

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
ESCUELA NACIONAL DE JURISPRUDENCIA

LA INADMISIBILIDAD DE LAS RECLAMACIONES APOYADAS EN FALTAS PROPIAS

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL ADAGIO:
NEMO AUDITUR TURPITUDINEM SUAM ALLEGANS.

TESIS

QUE PARA EXAMEN PROFESIONAL

PRESENTA

RAUL CUEVAS M.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 mis padres, orgullo de mi vida:

Sr. Leandro Cuevas,

Sra. Isabel M. de Cuevas.

A mis hermanos,

con afecto cordial.

A la señorita

Honorina Estrada Orozco.

A mi maestro,

Sr. Lic. Pedro R. Suinaga Luján.

S U M A R I O

Introducción	11
Capítulo I.—Antecedentes históricos del adagio	13
Capítulo II.—Análisis del adagio	35
Capítulo III.—Relaciones y diferencias entre la teoría que implica la máxima y otras teorías vecinas	41
Capítulo IV.—Justificación de la máxima	51
Capítulo V.—Fundamentación jurídica del adagio	65
Capítulo VI.—La reglamentación del adagio. Alcance que el mismo tiene	75
Capítulo VII.—Conclusión	83

INTRODUCCION

Aquella o aquellas personas que intenten una reclamación ante los tribunales, apoyándola en un acto contrario a la ley o a las buenas costumbres, no son dignas de ser escuchadas; ni el legislador ni el juez, deben prestarles socorro. Tal es, en palabras sencillas, la noción que nosotros damos del adagio NEMO AUDITUR TURPITUDINEM SUAM ALLEGANS, también expresado así: NEMO DE IMPROBitate SUA CONSEQUITUR ACTIONE.

Expresando con más precisión el tema, el juriconsulto francés Julien Bonnecase nos dice que no es posible, con base en un acto ilícito, hacer valer una pretensión, ni considerada desde un punto de vista positivo, ni considerada desde un punto de vista negativo; es decir, el acto no se puede invocar ni para exigir la ejecución de las obligaciones que de él deriven, ni para repetir el monto de la prestación que se hubiere efectuado. (Suplemento a la obra de Baudry, tomo VI, n. 41).

Tzarano, por su parte, expresa: "Esta máxima significa que la acción en justicia será rehusada al demandante cuando no pueda invocar en apoyo de su demanda sino un acto inmoral efectuado por él" (Estudio sobre la regla Nemo Auditur..., p. 7).

Esta regla abarca los siguientes casos de aplicación, considerados de una manera general o global:

1.—El caso que pudiéramos llamar extremo, consistente en que ambas partes, ambos sujetos, actúan ilícitamente, infringiendo las leyes o las buenas costumbres. Nada podrá reclamar entonces ninguna de las partes intervinientes en el acto. Ya consagrando esta prohibición, decían los textos romanos "IN PARI CAUSA TURPITUDINIS CESSAT REPETITIO" (Digesto, XII, 5, 2 y 8). Como un ejemplo de esta hipótesis o caso de aplicación del adagio, podríamos citar el siguiente: A, pacta con B que éste último cometerá el delito de homicidio en la persona de C; y al efecto, A adelanta la cantidad de mil pesos a B, prome-

tiendo entregarle otra cantidad igual una vez cometido el delito. Pues bien, en este caso, aplicando el adagio, A no podrá reclamar ni la ejecución del delito prometido, ni la devolución de la cantidad entregada; y B no podrá reclamar la entrega de la segunda cantidad que le fué prometida.

II.—La torpeza de una sola parte, o de uno solo de los sujetos.— Puede ser quien realiza la prestación quien obró ilícitamente, o bien puede serlo aquél que se beneficia con ella. En virtud de la prohibición que encierra el adagio, puesto que quien ha obrado contrariando los principios morales o el derecho, nada puede reclamar; si es el "tradens" el que actuó de tal manera, no podrá exigir ni la ejecución de lo prometido ni la devolución de lo que hubiere entregado; si es el accipiens, no podrá reclamar la entrega de lo prometido.

Ejemplo de ilicitud en el obrar del tradens: un litigante, pensando que el juez accederá a sus propósitos, envía en un sobre una cierta cantidad de dinero y una nota insinuando se dicte la sentencia en su favor, sin haber tenido concierto alguno al respecto con el juez; éste, persona honorable, no acepta ni por un momento la proposición, y consigna los hechos a las autoridades competentes.

