al Derecho interno, puesto que eliminando aquella parte, dice así, el referido art. 31: «...en ningún caso... las disposiciones privadas y convenciones pueden producir efecto en el territorio del Estado, cuando sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres» (1).

Al tratar de la causa del contrato dispone el art. 1343, que «la causa es ilícita cuando es contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres»; y al tratar de las condiciones ilícitas se dice en el art. 1354-1.º, que «es nulo el contrato al cual se ha puesto una condición, suspensiva o resolutoria, contraria a normas imperativas, al orden público o a las buenas costumbres».

Finalmente, al regular la nulidad del contrato, se dispone por el art. 1418, que «el contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga de otro modo» (párrafo 1.º).

Entre otros varios preceptos que también se refieren directamente a nuestro tema, alguno de los cuales citaremos más adelante, son éstos los que han de jugar un papel más importante (2).

La doctrina italiana sobre la base de las citadas normas, ha construído una triple distinción en materia contractual: el contrato ilegal, el contrato prohibido, el contrato inmoral. He aquí pues, que mientras en la doctrina francesa el debate gira principalmente en torno de las nociones de orden público y buenas costumbres, en la doctrina italiana se abre paso como un desdoblamiento de la primera, lo prohibido directamente por la ley y lo prohibido por el orden público. La expresada trilogía limitadora de la libre volición privada, puede enunciarse con algunos autores en los siguientes términos: La ilicitud del contrato (o más ampliamente del negocio), puede producirse por la violación de una norma imperativa, del orden público o de las buenas costumbres. En cada uno de estos casos hablamos respectivamente de contrato ilegal, prohibido o inmoral. Sin embargo no es unánime esta triple distinción, ni tan siquiera, dentro de la misma, el sentido diferenciador de sus términos. Sobre estas discrepancias o coincidencias hemos de ocuparnos ahora.

Destaquemos, sin embargo, todavía, antes de adentrarnos en ello, la mayor precisión de las fórmulas legislativas indicadas, en relación con las empleadas por el legislador francés. Así mientras el art. 6 del código francés se refiere tan sólo a «las convenciones particulares», el 31 de las disposiciones preliminares habla más exactamente de «disposiciones y convenciones», diferencia que hace constar la doctrina italiana, como

(1) V. BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, I, p. 120 (Milano, 1946); FERRARA, Fr., *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, p. 121. En contra: MESSINEO, *Doctrina General del contrato*, trad. esp., I, p. 286, n.º 3, quien cree que el art. 31 cit. se refiere tan sólo al orden público internacional.

(2) V. también, entre otros, los arts. 1344, 1345, 1346, 1418, párrafos 2.º y 3.º, 1792-1º

fórmula de contenido más completo y por tanto más exacta, dada la finalidad limitadora (3). En estas mismas normas, todavía es, si cabe, de mayor interés otra diferencia: el código francés alude, como vimos, a la imposibilidad de derogar, «las leyes que interesan al orden público y a las buenas costumbres», planteando esta referencia a dichas nociones, a través de las leyes, la cuestión que examinamos de si sería precisa su recepción legislativa, como pretendió la escuela exegética. En cambio el legislador italiano se refiere directamente a la imposibilidad de contradicción al orden público y a las buenas costumbres.

Pasemos ahora a examinar las nociones de negocio ilegal, prohibido e inmoral.

12.—El negocio ilegal

Messineo, refiriéndose en particular al contrato, dice que «se llama ilegal el contrato contrario a normas imperativas (coactivas) (véase art. 1343), especialmente prohibitivas (de derecho privado, de derecho público o de derecho penal): lo que se denomina *contra legem agere*»; añadiendo que «no es, pues, ilegal el contrato que vaya en contra de normas no imperativas (dispositivas o supletorias)» (4).

En parecidos términos se expresa Barassi, refiriéndose a los requisitos para que una obligación sea lícita, es decir, no contraria a normas imperativas, al orden público y a las buenas costumbres, indicando que la prestación, (y por tanto la obligación), debe ser en primer término «no contraria a una norma categórica (no puramente dispositiva o supletiva), la cual contenga una prohibición, un límite insuperable a la voluntad del particular: *contra legem facit qui id facit quod lex prohibet*» (5).

También Carresi, acepta esta triple distinción, diciendo que «ilícito es el negocio que directa o indirectamente, se pone en contradicción con la ley, el orden público o las buenas costumbres», siendo el primer caso el de contradicción con normas imperativas» (6).

Otros autores, en cambio, hablan tan sólo del negocio (o contrato) ilegal e inmoral, por tener un concepto más amplio del primero, que el ahora expuesto. Así Coviello, considera como «contrarios a la ley todos aquellos negocios jurídicos que están prohibidos por una disposición especial de la misma, o por principios generales del derecho» (7). Y más claramente dice Stolfi, que «se llaman ilegales los negocios que contras-

(3) STOLFI, *loc. cit.*

(4) MESSINEO, *Doctrina general del contrato*, trad. esp. Buenos Aires, 1952, I, p. 481.

(5) BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1946, I, 119.

(6) CARRESI, *Il negozio illecito per contrarietà al buon costume*, Riv. trim. di dir. e proc. civ., III, 1949, p. 32.

(7) COVIELLO, *Doctrina general del Derecho Civil*, trad. esp. México, 1949, p. 465, n.º 131.

tan con las normas coactivas, es decir, que están prohibidos por una especial disposición de ley y por los principios generales del derecho sobre los cuales se funda la tutela del orden público» (8). Según esta dirección, el negocio prohibido, que hemos caracterizado como el opuesto al orden público, según la opinión primeramente expuesta, quedaría refundido en la categoría del negocio ilegal. Pero en realidad, el problema, es más bien de clasificación y terminología, que de propio contenido, aunque conviene tener presente estas dos direcciones, para mayor claridad.

Analizando más detenidamente el concepto del negocio ilegal, según la dirección más restringida ya expuesta, hemos de precisar en qué consiste la contradicción a normas imperativas. Para Messineo, esta contradicción ha de buscarse tan sólo en la causa del contrato, pues cuando la contradicción resulte de un defecto de capacidad, de forma *ad substantiam* o de formación del consentimiento, en estos casos, dice, se trata no del negocio ilegal, sino *imperfecto*. Por tanto, estima que «la contrariedad a normas imperativas característica y exclusiva del contrato ilegal es la que se resuelve en contrariedad del fin económico-práctico (*causa*) del contrato a normas imperativas, es decir, estriba en el hecho de que las partes persiguen un fin, o sea una causa contractual, que el ordenamiento jurídico no permite que se consiga y que precisamente mediante normas imperativas (de carácter prohibitivo) veda explícita o implícitamente. La ilegalidad del contrato está en la tentativa hecha por las partes de realizar ese fin a pesar de la prohibición», añadiendo, que por lo que se refiere a los contratos nominados, la causa, obra exclusiva del legislador, no puede por definición, ser ilícita, por lo que la contradicción a normas imperativas de que habla el artículo 1343 «no puede ser entendida sino en el sentido de que un contrato nominado sea usado para conseguir un fin o propósito *ulterior* al típico que le es propio, fin que es contrario a normas imperativas, aun quedando firme la causa propia de la indicada figura de contrato», es decir, que las partes utilizan el contrato no (o no solamente) para conseguir el fin al que ha sido destinado, sino para conseguir fines ulteriores que la ley no permite» (9).

