

A mi padre:
Sr. José Matilde García,
Como constancia de un deber
cumplido.

A mi madre:
Sra. Juana Garay de García
Símbolo de bondad y ternura
infinitas.

A mi esposa:
Yolanda B. de García Garay.
Con todo mi corazón.

A mis hermanos:
Manuel, José y Artemisa.
A cuyos sacrificios y -
esfuerzos debo mis estudios.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la Señora:
María A. Vda. de Tamayo,
Por el cariño maternal que
me ha dispensado.

IN MEMORIAM

Elevo al eterno creador mis preces, con la humilde súplica de hacer llegar, a quien de su reino goza: el señor Loreto Tamayo, la noticia de mi recepción que con su infinita bondad hizo posible.

A mi compadre:
Raúl Tamayo Avilés,
eterno amigo y dilecto compañero.

Con profundo agradecimiento al Sr. Lic. José Gutiérrez Pliego, y a su distinguida esposa, la Sra. Adela C. de Gutiérrez Pliego, por su ayuda y constante aliento.

Mi eterna gratitud al señor Lic. José Barroso Figueroa por la dirección de esta tesis; al señor Lic. Ignacio Ortega Becerra, por sus valiosos consejos, y en quién he encontrado, que los vínculos de amistad, se conjugan con los de la hermandad.

A mis queridos
sobrinos.

P R E F A C I O

La materia de las ineficacias jurídicas, siempre ha constituido unos de los problemas insolubles que revisten mayor - complejidad para el teórico del derecho, en virtud de ser fecunda fuente de variadas confusiones, mismas que tomaron un - auge extraordinario, a partir de la aportación doctrinaria de la escuela clásica francesa.

No pretendemos en este estudio, tratar en su integridad - a las ineficacias jurídicas, sino que hemos de referirnos tan sólo a la Inexistencia Jurídica, por considerar que es la figura que ha sido portadora de apasionadas discusiones en el - fértil campo de la doctrina.

Hemos de hacer un intento de formulación teórica de esta figura con la finalidad de escapar a esas confusiones y creemos que podemos lograr nuestro objeto, si dicho estudio lo - realizamos en directa comunión con la teoría del acto jurídico. Es decir, no hemos de basar nuestra elucubración sobre - los efectos que un acto de derecho genera, sino que hemos de partir del estudio del acto en sí o sea en la consideración - del acto con los presupuestos que su existencia requiere y - desde luego, analizaremos grosso modo las consecuencias que -- una vez realizado engendra.

Tampoco pretendemos decir la última verdad sobre este tema, sino que enderezamos nuestro empeño, a encontrar la clari

dad y precisión que se requiere.

En efecto, el término " Inexistencia Jurídica " ha creado un caos de contradictorias ideas, que a veces se antoja - insalvable, y donde es en ocasiones imperceptible la claridad que debe caracterizar a las figuras jurídicas, por lo -- que consideramos que escribir de nuevo lo ya escrito, repetir lo ya establecido, pero enfocado con diferente sistema , constituye más que un deseo o propósito, implica un imperativo al que debemos empeñar nuestro esfuerzo.

C A P I T U L O P R I M E R O

"ACTOS Y HECHOS JURIDICOS"

1.-JUSTIFICACION DE SU ESTUDIO

En las formulaciones teóricas que tratan sobre el estudio del acto jurídico, se puede apreciar, que no obstante los rios de tinta que se han vertido tratando de explicar su naturaleza jurídica, no se ha llegado a fijar un consensus de validez universal.

La intención que nos anima en el presente capítulo, es dejar de manifiesto la importancia que reviste en nuestro tema el estudio del acto jurídico, fecundo generador de consecuencias jurídicas, así como la demostración de acuerdo con nuestro derecho positivo de que el tema central que nos ocupa, encuentra completo apoyo.

El deber nos impone la saludable tarea de hurgar en el terreno de la doctrina, tratando de encontrar los rasgos de similitud entre las opiniones que la integran, donde nos encontramos que la primera nota distintiva, es en lo que a su estudio respecta.

En efecto, se hacen teorías desde el punto de vista bipartito considerando al hecho y al acto jurídico como un sistema; predominando entre los franceses, españoles y nosotros mismos. O bien, considerando hechos y negocios jurídicos como otro sistema a la usanza de alemanes e italianos.

También se puede estudiar éste tema, desde un punto de vista tripartita, distinguiendo pulcramente, entre Hecho, Acto y Negocio Jurídico, idea que predomina en algunos autores que expondremos en su oportunidad.

Consideramos desde luego, las críticas que se nos pudieran hacer por no buscar los elementos de definición de los actos y hechos jurídicos en los textos legales, pero creemos -- con Rocamora Valls (1) que " Solo cuando razones históricas o de órden público lo justifiquen, cabe que el legislador ---- traiga definiciones a los códigos. En cualquier otro caso son inconvenientes, porque los conceptos jurídicos son obra de -- las investigaciones científicas que progresan y cambian constantemente ".

2.- TEORIAS BIPARTITAS.

Dentro del sistema bipartito destacan dos grandes es --uelas : la francesa y la italiana°

La escuela francesa (2) nos habla de hechos jurídicos y de actos jurídicos, entendiendo por el primero todos los -- sucesos que tienen por objeto el nacimiento, modificación, - transmisión o extinción de derechos y deberes, sin implicar - para ello la necesaria intervención de una voluntad. Estos hechos jurídicos, no constituyen actos, por faltarles un elemento esencial para configurarse como tales.

Se dividen los hechos jurídicos en dos clases:

a).- Hechos independientes de la voluntad del hombre -- que producen consecuencias de derecho como son el nacimiento- la muerte etc.

b).- Hechos que resultan de la voluntad del hombre produciendo consecuencias de derecho, pero sin la intención de -

su autor de producirlos, ejemplo los delitos.

Aunque en el hecho voluntario interviene la voluntad del hombre, no cabe confundirlo con el acto jurídico, ya que en el hecho hay voluntad, en cuanto a la realización de la acción más no en la producción de consecuencias jurídicas, que es lo que caracteriza al acto jurídico, tanto en la realización del acto como buscando las consecuencias que de esa manifestación de voluntad se originan.

La doctrina define pues, al acto jurídico, tomando en cuenta el elemento de voluntad intencional de producir efectos jurídicos. Esto lo podemos ver, analizando las opiniones de autores que siguen esta escuela; verbigracia, la de Bonnacasse que define el acto jurídico como " una manifestación de voluntad, bilateral o unilateral, cuyo objeto directo es engendrar, fundado en una regla de derecho o en una institución jurídica, en contra o en favor de una o varias personas, un estado, es decir, una situación jurídica permanente y general, o por el contrario, un efecto jurídico limitado, que se reduce a la formación, modificación o extinción de una regla de derecho. " (3)

Colín y Capitant nos dicen que el acto jurídico es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de engendrar, modificar o extinguir un derecho. (4)

Tanto el hecho como el acto jurídico, al actualizar

se, es decir, al realizarse el supuesto previsto por la norma producen consecuencias de derecho, siendo la diferencia en -- que en el acto jurídico el autor manifiesta su voluntad bus-- cando el logro de esas consecuencias y por el contrario en el hecho jurídico, el autor no las busca, sino que las sufre.

Podemos concluir diciendo que en esta escuela, el hecho jurídico reviste dos significados: uno general y otro espe -- cial. En el sentido general la noción de hecho jurídico com-- prende la del acto jurídico, o sea la declaración de voluntad que tiene por objeto producir consecuencias jurídicas. En el -- segundo sentido que es el aceptado, significa un acontecimien -- to puramente material o voluntario del hombre sin la inten -- ción de producir consecuencias de derecho, pero que no obstan -- te, acontecen.

En la escuela italiana los actos jurídicos se distin -- guen en voluntarios y actos de voluntad, según la forma en -- que ésta intervenga en el acto, necesitando que haya una mani -- festación de voluntad, en las dos categorías, pero en una se -- presupone la voluntad del sujeto derivandose de su actividad, y en la otra de la misma voluntad se derivan las consecuen -- cias jurídicas.

Dentro de esta escuela citaremos a Bruggi (5) quien -- considera que un hecho es jurídico, porque según la ordena -- ción italiana produce consecuencias de derecho. Estos hechos jurídicos se dividen en negocios Jurídicos y Actos Ilícitos;

siendo los primeros donde la manifestación de voluntad tiende a producir consecuencias de derecho, y los actos ilícitos son aquellos donde no se busca conseguir esas consecuencias, por la simple declaración de la voluntad, sino que es la ley ---- quien se los aplica en virtud del hecho realizado; afirmando que en el negocio jurídico es muy pequeño el campo que se deja a la voluntad absoluta, puesto que por si sólo, no puede producir consecuencias de derecho, sino que tiene que adaptarse a la forma reconocida como eficaz, por el ordenamiento jurídico.

En cuanto a los actos jurídicos, los define como actos de voluntad privada tendientes a lograr un objetivo admitido por el orden jurídico. Nos habla de voluntad privada porque sostiene la idea de que sólo en el derecho privado es donde se puede hablar de autonomía de la voluntad.

3.- TEORIAS TRIPARTITAS.

De las teorías tripartitas hemos seleccionado dos que nos parecen las más importantes:

La primera de ellas es la que nos presenta Salvador Pugliatti (6) en Italia, quien sostiene que para una mejor claridad en este tema, deben distinguirse los tres conceptos: hechos, actos y negocios jurídicos.

Los hechos jurídicos los entiende, como todos aquellos hechos naturales y humanos que producen consecuencias en el campo del derecho; diciendo que los actos jurídicos, son los-

hechos humanos que presuponen no solamente la actividad del hombre, sino que también la actividad conciente o voluntaria; negocio jurídico será pues un acto de voluntad libre que tiene de a un fin práctico tutelado por el ordenamiento jurídico -- produciendo consecuencias en virtud de la tutela referida.

Mayor precisión encontramos en las ideas del doctor Raúl Ortíz - Urquidí, quien nos informa que en la elaboración del anteproyecto del código civil para el estado de Morelos del -- que fué autor, se hizo la reglamentación de hechos, actos y -- negocios jurídicos; diciendo respecto de éste último término -- que es " tan usual en la literatura jurídica alemana y tam -- bién en la italiana, para mayor precisión del lenguaje y con -- siguiente fijeza de los conceptos jurídicos, concretamente es -- tablecida en el caso de la pulcra distinción que existe en -- tre negocio y el acto. Ello significó, naturalmente, que nos -- apartáramos de nuestra tradición, heredada de los franceses -- y de los españoles que no consideran más distinción que la -- existente entre el hecho y el acto, ya que para tal tradición dentro del hecho se comprenden el hecho y el acto de los ale -- manes e italianos y el acto viene a ser lo que para estos es -- el negocio". (7)

Posteriormente artículo publicado en la revista de esta Facultad (8) nos dice el mismo autor " Pero sea como sea, -- el caso es que la expresión negocio jurídico ha tomado carta -- de naturalización en México, pues frecuentemente se usa en --

la cátedra, en la literatura jurídica, en el foro y en los -- tribunales, y por ello pensamos que lejos de desecharla debe- fomentarse su uso, no sólo por lo que esto significa en pun - to al enriquecimiento del lenguaje de nuestra ciencia y que - naturalmente redunde en un mejor y más fácil manejo de los -- conceptos de ésta, sino también por lo esencialmente connota tivo que el término resulta, sobre todo si, armonizando su -- empleo con el de los otros dos: hecho jurídico y acto jurídi- co, se le fija a cada uno de ellos un preciso significado que haga que nítidamente se distingan entre sí ... ".

Nos enseña pues Ortiz - Urquidí que la intervención de - la voluntad debe tenerse en cuenta en dos momentos:

a).- En la realización del acontecimiento que el hecho,- el acto o negocio puedan consistir.

b).- En la producción de las consecuencias jurídicas.

Si se tiene en cuenta los dos momentos anteriores se ex- plicará fácilmente que en el hecho jurídico hay una ausencia- total de la voluntad. " Se caracteriza éste, (el hecho jurí- dico) dentro de la tesis que postulamos porque en él la volun- tad no interviene en ninguno de los dos momentos mencionados- en el apartado anterior; es decir, ni en la realización del - acontecimiento, ni en la producción de las consecuencias o -- efectos jurídicos, no obstante lo cual estos se producen".(9)

En el acto jurídico, la voluntad solo interviene en el - primer momento, es decir, en la realización del acontecimien-

to, más no en el segundo no obstante lo cual, se producen las consecuencias jurídicas.

En el negocio jurídico " La voluntad interviene en los dos citados momentos. En la realización del acontecimiento, y en la producción de las consecuencias jurídicas ". (10) El negocio jurídico debe tener como elemento substancial la licitud.

4.- ELEMENTOS DEL ACTO JURIDICO.

A reserva de hacer un estudio mas detenido, de los elementos que configuran el acto jurídico, que por apego a razones metódicas nos hemos impuesto, sólo diremos que dichos elementos se suelen clasificar en:

1.- Naturales que son aquellos que cada negocio lleva -- normalmente consigo; por disposición de la ley (11) pero -- que pueden ser eliminados por sus autores, usando del poder -- que a su voluntad confiere el derecho objetivo, tal es el caso de la evicción y saneamiento de la cosa vendida, que existe por disposición de la ley, pero que puede ser renunciado -- por el comprador total o parcialmente.

2.- Esenciales, son los que constituyen la substancia -- del acto jurídico, de tal manera que si al realizarse el acto, faltan esos elementos, el acto no existe. Estos elementos se subdividen en A) generales que son los que forman la substancia de todos los actos jurídicos como son el Consentimiento y el Objeto que sea física y jurídicamente posible. B) Especia

les que son aquellos que se encuentran en determinado tipo de actos.

3.- Accidentales, que son los que sólo existen cuando -- las partes convienen en ello, como el término, la condición y el modo.

Para objeto de este estudio, hemos tan solo de considerar los elementos esenciales sin entrar a la polémica doctrinaria que implica el tratamiento de los otros dos.

Los elementos esenciales que serán materia de un estudio mas completo en el momento que expongamos nuestras ideas respecto a la inexistencia jurídica, los veremos primero, de --- acuerdo con un pretendido ánimo exegético de nuestro código - civil, con el fin de dejar constancia que nuestros argumentos posteriores se encuentran fundamentados en el mismo.

En nuestro derecho no contamos con un capítulo que haga una reglamentación autónoma del acto jurídico, excepción hecha de los códigos sustantivos de Morelos y Sonora (12) , - que inspirandose en la técnica alemana ha realizado ese magnífico logro; sino que la técnica de nuestro código fue la de - reglamentar al contrato como una forma del acto jurídico.

5.- EXEGESIS DE NUESTRO CODIGO CIVIL EN CUANTO A LOS ELEMENTOS ESENCIALES DEL ACTO JURIDICO.

El consentimiento consta de dos actos: primero, es un acto interno del querer, pero para que este acto interno pueda ser tomado en consideración por el derecho se requiere que se

exteriorise, mediante una declaración de voluntad que puede ser expresa o tácita; siendo expresa cuando se hace por medio del lenguaje ya sea oral, escrito o mímico; y es tácito, cuando se desprende de hechos que, en forma indubitable revela la voluntad del autor del acto jurídico. No es menester, pues -- que el consentimiento se manifieste a través de las palabras, sino que también con acciones que lo revelen, (13) tal es el sentido del artículo 1,803 que prescribe " El consentimiento puede ser expreso o tácito. Es expreso cuando se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos. El tácito resultará de hechos o de actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo, excepto en los casos en que por ley o por convenio de voluntad deba manifestarse expresamente ".

En relación al otro elemento esencial del acto jurídico, se refiere el artículo 1,827 que nos dice " El hecho positivo o negativo, objeto del contrato debe ser:

I.- Posible;

II.- Lícito".

El objeto es de dos clases. Directo e indirecto. El directo consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; mientras que el indirecto consiste, en las cosas o hechos que constituyen el contenido de las obligaciones originadas por el acto jurídico. Tanto el objeto directo como el indirecto deben ser posible físicamente y, lícito jurídicamente; ya que si el objeto del acto no -

es susceptible de ser realizado físicamente el acto será ----
inexistente igual sucederá si hay una imposibilidad jurídica-
de realizarlo. (14)

A este tipo de imposibilidades se refieren los preceptos
de nuestro código civil vigente:

Art. 1,828.- " Es imposible el hecho que no puede exis -
tir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con
una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que cons-
tituye un obstáculo insuperable para su realización ".

Art. 1,829.- " No se considerará imposible el hecho que-
no pueda ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona
en lugar de él ".

Art. 1,830.- " Es ilícito el hecho que es contrario a --
las leyes de orden público o a las buenas costumbres".

El artículo 1,795.- de nuestro código civil nos marca --
los elementos de validéz de los contratos que como ya explica-
mos, se refieren a los actos jurídicos en general pués el Art.
1,859.- establece " Las disposiciones legales sobre contratos
serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídi-
cos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a las-
disposiciones especiales de la ley sobre los mismos ".