Ejemplo de ilicitud en el obrar del "accipiens": una persona acepta recibir el dinero que otra promete entregarle, o de hecho le entrega, a fin de que se abstenga de cometer un delito o un acto que, sin constituir figura delictiva, contraría el derecho o las buenas costumbres; o a fin de que cumpla un deber jurídico o moral a su cargo.

El problema que hemos esbozado es una de las cuestiones más debatidas en la esfera del derecho privado; los juicios más contradictorios se han emitido al respecto, como vamos a verlo, siquiera sea parcialmente en el capítulo que continúa. Para unos constituye un "principio superior", eternamente cierto, inspirado en "alta moralidad", y para otros no es sino un "anacronismo" de moralidad bien discutible. En realidad no puede decirse que exista una corriente que haya dado respuesta decisiva al problema.

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL ADAGIO

I.—ANTECEDENTES DOCTRINALES O TEORICOS

A) Derecho Romano.

Savey Casard, en su interesante monografía "Le refus d'action en justice par cause d'indignité" nos dice que si bien el derecho primitivo era formalista y, por tanto, bastaba cumplir con la forma, por lo que no se examinaba el objeto de la voluntad, poco a poco se va interviniendo en el dominio privado para decidir, según las distintas hipótesis, si era factible la repetición de lo adquirido en contra de la ley, o rechazar la acción al reclamante que se apoyaba en un proceder ilícito. Así, el pretor rechazaba la acción en ejecución, significando tal cosa un resultado práctico, consistente en que el demandante perdería el proceso; era más bien al juez a quien tocaba esa misión de rechazar al reclamante.

Labeón y Próculo negaban la repetición de la prestación al reclamante inmoral. En caso de torpeza común dejaban las cosas en el estado presente en aquel momento. Su principio era siempre el mismo: no conviene ayudar la mala fe. Regla esta, de equidad.

Celso y Juliano ven, en oposición a la "utriusque turpitud", la "turpitud accipientis solius". Con Paulo y Ulpiano puede notarse que la teoría, a la vez que se completa, se deforma. Ulpiano imagina un tercer caso de torpeza: la del "dans solius". El fundamento sobre el que estos dos últimos juristas basan su sistema, es un principio general que Paulo formuló en materia de acción publiciana, diciendo que en una causa semejante, es el poseedor quien tiene la preferencia ("in pari causa melior is conditione possidentis"). Pero aquí, la base de la inad-

misibilidad de la reclamación, no es la equidad, sino un favor, una preferencia otorgada al poseedor. Mientras que anteriormente, la indignidad siendo la misma en los dos casos, (la acción de ejecución y la acción de repetición), era el motivo que explicaba la no admisión de la acción que se intentare, Ulpiano da una explicación distinta según se trate de uno u otro caso. Así, el rechazo de la acción en ejecución intentada por el ladrón robado lo desprende de la equidad y el de la acción de repetición lo considera una ventaja otorgada a la posesión.

Partiendo de las afirmaciones de Paulo y Ulpiano, se ha deformado el pensamiento romano presentando la no admisión de la *condictio*, como un favor hecho a la posesión. Pero un análisis detenido demuestra que para el derecho romano la idea dominante en la materia es que no debe favorecerse al culpable. Tal es especialmente el parecer de los principales juristas del Imperio; y como acabamos de decirlo, el mismo Ulpiano siguió tal dirección en algunos casos.

Los romanos se han esforzado, sobre todo, en buscar soluciones acordes con el objeto que perseguían, y así, aún en los casos en que el adagio debería, en principio, haberse aplicado, no han dudado en abandonarlo si los resultados parecían contrarios a lo ordenado por la ley y no favorecían o malfavorecían la represión.

El derecho del Bajo Imperio introduce algunas modificaciones, en virtud de las necesidades prácticas, tratándose de esta teoría de la no admisión de la acción. Se buscaba imponer una sanción severa al acto inmoral. También se encuentra una nueva concepción de la idea de "indignidad", pues se le hace reposar sobre el propósito fraudulento del actor y no se hace referencia ya, procediendo así más lógicamente, a las reglas admitidas en materia de posesión. De estas ideas, la Edad Media podrá sacar, dice Savoy Casard, fácilmente, la doctrina de la máxima *NEMO AUDITUR*.