Pero ¿a qué normas imperativas ha de referirse la contradicción? Se establece la vieja distinción entre leyes pluscuamperfectas, perfectas y minuscuamperfectas, para eliminar a estas últimas del efecto anulador que su contradicción implica en las otras categorías (10). Sin embargo, observa algún autor que en la actualidad el código, dispone que el contrato es siempre nulo cuando sea contrario a normas imperativas, aunque la nulidad no esté impuesta por una norma especial, tratándose en-

(8) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 206, parágrafo 60.

(9) MESSINEO, loc. cit., p. 482.

(10) V. FERRARA, *Teoria dei contratti*, Napoli, 1940, pp. 104 ss.

tonces de la llamada nulidad virtual frente a la nulidad textual, a que después aludiremos (11).

Pero, ¿cómo se conocerá el carácter imperativo de una norma? Ferrara, indica que la propia expresión legislativa puede revelarlo, como cuando la ley usa un lenguaje enérgico (no puede, está prohibido, bajo pena de nulidad), pero que este criterio no es decisivo, por lo que será guía más segura, buscar el fin, el fundamento jurídico de la prohibición, según que esté inspirada en un interés público, o no (12).

La doctrina italiana, como en otros países, establece, en este punto, la distinción entre los actos contrarios a la ley, de que ahora nos ocupamos, y los actos en fraude a la ley. A éstos alude el art. 1344, según el cual «se considera también ilícita la causa cuando el contrato constituye el medio para eludir la aplicación de una norma imperativa». Ferrara, define el acto en fraude a la ley, como «una violación indirecta del espíritu de la ley, mediante actos aparentemente lícitos, pero que en sí o en su combinación, persiguen el resultado prohibido» (13), como por ejemplo, cuando para violar la prohibición de las donaciones entre cónyuges, se hace aparentemente una venta o bien se lleva a cabo la donación por persona interpuesta.

La distinción fué ya netamente establecida por la jurisprudencia romana, como se evidencia en el conocido fragmento del Digesto, *contra legem facit, qui facit quod lex prohibet; in fraudem vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit* (14).

El interés de esta distinción estriba en que no siempre el acto *in fraudem legis* va sancionado con la nulidad, como acontece con el acto *contra legem*. La doctrina dominante estima que para saber cuándo produce la nulidad el acto *in fraudem legis* habrá que apreciar la finalidad perseguida por el *conditor iuris*: «si se quiere prohibir un determinado resultado, cualquiera que sea el medio empleado para alcanzarlo, o si por el contrario, se limita a prohibir el resultado alcanzado tan sólo con un determinado medio, permitiéndose implícitamente otro medio que conduzca al mismo resultado» (15). En el primer caso el acto *in fraudem legis*, queda comprendido en la prohibición legal, aunque aparentemente haya escapado a la previsión legislativa y por tanto la nulidad procederá como si se tratase de acto *contra legem*; en el segundo, en cambio, no deberá procederse a una interpretación extensiva de la prohibición

(11) MESSINEO, loc. cit., p. 484.

(12) FERRARA, loc. cit., pp. 105 y s.

(13) FERRARA, *Contratti*, cit. p. 108. Sobre el acto en fraude a la ley, en la reciente doctrina il., CARRASCO, *Il negozio in frode alla legge*; y *Essenza della frode alla legge* (Dir. e giurpr., 1946, p. 97); ORIO (Riv. di dir. comm., 1944, 1, pp. 177-80), y la obra fundamental de ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge*, 1911.

(14) Fr. 29 Dig. de leg. 1, 3.

(15) STOLFI, *Negozió giur. cit.*, p. 208.

legal. De esta forma se mantiene un criterio objetivo de delimitación del acto en fraude a la ley, desechando el criterio subjetivo, y por tanto, el acto será válido, conforme al criterio expuesto, aun cuando las partes se propusieran violar la ley, como tampoco les valdrá a éstas haber tenido intención de respetarla, si objetivamente el acto realizado violaba el espíritu de la ley. En contra de esta distinción objetiva, limitadora de los efectos anuladores del acto fraudulento, se alega el aforismo *fraus omnia corrumpit*, el cual es rechazado, con razón, por su vaga generalidad, como acontece con tantos otros viejos aforismos (16).

Por consecuencia, a pesar de la fórmula general del art. 1344, se restringe su efecto anulador en los siguientes casos:

1.º Cuando el negocio se realice de acuerdo con una norma que prevé circunstancias de hecho distintas de las contempladas en la norma prohibitiva, caso en que se podrá lamentar una contradicción legislativa, pero no impedir la aplicación de una norma, por el respeto absoluto a la otra.

2.º Cuando el acto realizado se haya alcanzado mediante medios distintos de los únicamente prohibidos en la ley, caso en que evidentemente el legislador facilita el modo de eludir el precepto, pero sin que esto permite al intérprete restringir la libertad privada más allá que aquél lo hizo.

Recuerda Stolfi, a este propósito, la sutil afirmación de Scialoja, de que siendo a veces meramente arbitraria la disciplina legal de las relaciones privadas, el arte de los juristas y de los hombres de negocios consiste en encontrar el medio apto para frustrar el precepto legislativo (17).

13.—El negocio prohibido: la noción del orden público

Como vimos, la doctrina italiana habla de contrato (o negocio) prohibido cuando implica una violación del orden público. También la ley se refiere de modo expreso al orden público, en los ya citados artículos 31 de las Disposiciones preliminares, y 1343 y 1354 -1.º del Código civil.

Según Messineo, la contrariedad al orden público, es decir, el contrato prohibido, resulta de la contradicción a «los principios fundamentales y a los intereses generales—deducibles de las normas coactivas de la ley (aunque no sean formuladas en normas concretas)—sobre los cuales re-

(16) STOLFI, op. cit., 208; COVIELLO, *Manuale* cit., p. 417; BETTI, *Negocio jur. trad. esp.*, pp. 283 y ss. MESSINEO (*Contratto*, cit. pp. 285 y ss.), conjuga un doble elemento objetivo y subjetivo, en el acto fraudulento. Una amplia referencia a los dos criterios, objetivo y subjetivo, en el acto fraudulento puede verse en la citada obra de ROTONDI, pp. 134-159.