De la interpretación contrario sensu que hacemos del men-
cionado artículo 1,795.- del código civil sacamos los siguien-
tes elementos de validéz.

1.- Capacidad legal de las partes o de una de ellas.- De

finida como la aptitud que tiene una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, y poder ejercitarlos por sí mismo. Se distinguen dos capacidades la de goce y la de ejercicio; la primera se adquiere con el nacimiento y normalmente se pierde con la muerte. Los efectos de la capacidad de goce los podemos mencionar en relación con el Art. 1,314.- del código civil que prescribe: " Son incapaces de adquirir por -- testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte del autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, con forme a lo dispuesto en el Art. 337.- ", que a su vez indica " Para los efectos legales, sólo se reputa nacido el feto -- que, desprendido enteramente del seno materno, vive veinti-- cuatro horas o es presentado vivo al registro civil. Faltando alguna de éstas circunstancias; nunca ni nadie podrá enta blar demanda sobre la paternidad ".

Otro efecto lo vemos en la aptitud para poder ser donatarios en los dos preceptos que a continuación transcribimos.

Art. 2,357.- " Los no nacidos pueden adquirir por donación, con tal de que hayan estado concebidos al tiempo en -- que aquélla se hizo y serán viables conforme a lo dispuesto en el Art. 337.- ".

Art. 2,359.- Las donaciones legalmente hechas por una -- persona que al tiempo de otorgarlas no tenía hijos, pueden -- ser revocadas por el donante cuando le hayan sobrevenido hi-

jos que han nacido con todas las condiciones que sobre via --
bilidad exige el artículo 337.

Si transcurren cinco años desde que se hizo la donación y el donante no ha tenido hijos o habiéndolos tenido no ha revo
cado la donación, ésta se volverá irrevocable. Lo mismo suce-
de si el donante muere dentro de ese plazo de cinco años sin-
haber revocado la donación.

Si dentro del mencionado plazo naciere un hijo póstumo del donante, la donación se tendrá por revocada en su totalidad "

Por la que a la capacidad de ejercicio respecta, sabemos -
que consiste en la aptitud que tiene una persona para ejercer sus derechos y cumplir con sus obligaciones; a ella se refiere los preceptos que a continuación transcribimos:

Art. 641.- " El matrimonio del menor produce de derecho la emancipación. Aunque el matrimonio se disuelva, el cónyuge --
emancipado, que sea menor, no recaerá en la patria potestad.

Art. 646.- " La mayoría de edad comienza a los veintiún --
años cumplidos ".

Art. 647.- " El mayor de edad dispone libremente de su per
sona y de sus bienes ".

2.- Ausencia de vicios de la voluntad.- Debemos tener presente el principio de derecho que dice: " La voluntad para --
que obligue, debe ser dada por persona capaz y no estar vicia
da. En efecto, el Art. 1,812.-nos informa que " El consenti -
miento no es válido si se ha dado por error, arrancado por --

violencia o sorprendido por dolo ".

De lo anterior sacamos en conclusión que los vicios son - dos: A).- El error.- Definido como un falso concepto de - la realidad. El que procede con dolo lo hace para que --- otro incurra en error, así es que el dolo y la mala fé -- son formas de error.

Hay tres clases de errores: 1.- Obstáculo, que es el - que impide el nacimiento del acto. 2.- Indiferencia que - es en el que para nada influye la voluntad. 3.- Nulidad - que es el error, que lo hace simplemente anulable.

Dentro de este tipo debemos considerar al error de de- recho a que se refiere el artículo 21 del código civil, - cuando nos dice: " La ignorancia de las leyes no excusa - su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el no - torio atraso intelectual de algunos individuos, su aparta - miento de las vías de comunicación o su miserable situa - ción económica, podrán, si está de acuerdo el ministerio - público, eximirlos de las sanciones en que hubiéren incu - rrido por falta de cumplimiento de la ley que ignoraban , o de ser posible, concederles un plazo para que la cum -- plan; siempre que no se trate de leyes que afecten direc - tamente al interés público ". Otro tipo de error, es el - llamado error de hecho y que consiste, en que invalida el contrato cuando recae sobre el motivo determinante de la - voluntad, refiriéndose al mismo el artículo 1,813 que ---

también explica al error de derecho " El error de derecho o de hecho invalida el contrato cuando recae sobre el motivo -- determinante de la voluntad de cualquiera de los que contra- tan, si en el acto de la celebración se declara ese motivo o si se prueba por las circunstancias del mismo contrato que se celebró éste en el caso supuesto que lo motivó y no por otra causa. Todavía podríamos referirnos al error de cálculo, al que no consideramos como error de nulidad, porque simplemente da lugar a rectificación. B).- Miedo o Temor.- Son una consecuencia de la violencia físico o moral; así tenemos que el -- artículo 1,819 preceptua: " Hay violencia cuando se emplea la fuerza física o amenazas que importen peligro de perder la vi da, la honra, la libertad, la salud o una parte considerable de los bienes del contratante, de su cónyuge, de sus ascendien tes, de sus descendientes o de sus parientes colaterales dentro del segundo grado ".

Hay otra clase de temor que no constituye un vicio de la - voluntad, y que se debe tener muy en cuenta, como es el temor reverencial o sea el solo temor de desagradar a las personas, a quienes se debe sumisión y respeto.

3.- La licitud.- Lo ilícito es lo prohibido, lo vedado, lo imposible, lo contrario a una norma jurídica. El concepto de lo lícito se encuentra íntimamente ligado a las buenas costum bres y al orden público.

4.- La forma.- Respecto a ésta figura, nos dice la ley:

Art. 1,832.- " En los contratos civiles cada uno se obliga en la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, sin que para la validéz del contrato se requieran formalidades determinadas, fuera de los casos expresamente designados por la ley ".

Art. 1,833.- " Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se de al contrato la forma-legal ".

Art. 1,834.- " Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga ésta obligación.

Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará --- otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó ".

Con la cita que hemos hecho de algunos preceptos de nuestro código civil, podemos tener una idea de la importancia que reviste el estudio del acto jurídico como generador de consecuencias de derecho. Depende de la intervención que puedan tener los elementos de definición en la configuración jurídica de un acto, para determinar la validéz o invalidéz -- del mismo; es por ello, que para tratar la teoría de las ineficacias del derecho, consideremos oportuno referir todo ---

nuestro esfuerzo al tema teórico del acto jurídico, para poder derivar con estricto apego a las normas de la lógica las conclusiones que sobre la inexistencia jurídica tengamos.

N O T A S :

- (1).- PEDRO ROCAMORA VALLS.- " Libertad y Voluntad en el Derecho ". Méx. 1947. Pág. 99
- (2).- JULIEN BONNECASSE.- " Elementos de Derecho Civil " Biblioteca Jurídico-Sociológica. 1945. T. I. Pag. 223
- (3).- BONNECASSE.- Obra citada Pág. 233
- (4).- AMBROSIO COLIN Y H. CAPITANT.-"Curso elemental de Derecho Civil ". Madrid. 1923. Tomo I. Pág. 158
- (5).- BIAGIO BRUGGI.- " Instituciones de Derecho Civil " -- Pág. 94
- (6).- SALVADOR PUGLIATTI.- " Instituciones de Derecho Civil" Méx. 1943. Pág. 218
- (7).- RAUL ORTIZ-URQUIDI.- " Matrimonio por Comportamiento " Méx. 1955 Pág. 26
- (8).- REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO DE MEXICO.- Nos. 35-36. Julio-Diciembre 1959. " Hechos, Actos y Negocios Jurídicos. Ensayo de revisión a las bases de su Teoría ". Dr. Raúl Ortiz-Urquidi. Pág. 252
- (9).- Artículo citado. Pág. 253
- (10).- Artículo citado. Pág. 255
- (11).- PUGLIATTI.- Obra citada. Pág. 248
- (12).- RAFAEL ROJINA VILLEGAS.- " Derecho Civil Mexicano " . Méx. 1951. Tomo V. Pág. 307

C A P I T U L O S E G U N D O

" EVOLUCION HISTORICA DE LA TEORIA DE LAS INEFICACIAS "

1.- DERECHO ROMANO.

Si nuestra intención consiste, en hacer un estudio que se apegue a las más estrictas normas de investigación científica, hemos de revisar el fascinante monumento jurídico que los romanos nos presentan. Veremos a través de las etapas que este derecho nos presenta, a las ineficacias jurídicas o las nociones que sobre las mismas se tuvieron en los diferentes períodos de su historia, para después analizarlas en su conjunto; es decir, realizaremos un estudio que a manera de película, nos presente la metamorfosis de la teoría de las ineficacias en este derecho.

A).- PERIODOS ARCAICO Y PRECLASICO:

El testimonio que nos sirve como punto de partida, lo constituyen las XII tablas, que nos han llegado sin relación de continuidad, ya que son obras dispersas que se agruparon en el citado ordenamiento, por lo que si tratáramos de encontrar el objeto de nuestra investigación, no lo conseguiríamos, " Sólo encontraríamos un enunciado empírico e inmutable, de los que no se puede decir que estaban hechos a la medida de una sociedad, que aún no había salido de las cavernas primitivas, pero que por eso mismo tiene también el mérito de provocar, de engendrar una propensión espiritual, que no tardará en dar al mundo el sistema jurídico más completo ". (1)

Podemos decir que la teoría del acto jurídico y por consiguiente el de las nulidades, nació desde el punto de vista-

contractual con fuerte olor formalista estrechamente vinculado al nexum y a la mancipatio enriquecida después, por la stipulatio, la dictio dotis y la acceptilatio verbis. Este sistema de carácter rígido, se reducía en ocasiones al enlace de unas palabras complicándose en ocasiones con la participación de testigos instrumentales y otras, con los ritos de un ceremonial que terminaban con la fórmula expresada.

No nos debe sorprender lo ritual del procedimiento, ya que como es generalmente aceptado, la religión y la magia se unen para darnos un derecho primitivo, de tal manera que eran los sacerdotes, quienes manejaran las fórmulas y ritos, asentando los casos importantes en los libros pontificios.

Con el ensanchamiento del imperio romano y el crecimiento de su población, hubo necesidad de coordinar de un modo -- más eficaz las instituciones políticas y jurídicas. En las -- postrimerías de la República, los cónsules se ausentaban de -- Roma debido a las continuas guerras, delegando sus facultades en nuevos funcionarios, fenómeno que se conoce como la desmembración del consulado, apareciendo la figura de los magistrados, entre los cuales encontramos al Pretor cuya creación data del año 367 A. de C., encargándose de la administración de la justicia civil en la Urbs, de donde tomó su nombre " Praetor Urbanus ", que se encargaba de la administración de la -- justicia entre los ciudadanos romanos. Para los litigios entre romanos y extranjeros o extranjeros entre sí, se creó en-

el año 242 A. de C., la figura llamada " Praetor Peregrinus "

Este magistrado, adoptó el mas estricto sistema formulario, llegándose así a la anomalía de que los extranjeros dentro de Roma, recibieran de funcionarios romanos, una justicia más equitativa y menos formalista que la que estaba a disposición de los mismos ciudadanos romanos, anomalía que terminó con la promulgación de la Lex Aebutia (cerca de 150 A. de C., la cual concedió a los ciudadanos romanos, la opción entre el sistema formulario y el antiguo sistema de las legis acciones

Este magistrado contribuyó en una forma notable a la creación de un nuevo derecho, que con el tiempo desplazaría por lo equitativo al jus civile (2).

En este período el derecho pasa a ser del dominio general, ya que se les quita la facultad a los otrora intocables sacerdotes, convirtiéndose frecuentemente las familias del más rancio abolengo, en verdaderos órganos de información jurídica, que además de ser práctica y erudita, era gratuita. " Los jurisconsultos daban además, con frecuencia, consejos a los pretores. Estos eran a menudo jóvenes aristócratas para quienes la pretura no constituía otra cosa que un escalón en su carrera. El no ser precisamente especialistas en derecho se compensó, empero, con su sentido de responsabilidad que les inducía a rodearse de auténticos expertos jurídicos, y tomar en serio sus consejos. En tal forma la joven jurisprudencia secularizada se desarrollaba en íntimo contacto con la

práctica y con la enseñanza ". (3)

Así es como tenemos, que pretores, jueces y jurisconsultos son factores determinantes del nuevo derecho más sencillo y equitativo: el Jus Honorarium que propició que la voluntad tomara una característica trascendente: fué considerada como condición de fondo en los contratos de buena fé, a tal grado, que desplazó a la forma, al campo de la prueba; lo que trajo como consecuencia en surgimiento del otro elemento: El Objeto.

B).- PERIODO CLASICO.

En este período, nos encontramos la culminación del pensamiento jurídico, ya que se fomenta de una manera notoria el desarrollo jurisprudencial, situación provocada por las dos grandes escuelas de proculeyanos y sabinianos, de donde salieron los grandes pensadores, que le han dado gloria y perpetuidad a Roma. Mucho influyó el pensamiento filosófico helenista en la humanización del derecho, ya que en esta fase se estudiaba cuidadosamente los casos que se presentan en la realidad jurídica, buscando siempre la solución con apego a la equidad

En efecto, como hemos dicho el jus honorarium hizo que la voluntad tomara una característica extraordinaria, tanto en los contratos de buena fé como en los de estricto derecho. Conviene, que demos algunas notas distintivas entre este derecho y el jus civile, que es el antiguo derecho romano, que se manifestaba en costumbres, leyes, senadoconsultos, y plebiscitos desarrollado por manos sacerdotales como hemos descrito,

basado en una rudeza característica, y que es desplazado calladamente pero de un modo efectivo por las aportaciones pretorianas que culminan con la creación del *jus honorarium*.

Desde el punto de vista del *jus civile*, el acto que revistiera solemnidad, si le falta el acuerdo de voluntades de las partes, ese acto será nulo. Ahora bien, si es un acto -- formal, aunque no tenga el acuerdo de voluntades validamente expresadas, producirá los efectos de un *pactum conventum*, en el que la voluntad de las partes, o por mejor decir la intención está dominada por la *actio dolis generalis* o bien por la *actio prescriptis verbis*.

Los romanos nos presentan en relación con este requisito los vicios que lo puedan invalidar:

1.- " El error; podemos distinguir los errores que afectan a la formación de la voluntad, y los que se refieren a la manifestación de la misma. En estos casos, la dogmática moderna habla de errores propios e impropios respectivamente". (4)

Por lo que respecta a los primeros o sean los de derecho, se admitía en algunos casos la invalidación de un negocio jurídico, si el sujeto fuera un menor de veinticinco años, una mujer o un soldado, siempre y cuando la ignorancia del derecho, no le acarreará beneficios.

En cuanto a los errores de hecho, sobresalen los siguientes:

a).- Error in negotio; que es el error que afecta la cla

se de contrato que se celebra. En este caso el negocio se anula y cada parte recupera lo que hubiere dado en prestación.

b).- Error in corpore, anula el negocio cuando el objeto sea distinto del pretendido.

c).- Error in personam, como su nombre lo indica, es el que recae sobre las cualidades de una persona, de tal manera, que si no es la persona, como se cree al momento de la celebración del contrato, éste será nulo.

d).- Error impropio, es el que consiste en la incompatibilidad entre la intención y su manifestación, y cuando esto es muy notorio, principalmente en los contratos de buena fé, éstos son nulos.

2.- La intimidación. Apoyados por el derecho pretorio, - los contratos que restringían al consentimiento por este vicio, se podían invalidar, dejando de tener aplicación la máxima: - " Coacta voluntas, tamen voluntas est ", dando ayuda a la parte perjudicada con la condición que la intimidación, impresionara a un hombre muy valiente, además de ser actual y verdadera, que fuera ilegítima y que el mal con que se amenazara, -- exediera al daño producido.

Si se reunían los requisitos mencionados el pretor con - cedía la " restitutio in integrum ", a los menores y a las mujeres, anulándose por completo el negocio. En otras ocasiones concedía a cualquier interesado la " actio quod metus causa "; obligando al culpable, por cuatro veces el daño sufrido por -

la víctima; esta acción debía ejercitarse dentro del año siguiente a la celebración del negocio, y pasado ese tiempo sin que la ejercitara, solo le daba derecho a una parte de lo que pudiese haber cobrado. El pretor tenía cuidado en la aplicación o negación de la *restitutio in integrum*, de no lesionar los derechos de terceros, y cuando esto trascendía se llamaban entonces acciones *in rem scriptae*.

3.- El *dolus malus*. Cicerón nos lo define diciendo que es simular una cosa y hacer otra; pero la definición más precisa es la que nos da Labeón como " Toda habilidad maliciosa o maquinación fraudulenta, con la que se engaña a otra persona ". (5)

Se concedía generalmente a favor de la persona que hubiera resultado perjudicada en el contrato, y en contra de la otra parte, pero nunca de un tercero. Cuando existiera el dolo por las dos partes de un negocio, ninguna de ellas podía ejercitar la *actio doli*.