Y concluyendo, agrega, "... es en el derecho romano donde se encuentra la primera aplicación de la no admisión de la acción por causa de indignidad; ... es la obra fecunda del derecho del Bajo Imperio la que debería suscitar la máxima *Nemo Auditur*. Los jurisconsultos han visto también que la conservación de las prestaciones podría contrariar el objeto perseguido por la ley y han restringido la aplicación de la regla en varios casos, sin dar, es cierto, un criterio general. El sistema elaborado por Paulo y Ulpiano, que no es falta de rigor, por cierto, ha contribuído, especialmente en el aspecto de su acercamiento a los principios admitidos en materia de posesión, a dar al adagio *IN PARI CAUSA* una inspiración menos moral, un dominio menos extendido, una menor flexibilidad. Ha sido necesario esperar al derecho del Bajo Im-

perio, para obtener una noción más independiente y más cierta de la situación que da lugar a la aplicación de la regla NEMO AUDITUR. Fundamento, limitación, reglamentación, son aspectos sobre los cuales los jurisconsultos romanos han proporcionado ideas no definitivas, pero claras y sugestivas. Los comentadores les han hecho injusticia interpretando los textos del Digesto como destinados a regular únicamente la preponderancia de la posesión, y, desgraciadamente, es bajo este aspecto que, durante una parte del antiguo derecho, el derecho romano ha inspirado nuestra tradición".

B) El Derecho Antiguo

En el siglo XII los canonistas exponen sus ideas respecto a las consecuencias de los actos ilícitos, y refiriéndose especialmente a la simonía, es decir, al acto ilícito consistente en operaciones cuyo objeto eran las cosas sagradas, espirituales, encontramos esta situación: por haber utriusque turpitud, aplicando las soluciones del Digesto debería dejarse al poseedor el beneficio del acto simoníaco; sin embargo, otros textos del derecho romano, ya en el Bajo Imperio, proponían la repetición; ésta pareció una sanción más adecuada, y así los canonistas Deusdedit, Paucapalea, Rufino y Stefano de Tournay, con algunas variantes de detalle, proponen como solución la repetición.

El Derecho canónico, adoptó, en términos generales, el parecer del Digesto; y decimos que en términos generales, porque esa adopción fue hecha con una cierta independencia y libre crítica. En efecto, los canonistas y teólogos sólo admiten dos hipótesis de torpeza, la turpitud dantis solius y la turpitud del accipiens; el caso de la utriusque turpitud, que en opinión de Savoy Casard es el "solo caso verdadero de la teoría", es rechazado por aquéllos.

En cuanto al pensamiento de los Glosadores, encontramos que Irnerio y Rogerio reproducen las distinciones de la *condictione ob turpem causam* de los textos romanos. El método exegético de los glosadores gusta poco de las innovaciones.

Las ideas de los jurisconsultos consuetudinarios.— Entre otros, Pierre de Fontaines y Beaumanoir, aconsejan sobre todo, dado el carácter fiscal que en esa época tenía la justicia, la confiscación. Se vuelven a adoptar las soluciones del Digesto en los tres casos o hipótesis de torpeza, y se pronuncia la confiscación cuando se ha entregado algo "por fere aferes de vilenie" exponiendo como motivo inspirador, que los contratantes "n'en sunt pas digne...".

EL ORIGEN DEL ADAGIO NEMO AUDITUR.—A fin del siglo XII surge una máxima que tiene parentesco cercano con el adagio citado; nos referimos a la "non servanti fidem non est fides servanda" que trata de dar a conocer las condiciones morales exigidas al demandante. Capitant, en el número 68 de su obra *De la Causa de las Obligaciones*, dice: "... los canonistas admiten, fundándose en la equidad, que aquél que ha pactado, que ha comprometido su fe, debe mantenerla, pues de lo contrario no podrá prevaleerse de la obligación recíproca pactada para con él. Esta regla, por sus términos amplios, mira no solamente el caso del juramento, sino en general todo pacto; se encuentra enunciada en un célebre texto de la "Suma" de Hostiensis (libro 2o., de jurej, No. 3). Pues en esta misma época se cree apareció el adagio NEMO AUDITUR TURPITUDINEM SUAM ALLEGANS, palabras que se encuentran en un decreto de Inocencio III y que se hace datar de los últimos años del siglo XII y primeros del XIII. El documento se refiere a un proceso habido entre dos órdenes religiosos. La parte demandante, que trataba de obtener la repetición, alegaba la nulidad de la operación diciendo que su representante en dicho acto había descuidado consultar a un gran número de Hermanos de la Orden. Inocencio III rechazó esta reclamación, razonando así: la demandante alega para su provecho las injusticias de su propio representante; "quod... pro se non contra se, turpitudinem allegarent". Y el Papa apoya este principio en otro: "Quia non deceptoribus sed deceptis jura subveniunt". No se escucha pues la confesión hecha por la parte demandante por ser realizada en interés propio del culpable; es a la víctima, se dice, a quien el derecho otorga socorro.