(17) STOLFI, loc. cit., p. 210; COVIELLO, loc. cit., 418.



posa el ordenamiento jurídico del Estado (italiano) y que son por ello coactivos e inderogables (18).

Pero dentro de la noción de orden público, distingue también la doctrina italiana el llamado *orden público interno* y el *orden público internacional*. Ferrara enuncia la distinción con su habitual claridad en los siguientes términos: «El concepto de orden público internacional es más restringido que el orden público de derecho interno. El orden público internacional está constituido por aquellos principios fundamentales de la vida social que son la base de nuestro Estado y que no pueden jamás ser ofendidos por leyes o sentencias extranjeras. Así serían contrarios al orden público internacional los institutos de la esclavitud, de la poligamia, de la distinción de castas, de la muerte civil y similares. El orden público del Derecho interno es más amplio, en cuanto comprende todas las disposiciones de derecho coactivo que no pueden ser derogadas, y en cierto modo hace de complemento a la violación de la ley» (19).

Y Messineo en análogo sentido dice, que el orden público internacional «implica únicamente, que son inaplicables las leyes extranjeras que vayan contra intereses fundamentales del Estado (italiano)», mientras que el orden público interno «implica la inderogabilidad por parte de los particulares (y especialmente de los que estipulan un contrato), de ciertas normas y de ciertos principios (de derecho interno o internacional), que constituyen como la osamenta de nuestro ordenamiento jurídico». Así, añade, mientras la capacidad de las personas no forma parte del orden público internacional, por lo que el art. 17 de las disposiciones preliminares admite que sea regulada la de los extranjeros por sus propias leyes, dicha capacidad forma parte del orden público interno, tanto que el art. 1425 al permitir la anulabilidad de un contrato en que participe un incapaz (italiano), demuestra que considera inderogable el precepto que subordina a la capacidad de obrar, la posibilidad del sujeto de nacionalidad italiano de celebrar personalmente un contrato (20).

Prescindiendo por completo, también ahora, del llamado orden público internacional veamos brevemente, con alguna mayor precisión la noción del orden público interno, según la doctrina italiana.

El orden público no coincide con el interés público, sino según Barassi, «con aquel interés público que se apoya sobre alguna ley dirigida a tutelar categóricamente el interés de la generalidad: sin que por otra parte contenga una explícita prohibición, pues entonces se caería en la ilicitud por ir *contra legem*» (21). De aquí deduce la doctrina que el or-

(18) MESSINEO, op. cit., p. 271.

(19) FERRARA, op. cit., p. 123.

(20) MESSINEO, op. cit., 272.

(21) BARASSI, op. cit., I, 119.

den público se refiere no solamente al Derecho público, sino también al privado puesto que la noción de orden público es más amplia que la del Derecho público, comprendiendo materias del privado, como la capacidad jurídica y el Derecho de familia. Y por otra parte hay normas de Derecho público extrañas al orden público puramente interno, a que ahora nos referimos, como las de Derecho internacional (22).

En cuanto a la fuente de donde emana el principio de orden público, Ferrara señala que «no puede derivar más que de normas de derecho positivo y principalmente de las leyes imperativas del Estado. El orden público no está fuera de la legislación, como es la moral, norma no codificada, sino que debe derivar de las disposiciones coactivas de nuestro Derecho, sea en sí, sea en su conjunto, principalmente de las leyes de Derecho público en sentido estricto (leyes penales, procesales, administrativas, etc. que miran a la constitución del Estado y de la vida social), pero también de los principios fundamentales de nuestro Estado que pueden desarrollarse del completo ordenamiento jurídico, como las garantías de los derechos de libertad individual, económica, del comercio, en cuanto su transgresión lleva a una turbación en la vida del Estado y de la sociedad» (23).

En la anterior delimitación del origen del orden público, según Ferrara, parece imprecisa la línea de separación con la categoría, distinta según dicho autor, del contrato ilegal. Pero, en el pensamiento de este insigne civilista, la distinción entre contrato ilegal y contrato prohibido, resultaría de la norma transgredida, pues afirma, que «el negocio ilegal es la violación de una ley prohibitiva, mientras que el negocio contra el orden público tiende a frustrar o derogar a las normas imperativas de nuestras leyes constitucionales, sanitarias, financieras y similares», así como otras leyes atinentes al derecho privado, las que garantizan los derechos individuales y la capacidad jurídica inderogables (24).

Pero esta distinción entre la violación de leyes prohibitivas e imperativas, como la propia distinción de tales normas, no tiene serio fundamento, por lo que no nos parece convincente tal delimitación del negocio ilegal y el prohibido, lo que ha sido aprovechado, como fundamento para negar la categoría del negocio prohibido como distinta del ilegal (25). Por ello nos parece más acertado el criterio ya expuesto de Barassi, que considera que el negocio prohibido o contrario al orden público, es el que viola ese interés especialmente protegido por la ley, pero sin que exista una especial prohibición, ya que entonces estaríamos en

(22) BARASSI, op. cit., I, 120; V. también MESSINEO, op. cit., 272.

(23) FERRARA, op. cit., p. 122.

(24) FERRARA, op. cit., p. 123.

(25) STOLPI, op. cit., p. 205, nota 1.

presencia del negocio *contra legem* o ilegal (26). En este sentido se orienta también, según creemos, Messineo, según se desprende de su citada definición del contrato prohibido, ya que éste es el que contradice los principios fundamentales sobre los que reposa el ordenamiento jurídico de un determinado país.

Finalmente, en cuanto a los caracteres del orden público, Messineo señala, que es variable según el lugar y la época, y así la esclavitud, que hoy entre los pueblos civilizados es indudablemente de orden público era considerada como institución lícita entre los pueblos antiguos, incluso entre los más cultos (Grecia y Roma) (27).

Como contratos prohibidos o contrarios al orden público, se citan, entre otros, los siguientes: aquel en que uno se obliga al suicidio o a someterse a tratamiento del propio cuerpo que pueda ser peligroso para su existencia; la venta de partes, aun no separadas del propio cuerpo, como la de los cabellos; los pactos que vinculan la libertad humana en sus varias manifestaciones, como la obligación de emigrar al extranjero, de fijar o no el propio domicilio en un lugar determinado; los pactos que van contra la libertad económica del individuo, como las cláusulas de concurrencia (28).