" En materia de dolo, encontramos en el derecho *justinianeo*, una importante distinción. El *dolus causam dans contractui*, sin el cual el negocio en cuestión no se habría celebrado, invalidaba el acto jurídico. En cambio, el *dolus incidens*, que solo hubiera influido en los términos concretos de un negocio, que de todos modos se hubiera llevado a cabo, no producía mas que el derecho a indemnización.

Una importante diferencia hay también entre el *dolus* ---

specialis y el dolus generalis. Si un negocio se había efectuado con dolo, la parte perjudicada podía oponer la exceptio doli specialis al reclamarse su cumplimiento. En cambio, si el negocio se había celebrado en forma completamente limpia, sin dolo, pero una parte se basaba en este negocio para formular una reclamación injusta- por ejemplo, exigiendo el cumplimiento del otro, mientras él mismo se encuentra el estado de mora-, entonces se le puede oponer la exceptio doli generalis ". (6)

4.- La lesión; es el vicio de la voluntad que consiste, en un abuso de la desigualdad social o intelectual, que se puede dar en los contratos. Aparecen las figuras protectoras de las " laesio enormis " para proteger a los que estuvieran en notoria desigualdad en los contratos. Este vicio fue de profundos estudios en la época postclásica.

Analizando el Objeto en el contrato romano, vemos que consiste en un dare, facere, praestare o non facere. Así como vimos que el consentimiento tiene vicios que lo afectan, lo mismo sucede con este otro elemento entre los que nos encontramos las imposibilidades físicas y jurídicas.

" Paralelamente a esta línea discreta y a la vez potente que ha trazado el derecho clásico al consensualismo, aquel se ha esforzado por determinar la esfera de los objetos que pueden estar en el comercio jurídico, partiendo del principio que, de una manera general, todas las cosas son susceptibles-

de servir para la satisfacción de los intereses privados. De modo que la res extra-commercium modestamente se agruparan , en el campo de la excepción en que se encuentran dos grandes capítulos: El primero y más importante consagrado a la imposibilidad legal, el objeto jurídicamente imposible; el otro, destinado a la imposibilidad física, al objeto que por su naturalidad no puede ser ejecutado ". (7)

Entre los casos de imposibilidad jurídica, podemos mencionar a la res religiosa o sacra, lo mismo que a las cosas-afectas a utilidad pública. Debe considerarse así mismo, esta imposibilidad a la prohibición impuesta a los funciona -- rios que se encunetran en las provincias, de vender.

" Los negocios que comprometen en forma definitiva o duradera nuestras libertades esenciales, son inmorales y, por tanto no válidos. El criterio respectivo ha cambiado mucho - en el curso de los siglos. Por ejemplo, la obligación de no casarse o de no volver a casarse correspondía al favor casti titatis, de la época romano-cristiana; en cambio, nosotros lo-consideramos inmoral. Un caso límite muy discutido es en el caso de despido, la obligación, por parte del trabajador, de no trabajar durante x años en la misma línea de su patrón.

En los casos de imposibilidad física tiene plena aplica ción la máxima impossibilium nulla obligatio est; la imposibilidad física y jurídica puede ser abstracta o concreta y en ambas se aplicará el principio mencionado.

Además del requisito ya mencionado, o sea de la posibilidad física y jurídica se requiere, que el objeto reúna las características de ser determinado, que no imponga cargas a terceros y ser valorable en dinero ". (8)

Otro elemento esencial considerado en el derecho romano, es la causa. Esta a veces se hace acompañar de la condition, otras, de la exceptio dolis y algunas de la querela non numeratae pecuniae. La causa en la concepción romana es el motivo psicológico que impulsa las partes, a la celebración de un contrato; ahora bien, si ese motivo se encuentra fundado en una falsa apreciación de los elementos esenciales, esa causa estará viciada.

Nos encontramos con otro elemento esencial del contrato romano, como es la forma, que es la que configura los tipos que deben revestir determinados negocios, favoreciendo con ello a la claridad y la seguridad.

C).- PERIODO POST-CLASICO.

En la época llamada del bajo imperio, nos encontramos en pleno apogeo del sistema extraordinario, caracterizado porque el procedimiento se desarrollaba ante un solo funcionario --- quien dictaba su sentencia sin que las partes acudieran a un iudex.

Observamos en esta etapa, que el sistema de nulidades adquiere mayor consistencia y así tenemos que " una constitución del emperador Teodosio pone fin a la concepción que opa-

caba la noción de la ley considerada como forma de mandamiento y decide que toda ley sin excepción recibiría el refuerzo normal de la sanción que implica necesariamente su carácter, es decir la nulidad. La esfera de la nulidades se ensancha -- así sensiblemente y al mismo tiempo el campo de fuente legal que hay que incluir en su estudio ". (9)

En efecto, en este período predomina la idea que no se le dará carácter legal, ni a los pactos ni a los convenios -- cuando su objeto haya sido prohibido por la ley, en virtud de lo que está contra la misma, no es solamente inútil sino radicalmente nulo aunque el legislador no haya tomado en cuenta y en forma expresa tal circunstancia. En este período se tuvo especial respeto por la nulidad absoluta de los actos, que en su ejecución, se encontraran vinculados a una condición imposible o de carácter potestativo.

Respecto a la nulidad relativa, adquiere una connotación mas explícita, ya que el dolo, la violencia, el error, la intimidación, constituyen sendas medidas de protección a las -- partes victimadas; teniendo mayor claridad por el incremento notable de la acción rescisoria para los procesos en que se reclamara una restitución total o íntegra.

D).- ESPECULACIONES TEORICAS.

Después de haber repasado la fértil semilla jurídica que los romanos cultivaron, llegamos el momento de expresar juicios que a modo de resumen, determinen en el campo puramente-

teórico, si este derecho percibió la figura de la inexistencia.

Comprendemos la irreverencia de nuestra parte, al tratar de comentar en unas cuantas líneas, una obra que tardó siglos en su formación; pero lo hacemos, - sin que para ello se nos tome como modernos pandectistas - con la certidumbre de haber realizado un máximo esfuerzo para el logro de nuestra finalidad. Hemos descrito en líneas atrás, que poco podemos sacar - que nos sirvan como datos de referencia de los períodos descritos de derecho arcaico y preclásico, y más de aquel que de éste, sin embargo hemos de configurar a una " *Lege rogatae* ", pues bien dicha lege se componía:

a).- La *Praescriptio*, que era una mención del magistrado que había tomado la iniciativa, conteniendo también datos sobre la asamblea comicial que había dado su aprobación;

b).- La *Rogatio*, que era el contenido dispositivo de la norma.

c).- La *Sanctio*, que era la determinación de las consecuencias, que ocasionaba violar la parte dispositiva de la ley.

Si falta la *sanctio*, hablamos de una *lex imperfectae*, si la sanción consiste en un castigo al trasgresor, quedando intacto el resultado del acto violatorio, estamos entonces en presencia de una *lex minus quam perfectae*; y, si la sanción consiste en la anulación del acto violatorio de la ley, se trata de una *lex perfectae*. Como ésta terminología no se deri

va del corpus iuris, nada se opone a que una ley, cuya sanción convinara el castigo del trasgresor, con la nulidad de los resultados del acto respectivo, o por mejor decir de la anulación, se califique de *lex plus quam perfectae*.

Los principios un tanto rudos que imperan en el derecho arcaico inspiraron a los romanos a buscar soluciones prácticas, sin ponerse a considerar a fondo, los temas jurídicos de gran importancia, circunscritos en manos sacerdotales, anomalía que desaparece con la secularización del derecho y como consecuencia también de la influencia del pensamiento helenista; estudiándose por mera afición el derecho, con el objeto de tener una cultura jurídica que correspondiera al linaje; así describimos el fabuloso auge que toma la jurisprudencia que en gran parte se debió también a las aportaciones de las escuelas proculeyana y sabiniana.

Pués bien, como ideas generales podemos apuntar la fuerte aplicación del principio "todo acto nulo, no produce efecto alguno"; así en todo acto, en que para su celebración no se hubieran observado los requisitos esenciales, era nulo *ipso-jure*, de tal manera, que un negocio que en un principio estuviera afectado de nulidad, no se podía convalidar, aún cuando desaparecieran los vicios que ocasionaban esa nulidad.

" A ésta primera facilidad en la materia sustituyó una mayor complicación en la época imperial, pues aparte de una teoría general sobre el negocio jurídico, de que no todas las

leyes prohibitivas de ciertos negocios de derecho declaraban al mismo tiempo la nulidad de los celebrados con tal prohibición, como las leyes imperfectas o *leges minus quam perfectae* o *imperfectae*, y la poco precisa terminología de las frases para indicar la *materi, inutilis, irritus, vitiosus, inanis, nullius momenti, nihil agit, nihil agitur, etc.*; aparte de -- todo esto, decimos; si el pretor no podía anular un acto que el derecho civil declaraba válido, podía acordar, por medio de la *restitutio in integrum* o por la *exceptio doli* una especie de reparación, y ello fué un medio que el magistrado se valió en su lucha contra el derecho civil. Se originó desde entonces la nulidad civil, producida de pleno derecho, y la nulidad pretoriana, que precisaba el ejercicio de la acción, y no tenía lugar sino por virtud de una sentencia. Resultado de ésto era que la invalidéz del derecho civil, equivalía a la nulidad absoluta, y la de nulidad pretoriana a la anulabilidad, salvo algunas excepciones, como la querrela de inoficioso testamento, que siendo caso de invalidéz civil, lo es -- más propiamente de impugnación, o la invalidéz de la ley -- Cicereia respecto a la falta de declaración por el acreedor -- del número de fiadores que garantizaban la deuda, o la del -- senao-consulta Velejano, que regulando la intervención de las mujeres, aparecía como nulidad pretoriana, siendo realmente -- de nulidad absoluta." (10)

En cuanto a los vicios que ocasionan que un acto se ca--

lifique de nulo, algunos deben alegrarse en la fase in jure-- como precedente para el paso a la otra instancia donde deberá ser tomado en cuenta por iudex. Ahora bién, cuando el negocio afectado de nulidad llega a la "conciencia del juez" éste, debe tener en cuenta no solamente los alegados en la fase in jure, sino que a su juicio concedera todos los que crea prudentes, aún en el caso de no haberse hecho valer en la primera etapa del juicio; encontrándonos con la distinción de la nulidad relativa o sea la que hace valer el interesado en la fase in jure, y la nulidad absoluta que es la que hace valer el juez en la fase in iudicium.

En relación con los contratos podemos decir:

"Los vicios que acarrear la nulidad o anulabilidad pueden tener relación con los sujetos (incapacidad), el objeto (imposibilidad física o jurídica, etc.) el consentimiento (error, dolo, intimidación o lesión), la causa (inmoralidad de motivos) o la forma (violación de requisitos formales)(11)

Ahora bién, contestemos de una vez por todas ¿Hubo noción de Inexistencia jurídica en el derecho romano?

Con los datos que hemos trabajado, hemos de concluir --- que el derecho romano, si tuvo idea de la inexistencia jurídica, pero la confundió con la nulidad absoluta. Esto no debe extrañarnos, pues en la actualidad se sigue esta confusión -- por tratadistas, que con sutil afán científicista, se ocupan de ésta cuestión, sin el fervor de encontrar el quid que la --

inexistencia jurídica merece.

Sabemos que se nos podrá criticar por habernos inclinado por una situación cómoda, sin ofrecer demostración teórica ni práctica; a ello se deben las líneas siguientes:

Establecimos, páginas atrás, que en el período preclásico tenía aplicación el principio: "Quae ab initio inutilis -- fuit institutio, ex post facto conualescere non potest", que hacía referencia al momento de la celebración del negocio sua visándose después, como lógica consecuencia de las aportaciones de los grandes clásicos, empero, no quiere decir que el principio no haya tenido ya eficacia, pues cuando vimos el sistema contractual nos dimos cuenta, que se hacía referencia ab initio, a la celebración del contrato, calificándose después los vicios que acarreará.

Asentamos también, que la voluntad o por mejor decir el consentimiento, fué factor determinante para la celebración de los negocios jurídicos, es decir, si no había voluntad, -- simplemente no había negocio; situación muy distinta era cuando a pesar de haber voluntad, ésta, se encontrara viciada, -- porque cobraba actualidad el principio de "coactas voluntas, -- tamen voluntas est".

Repetimos que el derecho romano no nos presenta una teoría de las infelicidades, como un sistema unitario, lo que hace más saludable la tarea del investigador pues a la conclusión a que llegue en su tarea, y tomando en consideración la-

dificultad de haber trabajado con elementos sumamente delicados, creemos, se compensará con la satisfacción de su esfuerzo. Así hemos llegado a la premisa que nuestra verdad alcanza de que la noción de inexistencia, si fue percibida por el derecho romano. Pasamos nuestro dicho, al considerar la feliz unión, de la sorprendente intuición jurídica de que los romanos hacían gala, con el pensamiento filosófico de los griegos. En efecto, los elenicos pregonaban en su lógica, el principio: " Quod est, est. Quod non est, non est ". (Lo que es, es. Lo que no es, no es); que al unirse con la máxima latina " utile per inutile non vitiatur " (lo que es válido, no debe invalidar lo válido "; haciéndo con ello un derecho más humanizado, y que estudiaba las instituciones que lo integraban desde un punto de vista más elevado.

2.- ANTIGUO DERECHO FRANCES.

Siguiendo con el método de exposición que nos hemos fijado nos toca ver el derecho francés, desde sus mas remotos tiempos y donde observamos que la idea que sobre nulidades tiene, coinciden con las del derecho romano, subsistiendo con los mismos caracteres que estudiamos en las páginas precedentes.

En efecto, el carácter ilícito e inmoral del acto jurídico, condiciona el vínculo de la nulidad absoluta de una manera determinante; en tanto que la nulidad relativa, continua siendo protegida por las acciones de dolo y violencia que ya hemos descrito, pero sobre todo por el medio pretorio conoci-

do como la restitutio in integrum, así como por la querella inofissiosi testamenti, en sus dos aspectos: donationis y dotis.

3.- EPOCA FEUDAL.

Los siglos comprendidos del X al XV marcan el reinado -- feudalista, etapa histórica que se caracteriza por las hondas confusiones y frecuentes contradicciones de la materia que tratamos; debido tal vez a la lucha que sostienen dos tipos de -- derechos por la primacia de sus instituciones.

Así el derecho consuetudinario, tan solo nos deja entrever que las nulidades entran en juego, cuando se atiende ex -- clusivamente a la voluntad y a la intención.

Lo más notable que encontramos en esta confusa etapa, es el esfuerzo realizado por los post-glosadores del derecho romano, pero que infortunadamente no tratan con profundidad --- nuestro tema sino que mas bien, a vuela pluma. Tenemos ideas -- de Irnerio, pero sobre todo de Bartólo quien al tratar la nulidad absoluta la fundamenta sobre consideraciones de utili -- dad pública; constituye para este jurista un medio de coer -- ción, que asegura el respeto a las leyes, operando de pleno -- derecho cuando la prohibición afecte al interés general.

Por lo que a la nulidad relativa respecta, se identifica con la idea de la " sanción favor ", que se concedía a una -- persona o a un grupo de personas determinadas, para la protec -- ción de sus intereses.

En lo que toca al derecho canónico, bien poco se puede-- decir, sobre la teoría de la invalidéz, en virtud de que todas sus concepciones encuentran su basamento en formulas expresadas que constituyen el juramento: " Per Deus juro, et sic me deus adjuvet ", por lo que se puede concluir que aquello que se jurara en vano o con falsedad (perjurio), sería afectado de nulidad. (12)

4.- EPOCA MONARQUICA.

En las postrimerias del feudalismo, fue notorio un movimiento de ideas que iba en contra del derecho romano. En efecto, inspirandose en un nacionalismo jurídico de estricta causa, llegamos al siglo XVI que marca el principio de la monarquía, donde la corriente adversa al derecho romano gana día a día adeptos, con la finalidad de darle a su derecho eminentemente nacionalista, una connotación fuertemente francesa. Es así, como a la nulidad absoluta se le llama ahora " precisa y perpetua, otras veces se llamará ex publicis causis, y otras mas, precisa y absoluta.

" Por cuanto a la nulidad relativa, como dicen todos, - se vincula un término confuso la nulidad causativa en virtud de que se fundaba en las prohibiciones y estaba estrechamente ligada a la causa, de donde tomó el nombre de causativa o respectiva." (13)

D' Argentre (14) tratando de encontrar la naturaleza jurídica de la nulidad absoluta, nos ofrece una clasificación tripartita de los " títulos anulables ", que por convenir al

objeto de nuestro estudio, los mencionaremos: en primer lugar nos dice que hay títulos (inútiles), que son los actos celebrados que no pueden gozar de la protección legal ya por que su objeto sea ilícito, ya porque la obligación haya sido asumida por persona incapáz o bien, porque no se ajuste a la forma que la ley establece. En segundo lugar, nos habla de títulos (nulos) que son aquellos que van contra la ley, la costumbre o bien cuando falta el consentimiento. En tercer lugar nos dice que hay títulos (malos o ilícitos), que son los que tienen una causa prohibida.