Las teorías de Azón y de Bernardo de Parma.—Azón acompaña esta máxima NEMO AUDITUR, con esta otra: NEMO EX SUO DELICTO LUCRATUR. Se trata, en opinión de Casard, del mismo pensamiento de Inocencio III, pero en forma más jurídica. Y la razón que sigue Azón es el peligro de hacer del delito una ocasión de ganancia. Los glosadores del derecho canónico buscan también limitar el adagio; Azón trata de desprender las excepciones a dicho principio, del espíritu mismo de la regla. Vincent la rechaza cuando la salud del alma (*periculum animae*) está en juego. Bernardo de Parma tiene en su pensamiento la idea de que, ante todo, es la ejecución del acto lo que se debe impedir, distinción que ha de durar siempre.

De esta manera, desde el siglo XIII la máxima es conocida y estudiada con estos principales caracteres fijos: su fundamento es la indig-

nidad de la demanda, su limitación es el interés del alma; y también se borra ante una confesión hecha por vía de excepción, o cuando el contrato ilícito no se ha ejecutado aún.

En cuanto a los Bartolistas, éstos se esfuerzan en hacer un sistema que impida el enriquecimiento consecutivo a un acto ilícito; lo hacen intervenir contra quien pretende enriquecerse por su infracción, independientemente de que sea demandante o demandado. Bartolo y Baldo discuten, no el fundamento del adagio, sino sus limitaciones. En virtud de sus ideas, vuélvese más moral: sea una acción, sea una excepción, tratándose de obtener una ventaja o ganancia con base en la culpa cometida, no se debe escuchar; quien trata simplemente de evitar una pérdida, en cambio, posee la excepción aún en presencia de un cómplice. Esta última idea nos parece exagerada. Después agregan que quien ha purgado su falta (por haber sido objeto de una sentencia que le ha impuesto una sanción, por ejemplo), puede obrar aún en tratándose de la presencia de un tercero de buena fe.

La confiscación es también un límite de la aplicación de la máxima. Los textos en esta materia son oscuros. La Edad Media ha recurrido, como lo hicieron también los juristas de los países consuetudinarios, a este procedimiento fiscal.

En el renacimiento de los estudios del derecho, en el siglo XVI, se hace triunfar el adagio romano. Reaparecen las soluciones que implica, reaparece como la excepción de indignidad y la preponderancia dejada a la posesión. Pero surgen divergencias entre los romanistas del siglo XVI y los jurisconsultos romanos: el favor hecho al demandado es, en realidad, con objeto de servir los intereses de la ley. Y surgen algunas deformaciones del adagio *IN PARI CAUSA*.

La Escuela del Derecho Natural, tratando de respetar la voluntad de los contratantes y de adaptar la reglamentación de las convenciones al objeto perseguido por las partes, no acoge totalmente el adagio romano. Lo acepta con benevolencia sólo cuando se trata de mantener un contrato ejecutado de buena fe, aún ilícito. Grocio piensa que el contrato ilícito engendra obligaciones válidas. Pothier admite, en el fuero de la conciencia, que el contrato ilícito crea obligaciones.

Se encuentran las mismas tendencias en las obras de los teólogos de los siglos XVII y XVIII. Para Molina, todo acto ilícito guarda un valor. Para San Alfonso de Ligorio el derecho natural obliga a proporcionar las prestaciones prometidas, desde el momento en que el contratante ha cumplido las suyas.