14.—El negocio inmoral: la noción de buenas costumbres

Como ya vimos, varias disposiciones del código civil italiano sancionan con la nulidad al negocio jurídico, cuando contenga disposiciones contrarias a las buenas costumbres o bien contenga una condición contraria a éstas, considerando también ilícita la causa que se oponga a las mismas (arts. 31 disp. prel., 1343 y 1354-1.º del c. c.). Pero ¿qué entiende el legislador por buenas costumbres en esas reiteradas referencias a dicha noción? Según Ferrara, bajo este término de buenas costumbres, no se comprenden los buenos usos de la vida social, ni tampoco, se interpreta con sentido restringido, como la moral sexual, sino todas las reglas de la moral social (29). Pero, a su vez, esta equiparación de las buenas costumbres con la moral social, exige la aclaración de qué ha de entenderse por esta moral a que se alude. El mismo Ferrara, nos responde a esta pregunta, que la moral social es «la moral dominante en la generalidad de los ciudadanos, en un determinado momento histórico y en un determinado país», añadiendo que «la moral es un concepto relativo en el tiempo y en el espacio. Por ello el Juez no podrá inspirarse en

(26) BARASSI, op. cit., I, p. 119.

(27) MESSINEO, 272.

(28) FERRARA, 123 ss; MESSINEO, 272.

(29) FERRARA, 109.

la moral antigua, en la moral romana, es decir, en una moral histórica, sino en la moral vigente, en la moral actual de la vida moderna de su país. La moral social no puede ser una moral teórica o la desarrollada científicamente en los tratados de ética, sino una moral real, práctica: no moral sobre el papel, sino moral vivida y actuada en las relaciones sociales. Moral civil, sin distinción de cultos o de religión, moral de hoy, no de mañana. Más aún, el sentimiento de moralidad, es distinto entre unos individuos y otros, pues hay personas más escrupulosas y delicadas, o ciertos grupos sociales que sienten más intensamente la moralidad, mientras otros son de moral más relajada o despreocupada. Ahora bien, la moral-base, debe ser no la moral individual o *subjetiva*, sino la moral *objetiva y general y dominante* en la sociedad. El derecho no puede asumir como misión el ideal de una moral refinada, sino asegurar aquel mínimum de moralidad que domina en la vida» (30).

En análogo sentido dice Messineo, que el contrato inmoral no es el que va contra los principios éticos, sino el que se opone a las buenas costumbres, entendiéndose por éstas «el conjunto de los principios que corren bajo el nombre de *moral social* (normas sociales), es decir, lo que ordinariamente se practica por la generalidad de las personas honestas, correctas, de buena fe, de sanos principios, en un determinado ambiente y en un determinado momento: la que podría—con otra expresión—llamarse la *moral corriente*, que es bien distinta, también, de la juridicidad. Por tanto el concepto de buenas costumbres es eminentemente relativo (a un determinado *ambiente social*)» (31).

Con más precisión, pero dentro de esta misma dirección sociológica, que es la predominante, analiza Coviello la noción de buenas costumbres. «Dos son—dice—los elementos que concurren a formar el concepto de buenas costumbres: el elemento objetivo, es decir, el uso, práctica o costumbre; y el elemento subjetivo, esto es, la convicción de que la práctica no sea contraria al sentimiento ético común», añadiendo, que, «en una palabra un acto será inmoral, no ya si no se practica jamás en una determinada sociedad o diese ocasión a escándalo si sucediese, sino aún cuando constituya un uso común, que sea juzgado inmoral por la pública opinión; no será inmoral, en cambio, si es conforme a un uso no condenado por la conciencia pública, aunque en sí mismo sea digno de desaprobación» (32).

El mismo criterio relativo y puramente social, mantienen Stolfi y Betti distinguiendo también el doble elemento objetivo y subjeti-

(30) FERRARA, 110.

(31) MESSINEO, 273, ss.

(32) COVIELLO, *Manuale di dir. civ. it.*, par. 131, p. 419.

vo de las buenas costumbres, como es expuesto por Caviello (33).

Frente a este relativismo moral, en la determinación de la noción de buenas costumbres, Barassi, mantiene una posición más firme, alegando que aunque la ley se remite a la moral dominante en el lugar en que impera, «no creemos en absoluto en la relatividad de esa moral, tal y como es considerada por la Ley; hay canones eternos de justicia—que no cabe confundir con la «moral corriente—que dominan inmutables la vida civil y que están formulados en la moral cristiana» (34).

Ahora bien, ¿a qué elemento del negocio jurídico cabe referir la inmoralidad? Barassi, con especial referencial al contrato, considera que la ilicitud contractual debe recaer sobre un elemento del contrato, que sea tan esencial que se refleje sobre todo el contrato, mencionando, la *causa* como razón de ser justificadora de su reconocimiento jurídico, la *condición* estrictamente inherente al contrato, y que también puede contener la razón impulsiva, y también y sobre todo, la *prestación*, que constituye el objeto del contrato. En cuanto a la ilicitud del motivo, que no penetra el contrato, sino que queda como un elemento psicológico de uno de los contratantes, no tiene relevancia sino cuando sea común a ambas partes (art. 1345) (35).

Pero la inmoralidad del negocio por consideración a la prestación no sólo comprende el caso en que sea, en sí misma inmoral, sino también, el de que su inmoralidad resulte tan sólo de su conexión con una coacción o con una ventaja pecuniaria. En efecto, un hecho que no sería inmoral si se cumpliera espontáneamente, y que incluso puede ser digno de aprobación, se convierte en inmoral si se realiza mediante la coacción o por una compensación económica, como ocurriría con la obligación de casarse o de no casarse jamás.

También, la estipulación de una ventaja económica, para que una persona se abstenga de realizar un hecho reprobable, colora de ilicitud el negocio, como acontece cuando alguien ofrece recibir o entregar un estipendio por no cometer un delito. Así mismo, el estipendio económico, para realizar un hecho lícito, puede ser también inmoral, si tal hecho debería realizarse espontáneamente y sin compensación pecuniaria, como sería la suma ofrecida a un funcionario para la realización de actos que deba realizar sin dicha compensación.

Respecto a la ilicitud del motivo, la doctrina italiana proclama su irrelevancia en orden a la ilicitud del negocio, como regla general: así,

(33) STOFFI, 212; BETTI, *Teoría general del negocio jurídico*, n.º 49, pp. 278 y ss. de la trad. esp.

(34) BARASSI, op. cit., I, 120.