Despues de exponer esta teoría, que repetimos fue en relación directa con la nulidad absoluta, creemos que no profundizó en el estudio de dichos títulos, lo que hubiera proporcionado tal vez, el descubrimiento de una nueva figura, sino que concideramos que la influencia del medio gravitó -- con enorme fuerza sobre su mente, adoptando la teoría que le daba a la causa publica una preeminencia en las nulidades absolutas.

5.- SIGLOS XVII Y XVIII.

Como hemos establecido con antelación, el siglo XVI se caracterizó por el desprecio a las instituciones que el derecho de Roma marcaba; en el siglo XVII hay un intento de conciliación con aquel derecho, y como para este efecto era ardua la tarea, casi no encontramos aportaciones doctrinales (desde luego en nuestro tema), que estimemos pertinentes .

tan solo un débil destello nos llega debido a la elegante --- pluma de Domat (14), quien aporta al campo del derecho el - concepto de orden público diciendo que éste debería buscarse- en el derecho positivo, así como el orden natural se busca en el concepto de derecho natural.

Si el siglo XVII fué vacilante en la aportación de ideas, por la reconciliación que en su seno se gestaba, encuentra su culminación en el siglo XVIII volviéndo a cobrar vigencia las prácticas fórmulas romanas y los principios básicos de su derecho. Al respecto nos dice Lutzesco que se dan cuenta en este siglo " que la dominación del derecho romano no podrá ser- quebrantada, por haber comprendido la parte mas importante -- del derecho positivo: la teoría de las obligaciones, en que - el pensamiento de Roma ha impuesto definitivamente su espíri- tu, puede eludirse la influencia directa sobre los hechos de- la vida de los negocios; puede cambiarse el nombre de sus ins- tituciones dandoles uno en el lenguaje propio de cada pueblo, pero jamás se podrá destruir el sólido encadenamiento de su - lógica, ni la claridad de sus fórmulas, ni la cohesión que -- constituyen sus razonamientos. Su técnica no es lo mejor qui- zás, la simplicidad, firmeza y nitidéz de sus principios le - han asegurado la perpetuidad ". (15)

El estudio de la nulidad absoluta, se hace bajo un tri - ple punto de vista: bajo el punto de vista del interés públi- co, es decir, cuando la nulidad se sustenta en él, se derivan

consecuencias en relación con las personas que tienen derecho a hacerla valer, lo mismo que a la duración de su existencia. Respecto al primer punto, se dice que se encuentra al alcance de todos y en el segundo, toma la nota de imprescriptible por su fundamento y aplicación a la norma: " quod nullum est ab initio, tractus temporis convalescere non potest ".

Otro punto de vista del estudio de esta nulidad, se obtiene a través de sus efectos y en este caso, la nulidad pondrá todo cuidado y esmero para que el interés general sea respetado, de ahí que la máxima de Cicerón toma nueva eficacia: " Quod nullum est, nullum producit effectum ", que a su vez se encuentra reforzada por esta otra: " quod nullum est, non potest confirmare ".

En tercer lugar, se plantea la cuestión en el estudio de esta nulidad referente al procedimiento de anulación, de si debe ejercitarse como acción o como excepción, teniendo la idea de que dicho ejercicio deberá estar sujeto a los intereses en juego.

De la nulidad relativa, diremos que sirve a los particulares para proteger sus intereses privados.

6.- CODIGO NAPOLEON.

Hemos de terminar con nuestro desarrollo histórico con la aparición del código Napoleón que profunda influencia tuvo sobre nosotros. Pues bien, al reglamentar este cuerpo la

institución del matrimonio, y atendiendo el principio que en su derecho cobra fuerza de que " no hay nulidad sin texto en materia matrimonial "; se encontraron con situaciones que no se encontraban reglamentadas de una manera determinante en el citado ordenamiento, como es el caso tan mencionado, del matrimonio celebrado por personas del mismo sexo. Ante el alud de críticas sobre ésta y otras situaciones, el fecundo ingenio jurista francés, se dió a la tarea de explicar el espíritu del mencionado código, siendo hasta entonces cuando la teoría de las ineficacias es objeto de profundos estudios. El resultado de sus investigaciones trajo como consecuencia la aportación de la figura jurídica de la inexistencia. En efecto, el sentir de sus razonamientos: fué el siguiente, - si el acto se conforma con elementos que estamos obligados a respetar, habrá entre ellos algunos que por ser intrínsecamente elementales, tal acto no podrá existir; por el contrario habrá algunos que no impidan la existencia de ese acto, pero que por convalidarse adquirirá la validéz del mismo. En el caso concreto del ejemplo matrimonial, evidentemente nos encontramos ante la ausencia de uno de los elementos intrínsecamente elementales para la configuración del acto, como es el objeto, evidentemente ese acto no tendrá existencia jurídica.

No obstante la brillante aportación teórica que acababa de tener cabida en el mundo de lo jurídico, provocó una-

confusión en materia de la ineficacias, pues se le identificó con la nulidad absoluta, apareciendo doctrinas detractoras que atacan al nuevo concepto.

Permítasenos presentar en el capítulo siguiente, las inteligentes teorías que encausan sus ideas sobre la negación de la inexistencia, con la claridad que nos sea posible, mismas a las que hemos de hacer las observaciones que consideremos pertinentes.

N O T A S :

- (1).- GEORGES LUTZESCO.- " Teoría y Práctica de las Nulida - des ". Trad. de Romero Sánchez y López de la Cerda. - Méx. 1945. Pág. 57
- (2).- GUILLERMO F. MARGADANT.- " Derecho Romano ". Méx. 1960 Pág. 443
- (3).- MARGADANT.- Obra citada Pág. 55
- (4).- MARGADANT.- Obra citada Pág. 325
- (5).- MARGADANT.- Obra citada Pág. 329
- (6).- LUTZESCO.- Obra citada Pág. 64
- (7).- RODOLFO SOHM.- " Instituciones de Derecho Privado Ro - mano ". Historia y sistema. Méx. 1951. Pág. 135
- (8).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 89
- (9).- EUGENE PETIT.- " Tratado Elemental de Derecho Romano " Trad. de José Ferrández G. Méx. 1953. Pág. 215
- (10).- MARGADANT.- Obra citada. Pág. 351
- (11).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 128
- (12).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 140
- (13).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 147
- (14).- D'ARGENTRE.- Citado por Lutzesco. Pág. 151

El término " Inexistencia ", aplicado al mundo del derecho, ha provocado hondas y fuertes discusiones que ocasiona un continuo movimiento de plumas, en el ámbito doctrinario, tratando de explicar su justificación, o se negación en el terreno de las ineficacias jurídicas.

Por la pretendida ordenación lógica que nos hemos impuesto, expondremos unas cuantas teorías, a las que bien pudiéramos llamarles detractoras de la teoría tripartita y en especial, de la inexistencia; y decimos unas cuantas, porque sería una labor interminable si pretendiéramos hacer una compilación de todas ellas, para darles cabida en este estudio. Así expondremos, las que se concideran en la actualidad de fuerte atracción y sobre las cuales, se han elaborado muchas otras.

Al mismo tiempo que expongamos cada teoría, haremos no una crítica, sino las observaciones que al respecto nos merezcan las mismas.

1.- TEORIA DE JAPICT.

En el prefacio de su obra, ataca a la teoría clásica, manifestando su inconformidad en virtud de que trata de resolver en block todas las cuestiones que pretende dilucidar; así mismo manifiesta, que sus soluciones son demasiado absolutas y que no puede funcionar de una manera satisfactoria e integral en virtud de no tomar en cuenta la complejidad de las relaciones de hecho y las necesidades prácticas. (1)

Su idea es hacer una teoría nueva que examine separada -

mente cada una de las cuestiones especiales en las que se analisen los grandes problemas que se presentan y determinen en cada uno de estos el procedimiento de solución, a reserva de relacionar en seguida éstas soluciones particulares, para descubrir posteriormente las leyes generales cuya existencia revelarán.

Para llegar a su conclusión, el autor en cita entra al estudio del fin de la nulidad, del medio en que surge y se desenvuelve, de las causas de su naturaleza. Para una mejor comprensión de su teoría, sigamos con el orden de sus ideas :

a).- El estudio del fin de la nulidad.

El fin de la nulidad es la sanción del acto irregular. El legislador al tomar en cuenta esa irregularidad, le otorgará un mayor o menor número de efectos y esto dependerá de la naturaleza de las normas que han sido violadas. Es decir, para aplicar la sanción es necesario examinar la violación concreta en su irregularidad, en la naturaleza de los intereses que la norma violada trata de proteger. Por ello dice, sólo hay actos nulos. En lugar de organizar la nulidad en si misma como lo hace la teoría clásica, debe considerarse a la nulidad únicamente como un accesorio de las reglas jurídicas. Así mismo es preciso analizar cuidadosamente, el mal y sus causas a fin de conocer el remedio que se debe de emplear y poder redactar la fórmula clásica de los elementos que lo deben componer. Hay que descubrir el fin de estas reglas y sus razones -

de ser: es necesario preguntarse que es lo que el legislador ha querido y porqué lo ha querido, cuales son los intereses-cuya defensa ha tenido a la vista; se deben buscar los peligros que el legislador ha querido evitar, su origen, sus diversos modos de manifestación, su gravedad y su duración. - Así tenemos que con base en estas consideraciones se sabrán las formas especiales que deben revestir las nulidades, las reglamentaciones particulares que deberán recibir a fin de moldearse y adaptarse del modo mas estrecho a las reglas que sancionan. Muy diversos son los fines hacia los cuales tienden estas reglas: para ajustarlas a ellas lo mas posible, la nulidad misma deberá plegarse a esta diversidad. Organizadas así, dando a las reglas jurídicas su máximo de firmeza por una garantía de ejecución tan segura como es posible, la nulidad llenará de la manera más completa el papel tan importante que desempeña en el derecho.

b).- El medio.

El fin de la regla del derecho es que no puede ni debe intervenir sola. Siempre va unida a hechos prácticos que no es posible olvidar; de hecho el acto, por nulo que sea podrá tener una existencia aparente que en vano la teoría clásica pretende desconocer; habrá alguna cosa, no será la nada. Un acto jurídico, por el sólo hecho de su realización, puede tener una importancia práctica muy real. Los signos materiales de la existencia de un acto, no son sólo los hechos de su -

otorgamiento: son también los hechos de ejecución y es en estos últimos, donde un acto jurídico por nulo que sea denotada cierta existencia, lo cual, jurídicamente deberá tomarse en cuenta. Aún cuando sea parcial esa ejecución, denotará la existencia de su causa, hará presumir el otorgamiento regular y la validez del acto en su conjunto; ésta presunción será justa sobre todo si estos hechos de ejecución se repiten. Una organización de la nulidad inspirada en consideraciones distintas del solo interés de las personas protegidas por la nulidad, como es el deber de tomar en cuenta igualmente los intereses generales de los terceros, de la sociedad, las necesidades del crédito la seguridad y las certidumbres necesarias, constituirá el medio donde la nulidad deberá actual, por lo que serán las situaciones de hecho y sus repercusiones lo que exige que uno sepa a que atenerse sobre la validez o invalidez de un acto. De esta manera, la teoría de Japiot desea tener más cerca a los hechos, aduciendo que solo en esta forma habrá más probabilidades de adaptarse a las necesidades prácticas.

c).- Las causas de nulidad.

El autor que comentamos propone que se abandone la clasificación de las nulidades en atención a sus causas. Nos dice que habrá que analizar la causa para después atribuirle sus características, prescindir de las causas y establecer en la ley las funciones específicas de la ineficacia, mayores o me

nores, según como lo determine el legislador y no consignar nulidades absolutas y relativas. El legislador es quien define las normas que deberán ser consideradas como de interés público, y las cuales afectan solo a los intereses particulares, aunque no deja de ver, que esta clasificación es uno de los problemas más difíciles del derecho. Para fundamentar sus ideas, nos dice que en el código civil francés se hayan numerosas disposiciones que se encuentran enunciadas en una forma prohibitiva y no por ser de este carácter pretenden proteger intereses de orden público. Según la teoría clásica, indudablemente deberían ser considerados esos actos jurídicos, como afectados de nulidad absoluta.

d).- La naturaleza de la nulidad.

En la teoría clásica, la nulidad es considerada como un estado del acto, pero Japiot cree que lo que habrá de tomarse en cuenta, no será el acto en sí, sino los efectos que el mismo produce. Propone substituir la concepción clásica de nulidad, por un derecho de crítica dirigido contra los efectos del acto. Así afirma, que la invalidéz practicamente no puede manifestarse sino por una ausencia de efectos. La ineficiencia aumentará de extensión, a medida que vaya creciendo el número de efectos suprimidos, pero no cambiará por eso de naturaleza: por mucho que los efectos sean suprimidos, podrá haber una ineficiencia muy grande o aún completa, pero siempre será una ineficacia. En atención a lo anterior, es que iden -

tifica los conceptos de inexistencia y nulidad de cualquier género.

Concluye Japiot, mencionando lo que en su prefacio expuso : habrá que descartar el procedimiento de soluciones en -- block practicado por la doctrina clásica y tratar de estructurar una teoría más especializada que tenga como base el encontrar para cada caso una observación adecuada.

OBSERVACION.

Hemos de manifestar, que logra Japiot hacer una bien estudiada crítica a la teoría clásica de las nulidades, pero no construye una que pueda sustituirla dejando su trabajo inconcluso, y creemos que fué así por la imposibilidad práctica -- de lograr el casuismo necesario.

Además estamos de acuerdo con Bonnecasse (2), en las -- críticas que le hace a esta teoría, y a las que añadimos que debe estudiarse la ineficacia jurídica en relación al acto, y referido a la inexistencia no estudiarlo a través de sus efectos, pues hemos de considerar que si bien esta base pudiera -- servirnos para explicar la nulidad, sería inoperante para explicar a la figura jurídica de la inexistencia. En efecto, -- consideramos que el acto inexistente no produce consecuencias jurídicas, de lo que lógicamente desprendemos que no podemos estudiarla a través de la misma, en virtud de carecer de ella. Aunque el autor citado nos informe que un acto que se identifique con la nada, produzca determinados efectos, diremos que

puede producirlos en tanto que hecho jurídico, más no acto. -

Por otra parte diferimos de su modo de pensar cuando nos identifica a la nulidad con la sanción pues pensamos, que sería lo mismo identificar al derecho subjetivo con la hipótesis normativa, cosa que no lo es, aunque se relacione; es decir, cuando se realiza un acto jurídico (supuesto), se producen consecuencias que a la luz del derecho adquieren relevancia y las que se traducen invariablemente, en un derecho subjetivo y en un deber jurídico; ahora bien, del incumplimiento del deber jurídico se produce una sanción, por lo que consideramos a ésta, como fundada y no como fundante. De seguir por el camino trazado por Japiot , nos encontraríamos ante la más terrible de las confusiones en virtud de enfrentarnos a una sinonimia perfecta entre conceptos tales como: nulidad, sanción, rescisión, reposición, etc.; lo que jurídicamente sabemos que por fortuna no es cierto, pues la luz de la filosofía jurídica ha penetrado, todos los senderos para darle a cada uno de los términos mencionados, una connotación especial en el campo del derecho.

2.- TEORIA DE PIEDELIEVRE.

El primer punto capital en la obra de Piedelievre, es el exámen minucioso de los casos en los cuales no se aplica el principio " quod nullum est nullum producit effectum ", haciendo notar desde luego aquellos casos en los cuales los actos nulos producen efectos de orden secundario, como tratándo

se de un documento auténtico, nulo como tal, pero que puede valer como escrito privado, así también pongo de ejemplo al patrimonio putativo y a la sociedad de hecho.

Lo anterior sirve de base de su teoría e inspiración crítica a la doctrina clásica. Dice que el hecho de que un acto sea inexistente no le impide producir ciertos efectos; tratando de buscar cual es el minimum requerido para que un acto afectado de nulidad, subsista llegando a la conclusión de que no es posible lograr un criterio muy preciso. Busca el medio en el que los actos nulos pueden sobrevivir más fácilmente en alguno de sus efectos y afirma que sólo podrá ser en la decadencia del formalismo, donde el principio de la autonomía de la voluntad tiene una gran aceptación y donde se admite que un acto puede ser complejo por su naturaleza y en donde se considera que la nulidad se dirige no contra el mismo acto sino contra sus consecuencias. Deberá estudiarse el medio en el que el acto nulo se realiza puesto que se encuentran, cierto número de circunstancias favorables para ir reduciendo el efecto de la nulidad y considerar, que éstas circunstancias podrán ser un medio de cultivo para que el acto nulo produzca efectos como si fuera válido. Dichas circunstancias, que se deben tomar en consideración son: la buena fé, la protección a los terceros, a la propiedad, a la posesión y en general al principio de seguridad tendientes siempre a estabilizar las situaciones jurídicas.