En estos siglos mencionados en el párrafo que antecede, la regla *In pari causa* pierde mucho de su prestigio, y si los autores continúan aplicándola, lo hacen sin convicción, juzgan esta solución como injusta y así lo expresan en ocasiones. Es a la práctica judicial que los teóricos abandonan la máxima. Ahí se encuentran los dos principales caracteres siguientes: se tiene el deseo vivo de evitar procesos escandalosos, pero se reconoce la imposibilidad de sacrificar ciertos intereses superiores del orden público; y por otra parte, la jurisprudencia usaba, en esta época, sanciones flexibles y variadas que le permitían adaptar a las situaciones diversas, las consecuencias desprendidas del acto ilícito. Ello hace decir a Savoy Casard, que las decisiones judiciales de esa época, constituyen, mejor que la misma exposición del Digesto, las hipótesis que se encuentran en la actualidad, y el punto de partida de toda la jurisprudencia francesa.

A mediados del siglo XIX los ataques se precisan, suscitados por la Escuela de la Exégesis, que emplea un método de abstracción y de lógica exagerada; y nuevos argumentos se esgrimen también para refutar esos ataques.

Veamos ahora la opinión de los antiguos jurisconsultos franceses. Domat se pronuncia en contra de la máxima *NEMO* criticando la ventaja que la aplicación de la misma confiere al poseedor; dice que ni la razón ni la justicia justifican dicha ventaja, que si aquél que ha entregado algún bien en las circunstancias del caso que motiva aquella aplicación, no puede repetir, quien ha recibido no puede retener; pero no indica cómo deberá hacerse la restitución. (Leyes Civiles, libro I, Título XVIII, sec. 4 y libro II, Título VII, sec. 2).

Pothier enseñaba la máxima en el antiguo derecho francés y decía: aquél que ha entregado algún bien en virtud de un contrato inormal, "es indigno del socorro de las leyes"; el derecho de repetir no existe ni según las "reglas del fuero de la consciencia", ni según las reglas del fuero externo. (Obligaciones. Números 43 y 45).

Los primeros comentaristas del Código Civil francés napoleónico, como son Merlin (Cuestiones de derecho, Causa párrafo I, No. 2), Delvincourt (II, p. 687) Toullier (VI, n. 126 y XI, n. 62), y Duranton (X, n. 374) no sólo han aceptado la supervivencia de la máxima, sino que estiman que ella tiene fuerza de ley.

Aubry et Rau, (T. IV, párrafo 442 bis) se pronuncian igualmente en su favor. En efecto, refiriéndose a la jurisprudencia que admite la regla impidiendo la acción ejercitada a consecuencia de la anulación de un contrato ilícito, la aprueban.

Demolombe, en cambio, expone toda una argumentación atacando la regla y dirigiéndole objeciones (que analizaremos en capítulo posterior), en virtud de las cuales llega a la conclusión de que la doctrina no es jurídica y espera sea abandonada (XXXIV, n. 382, y XXXI, n. 436).

Laurent y Huc (XVI, n. 164 y VIII, n. 392, respectivamente) rechazan igualmente la doctrina, no admiten la máxima, especialmente por considerar peligrosa la intervención del juez en el dominio moral.

C) El Derecho Contemporáneo.

Vengamos ahora a la opinión de los juristas contemporáneos más notables, no sólo franceses, sino también de otra nacionalidad.

G. Baudry-Lacantinerie, en el tomo XII de su Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil, número 316, dice que, en primer lugar, las dos máximas (NEMO AUDITUR e IN PARI CAUSA, etc) no han sido admitidas por la legislación francesa; y que, en segundo lugar, el artículo 1131 del código Napoleón sería violado en caso de no admitirse la repetición ya que la obligación ilícita deviniendo así inatacable, sería más resistente aún que las obligaciones con causa lícita.

Planiol, Ripert y Esmein (D. Civil, Tomo VII, n. 784, pág. 36) dicen que en ciertos casos el rehusamiento de la acción consolidará la situación de aquél que ha hecho ejecutar la promesa "al contado" o que ha pactado con una persona respetuosa de su palabra, de sus promesas. Y en seguida dicen que la línea de conducta adoptada por la jurisprudencia francesa (mantenimiento de las prestaciones en algunos casos y repetición admitida o concedida, en otros) les parece que debe ser aprobada.

Demogue René (Obligaciones, Tomo I, n. 878) dice que las reglas NEMO AUDITUR e IN PARI CAUSA MELIOR EST, etc., no tienen valor alguno; que ningún texto las consagra; y que, sobre todo, la utilidad práctica ordena la restitución en todos los casos, pues de otra manera se otorga una protección a los contratos inmorales realizados "al contado"; y la amenaza de no tener acción de repetición, no impide, según él, que ciertas personas realicen contratos inmorales en los que se ha tenido en cuenta débilmente la sanción judicial. Nosotros admitiremos, dice, la repetición, cuando aquél contra quien se la ejercita ha proporcionado prestaciones que no pueden ser borradas, ni restituidas (!).