(35) BARASSI, I, 121. En el mismo sentido, V. también, entre otros, FERRARA, 111.

se considera que la donación será válida no obstante la intención del donante de favorecer el hábito de juego del donatario, contribuyendo así a su ruina; la venta de una cosa será válida, aunque deba servir al enajenante para adquirir dinero que dilapidar en vicios. De otra suerte, si la simple intención inmoral que guía a una de las partes del negocio, pudiera acarrear su ineficacia, la seguridad jurídica se resentiría gravemente.

Excepcionalmente la ilicitud del motivo acarrea la nulidad del negocio en el vigente derecho italiano, cuando no solamente dicha ilicitud sea el único móvil del consentimiento, sino que además resulte así, del acto de donación o del testamento (arts. 626 y 788), o sea común a ambas partes contratantes (art. 1345). Excepciones que se justifican, porque el motivo trasciende de la mera intención del sujeto para adquirir cierta objetividad; así, el donante que declara que el objeto de la donación es convencer al donatario para que haga una acción reprochable, o cuando se hace constar en la venta el objeto ilícito a que se destinó la cosa vendida, de tal forma que se incorpora al contenido del negocio (36).

La sanción del negocio inmoral es, como sabemos, la nulidad del mismo. Pero esta nulidad, a diferencia de lo que ocurre con el negocio ilegal o prohibido, está matizada por una especial ineficacia o desamparo legal en orden a los efectos ya producidos espontáneamente por dicho negocio cuando la inmoralidad sea común a ambas partes. En efecto, el art. 2035 del vigente código civil italiano dispone, que, «quien ha realizado una prestación que, también por su parte, constituye ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir cuánto ha pagado». De esta forma se ha codificado esta norma, antes sancionada por la jurisprudencia, basada, como ya vimos, en el principio *in pari causa melior est conditio possidentis*.

Pero la norma excepcional contenida en el citado art. 2035, en cuanto impide la restitución en dicho caso, y por tanto deroga la regla general de total invalidez de los negocios ilícitos, no se aplica, según Stolfi en los siguientes casos: «a) a los negocios ilegales, es decir, a los que pugnan con un precepto de ley o con los principios generales del Derecho; b) a los medios extintivos de la obligación distintos del pago: si por tanto el acto inmoral es realizado para extinguir un vínculo precedente, éste continúa subsistente porque la novación supone el nacimiento de una válida obligación que sustituye a la antigua; c) a las simples promesas de pagar y a los actos realizados para garantizar la futura *solutio*, los que se pueden impúneamente no tener en cuenta; si por tanto el deudor ha suscrito una cambial es libre de rechazar su pago al vencimiento, alegando

(36) V., por ej., STOLFI, 214.

la inexistencia del débito y por idéntico motivo puede hacer declarar nulos, la hipoteca y la prenda, pretendiendo en tal caso la restitución de la cosa para que ésta venga dada no *pro solvendo*, sino en garantía del futuro pago» (37).

Como ejemplos de contratos inmorales se citan en la doctrina italiana, entre otros, los siguientes: la organización de la *claque* en el teatro (aunque es controvertido); el pacto de boicotear a una persona, es decir, de rechazar el entrar en relaciones económicas con ella; el contrato de ilegítimas relaciones sexuales; el contrato por el que uno se obliga a hacer algo en materia en que debería ser libre en su actuación; el contrato por el que uno se obliga a abstenerse de hacer una cosa que ya tenía el deber de no hacer; las cláusulas leoninas en general; el contrato usurario; el *pactum de non licitando* (38).

En cuanto a las relaciones entre el contrato inmoral, de una parte, y el contrato ilegal y el prohibido, de otra, según Messineo, serían las siguientes: a) La referencia de la ley a las buenas costumbres demuestra el nexo entre la ética y el derecho; pero como los principios que informan las buenas costumbres son de naturaleza extrajurídica o metajurídica, y como tales podrían impunemente transgredirse por los contratantes, si no interviniese el ordenamiento jurídico, era preciso, que la ley proveyese mediante una norma especial (en blanco) a hacer ineficaz la estipulación inmoral. Incluso, a veces, algunas prohibiciones legales, tienen un fundamento intrínsecamente ético, habiéndose recibido legalmente por ser intolerable la contradicción a las buenas costumbres en ese punto. Por esto es posible, la contradicción de un mismo contrato, a la ley y a las buenas costumbres, y es difícil distinguir, en algunas hipótesis, entre contrato ilegal e inmoral.

b) Menos fácil se presenta la distinción entre buenas costumbres y orden público; a veces coincide la contradicción a ambas nociones, pero el criterio diferencial, consiste en que las buenas costumbres se derivan del mundo ético-social y no están consagradas en normas concretas, mientras que el orden público es de neto carácter jurídico y se puede, al menos, mediatamente, reducirlo a normas concretas (39).

(37) STOLFI, 216. V. una interesante crítica del fundamento del art. 2035 citado, con varias referencias doctrinales, en el mismo STOLFI, 215, nota 1.

(38) MESSINEO, 274. Véase otra enumeración con más detalle de algunos casos de contratos inmorales, en FERRARA, 114.

(39) MESSINEO, 277.

CAPÍTULO III

EFECTOS DE LA CONTRAVENCION A LA LEY, AL ORDEN PUBLICO O A LAS BUENAS COSTUMBRES

15.—La nulidad como sanción a la contravención de los límites a la autonomía privada

Después de examinar a grandes rasgos las nociones de ley imperativa, orden público y buenas costumbres, como triple limitación impuesta, directa o indirectamente, por el propio legislador al contenido del negocio jurídico, es decir, a la libre volición de los sujetos de derecho en el mundo iusprivatista, hemos de considerar, siquiera brevísimamente cual sea la reacción del orden jurídico, cuando no sean respetados tales límites, pues es evidente que para la eficacia jurídica de los mismos se requiere una reacción adecuada, que sirva de sanción a esas normas limitadoras.

La sanción para el caso de la violación de las referidas normas limitadoras, consiste en la nulidad o invalidez del propio acto realizado en contravención a las mismas, de suerte que el que la lleva a cabo, ve frustrado su propósito. Unas veces la nulidad está especialmente prescrita por la norma limitadora, que se refiere a una hipótesis concreta, pero otras veces, la norma se limita a prohibir o disponer un determinado contenido del negocio jurídico, sin especificar sanción alguna para el caso de que no se respete su mandato. En esta hipótesis, no obstante, si se trata de norma verdaderamente imperativa, procederá igualmente la nulidad. Sobre esta diferente actitud de la norma imperativa, reposa la distinción entre nulidad textual y nulidad virtual, o como otros la deno-

minan, expresa y tácita, establecida la primera caso por caso en la propia ley, y deducida la segunda del carácter imperativo de la norma (1).