Pasa luego al estudio de la naturaleza de las consecuencias ---- que el acto nulo puede producir para investigar, si son de hecho o propiamente jurídicas, considerando que el fundamento general de los efectos producidos por los actos nulos, no es único sino que la buena fé, la idea de responsabilidad, la de apariencia, explican según los casos las supervivencias que se producen.

OBSERVACION.

Consideramos que un estudio tan bien realizado como el presente, siempre es motivo de encomio pero la base fundamental de su teoría nos parece falsa, por tomar en consideración situaciones de verdadera excepción, lo que sería tomar por general lo excepcional.

3.- TEORIA DE MAZEAUD.

Comienza por definir este autor, a la nulidad como una sanción que alcanza a todo un acto no conforme con los requisitos de validéz (de forma o de fondo) impuestos por la regla de derecho. El acto, como contrario a la ley, se considera entonces que no ha tenido jamás existencia, y las partes son restablecidas en toda la medida de lo posible, en el estado anterior a ese acto. (4)

Refiriéndose a su alcance, nos dice que la nulidad es susceptible de alcanzar a todos los actos jurídicos, ya sean contratos, o actos unilaterales; manifestando que se incurre en ella no solamente cuando la ley ha previsto expresamente -

la sanción (nulidad textual), sino tambien cuando habiendo determinado los requisitos de validéz, el legislador no indico la sanción de su inobservancia (nulidad virtual); empero dice, la jurisprudencia se niega a pronunciar la nulidad de ciertos actos en los que considera su subsistencia como importante, cuando esa nulidad no está dictada expresamente como sucede en materia de matrimonio en que con el fin de -- asegurar la estabilidad de la familia no la pronuncia, por los intereses que pudieran quedar comprometidos por la admisión de numerosos casos de nulidad.

Nos sigue diciendo este autor, que las nulidades se fundan, unas veces en consideraciones de orden público y otras veces, sobre motivos de interés privado.

Estos fundamentos sirven para hacer la distinción tradicional entre las nulidades absolutas y las relativas; las -- primeras sancionan una regla de orden público, mientras que las relativas, la violación de reglas dictadas para la protección de intereses privados. En muchas ocaciones no es tan absoluta la distinción, en virtud de que el legislador somete a ciertas nulidades a un régimen mixto, al aplicarles tal regla de las nulidades absolutas y tal otra de las relativas.

En relación con los efectos de las nulidades, nos dice que en nada difieren, y que toda nulidad debe ser pronunciada por el juez. Manifiestan que cuando un fallo ha anulado el acto, la nulidad obra retroactivamente borrando en el pa-

sado el acto y todas sus consecuencias, como si no hubiera existido jamás.

Refiriéndose a la inexistencia jurídica, nos dice esta teoría, que es inútil y falsa, pues argumentan que los autores que la preconizan pretenden que alguna diferencia importante separa a la inexistencia de la nulidad absoluta: manifiestan los partidarios de la inexistencia, que ésta no tendrá -- que ser demandada judicialmente; dice, el olvidan que el acto incluso inexistente, acreea una apariencia, y que habrá que dirigirse a los tribunales para purgar esa apariencia y restablecer la realidad, porque desde el instante en que una situación tiene apariencia de realidad, existe; y debe intentarse una acción para comprobar su nulidad. Manifiesta que la jurisprudencia admite la prescripción de la acción, incluso en -- los supuestos casos de inexistencia.

Consideramos que respecto a las nulidades del matrimonio, esta tesis estudia más afondo a la inexistencia jurídica; comenzando por examinar a la nulidad absoluta, manifestando que la jurisprudencia reconoce nueve casos en relación con la --- misma, cinco por violación de los requisitos de fondo: identidad de sexo, impubertad, bigamia, incesto y ausencia de consentimiento de los esposos; cuatro por violación de los requisitos de forma : ausencia de celebración del matrimonio ante un encargado del registro civil, clandestinidad, incompetencia del encargado del registro civil, matrimonio de un francés en

el extranjero sin publicación en Francia.

Nos sigue diciendo esta teoría, que dos de los anteriores casos están considerados por los partidarios de la tesis de la inexistencia, no como casos de nulidad absoluta, sino como verdaderos casos de inexistencia, como lo son la ausencia de consentimiento de los esposos y la falta de celebración ante un encargado del registro civil.

Se formula esta teoría, la pregunta de si existe un tercer grado de nulidad más fuerte que la absoluta, diciendo que algunos autores lo han pretendido colocando en ella a la inexistencia como lo hace Zachariae, quién la funda sobre algunas palabras de Bonaparte que en el curso de sus trabajos preparatorios de su código, había declarado que no hay que mezclar los casos en que el matrimonio no existe y aquellos en que puede ser destruído.

Manifiesta, de modo terminante que no era necesario recurrir a la noción de inexistencia para explicar que en las situaciones consideradas, el matrimonio era nulo. Basta para ello el menor sentido común dice, si los textos declaraban nulo un matrimonio entre impúberes, con mucha más razón un matrimonio entre personas del mismo sexo; si declaraban nulo un matrimonio en que había sido viciado el consentimiento de los esposos, con mucha más razón cuando ese consentimiento faltaba del todo; por lo cual resulta que la teoría de la inexistencia, además de ser inútil es inexacta, en virtud de no ha-

ber una noción de inexistencia, distinta de la noción de nulidad absoluta.

OBSERVACIONES.

Consideramos que esta teoría está equivocada desde su base, en virtud de considerar a la inexistencia como una nulidad, y entre ellas con la absoluta, lo cual hemos dejado aclarado en nuestras anteriores observaciones, pues mientras que la nulidad se refiere a los actos que son, aunque sea de alguna manera imperfecta, la inexistencia evidentemente se refiere a todos aquellos actos que no son, en virtud de no haberse configurado como tales, por la carencia de uno o más presupuestos vitales para su existencia.

Hacemos valedera, la observación que hicimos anteriormente en lo que respecta, a la nulidad como sanción.

4.- TESIS DE PLANIOL Y RIPERT.

Esta tesis, sustenta el principio de que la inobservancia de la ley, ocasiona una sanción; y cuando ello ocurre en un acto jurídico, la sanción que surge a la imaginación es la ineficacia de ese acto, aunque a veces, tan rigurosa sanción no siempre viene impuesta, como sucede en los casos en que el interés general afectado no exige tal medida, o cuando el remedio con que se pretenda solucionar, resulte peor que el daño, entonces, una simple multa o el abono de daños y perjuicios se imponen al infractor de la ley y en ocasiones se dicta sanción alguna. (5)

Nos hacen saber estos autores, que no obstante la aparente lógica de los actos inexistentes, se puede aprovechar -- bien poco de ella, por considerar equivocada la tendencia de la teoría clásica, donde se pueden observar numerosos casos de nulidad como otros tantos casos de inexistencia, y con mayor motivo dicen, por tratar de absorber en la inexistencia, todos los casos de nulidad absoluta. (6)

Pregonan que la ausencia de un elemento especial, sea en alguna categoría de contrato, o bien en un contrato determinado, no representa un caso de inexistencia, por que, aceptando que el consentimiento exista, ya existe algo, lo que es falso que nada exista. Ponen de ejemplo el de una venta sin precio-cierto o sin cosa vendida, la cual puede valer como donación; y un contrato calificado como venta, si bien de sus condiciones resulta que el vendedor ha de conservar la propiedad, puede valer como arrendamiento. Pero a veces, - dicen - interpretese como se quiera, el contrato no reúne las condiciones de ningun contrato válido, no obstante lo cual, si el consentimiento existe realmente, tampoco puede pretenderse que nada existe. (7)

Nos siguen diciendo los autores en cita, que como sucede frecuentemente, la reacción ha sido exagerada, en virtud de que la doctrina clásica en el momento en que iba a liberarse de sus orígenes romanos, fué desviada por la teoría de inexistencias, pero admiten que si bien algo contiene de exacto, no

ofrece suficientes matizaciones, y que respecto de ciertos puntos, es francamente inexacta debido a un exagerado afán de simetría y de simplicidad, en virtud de distinguir entre dos grandes categorías de nulidades, que en sí llevan una finalidad opuesta, haciéndo la pregunta de ¿ Cómo una diferencia -- ción fundamental, no iba a producir efectos en la regulación y compaginación de los diversos intereses en la práctica ? ;-- terminando por decir que es de imperiosa necesidad retocar a la doctrina clásica en sus detalles, o sea aquellos que permanecen más oscuros. (8)

OBSERVACION.

Es cierto que encontramos una mayor precisión en esta tesis, que no logra configurarse como teoría en virtud de no -- ofrecernos el retoque a la doctrina clásica como lo quieren , sino que siguen considerando a la inexistencia junto a la nulidad absoluta, como si fueran la misma cosa.

Por otra parte, hemos de establecer de una vez por todas, que el consentimiento como elemento esencial configura, junto con el objeto, la existencia de un acto jurídico; ahora bien, puede suceder que ese consentimiento se encuentre viciado en la formación de un contrato, lo cual no implica de ninguna manera la ausencia de dicho consentimiento, sólo que se encuentra de una manera irregular en la conformación del contrato, - el cual tomará plena eficacia cuando el vicio se purgue; si - tuación que es completamente diferente cuando no existe en ab

soluto el consentimiento, o en otro caso el objeto materia - del contrato. Como se puede ver, parten éstos autores de una lamentable confusión entre la nulidad absoluta y la inexistencia, lo cual los lleva a la imposibilidad de postularnos una nueva teoría.

5.- TEORIA DE LUTZESCO.

Este autor, en nuestro concepto merece que se le tome - muy en cuenta, en virtud de ser uno de los pocos, que ha dedi cado toda su atención para explicar la naturaleza jurídica de las ineficacias. En efecto, en su bien documentada obra a la que constantemente hemos hecho referencia en este estudio, re futa a la teoría de los actos inexistentes a la cual estudia, desde diferentes ángulos, para llegar a la conclusión de que no encuentra cabida lógica en la jurisprudencia francesa, for mulándose las siguientes preguntas : ¿ Dónde debe buscarse la verdadera fuente de su rico arsenal de ilusiones ? ¿ De donde proviene su imponente cortejo de herejías ? ¿ En donde se encuentra la justificación de su poderoso espejismo ? (9).

Dice de manera categórica, que para las anteriores pre - guntas, tiene una sola respuesta: que la teoría de la Inexis - tencia, ha sido edificada sobre fundamentaciones falsas como son las concepciones orgánicas del acto jurídico. En efecto, dice que ésta constituye el centro de todas sus investigacio - nes, de todas las mixtificaciones en que ha envuelto a las - sanciones legales.

Ahora bien, - sigue argumentando - una teoría vale por la cohesión de las moléculas que forman las células de sus elementos fundamentales, por la solidez de sus razonamientos, por el dominio que ejerce en la evolución de los hechos, por la precisión con que reacciona y se adapta a las exigencias de la vida. (10)

Si una ciencia ha obtenido un fundamento que es extraño en su técnica sólo podrá tener acceso en el campo de las ideas metafísicas, pero no en el campo de la práctica, porque no hay que olvidar dice, " el derecho es una ciencia social, vive para y por la sociedad, se desenvuelve y sigue su ritmo ascendente o descendente, aunque a veces con un retardo muy sensible; proyecta sobre los hechos las directrices que anteriormente le han imprimido otros hechos. La teoría jurídica, combinación del orden legal y de la práctica no podrá subtraerse tampoco a éstas reglas nacidas por así decirlo, del medio social. De modo que en tanto que sus premisas puedan cumplir éste cometido a la vez multiforme y difuso, se verá inducida a realizar todos sus fines, aspirando con toda legitimidad a características cada vez más claras ". (11)

Acto seguido, se propone estudiar la teoría orgánica del acto jurídico, a través de sus características así como de los resultados obtenidos.

En consecuencia dice, tomada la teoría del acto jurídico a semejanza de un organismo físico, adoptará los diversos es-

tados de su funcionamiento, como la vida, la muerte, la enfermedad y la curación se presentarán en él, para determinar la clase del vínculo obligacional, y por consiguiente la naturaleza jurídica de la nulidad. Rechaza abiertamente la Jerarquización de las ineficacias del acto jurídico según sus estados orgánicos, manifestando que la nulidad no es una cualidad del acto, sino que constituye una sanción legal la cual debe buscarse en el fin que el legislador se ha propuesto alcanzar. El problema consiste en saber, cual ha sido el objetivo a que se ha unido la disposición legal lo mismo que saber, cual es el fin que las partes han querido realizar; si el objetivo individual es de la misma calidad o naturaleza que el objetivo legal, la ley no opondrá obstáculo alguno y el contrato será plenamente eficaz; por lo cual debe rechazarse la idea de la inexistencia en virtud de no estar de acuerdo con las disposiciones del código y conduce a conclusiones desprovistas de una fundamentación efectiva.

Nos sigue diciendo que el análisis detallado, da la oportunidad de comprobar que a través de las condiciones de existencia y de validez, la teoría del acto orgánico está lejos de darnos soluciones aceptables, sin que por el contrario el acto jurídico ha sido quebrantado por tomar en consideración la ley y por entrar en juego las nulidades vinculadas al fin, o al interés protegido. (12)

En el funcionamiento del cuerpo físico, es necesaria la

participación de todos sus elementos ya que la falta de uno, - origina la muerte del mismo; tésis que los organicistas han - postulado en relación con el acto jurídico, de donde resulta - rá se pregunta, ¿ Si el acto jurídico no puede funcionar, si - le faltan uno de sus elementos ?; para ello hay que notar que - ni los mismos partidarios de tal tésis, argumenta, se han --- guesto de acuerdo principalmente en lo que a la causa se re - fiere, así mismo debe señalarse la dificultad por lo que res - pecta a la solemnidad de los contrados; ya que en cuanto se - habla de los elementos esenciales para la integración orgáni - ca del cuerpo físico, debe estarse de acuerdo que cada uno de - sus elementos goza de la misma importancia.

Esta interesante teoría nos sigue diciendo, que si se - examina al acto jurídico, veremos que tiene elementos vitales a título excepcional como es el caso de la forma, por lo que - podríamos decir, comparándolo en el terreno de la anatomía, - que hay órganos que son indispensables para la vida pero que - sólo losón para determinadas personas. Esto nos lleva a la - conclusión que el elemento formal no es idóneo en la construc - ción orgánica del acto jurídico y que no merece la importan - cia que se le ha dado.

Se comprende fácilmente dice, porqué las equivocaciones han encontrado siempre un medio fértil en la simplicidad que - aquella, se ha atribuido injustamente y porqué no se ha logra - do nunca ser incluida en las realidades prácticas, así como -

también no ha seguido las fluctuaciones de las circunstancias de hecho. " De suerte que, si se quiere escapar de éste fetichismo que lo obstaculiza, si se quieren hacer desaparecer todos los errores, todas las mixtificaciones que se han acumulado en torno al acto organismo y que se han desfigurado a la vez, su naturaleza y la naturaleza jurídica de la nullidad, no hay mas que un camino posible : desechar la teoría del acto jurídico concebido como un organismo con sus diversas fases, como son la vida, muerte, enfermedad y curación , que han hecho de la noción de inexistencia una noción incierta, confusa y sin interés práctico ". (13)

Acto seguido, se pregunta el autor en cita, como puede substituírla, diciendo que el solo hecho de que su procedimiento sea idéntico al de la nulidad absoluta es ya un gran adelanto; el legislador - dice -, al fijar las bases de las condiciones de validéz del acto contractual no se preocupó - en formular los elementos de un cuerpo viviente ni tampoco - da al vínculo obligacional un aspecto orgánico.

Ahora bien, si el vínculo obligacional debe formarse en torno al consentimiento, no debe determinarse a través de un artículo del código, los elementos necesarios para la exis-tencia del acto jurídico, ya que en la práctica, el consentimiento se ha incluido siempre en la esfera de los intereses-privados, siendo éste el punto de vista legal que se ha querido deformar sin darse cuenta que se complica terriblemente

y con vanos resultados el juego de las ineficacias.

Establece también, que a su vez la forma, la causa y el objeto, serán sancionados ya por la nulidad absoluta, ya por la relativa según sea el conflicto suscitado entre la ley - por una parte, y el contrato por la otra; es decir, de acuerdo con las circunstancias de hecho que se sigan, lo mismo - las causas de indignidad, que al afectar las consecuencias - del acto jurídico se refieran al trasgresor de la ley.

Termina este autor en su metódica obra, desechando por completo la noción de inexistencia y pregonando, el reinado en la teoría de las ineficacias de las nulidades absoluta y relativa, y a la vez pidiendo una paridad terminológica de validéz universal para estas dos categorías.

OBSERVACION.