Capitant, en su célebre obra *La Causa de las Obligaciones* (No. 114), nos dice, refiriéndose a los juristas que en apoyo de la abrogación tácita de la regla aducen los artículos 1235 (... lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto a repetición) y 1376 (quien recibe por error o conscientemente lo que no le era debido, se obliga a restituirlo...), que éstos no son argumentos decisivos ya que al redactar esos preceptos, el legislador no tuvo a la vista, probablemente, sino la *condictio indebiti*, probabilidad que se encuentra acrecida por el hecho de que estos artículos son imputados a Pothier, quien admitía y enseñaba la regla *Nemo Auditor*. Después expone la jurisprudencia francesa, señalando los casos en que admite la máxima, y aquéllos en que la descarta, pero no da ninguna otra opinión.

Joseph Hemard, en su obra *La Nulidad de las Sociedades*, número 69, refiriéndose al rehusamiento de las acciones relativas a las operaciones de una sociedad ilícita, nos dice que se trataría de una verdadera penalidad que no reposa sobre texto legal alguno; que no es posible comprender cómo una aportación que no se puede exigir, en razón de la nulidad absoluta, antes que la entrega se hubiera hecho, no pueda repetirse después de tal entrega. ¿Cómo permitir, pregunta, a los detentadores de los bienes sociales, y especialmente en el caso de que el representante de la sociedad sea un tercero, enriquecerse a expensas de los asociados, a expensas de otro, en presencia de los artículos 1235 y 1376, que no suponen que haya lugar a apreciar el valor de los motivos sobre los cuales está fundada la demanda de repetición? Por lo que respecta a las máximas, *IN PARI CAUSA* y *NEMO AUDITUR*, continúa diciendo, sin querer mencionar aquí la crítica de su valor jurídico, recordemos que los autores son acordes en reconocer que no tienen ellas aplicación en nuestro derecho en presencia de los artículos 1131 y 1235 del Código Civil, que las contradicen y que ellos son seguidos ahora por numerosas decisiones judiciales. Dejar las cosas en el estado que guardan es admitir un estado de anarquía. Admitiendo que pudiera ser así, respecto de los asociados, ya que ellos han cooperado a la formación de la sociedad ilícita y que es necesario impedir la ejecución de una convención ilícita, ¿por qué rehusar toda acción a los terceros, a los acreedores de la sociedad, que no han contribuido a aquella formación y que persiguen la ejecución de un contrato lícito? Además conviene precisar cuál es el momento en que las cosas deben quedar en el estado que guardan; creemos que es racional decidir que tal momento sea aquél en que la demanda de nulidad se ha formado. Las sociedades ilícitas son nulas y deben ser liquidadas, a nuestra parecer, como comunidades de hecho.

Georges Ripert, en el número 104 de su libro *La Regla Moral en las Obligaciones*, estima que el rehusamiento de la acción en caso de indignidad tiene por consecuencia establecer una diferencia entre los titulares de derechos semejantes, basada, no sobre una distinción en la esencia objetiva del derecho, sino sobre las cualidades morales de aquél que los ejerce. Y más adelante expresa que no debe concederse esa facultad al juez, sino en circunstancias excepcionales en las que se manifieste un vínculo entre la indignidad del demandante y la acción a intentar, vínculo de naturaleza tal que la acción nacería, si fuese admisible, del acto inmoral mismo.

Savey Casard, autor que, si bien no tiene el renombre que los anteriormente expresados, merece citarse en virtud de haber analizado con todo detenimiento el problema, habiéndole dedicado una monografía extensa, dice en el número 156 de su obra: En despecho de todas las predicciones, el adagio subsiste; debe desearse que subsista aún por largo tiempo, no expresamente invocado —se desconfía, con razón, de su fórmula— pero efectivamente aplicado. Bajo la cubierta del texto tan impreciso del 1131, se tendrá razón en continuar admitiendo dos interpretaciones opuestas y de recurrir a la una o a la otra, según las circunstancias. El procedimiento no es claro ni racional, dice; no se aviene al "espíritu de geometría", pero es útil, satisface las necesidades de la práctica, y al "espíritu de fineza", por lo que merece subsistir.