En el nuevo código italiano, ya hemos visto, se contiene la regla de la nulidad del acto contrario a normas imperativas, con carácter general, al disponer con especial referencia al contrato, que «el contrato es nulo cuando es contrario a normas imperativas, salvo que la ley disponga de otro modo» (art. 1418, párrafo 1.º). Principio que viene a sancionar una vez por todas, la llamada nulidad virtual, puesto que conforme al mismo, bastará que se reconozca a una norma, carácter imperativo, para que haya que admitir la sanción anuladora para el caso de su transgresión. Por eso establece la doctrina italiana, la distinción, consecuencia de la que existe entre nulidad textual y virtual, de que en la primera se requiere una norma expresa para que el acto sea inválido, mientras que en la nulidad virtual se requiere una norma específica, para excluir la invalidez completa, que en otro caso se produciría (2).

Los efectos anuladores de la violación de una norma limitadora de la autonomía privada, han de actuar frecuentemente, no sólo sobre el acto anulado, sino también sobre las consecuencias ya realizadas por el mismo, antes de su anulación. De aquí, que la nulidad implique la recíproca restitución de lo que ambas partes se hubiesen entregado mutuamente, para que deshecho tanto el negocio anulado, como sus consecuencias, quede restablecido el imperio prohibitivo de la norma limitadora. Pero en este punto de las recíprocas devoluciones o restituciones de lo ya entregado, es preciso establecer una importante distinción, a que ya hemos aludido, entre los negocios ilegales y los inmorales, a la que vamos a dedicar ahora alguna mayor atención.

16.—Restricción del efecto anulador del contrato inmoral: la regla «*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*»

Al hablar del concepto de buenas costumbres, en su aplicación al contrato inmoral, ya dijimos que la repetición de lo que se haya realizado, en ejecución de tal contrato, no puede llevarse a cabo en virtud de la máxima *nemo auditur propriam turpitudinis allegans*, completada con aquella otra de efecto paralelo *in pari causa turpitudinis, melior est causa possidentis*, a veces expresada en los equivalentes términos, *in pari causa turpitudinis, cesat repetitio*. Prescindiendo del origen histórico de estas reglas, es lo cierto, que en el antiguo derecho francés, fueron acogidas ampliamente, siendo reproducidas por Domat y Pothier y aplicadas por

(1) V., por ej., MESSINEO, 435; STOLFI, 62, etc.

(2) STOLFI, 62.

la jurisprudencia en los siglos XVII y XVIII (3). Con estos antecedentes, el Código civil francés no recogió, al menos de modo explícito, dichas reglas, lo que dió lugar a una amplia controversia acerca de su vigencia en el derecho francés actual, sin perjuicio de que la jurisprudencia por su parte continuó aplicando la máxima. Aun sin pretender dar una idea completa de dicha controversia en la doctrina francesa, resumiremos los principales argumentos en favor y en contra de la vigencia de las citadas reglas.

Se alega en contra de la aplicación de la regla *nemo auditur...*, los artículos 1131 y 1133 del código francés, según los cuales una obligación con causa inmoral no puede producir efecto alguno, pensando que se produciría algún efecto si se mantuviesen las prestaciones realizadas en el contrato inmoral. Pero, en favor de la máxima se razona que el mantenimiento de los efectos ya producidos por el contrato inmoral, no dimana de dicho contrato, sino de que se rechaza toda repetición basada en la propia inmoralidad. Es pues esta inmoralidad y no la convención, la que impide conceder la acción de repetición de las prestaciones efectuadas.

También en favor de la máxima se ha alegado a veces en la doctrina francesa la dignidad de la magistratura que resultaría ofendida si se pudiera invocar su apoyo para obtener la repetición de lo entregado en cumplimiento de un contrato inmoral, ya que obligaría a exponer como fundamento de la repetición actos inmorales, que no deben merecer ninguna protección, ni siquiera indirecta. Como dice Ripert, «es preferible dejar por debajo del Derecho, en la sombra de las transacciones, estas turbias negociaciones en las cuales los contratantes especulan sobre los vicios de la humanidad» (4). Claro está que esta falta de posible repetición de lo prestado en el negocio inmoral, crea un indudable riesgo para el contratante que cumpla su prestación y no pueda repetirla, cuando la otra parte deje de cumplir la suya. Pero este riesgo, de venir defraudado cada contratante, por el incumplimiento de la otra, desempeña un papel de sanción preventiva contra dicho contrato inmoral, que puede contribuir a evitarlo en ciertos casos, según los partidarios de la máxima.

Próxima a esta idea del riesgo que sería inherente al contrato inmoral, está la teoría de Saleilles, que con mayor base jurídica, opina que dicho contrato tiene carácter aleatorio, cuyo carácter es «la verdadera causa que justifica el mantenimiento de la prestación en las manos del que la ha recibido» (5). Pero esta justificación de que se rechace la acción de

(3) SAIGET, *Le contrat immoral*, París, 1939, pp. 323 y ss., donde puede verse con más amplitud toda esta materia.

(4) RIPERT, *La règle morale*, cit.

(5) SALEILLES, *Etude d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand.*, pp. 465 s.

repetición, como dice Saiget, implicaría que el fundamento de que se rehusa la acción reposa en la propia voluntad de las partes, ya que habrían aceptado un contrato aleatorio, lo cual es completamente distinto del fundamento que históricamente ha tenido la máxima, derivada de la propia indignidad del que reclama la repetición (6).

Otros autores, han pensado en la teoría de la obligación natural para justificar rehusar la acción de repetición, creyendo que el que se obliga por un negocio inmoral, no quedaría obligado civilmente, pero sí naturalmente y por tanto le sería de aplicación la exclusión de la *condictio indebiti*, propia de tales obligaciones. Pero la idea de la obligación natural, no es aplicable a los negocios inmorales, al menos para los que parten de un concepto de la obligación natural impregnado de la idea del deber moral, puesto que sería contradictorio e inadmisibile que se negase la repetición del negocio inmoral, por la idea de que era inmoral dicha repetición en sí. En efecto, mientras que en la obligación natural, lo que se estima inmoral es la repetición de lo que se cumple impulsado por un deber moral, en el negocio inmoral, la inmoralidad de la repetición estriba en la propia indignidad del que alega la repetición, y no en ésta, que en sí misma no aparece como inmoral.