De todas las tésis que nos hemos permitido exponer, esta es la que nos ha parecido que reúne los elementos más firmes de lógica, en la refutación de la Inexistencia Jurídica; empero, hemos de disentir de su idea substancial, o sea el - ataque dirigido contra el estudio organicista del acto jurídico, al decirnos que se funda falsamente en concepciones - desligadas de la realidad, ya que consideramos al derecho como una ciencia eminentemente social donde se modelan las normas que lo integran para el mejor logro de sus fines, y tan es así que ante la presencia de un problema, se tiene la necesidad de estudiarlo a fondo para la mejor protección de -

intereses en juego, de manera más justa, ya que ocasiones ha
brá en que por la aplicación rígida de un precepto legal, esos
intereses que se tienden a proteger, resulten menoscabados. -
Es por ello que consideramos, que la teoría del acto jurídico
debe estudiarse a la luz de las partes que lo integran, para-
poder percatarnos cual de ellas está funcionando de manera -
irregular, o ver si se encuentran en plena armonía dichas par
tes, lo mismo que si alguna o algunas de las mismas no se en-
cuentran presentes en su formación.

Exponemos así mismo, que el derecho debe apoyarse en prin
cipios que encuentren su fundamento en el mundo social, y que
los mismos se proyecten hacia la luz mas pura de la axiología,
razón por la que consideramos injusta la crítica del autor ci
tado, de que el estudio se realiza a través de concepciones -
puramente filosóficas y sin ninguna aplicación práctica.

Por lo expuesto, consideramos que no debe rechazarse a la
" Inexistencia ", del terreno de las ineficacias, ya que es -
una figura jurídica cuya función es determinar, de manera más
precisa la ausencia del o los elementos esenciales que confor
man un acto jurídico, lo que a nuestro modo de ver, se traduce,
en la saludable consecuencia de hacer más expedita la jus
ticia.

N O T A S :

- (1).- RENE JAPIOT.- Citado por MANUEL BORJA SORIANO.- " Teoría General de las Obligaciones ". Méx. 1959. Vol. I.- Pág. 114
- (2).- JULIEN BONNECASSE.- " Suplementos ". T. III. Nos. 80, 92 y 108.
- (3).- M. PIEDELIEVRE.- Citado por Manuel Borja Soriano, -- obra citada. Tomo I Pág. 119
- (4).- HENRY, LEON y JEAN MAZEAUD.- " Lecciones de Derecho Civil ". Trad. Alcalá-Zamora y C. B. Aires 1959 Vol. I; Pág. 514
- (5).- MARCEL PLANIOL Y GEORGE RIPERT.- " Tratado Práctico de Derecho Civil ". Trad. Díaz Cruz. La Habana 1940 - Tomo VI. Pág. 391
- (6).- PLANIOL Y RIPERT.- Obra citada, Pág. 399
- (7).- PLANIOL Y RIPERT.- Obra citada, Pág. 401
- (8).- PLANIOL Y RIPERT.- Obra citada, Pág. 405
- (9).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 233
- (10).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 234
- (11).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 235
- (12).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 236
- (13).- LUTZESCO.- Obra citada. Pág. 241

C A P I T U L O C U A R T O

" POSTULACION DE NUESTRAS IDEAS "

Después de haber realizado el estudio que hemos descrito en capítulos anteriores, llegamos con la ansiedad reflejada en éstas líneas, a la postulación de nuestras ideas, en las que si bien, no pretendemos aferrarnos a principios de dogmática jurídica, sí es nuestra intención la búsqueda científica, con apego a los cánones de la lógica jurídica para tratar de encontrar, la claridad y precisión que en agónico clamor se pide sobre nuestro mundo social con respecto a las ineficacias en derecho.

La aportación de la doctrina Clásica Francesa, ha provocado una avalancha de ideas, en las que se pueden encontrar, las críticas sanas, la confusión y otras veces el insulto grosero y majadero de algunos pensadores que confunden la técnica del derecho con las necesidades prácticas.

Disentimos del modo de pensar de aquellos, que con duso afán doctrinario, nos aconsejan que hagamos completa abstracción del estudio del acto jurídico, en virtud de que nada encontraríamos en el mismo, para explicar la naturaleza jurídica de la Inexistencia. Permítasenos insistir en el estudio del acto jurídico, en tanto que acto, ya que si hemos de analizar la inobservancia del mismo, debemos conocerlo en su integridad, para que con apego a ello sepamos determinar el estado de existencia que ese acto reviste.

Consideramos que un estudio de los elementos que forman al acto jurídico, nos dará la pauta a seguir, para explicar -

el problema de la inexistencia en derecho, y después analizar a la luz de la más estricta relación jurídica las consecuencias que dicho acto genera, con el fin de encontrar fundamento a la materia de las nulidades, que junto con la Inexistencia, constituyen el cuerpo de las ineficacias jurídicas.

En otra parte de este estudio, examinamos varias ideas que tratan de explicar el significado de acto jurídico, llegando a la conclusión de que es la manifestación de voluntad o el concurso de las mismas (consentimiento), con el objeto de producir consecuencias jurídicas, concepto que coincide con la idea de negocio jurídico en la teoría de Ortíz-Urquidí. Por lo tanto hemos de estar acordes con Bonet, al decirnos que " La relación trae siempre su origen de algún hecho, que puede ser de la naturaleza o del hombre, hablándose en esta última hipótesis de acto y, respectivamente de hechos y actos jurídicos, en cuanto se trata de eventos a los que el ordenamiento positivo reconoce algún efecto en la esfera del derecho ". (1)

Es decir; siempre que haya un acto jurídico, es necesario relacionarlo con los elementos que le dan vida, que lo hacen existir, y entre los cuales nos encontramos a la voluntad para los actos unilaterales o sea el consentimiento de los bilaterales y un objeto que sea física y jurídicamente posible.

Permítasenos penetrar en el quid o esencia de éstos dos elementos que hemos derivado del significado conceptual del -

acto jurídico, para observar como actúan en la conformación de un acto y por consiguiente en la producción de las consecuencias jurídicas; dicho estudio hemos de realizarlo apegándonos estrictamente a las relaciones que encontremos entre los diferentes objetos o elementos que configuran un acto.

El concepto de relación jurídica, es un concepto jurídico fundamental, en virtud de ser un dato que se encuentra en todo derecho posible. (2) La relación consiste en la dependencia que encontramos entre los objetos relacionados, y dicha relación será jurídica, cuando se encuentre entre los diversos elementos del derecho. (3)

Así podemos decir, respecto al acto jurídico, que encontramos una primera relación entre los elementos que le dan vida y el acto mismo; es decir, encontramos una relación entre el consentimiento y el acto, al igual que entre el objeto y el acto; esta relación es la manera de implicarse los elementos confrontados, es la dependencia que encontramos entre dichos elementos y el acto.

Una vez configurado el acto en virtud de reunir los elementos vitales, al realizarse genera consecuencias que invariablemente serán, un derecho subjetivo y un deber jurídico, siendo en este momento cuando nos encontramos ante la presencia de otra relación que se da, entre la realización del acto y las consecuencias jurídicas; ahora bien, estas consecuencias que del acto han derivado, hemos de analizarlas a la luz

del derecho, para observar su validéz o el grado de invalidez que revistan, empleando para ello la fórmula del " deber-ser ", por lo que deducimos lógicamente, que si el derecho subjetivo no se realiza en su integridad, es decir, no faculta la conducta que la norma proclama, diremos que ese acto se encuentra viciado y lo mismo sucederá, si el deber jurídico no prohíbe la conducta contraria a los demás con el objeto que el derecho subjetivo se realice, también se estará infringiendo al supuesto normativo. Es decir, en los actos válidos-deben darse las consecuencias jurídicas tal y como lo proclama el supuesto, deben reinar en armónica conjunción el derecho subjetivo y el deber jurídico; pero cuando esto no sucede, entonces ese acto no será válido en virtud de tener algún vicio que lo está afectando; no decimos que ese acto no exista, sino que la primera relación que encontramos, está afectada por algún mal que provoca la enfermedad de ese acto.

Es por esto, que cuando expusimos nuestras observaciones a los autores que toman a la nulidad como sanción, manifestamos nuestra discrepancia en virtud de que la nulidad ya sea absoluta o relativa, siempre es nulidad, mientras que la sanción es la consecuencia de un deber jurídico incumplido; es decir, el incumplimiento (del deber jurídico) sirve de supuesto para que la sanción se produzca. Aquí tiene plena aplicación la fórmula que para Kelsen constituye la norma completa: Si A es, debe ser B; Si B no es, debe ser C.

aplicando este principio al objeto de nuestro estudio dire -
mos: Si se realiza el acto (A) deben darse las consecuencias
jurídicas (B) si se violan dichas consecuencias, deberá -
ser la sanción (C), por lo que hemos de coincidir con Mori-
neau en que la sanción es una norma fundada y no como lo que
re Kelsen, porque entonces viviríamos en un mundo de prohibi-
ciones. (4)

Siguiendo con el análisis de la fórmula Kelseniana, la -
vimos como la realización del acto " A ", pero cabe preguntar
nos si ese acto no se realiza en virtud de no contener los -
elementos que le dan vida, entonces estamos ante la presencia
de la figura de la Inexistencia, pues es lógico derivar que -
si no se realiza " A ", no se realizarán las consecuencias de
derecho " B "; razón por la que sostenemos que el acto jurídi-
co calificado de inexistente, no produce consecuencias como -
acto, sino que las producirá como hecho jurídico, más nunca -
como acto.

Analicemos por separado los elementos constitutivos, o -
esenciales de un acto jurídico:

LA VOLUNTAD COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO JURIDICO.

Hemos dicho que el concurso de voluntades forma el con -
sentimiento del que nos hemos ocupado ligeramente líneas atrás
pero consideramos oportuno insistir en el estudio del elemen-
to volitivo, con el objeto de observar hasta que punto es de -
terminante en la formación de un acto jurídico.

Respecto a este problema, nos encontramos que son tres - las teorías que se disputan en el campo doctrinario la validez de sus ideas:

a) TEORIA CLASICA.- Para la Doctrina Clásica, el acto jurídico constituye la fuente de más importancia de las relaciones en derecho, que consiste en una manifestación de voluntad cuyo objeto es la producción de consecuencias jurídicas. LA voluntad es un elemento esencial de todo acto jurídico, ya que sin la voluntad no puede hablarse de su existencia. Para ésta doctrina, las consecuencias jurídicas que se derivan del acto, obedecen a la voluntad de los sujetos o solo encuentra límites esa voluntad, cuando viola principios de interés público - o ataca a las buenas costumbres, en cuyo caso no producirá ningún efecto por ir en contra de principios normativos que las partes no pueden modificar, como sucede en los casos en que se persigan fines ilícitos. (5)

Por lo que a los hechos jurídicos respecta, nos dice ésta doctrina, que los efectos se derivan directamente de la ley ya que dichos efectos de derecho no son queridos por los sujetos o por el sujeto autor del hecho. Así que mientras en el acto jurídico la voluntad se manifiesta para producir las consecuencias de derecho, en el hecho jurídico se producen por la ley misma.

b) TEORIA DE LEON DUCUIT.- Considera esta doctrina que el elemento esencial de más importancia en el acto jurídico ,

es la norma de derecho, de la cual se derivan todas las consecuencias jurídicas. (6)

El maestro Rojina Villegas, nos hace saber que con el objeto de fundamentar su teoría, León Duguit parte de los estudios de carácter psicológico realizados por William James (7) quién considera que el acto de voluntad es un fenómeno complejo en el cual se pueden observar diversos estados graduales como son : la concepción, la deliberación, la decisión y la ejecución. El primer momento del acto volitivo, está representado por la concepción, en la que se le ofrecen al espíritu diversas representaciones mentales, como futuros objetos posibles de ejecución. El segundo momento se manifiesta, porque la conciencia tiene varios objetos de pensamiento que se oponen, apareciendo la deliberación que consiste en un estado de indecisión. El tercer momento o sea la decisión está íntimamente relacionado con los dos anteriores, de tal manera que pertenecen única y exclusivamente al sujeto, ya que nadie más los conoce, sino solo el sujeto. Una vez que se ha tomado una decisión, se presenta el cuarto momento del acto volitivo, que es la ejecución y que consiste en una relación objetiva, que requiere una actividad externa del sujeto mediante el movimiento de sus órganos.

La ejecución es pues, un movimiento voluntario, debidamente pensado y llevado a la realización con la plena previsión de sus efectos.

En este estudio psicológico del acto volitivo, en el que funda Duguit su teoría, tratándo de demostrar que el elemento esencial del acto jurídico no es la voluntad, puesto que la voluntad por sí sola no puede producir consecuencias de derecho, sino que necesita que el derecho le otorgue su protección " el derecho no está al servicio de la voluntad, para reconocer en todo tiempo las consecuencias arbitrarias, o no arbitrarias, lícitas o ilícitas, que se proponga el autor del acto". (8)

Así dice, " La ejecución es el momento más interesante del acto jurídico, porque se traduce única y exclusivamente , en un movimiento corporal ya sea en el orden físico o en el orden jurídico. Cuando el sujeto decide ejecutar algo, delibera y realiza el acto, pero no puede hacer otra cosa que poner en movimiento los órganos corporales; así el que decide lanzar una piedra para herir a una persona o para hacer un blanco en un objeto, no puede hacer otra cosa que poner en movimiento su cuerpo para realizar ese fin; el que decide comprar un objeto, no puede hacer otra cosa que expresar por la palabra, la escritura, el lenguaje mímico o mediante hechos, su voluntad de comprar; pero es necesario distinguir, entre ese movimiento corporal que realiza el sujeto para ejecutar el acto y las consecuencias que en el orden físico o jurídico pueden realizarse ".

Nos sigue diciendo el autor en cita que " No todo el que

lanza una piedra para hacer blanco en un objeto, logra su finalidad, sino que tiene que sujetarse a un conjunto de leyes físicas ajenas a su voluntad, la que únicamente trata de ajustarse a ese conjunto de leyes naturales para obtener el fin deseado, En el orden jurídico, sucede la misma cosa; el que se propone a realizar un acto, que tenga consecuencias de derecho, sabe que su voluntad únicamente pondrá en funciones a una norma jurídica a través de un movimiento corporal para que las consecuencias se produzcan; hasta ahí llega el poder de la voluntad, si se quiere celebrar un contrato, entra en relación con otra persona y declara cual es su voluntad y la otra también declara la suya; esto se traduce en un movimiento corporal de los órganos del sujeto para expresar por la palabra, la escritura o los hechos, su voluntad pero las consecuencias de derecho que van a seguir a esa manifestación de voluntad, ya no dependen del sujeto, porque las establece una norma jurídica, así como no depende del sujeto en el orden físico que se produzcan determinadas consecuencias, porque debe subordinarse a las leyes de la naturaleza y si no lo hace, no se producen esas consecuencias. Las consecuencias no dependen de la voluntad del sujeto, sino de la aplicación posible válida y eficaz de un precepto de derecho." (9)

Así pues, en el momento de la deliberación el sujeto puede tener la intención de que los efectos se produzcan, más en el momento en que se efectúa la ejecución, solo se producirán

aquellos efectos previstos o reconocidos por el derecho objetivo, ya que éste es completamente independiente de la voluntad del propio sujeto; ahora bien, si la manifestación de voluntad se produce en contra de las normas de derecho, sólo producirá un acto nulo. Para esta doctrina pues, ni el fenómeno subjetivo ni el externo de la volición " exteriorización " tienen poder para producir consecuencias de derecho. Al acto interno volitivo, en tanto no sea aplicado exteriormente no se le podrá aplicar el derecho, y el acto externo de volición, solo produce una modificación en el orden material; siendo por lo tanto el derecho objetivo el único que crea los efectos jurídicos, al unir a éstos con la declaración de voluntad; de tal manera, que las consecuencias jurídicas solo son resultado de la ley más no de la voluntad, la que se concreta en ser una declaración de voluntad que sirve de condición para que las consecuencias de derecho se den, de conformidad con el derecho objetivo, que sólo puede aplicarlas a una voluntad manifestada exteriormente. " En conclusión, para Duguit la manifestación de voluntad es la condición, más no la causa eficiente en la producción de efectos de derecho ". (10)

c) TEORIA ECLECTICA.- Esta teoría se debe a Bonnacasse , quién adopta una posición intermedia entre las dos anteriores, tomando de cada teoría lo que le parece más apropiado para manifestar que, para la producción de efectos jurídicos, se requiere por una parte la existencia de una regla de derecho y-

por la otra, la realización de un acto determinado. (11)

Su punto de partida lo constituye la distinción entre la situación jurídica abstracta y la situación jurídica concreta; diciendo respecto a la primera que es " La manera de ser eventual o teórica de cada uno, ante una ley determinada. La situación jurídica abstracta, abarca a una o a varias hipótesis de conducta previstas en la norma en sí, pero también en cuanto a las personas que queden comprendidas en forma impersonal en la situación jurídica abstracta, está determinada por la manera de ser que le es impuesta impersonalmente a los sujetos, hasta en tanto se efectúa un acto o un hecho que genere los efectos previstos por la norma. Define a la situación jurídica concreta como " La manera de ser para una persona determinada, derivada de un acto jurídico o de un hecho jurídico que ha aplicado en su derecho o en su contra, las reglas de una institución jurídica al mismo tiempo que le ha conferido efectivamente las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esta institución ". (12) Si se realiza un determinado acto o hecho, la situación jurídica abstracta se transforma en situación jurídica concreta dándose los efectos previstos por la situación abstracta; así es, de tal manera que las consecuencias de derecho no se crean solo por la situación jurídica abstracta, sino que ésta los prevee en forma impersonal, pero se requiere que se haga concreta esa situación mediante un acto o hecho jurídico con el fin de

que de lugar a la producción de consecuencias jurídicas.