Entre los argumentos aducidos en contra de la máxima, en la doctrina moderna se insiste especialmente en los siguientes. La regla *nemo auditur* consagra un enriquecimiento injusto, puesto que rehusar la repetición supone favorecer al más deshonesto de los dos contratantes, al que añade a la propia inmoralidad intrínseca del acto inmoral, la inmoralidad extrínseca de recibir una prestación sin entregar la contrapartida. La máxima, se añade, produce una situación contraria a los efectos de inseguridad entre las partes, que se alegan en favor de la misma, puesto que al desconfiar cada una de la otra, negada la acción de repetición, todo negocio inmoral, sería ejecutado simultáneamente, y una vez efectuado no cabría repetición posible. En cambio esa inseguridad deseable para la eficacia del negocio inmoral, se obtendría, únicamente dando aplicación a todos los efectos de la nulidad absoluta y por tanto permitiendo a cada parte reclamar en todo momento la repetición de la ejecución ya comenzada. Finalmente, otro de los importantes argumentos invocados en contra de la máxima, se apoya en el art. 1967 del Código civil que niega la repetición de lo pagado en cumplimiento de deuda de juego, alegando que cuando la ley quiere excluir la repetición, ya lo ordena expresamente. Si la regla, se añade, fuese uno de los principios que se aplican en el derecho francés, sería inútil decir, que el juego, uno de los

(6) SAIGET, *Le contrat immoral*, p. 330.

más frecuentes e importantes, entre los negocios inmorales, estaría sujeto a dicho principio.

A pesar de estos argumentos en contra de la máxima *nemo auditur*, no carentes de fuerza de convicción, la jurisprudencia francesa, como hemos dicho, ha continuado haciendo aplicación de la misma, aunque sería del mayor interés, sin que podamos, sin embargo, detenernos en ello, examinar, a qué hipótesis la aplica y en qué casos, por el contrario la rechaza (7).

Pero, además de estos argumentos en pro o en contra de la aplicación de la máxima al derecho francés, y en general a aquellos códigos que no la prevén, la doctrina tradicional, viene distinguiendo en orden a la aplicación de la citada máxima, según que la inmoralidad esté de una sola parte o de ambas, ya que de esta distinción se deducen consecuencias de interés práctico, para el caso de que el contrato inmoral ya haya producido algunos efectos. Con referencia al Derecho italiano derogado, es decir, bajo el imperio del código de 1865, decía Coviello, que «la distinción romana, según la cual era concedida la *condictio indebiti*, si la *causa turpis* existiese solamente de parte del *accipiens*, y negada por el contrario si la *turpitud*, fuese común a los dos contratantes, no se puede admitir bajo el imperio de nuestra ley que equipara el contrato con causa ilícita a aquel con causa falsa o sin causa, declarando que no puede tener efecto alguno (art. 1119); mientras que un efecto importante se produciría, si se diese la *soluti retentio*, cuando la inmoralidad afectase a ambas partes, lo que se da en casi todos los contratos inmorales, quedando excluidos solamente aquellos en que se da alguna cosa, para que otro cumpla su deber o se abstenga del mal» (8).

El nuevo código italiano ha acogido expresamente la máxima *nemo auditur*, disponiendo, como ya vimos, que quien ha realizado una prestación que, también por su parte, constituye ofensa a las buenas costumbres, no puede repetir cuanto ha pagado» (art. 2035). Se ha tenido en cuenta legislativamente, el principal argumento en favor de la máxima, recordado en la relación Ministerial, de que el ordenamiento jurídico «no puede conceder su tutela a quien no es digno de ella» (n. 790).

Se ha censurado al nuevo código el haber consagrado esta regla, alegando: «a) que la inmoralidad no consiste solamente en pagar la compensación prometida, sino sobre todo en realizar un acto contra *bonos mores*; b) que negar al *solvens* indigno la repetición no es moralmente más adecuado, que conceder al *accipiens*, indigno, la tutela (¡y qué tutela!) de la ley, permitiéndole conservar sin perturbación el fruto del ne-

(7) V. una reseña detallada de la posición de la jurisprudencia francesa en la citada obra de SAIGET, pp. 335 y ss.

(8) COVIELLO, *Manuale*, p. 421.

gocio torpe» (9); c) que si se estimaba conveniente negar la repetición de la prestación ya efectuada, «es extraño que no se haya considerado la oportunidad de ordenar la confiscación de la prestación lo que de un lado quitaría todo incentivo a la conclusión y a la ejecución de los actos contra *bonos mores* y de otro no proporcionaría al *accipiens* una situación de favor» (10).

En cuanto a la participación de ambas partes o una sola en la *turpitudine*, se observa, que si ambos contratantes se encuentran *in turpitudine*, conforme al precepto legal que examinamos, el *accipiens*, conservará lo recibido como si se tratase de un negocio ilícito. En cambio, si la *turpitudine*, está de una sola parte, según dicho precepto, no se priva de la repetición de lo pagado a la otra parte, que no cayó *in turpitudine*. Esta solución, no presenta nada de anómalo, respecto a lo que ocurría antes del nuevo código, dice Messineo, ya que «caída *in turpitudine* solamente la parte que ha cumplido (*solvens*), la contraparte (*accipiens*) no podía ser obligada a la restitución (es decir, tenía la *soluti retentio*, como en el caso de la obligación natural cumplida), porque estando inmune de *turpitudine*, el cumplimiento le era debido y por tanto había recibido bien la prestación. Simétricamente el *solvens*, el cual únicamente versaba *in turpitudine*, no tenía derecho a la repetición (*ubi, nulla, actio, ibi nulla conditio*)» (11).

En cambio, según el propio Messineo, la solución del vigente texto legal, difiere de la tradicional, en el caso de que sea el *accipiens*, el que únicamente se encuentre *in turpitudine*, ya que se consideraba que era admitida la repetición, puesto que existía ilicitud, si bien no de parte del *solvens*, sino del *accipiens*. Por el contrario, en la actualidad, no bastando la ofensa a las buenas costumbres, por parte de uno solo de los contratantes, para que exista el fin ilícito, hay que concluir que el *accipiens*, tiene la *soluti retentio*, y no es admisible la repetición, contrariamente a la indicada solución tradicional (12).

Esta privación de la repetición de lo pagado, que sanciona la regla *nemo auditur*, codificada o no, es de aplicación tan sólo al contrato contra las buenas costumbres, es decir, al contrato inmoral, como ya hemos indicado, por lo que no se aplica al contrato contra normas imperativas y contra el orden público, o sea, ni al contrato ilegal, ni al contrato prohibido. Por lo que respecta al nuevo derecho italiano codificado, es de advertir, que el legislador al haber restringido tal efecto al negocio inmoral se ha apartado de la tesis defendida por autorizadas voces en la doc-

(9) STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, p. 215, n.º 1.

(10) STOLFI, *ob. cit.*, 215, n.º 1.

(11) MESSINEO, p. 290.

(12) MESSINEO, p. 290.

trina y dominante en la jurisprudencia, de extender la *soluti retentio* a los contratos ilegales (13).

De esta suerte, el legislador italiano, ha tratado separadamente la *condictio ob turpem causam*, a que se refiere el contrato inmoral, de la *condictio ob iniustam causam*, que comprende los casos de ilicitud por contrariedad a normas imperativas o al orden público (14).

Pero este tratamiento legal separado del contrato ilegal y prohibido, de una parte, y del contrato inmoral, de otra, no quiere decir, que no sea posible en la práctica, que ambos coexistan porque un mismo acto se realice en violación tanto de normas morales como legales, y en ese caso, no obstante tratarse de un acto ilegal, se aplicará, cuando proceda, la *soluti retentio*, ya que al propio tiempo ha tenido lugar un acto inmoral (15).

(13) V. STOLPI, 215, n.º 1.

(14) MESSINEO, 291.

(15) MESSINEO, 291.

CONCLUSION

17.—Reflexiones finales

No queremos terminar esta disertación, sin deducir, a modo de conclusión, algunas consecuencias que se derivan de las nociones expuestas.

Así como, según decíamos al principio, la función social del Derecho es una de las características más acusadas de nuestra época, uno de los caracteres que perfilan el Derecho privado del pasado siglo es la obra codificadora. Con mayor o menor adelanto o retraso, se produce en numerosos países la codificación del Derecho privado, que viene a representar, en muchos de ellos, una progresión legislativa de extraordinario relieve al sustituir un conjunto normativo arcaico y a veces incierto en su propia vigencia, por normas más adecuadas a los tiempos en que se dictan y de vigencia indiscutible. No es pues de extrañar que se produjese esa exaltación de la obra codificadora, ese culto al texto de la ley, que desembocó en la llamada Escuela exegética, que irradió desde Francia, su influjo a los demás países que previamente habían recibido la influencia de la codificación francesa.

Pues bien, esa exaltación del valor de la ley, si por una parte contribuía poderosamente a fijar los términos del Derecho y por tanto a la seguridad de las relaciones jurídicas, por otra, venía paradójicamente, a encerrar en su propio seno, el germen de la inadaptación de las formas jurídicas, a la realidad social o vital, cuando pasados los años, permaneciese inmutable el mismo texto legal, por las dificultades de progresión legislativa inherentes a muchas épocas o situaciones políticas, porque a veces atraviesan los Estados. Se produce entonces un estancamiento de la producción de normas jurídicas, que cuando se prolonga en el tiempo da lugar a esa inadaptación de formas jurídicas a que me refería, con su

inevitable secuela del divorcio entre las normas anquilosadas y la realidad del mundo jurídico-privado. Fenómeno difícil, en verdad, de remediar, en la época moderna, en que es la ley, en el sistema, continental, la que tiene la primacía, entre todas las fuentes de originación del Derecho. Dificultad, que motivó en algún país, una fuerte oposición al movimiento codificador, como ocurrió en Alemania, en la célebre polémica *savygniana*.

Ante ese riesgo de anquilosamiento propio de toda obra codificadora, es lógico que encierren un acusado valor aquellas otras normas no escritas, que permiten una adaptación a las cambiantes circunstancias de los tiempos, aunque dimanen de principios inmutables. He aquí, pues, la importancia de esa llamada que la propia ley hace, a los principios fundamentales que rigen en un determinado ordenamiento jurídico, bajo el nombre de orden público. He aquí, también, el valor de esa apelación que el legislador hace a las normas superiores de la moral, con esa invocación a las buenas costumbres, que hemos examinado. Ambos principios, de orden público y buenas costumbres, están colocados por el propio legislador, en la cima escalonada de normas jurídicas; con el mayor rango que la misma ley se reserva, cuando quiere que su mandato, sea imperativo, coactivo, sin posibilidad de desconocimiento por los particulares en su vida negocial. Junto a la ley imperativa, el orden público y la moral, velan por los principios supremos de toda sociedad civilizada.

Por ello, es de decisiva importancia, en los ordenamientos jurídicos, en que tiene la primacía la ley, el estudio de la aplicación a la realidad jurídica, de esas otras normas no codificadas a que se remite el legislador en el ámbito del Derecho privado. Precisamente estas normas tienen una mayor flexibilidad, que la propia ley, que les da vida formal, y por ello, con el tiempo, y sobre todo, ante los avances de la realidad jurídica no seguida de conformación jurídico-legal, pueden servir en gran medida para remediar ese retraso legislativo, si bien sea preferentemente con la sanción limitadora, de tónica negativa, que más les caracteriza.

Así, mientras que la ley puede ser a veces impotente para oponerse a determinados actos de los sujetos de derecho, que no aparecen contrarios por las normas legales, que no pudieron prever tales actos, en la época en que se dictaron, las normas superiores del orden público y la moral sirven de freno entonces, al tener un contenido normativo más amplio sin una formulación rígida, que pueda quedar anquilosada.

Creemos, pues, conforme a las ideas que venimos exponiendo, que las limitaciones previstas por el propio legislador en el pasado siglo, al principio de la autonomía de la voluntad, en el Derecho privado, permiten en gran parte la moderación de este principio y su adaptación a la época presente, en aquellas materias en que el avance legislativo aún no se

haya manifestado, y pueda producirse un sensible divorcio entre la actividad jurídica no prohibida legalmente, y las ideas jurídicas dominantes en la época actual, no formuladas, ni recibidas legalmente.

Sería preciso, todavía, intentar un esbozo de la función derogadora, que pueda asignarse, a esas normas superiores extralegales, cuando la contradicción se opere, no ya entre un acto jurídico-privado y dichas normas, sino entre éstas y la propia ley. Pero su desarrollo excedería, notoriamente, del marco asignado a esta disertación; y por la misma razón no nos es posible plantear los problemas examinados, en relación con nuestro Código civil, a pesar del evidente interés de tal investigación, que de propósito aplazamos para otra ocasión.

Hemos de finalizar ya, por imperio del tiempo, mas no sin antes formular nuestra manifestación de fe en el progreso de la ciencia iusprivatista que profesamos y nuestro ferviente voto por un retorno de la misma, cada vez más acentuado, hacia las bases morales que han de inspirar todo orden jurídico, si éste ha de ser algo más que un frío logicismo y un imperativo ciego, que desconozca, tanto la realidad social sobre la que opera, como aquellos principios inmutables de justicia, que únicamente pueden servir de guía firme en el mundo del Derecho.

He dicho.



Alfonso de Madrigal, el Tostado

Obispo de Avila

(1400 - 1455)