Para esta doctrina pues, solo se producen las consecuencias jurídicas por efecto directo de la ley y previa intervención de un acto o hecho jurídico. De tal manera es así, que siempre es la ley la base de las consecuencias, pero se requiere que la voluntad se manifieste mediante un acto para que se realicen los efectos previstos por ella. (13)

AUTONOMIA DE LA VOLUNTAD.

Planteada la naturaleza jurídica de la voluntad, hemos de insistir en su tratamiento con objeto de observar las diferentes concepciones históricas de la misma. En un principio la idea de la colectividad regía las manifestaciones jurídicas, haciendo imposible el que cada individuo pudiera obligarse aisladamente; o sea, que primitivamente hubo una época en que el individuo absorbido por la colectividad, no tenía facultad de obligarse; desconociéndose el principio de la autonomía de la voluntad, de tal manera que para que pudieran nacer una obligación contraída por individuos, era menester un refrendo dado por la colectividad.

En la Roma preclásica, se encuentran como dos polos -- opuestos el pater familias que era el centro de imputación del derecho privado, y las civitas que lo era del derecho público. Debido al formalismo rígido y sacramental que imperaba en esa época, no tuvo fuerza creadora la voluntad sino que solo encontramos fórmulas que debían ser pronunciadas para rea-

lizar un negocio, mismas que al ser dichas obligaban a las partes aún cuando no hubiese sido la voluntad verdadera; o sea, que una vez pronunciadas obligaban aún en contra de la voluntad de los contratantes. Debido al desarrollo de las relaciones comerciales y el resurgimiento del derecho romano hace que se le empiece a dar trascendencia al consentimiento, en el período clásico ; es decir, la voluntad toma directa participación en la celebración de los contratos como lo dejamos constatado en capítulo anterior, y así vimos que el pretor daba cierta eficacia a los convenios celebrados por las partes que no encajaban en los moldes típicos del jus civile, ya que el derecho pretotio se inspiraba en la equidad. (14)

Encontramos pues que ya empieza a surgir el principio de la autonomía de la voluntad y según Rocamora Valls surge cuando " Ulpiano se pregunta: ¿ Qué cosa tan conforme a la fé humana, que cumplir los hombres lo que entre sí pactaron ? " (15)

Se nota que es a partir de la individualización patrimonial que se da fuerza creadora al consentimiento en las relaciones jurídicas; tan es así; que a partir de éste momento, lo que la voluntad pactó tendrá fuerza obligatoria entre las partes.

A partir del siglo XV y con la notable influencia del fecundo pensamiento de Grocio, encontramos en pleno apogeo el principio de la autonomía de la voluntad, pues es considerada por este pensador, que es el fundamento del contrato; que-

una vez que es declarada liga a los hombres, aún en contra - de su voluntad, sin importar las condiciones de injusticia en que se haya celebrado el contrato, fundándose en la máxima - " pacta sunt servanda ", y en virtud de la cual por ser el - contrato una manifestación de la libre voluntad del hombre, - debe ser mantenido, sin valorizar sus condiciones de injusti- cia; derivando esta fuerza vinculatoria de la voluntad humana de la propia naturaleza del hombre. (16)

En su célebre obra " El contrato social ", Rousseau con- sidera que el estado es un acuerdo que todos los hombres ha- cen para delegar una parte de sus facultades y libertades, y entregárselas al Estado, el cuál existe en virtud de un acuer- do de los hombres y ejerce sus facultades, en tanto le son - conferidas por los individuos que lo integran; dichos indivi- duos, al acatar los mandamientos del Estado, no hacen otra co- sa sino obedecerse a sí mismos, ya que tanto la ley positiva- como el Estado tienen una naturaleza contractual, siendo la - voluntad individual la única fuente del derecho. (17)

En el siglo XVIII, encontramos definitivamente el más al- to grado que la autonomía de la voluntad pueda alcanzar, ya - que es considerada como la esencia de todo el derecho y el Es- tado no es sino una consecuencia del concurso de la voluntad- de los individuos.

Al producirse el fenómeno de la codificación se consagra en definitiva el principio que hemos venido estudiando, en el

código Napoleón. El contrato no se concibe sino como producto de la voluntad y se afirma que nadie puede ser obligado sin haber querido, llegándose a decir que la voluntad es la suprema ley en los contratos. (18)

Colín y Capitant nos informan, que el triunfo de las ideas individualistas pueden resumirse en los siguientes postulados:

a).- La persona humana es el fin del derecho.

b).- El individuo tiene la elección y responsabilidad de los medios para los cuales ha de desenvolver su personalidad.

c).- La disciplina social organizada en vista del fin indicado, debe ser obra de las voluntades individuales que están llamadas a conformarse con la ley. (19)

Planiol y Ripert, señalan como consecuencias del principio de la autonomía de la voluntad las siguientes:

a).- Los individuos son libres tanto para celebrar contratos, como para no obligarse.

b).- Son así mismo, libres para discutir en plano de igualdad las condiciones de los contratos, determinando su contenido, con la única restricción del respeto al interés público. Con tal carácter pueden convinarse bajo formas nuevas, los tipos de contratos ya previstos por la ley y también inventar otros enteramente nuevos.

c).- Pueden escoger libremente, entre las legislaciones de los diversos Estados, la que deseen hacer competente para-

regular la relación de derecho privado voluntariamente establecida por ellos, y aún de desechar la aplicación de toda ley de carácter supletorio y referirse a reglas tipo.

d).- A la misma regla se refiere la libertad de la manifestación o declaración de voluntad. En principio ninguna forma ritual se impone para la manifestación de la voluntad interna de cada contratante ni como prueba del acuerdo adoptado; la voluntad tácita es tan eficaz como la expresa; las solemnidades son excepcionales.

e).- En fin, los actos de las obligaciones contractuales son los queridos por las partes. En caso de litigio con respecto a su alcance, la misión del juez será interpretar, descubrir directamente o por inducción, la intención de las partes sin imponer su voluntad. El poder público ha de cuidar que se respete la convención, como si se tratara de una ley.(20)

En la Escuela Clásica Liberal, se consagra de manera definitiva a la autonomía de la voluntad como ley suprema, como creadora del derecho, siendo el derecho subjetivo el esencial, el primordial, mientras que el objetivo sólo tiene existencia en tanto salvaguarda del subjetivo.

La Escuela Clásica, es fiel exponente de la culminación del principio de la autonomía de la voluntad, sin que se le reconozca ninguna limitación; pero hoy en día, esta autonomía de la voluntad no es tan absoluta ya que tiene límites que la restringen un poco. (21)

El problema de la autonomía de la voluntad está íntimamente ligado con el derecho subjetivo y al respecto nos dice Rocamora Valls " Si la voluntad humana puede crear situaciones de las que nazca una facultad de pretensión o exigibilidad, es porque la norma objetiva ha reconocido la existencia de un derecho en virtud del cual se ejercita eficazmente aquella exigencia. No quiere esto decir, que la simple voluntad humana sea capaz de originar por sí sola un derecho de carácter subjetivo. Por el contrario, éste nace para reconocer la validez jurídica a la actuación individual, o lo que es lo mismo, para garantizar la trascendencia exterior de la voluntad humana, que dirige y ordena determinados actos de la vida del hombre a los que el ordenamiento jurídico da una auténtica relevancia legal ".

" El derecho subjetivo, limita y enmarca así el campo propio de la autonomía individual. Y no sólo cada sujeto jurídicamente capaz de actuar o de desenvolverse en las relaciones del comercio civil encuentra su libertad de actuación protegida por la norma exterior, sino que el derecho tutela también a aquellos otros seres a quienes determinadas circunstancias - minoridad, locura, etc. - restringe el ámbito de su libre actividad humana ". (22)

Debido a la circunstancia conocida, es decir, a la exaltación del principio que hemos venido analizando, surge el problema de determinar el ámbito de actuación lo mismo que -

las medidas restrictivas de la autonomía de la voluntad.

Esta voluntad que es fundamento y razón de los derechos-subjetivos no se puede aceptar en una forma radical como lo quiere la forma clásica, sino que hemos de aceptar que tiene sus límites y se reduce al ámbito que le imponen la propia convivencia humana, el hecho de vivir el hombre en sociedad, señala de manera precisa el campo de actuación de ésta voluntad y la libertad de cada hombre, el daño ajeno, marca el ámbito de esta zona de libertad de cada hombre.

Es de aceptarse que la voluntad del hombre no es omnímoda y que tiene ciertos límites en su ámbito de actuación, mismos que le son señalados por el derecho objetivo; de tal manera es así, que corresponde al legislador señalar esos límites. Cabe afirmar así mismo; que el principio tantas veces citado no solo tiene repercusiones en el derecho privado, sino que también en el de la economía. (23)

Con respecto a las restricciones a que se enfrenta el principio de la autonomía de la voluntad, no pretendemos hacer un estudio completo de las mismas, sino que nos limitaremos a esbozar unas cuantas ideas sobre ellas.

Trinidad García nos hace saber que las restricciones son materiales y formales; las primeras son las que limitan los naturales efectos de la voluntad e impiden que obligue a la persona, no obstante que dicha voluntad puede haberse manifestado de modo esencialmente perfecta; las segundas solo limitan-

el ejercicio de la voluntad en cuanto a la forma de declarar y para producir consecuencias de derecho. (24)

Entre las restricciones materiales se puede señalar, la imposibilidad de la voluntad para infringir leyes de interés público, lo mismo que tampoco puede manifestarse en contra de la moral o de las buenas costumbres.

Por lo que se refiere a la noción de interés público - existe una diversidad de opiniones a cerca de lo que debe entenderse por ello, pero podemos decir que dentro de la noción del mismo, quedan comprendidas aquellas disposiciones de derecho público, así como aquellas que formando parte del derecho privado regulan relaciones en las que existe un interés fundamentalmente social.

En el interés público tenemos la primera limitación a la autonomía de la voluntad, siendo una noción que varía según - el sistema político de un estado, así en un Estado de una ideología individualista establecerá el menor número posible de preceptos restrictivos a la voluntad, en contraste de un Estado que teniendo sistema colectivista, considera todas y cada una de las normas de su derecho como de interés público. En el primer caso, se establecerá el menor número de preceptos de interés público que sean necesarios para permitir la existencia de los derechos de los demás individuos; mientras que en el segundo caso se considerará el derecho en general, como de interés general para la sociedad y entonces casi todas sus

normas tendrán el carácter de interés público.

La otra restricción material está constituida por la moral o las buenas costumbres; es decir, que las consecuencias que se persiguen mediante la realización de un acto jurídico no pueden ir contra la moral o las buenas costumbres. (25)

Tampoco sobre este concepto encontramos unificación de criterios " La concepción de buenas costumbres supone que el juez debe tomar posición respecto de las concepciones corrientes en el círculo de los interesados como órgano e interprete de la conciencia social, sirviendo de intermediario entre este y la ley. A diferencia del uso, las buenas costumbres expresan no ya un criterio fenomenológico susceptible de una simple comprobación, sino de un criterio deontológico que es el producto de una valoración moral. Esta valoración debe ser de tipo social y no individual, no es ni debe ser producto de una practica aislada y esporádica de una pequeña élite, sino de un tipo superior de costumbre que aún cuando observada de un modo constante por la generalidad de los miembros sociales, sea además, conforme a las exigencias éticas reconocidas en el círculo de los interesados y por tanto susceptible de ser universalmente adoptado." (26)

Las restricciones materiales a la autonomía de la voluntad, están representadas por las dos nociones que hemos escrito, pero existe otro tipo de restricciones que reciben el nombre de formales y que obedecen a exigencias de la ley. Se pue

de decir que estas restricciones formales, son la manera especial de declarar la voluntad apegada a un mandamiento jurídico para que el acto tenga validéz.

Atendiendo la forma se pueden clasificar los contratos - en formales o consensuales, consistiéndolos primeros en que por exigencias de la ley, la voluntad debe expresarse de una manera especial, mientras que en los segundos no se requiere que en la declaración de voluntad revista forma especial. El legislador, para imponer la forma en determinados contratos, ha tenido varias razones que lo han impulsado a ese objeto, - en primer lugar es un medio de prueba del acto, y es indispensable, cuando se trata de actos importantes como aquellos casos que se realizan operaciones sobre inmuebles siendo necesario que el Estado exija la forma para que la propiedad tenga firmeza, o sea fácil de comprobarse por su titular. Además el que un acto se celebre ante la presencia de testigos, hace -- más difícil que existan vicios de la voluntad, como el constituido por la violencia. (27)

Con esto damos por concluido el estudio respecto al primer elemento esencial del acto jurídico y nos proponemos ofrecer algunas consideraciones sobre el segundo elemento de dicho acto.

EL OBJETO COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL ACTO JURIDICO.

En el tratamiento teórico que pretendemos hacer de éste elemento, expondremos las ideas primeramente, del maestro Ro-

jina Villegas, por considerar que sus argumentos encuentran firme fundamentación científica para el tema que tratamos, reservando para el final nuestra opinión sobre este elemento esencial.

Si hemos dicho que el acto jurídico es la manifestación de voluntad con el objeto de producir consecuencias jurídicas, desprendemos lógicamente de esta definición, que además del consentimiento se requiere un objeto para la configuración de dicho acto; ¿ Pero que clase de objeto ?, ¿ Qué requisitos o características debe reunir ese objeto ?.

Como hemos establecido en otra parte de este trabajo, en nuestro derecho no encontramos una reglamentación autónoma del acto jurídico, sino que lo estudiamos a través del contrato, que nos da la pauta a seguir para dar respuesta a las interrogaciones formuladas. En efecto, el código civil nos dice en su artículo 1,827 " El hecho positivo o negativo, objeto del contrato, debe ser:

1.- Posible.

2.- Lícito ".

Rojina Villegas afirma que el objeto es de dos clases: - directo e indirecto. El directo consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones; - mientras que el indirecto consiste en las cosas y hechos que constituyen el contenido de las obligaciones originadas por el acto jurídico. Así, en un contrato de arrendamiento el ob-

jeto directo sería la transmisión de la posesión de la casa - dada en arrendamiento a cambio de la entrega del precio del - arrendamiento de la misma. En cambio, el objeto indirecto es - la casa concreta dada en arrendamiento y el precio específico - que debe entregar el arrendatario al arrendador, o sea, que - el objeto indirecto consiste en las obligaciones que asumen - arrendador y arrendatario. Tanto el objeto directo, como el - indirecto deben reunir las características de ser posibles fí - sica y jurídicamente. O sea, si el objeto del acto no es sus - ceptible de ser realizado físicamente, es inexistente; al igual - que si existe una imposibilidad jurídica de realizarlo. (28)

El código civil vigente alude a este tipo de imposibili - dades en los siguientes artículos:

Art. 1,828./ " Es imposible el hecho que no puede exis - tir porque es incompatible con una ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que cons - tituye un obstáculo insuperable para su realización ".

Art. 1,829.- " No se considerará imposible el hecho que - no puede ejecutarse por el obligado, pero sí por otra persona en lugar de él ".

Art. 1,830.- " Es ilícito el hecho que es contrario a - las leyes de orden público o a las buenas costumbres ".

El autor en cita, nos dice que la Inexistencia por falta de objeto puede resultar, porque falte el objeto indirecto - del acto jurídico, o sea la cosa o el hecho, o porque la cosa

o el hecho resulten físicamente imposibles, ya sea porque la cosa no exista ni pueda existir en la naturaleza, o bien, - porque el hecho no pueda realizarse en virtud de que una ley natural presente un obstáculo insuperable. " Además de estos casos de inexistencia por falta de objeto imposible en sentido físico o jurídico, creemos, que deben destacarse los casos de inexistencia por objeto directo jurídicamente imposible, es decir, porque la norma de derecho venga a ser el obstáculo insuperable para que el acto jurídico pueda realizar su finalidad jurídica. Es decir, si hay una norma que impide, por ejemplo; que el derecho sea transmisible, un acto de - transmisión, un contrato referido a tal derecho, hará que el objeto directo sea imposible ".

" Los casos de Inexistencia por objeto imposible, no sólo son los que la doctrina ha considerado como evidentes - cuando la cosa o el hecho son imposibles, bien en sentido físico o jurídico, pues además de estas situaciones, que en - nuestro concepto no presentan problema alguno, tenemos verdaderos casos de inexistencia cuando el objeto directo del acto jurídico es imposible. Es decir, cuando este no puede alcanzar su objeto específico consistente en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos y obligaciones, debido a que una norma de derecho constituye un obstáculo insuperable para su realización. Un análisis cuidadoso demostrará que se pueden presentar múltiples ejemplos en los actos ju

rídicos del derecho familiar y en los del derecho patrimonial, en los que la inexistencia provenga exclusivamente de que una norma de derecho constituya siempre el obstáculo insuperable para que el acto jurídico pueda realizar su objeto. Ya no comprendemos aquí las situaciones bien sencillas del perecimiento de la cosa, de que ésta esté fuera del comercio, de que no sea determinada o determinable, en los que el contrato será inexistente, ni tampoco aquellas en las que el hecho resulta imposible, porque una ley de la naturaleza constituya un obstáculo insuperable, por ejemplo: el contrato de transporte al sol; en tanto que es posible el contrato de transporte al polo norte o al polo sur. Creemos que además de estos casos simples que la doctrina nos presenta como ejemplos típicos de inexistencia, por una imposibilidad física o jurídica respecto a la cosa o al hecho materia del contrato tenemos los problemas verdaderamente interesantes en donde una ley viene a constituir el obstáculo insuperable para que el acto jurídico, bien sea del derecho familiar o de derecho patrimonial pueda realizar su objeto directo consistente en crear, transmitir, modificar o extinguir derechos y obligaciones." (29)

En efecto, el maestro Rojina nos da varios ejemplos sobre esta consideración, diciendo que el matrimonio entre personas del mismo sexo, la imposibilidad es jurídica en virtud de que el matrimonio crea derechos y obligaciones entre un hom -

bre y una mujer; diciéndo que hay un obstáculo en la norma de derecho que impide que se pueda lograr el objeto directo del matrimonio: crear derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer; otros de los muchos ejemplos que nos cita el maestro Rojina, es el del testamento ejecutado por un apoderado, pues argumenta, que si el testamento es un acto personalísimo no se puede dar mandato para que el mandatario haga un testamento a nombre del mandante. En un determinado derecho positivo, el testamento no podrá ejecutarse jamás por un mandatario, por ser un acto personalísimo.

Concluye el autor citado con estas palabras: " Estos y otros ejemplos, que sólo hemos querido citar para destacar la importancia que tiene el estudio de la inexistencia cuando el objeto directo del acto jurídico es imposible, nos han hecho pensar que se presentan lógicamente no solo los casos indiscutibles de inexistencia cuando el objeto indirecto del acto, - la cosa o el hecho, son física y jurídicamente imposibles, sino también, y esto es lo más importante, se comprenden los casos de inexistencia cuando hay un objeto directo jurídicamente imposible, debido a que una norma de derecho constituya un obstáculo insuperable para alcanzar ese objeto. Es decir, la inexistencia puede resultar no solo porque el objeto indirecto llamado cosa o hecho, especialmente en los contratos o convenios, sea física o legalmente imposible, sino también, cuando el objeto directo del acto no pueda realizarse ". (30)

Es indudable, que el maestro Rojina Villegas logra felices aciertos en virtud de hacer la distinción entre el objeto directo e indirecto, según se trate de convenios o contratos, o bien, visto a la luz de las obligaciones, mismas que hemos expuesto por considerarlas de un alto valor; pero creemos conveniente, al estudiar al acto jurídico en tanto que acto, es decir sin referirnos a ninguna figura específica en particular como lo hemos venido haciendo y donde el objeto se identifica con las consecuencias jurídicas que se traducen invariablemente en derechos subjetivos y deberes jurídicos.

En efecto, si la norma autoriza a un sujeto a crear, modificar, transmitir o extinguir situaciones jurídicas, ¿Qué es lo que la norma está ordenando?, pues está ordenando una autorización de conducta (derecho subjetivo), con el fin de que el sujeto modele sus pretensiones según le convenga a su interés jurídico, siempre y cuando se les prohíba a los demás sujetos, interferir en la conducta facultada (deber jurídico). Es por ello que hemos usado estos dos conceptos, por considerarlos identificados con las consecuencias jurídicas.

Una vez que hemos realizado el estudio de la Voluntad y del Objeto, nos hemos percatado de la importante función que desempeñan en la existencia de un acto jurídico; así mismo, observamos la estrecha relación que guardan los elementos referidos entre sí, al igual que la relación encontrada entre ellos y el acto y desprendimos que de la realización del mis-

mo hay otra relación que nos sirve para explicar la naturaleza jurídica de las consecuencias que el mismo acto origina.

En virtud de estas consideraciones, nos inclinamos a pensar que además de la carencia de los elementos esenciales del acto jurídico que explican su inexistencia, también encuentra aplicación dicha figura jurídica, si se atiende con estricto rigor a los presupuestos del acto en cuestión; es decir, en el clásico ejemplo de un matrimonio entre personas del mismo sexo, es inexistente por falta de objeto tal y como lo explica Rojina, pero además, es inexistente en virtud de que el matrimonio siempre se debe celebrar entre un hombre y una mujer siendo la esencia o quid de tal institución.

DIFERENCIA ENTRE LA INEXISTENCIA Y LA NULIDAD ABSOLUTA.

Cuando expusimos en capítulo precedente las críticas a la Inexistencia, observamos que es frecuente la confusión de esta figura con la nulidad absoluta, y que aún en nuestros días numerosos tratadistas siguen sustentando tal criterio.

Consideramos hasta cierto punto justificada esa identidad, en virtud de no haber realizado, al estudiar la teoría de los actos jurídicos, una abstracción radical de los actos inexistentes, del de los actos nulos. La Inexistencia no es una fórmula de nulidad sino que es una figura jurídica radicalmente opuesta; en efecto, la Inexistencia se refiere a la carencia total de los presupuestos y elementos de existencia de un acto jurídico, y no de la invalidéz que esos presupuestos o elemen-

tos revistan, como lo dejamos acentado en la pretendida exégesis que de nuestro código civil hiciéramos con antelación.

El maestro Rojina Villegas asienta que " ... podemos sostener que en tanto que la validéz es la existencia perfecta del acto, la nulidad es la existencia imperfecta del mismo y que todo acto nulo es un acto existente; que habrá, por consiguiente, una contradicción no simplemente de derecho positivo, sino de tipo lógico, en quién afirme que un acto es a la vez inexistente y nulo, porque quién afirme que el acto es nulo, está diciendo en otras palabras que es un acto existente; pero que tiene una existencia imperfecta. Los actos nulos, por consiguiente, son siempre actos existentes. No habrá posibilidad ya de confundir ni a la nulidad absoluta, ni aquella nulidad absoluta de pleno derecho que opera ipso jure, ni menos aún con la nulidad relativa, con la Inexistencia. En cambio, lo que en derecho se llama Inexistencia del acto, supone el acto en vías de formación, supone que hubo una posibilidad de que el acto jurídico llegase a nacer." (31)

Nos sigue diciendo el tantas veces citado Rojina Villegas, " ... Habrá entonces una radical diferencia entre la Inexistencia y la nulidad, tomando en cuenta las causas de una y otra. En tanto que la Inexistencia de los actos jurídicos, tiene siempre como causa la falta de un elemento esencial: la falta de voluntad o de objeto, directo o indirecto del acto jurídico; la nulidad sea absoluta o relativa sea de pleno de-

recho u opere por declaración judicial, previa acción o excepción, siempre supone que el acto jurídico tiene sus elementos esenciales; que ha habido una voluntad y un objeto posible; - pero un vicio ha impedido que el acto nazca a la vida jurídica con una existencia perfecta, que le da la plenitud de todos sus efectos y ese vicio impedirá de plano que haya efectos; o traerá como consecuencia que solo existan efectos provisionales que serán destruidos hasta que se pronuncie la sentencia de nulidad; podrá ser ese vicio susceptible de desaparecer por el tiempo, es decir, la prescripción negativa convalidará el acto o el vicio no desaparecerá a través del tiempo. Podrá esa nulidad ser imprescriptible, pero lo esencial será - siempre que el acto tuvo sus elementos para poder existir y - solo presentará una irregularidad. Podemos decir que la nulidad es la enfermedad del acto jurídico y toda enfermedad supone la existencia del ser; no es la muerte del acto jurídico - ni menos aún, es la no existencia del acto jurídico, es simplemente una irregularidad del acto ". (32)

Entre las características de la Inexistencia jurídica podemos apuntar las siguientes:

a).- Por su causa.- Se emplea esta palabra en el sentido de origen y desde este punto de vista los actos son in-existentes por falta de voluntad, objeto o de sus presupuestos.

b).- Por sus atributos.- Como el acto jurídico no puede producir efectos, dicho acto se degrada a la categoría infe-

rior, o sea al del hecho y habrá entonces un hecho jurídico, como es el caso que nos cita Rojina, el de una compra-venta sin objeto, es un acto inexistente pero puede contener un delito, un hecho jurídico: el fraude.

Para hacer valer la Inexistencia en un juicio, se requiere en primer lugar un interés jurídico para tal efecto, de manera que podrá hacerla valer no cualquiera, sino aquel que tenga un interés jurídico. " Esto es importante, porque generalmente se dice que la Inexistencia puede ser invocada por todo el mundo, lo que es falso, pues solo puede aducirla quién tenga interés jurídico y hay interés jurídico cuando se lesiona en alguna forma el derecho del que pretenda hacerla valer ". (33)

Hemos de dejar asentado, que la Inexistencia no se intenta en forma de acción ni de excepción; sino que en cualquier etapa del juicio cuando un acto Inexistente perjudique los derechos de cualquier interesado, se invoca para que el juez en su sentencia la reconozca, ya que la Inexistencia no se declara.

La Inexistencia jurídica nunca podrá surtir efectos por prescripción, ya que por el mero transcurso del tiempo, un acto que no es ni ha sido nunca, no podrá ser; es decir, el tiempo no puede convalidar un acto que nunca ha sido.

A las notas anteriores podemos agregar que la Inexistencia es inconfirmable, ya que no puede ser convalidada por ra

tificación expresa o tácita, porque la Inexistencia no es un vicio.

Como notas finales podemos decir, que la clasificación-tripartita de la escuela clásica, provocó la fuerte confusión en la materia de las ineficacias, por no deslindar de manera clara y precisa la categoría de la Inexistencia, de la de los actos nulos, sino que la estudió junto a éstos, por lo que nos adherimos sin reserva a la idea de que su estudio (de las ineficacias) debe hacerse bajo una estricta consideración bipartita.

En una explicación sinóptica tendríamos:

I.- Actos jurídicos Inexistentes.- Son aquellas figuras jurídicas que no se lograron configurar como actos en derecho, en virtud de carecer de los presupuestos o requisitos esenciales para su formación.

II.- Actos Jurídicos Existentes.- Son aquellos actos que existen, es decir, que son, y cuando es perfecta su existencia, el acto es 1.- Válido. Por el contrario si en este tipo de actos, es decir en los existentes se encuentra un vicio que afecte a cualquiera de los presupuestos o elementos esenciales del acto, estamos ante la presencia de los 11.- Actos inválidos o Nulos, los que a su vez pueden ser: a).- Nulidad Absoluta; b).- Nulidad Relativa, según sea la consideración del juzgador.

N O T A S :

- (1).- BONET.- Compendio de Derecho Civil.- Madrid 1959 T. I
Pág. 599
- (2).- OSCAR MORINEAU.- " El estudio del Derecho ". Méx. 1953
Pág. 489
- (3).- MORINEAU.- Obra citada. Pág. 497
- (4).- MORINEAU.- Obra citada. Pág. 199
- (5).- BORJA SORIANO.- Obra citada. Pág. 100
- (6).- LEON DUGUIT.- Citado por Rojina Villegas.- "Teoría Ge
neral de las Obligaciones" Méx. 1943. Pág. 195
- (7).- WILLIAM JAMES.- Citado por Rojina Villegas. Obra cita
da. Pág. 194
- (8).- ROJINA VILLEGAS.- Obra citada. Pág. 196
- (9).- ROJINA VILLEGAS.- Obra citada. Pág. 197
- (10).- ROJINA VILLEGAS.- Obra citada. Pág. 198
- (11).- BORJA SORIANO.- Obra citada. Pág. 102
- (12).- BORJA SORIANO.- Obra citada. Pág. 103
- (13).- BORJA SORIANO.- Obra citada. Pág. 104
- (14).- ROCAMORA VALLS.- Obra citada. Pág. 25
- (15).- ROCAMORA VALLS.- Obra citada. Pág. 26
- (16).- GROCIO.- Citado por Rocamora Valls. Pág. 29
- (17).- ROUSSEAU.- Citado por Rocamora Valls. Pág. 47
- (18).- FELIX PICHARNO ESTRADA.- " La Autonomía de la Volun -
tad en el Orden Jurídico ". Méx. 1958. Pág. 60
- (19).- COLIN Y CAPITANT.- Obra citada. T. I. Pág. 11
- (20).- PLANIOL Y RIPERT.- Obra citada. Pág. 25
- (21).- ROCAMORA VALLS.- Obra citada. Pág. 47
- (22).- ROCAMORA VALLS.- Obra citada. Pág. 65
- (23).- TRINIDAD GARCIA.- " Introducción al Estudio del Dere
cho ". Méx. 1958. Pág. 170
- (24).- TRINIDAD GARCIA.- Obra citada. Pág. 170

- (25).- TRINIDAD GARCIA.- Obra citada. Pág. 173
- (26).- PICHARDO ESTRADA.- Obra citada. Pág. 97
- (27).- TRINIDAD GARCIA.- Obra citada. Pág. 174
- (28).- REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO.- Nos. 31-32. Ju -
lio-Diciembre 1958. " Existencia e Inexistencia de -
los Actos Jurídicos ". Dr. Rafael Rojina Villegas -
Pág. 205
- (29).- ARTICULO CITADO.- Pág. 217
- (30).- ARTICULO CITADO.- Pág. 219
- (31).- ARTICULO CITADO.- Pág. 212
- (32).- ARTICULO CITADO.- Pág. 209
- (33).- ARTICULO CITADO.- Pág. 210

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La teoría del acto jurídico, se encuentra íntimamente relacionada con el de las ineficacias jurídicas, por lo que el estudio de éstas debe hacerse a la luz de la más pulcra consideración de los elementos del acto.

SEGUNDA.- La inexistencia jurídica, como parte integrante de las ineficacias, tiene plena justificación en nuestro derecho positivo.

TERCERA.- La inexistencia jurídica implica necesariamente, la carencia de los elementos de definición o de los presupuestos del acto jurídico.

CUARTA.- La inexistencia jurídica se opone radicalmente a la nulidad, en virtud de que la primera se refiere a los actos que no son, mientras que la nulidad encuentra su fundamento, en los actos existentes afectados de invalidéz.

QUINTA.- La inexistencia jurídica es imprescriptible e inconfirmable, en virtud de que el transcurso del tiempo, no hace válido un acto que no es, o que no ha sido nunca y por lo tanto no se puede convalidar por no ser un vicio.

SEXTA.- La inexistencia jurídica puede hacerla valer quien tenga un interés jurídico, sin que se requiera ni la vía de acción, ni la de excepción, sino que se interpondrá en cualquier etapa del juicio para que el juez la reco-

nozca, sin que llegue a declararla.

SEPTIMA.- Propugnamos por la claridad y precisión en la teoría de la ineficacias jurídicas, para que cada figura integrante de la misma, tenga su nombre específico, con el fin de evitar la confusión.

I N D I C E

P R E F A C I O Página 6

CAPITULO PRIMERO

" HECHOS Y ACTOS JURIDICOS "

- 1.- Justificación de su Estudio. 2.- Teorías - Bipartitas. 3.- Teorías Tripartitas. 4.- - Elementos del Acto Jurídico. 5.- Exégesis - de nuestro Código Civil en cuanto a los elementos del Acto Jurídico.....Página 9

CAPITULO SEGUNDO

" EVOLUCION HISTORICA DE LAS INEFICACIAS JURIDICAS "

- 1.- Derecho Romano. a) Períodos Arcaico y Pre-clásico.- b) Período Clásico.- c) Período - Post-Clásico.- d) Especulación Teórica.
- 2.- Antiguo Derecho Francés. 3.- Epoca Feudal.
- 4.- Epoca Monárquica. 5.- Siglos XVII y XVIII.
- 6.- Código NapoleónPágina 27

CAPITULO TERCERO

" TEORIAS EN CONTRA DE LA INEXISTENCIA JURIDICA "

- 1.- Teoría de Japiot. 2.- Teoría de Piedelievra
- 3.- Teoría de Mazeaud. 4.- Tesis de Planiol y Ripert. 5.- Teoría de Lutzesco.....Página 53

CAPITULO CUARTO

" POSTULACION DE NUESTRAS IDEAS "

- 1.- El acto Jurídico. 2.- La Voluntad como elemento esencial del Acto Jurídico. 3.- Autonomía de la Voluntad. 4.- El Objeto como elemento esencial del Acto Jurídico. - - -
- 5.- Diferencia entre la Inexistencia y la Nullidad Absoluta. 6.- CONCLUSIONES.....Página 77