Roberto de Ruggiero, en el tomo II de su *Derecho Civil*, página 298 nota 3, expone que la jurisprudencia y gran parte de la doctrina italiana acogen casi sin discusión el principio romano de *In Pari Causa*, considerándolo implícitamente contenido en los principios generales del derecho. Es una pena, se dice añade Ruggiero, impuesta a quien ha transgredido la moralidad, las buenas costumbres, el orden público; el juez debe negar la repetición, siendo indiferente que el accipiens haya participado o no en el acto ilícito. Cosa distinta es si el acuerdo inmoral no se ha ejecutado todavía, siendo indiferente que uno solo o ambos de los contratantes hayan violado la ley o la moral, pudiendo invocarse entonces la nulidad del contrato para impedir que surta efectos. Dicha solución, continúa diciendo el autor italiano a que nos referimos, produce perplejidad; puede preguntarse si satisface a la necesidad de reprimir la ilicitud el autorizar al accipiens a retener la prestación recibida, cuando se niega al solvens la repetición y si para castigar la indignidad de éste no se protege la falta de probidad de aquél; si no constituye una cooperación del orden jurídico al

mal querido por las partes, el afirmar que el estado de hecho creado por el negocio ilícito deba mantenerse inmutable, o si no es ineficaz para la enérgica defensa de la sociedad, contra el mal, esta posición negativa que el orden jurídico adopta frente al hecho consumado. Por ello muchos autores (y éste es nuestro parecer), concluye Ruggiero, dudan o niegan que el principio *In pari causa del derecho romano*, sobreviva en el derecho civil italiano y, tienden a substituirlo por el otro que deriva directamente del principio de la nulidad absoluta del contrato ilícito, declarado en el artículo 1119; entendiéndose que deban destruirse los efectos producidos y conceder la repetición, sin perjuicio de recurrir a la confiscación cuando la ley lo autorice.

Giorgi, tomo V de su Teoría de las Obligaciones, número 135, dice: "Esta verdad de todos los tiempos y lugares nos persuade, como ha persuadido a la mayor parte de los escritores modernos, de que no se puede sin violación de la moral y de los principios menos discutibles y más universales, del derecho, desistir de la regla *Nemo Auditur Turpitudinem Suam Allegans*, ni conocer el derecho de repetir, a quien pagando ha sido el primero en mancharse de torpeza".

Julien Bonnetcase, en su famoso Suplemento a la obra de Baudry, tomo VI, número 54, nos dice que la regla *Nemo Auditur* existe, según su parecer, en el derecho civil francés; que hace sentir su acción constante, independientemente de su fórmula, porque ella es una regla inscrita en los textos fundamentales 1131 y 1133 del código Napoleón.

Después de este recorrido a través de los tiempos, podemos observar claramente que el pensamiento doctrinal se ha dividido en dos bandos: los que admiten la regla *Nemo Auditur*, y los que la desechan. ¿Qué valor podrá tener entonces el pensamiento de los autores, en relación con nuestro problema? Savy Casard, en el número 36 de su obra, dice al respecto, que "en presencia de estas divergencias es necesario concluir, que hablar del valor tradicional de la máxima *Nemo Auditur* es un argumento cojo del que se echa mano. El adagio es muy inestable bajo su fórmula siempre idéntica, y de nada sirve reunir y asemejar los testimonios de Ulpiano, Baldo y Pothier; es necesario, primeramente, saber si ellos entienden la causa en el mismo sentido; ello no es así y lo que hace dudar del valor de la tradición, como fuente jurídica, ha obligado a hacer distinciones desde este punto de vista. Sólo la doctrina de los tribunales del siglo XVIII ha tenido un verdadero papel de iniciación. Respecto a lo demás, lo que hay de más estable en el legado del pasado consiste en ciertas reglas de aplicación, como el derecho de alegar la torpeza por vía de excepción. Lo esencial, la concepción misma del adagio, habiendo variado sin cesar según los

distintos autores, no se encuentra en sus teorías; sólo hay principios de solución para esclarecer la libre búsqueda científica, pero nada que se imponga al intérprete con autoridad indiscutible".

Nosotros pensamos que la tradición doctrinal no debe menospreciarse en forma absoluta, que ella podrá servirnos de guía, de orientación para formarnos un criterio, que analizando las distintas y a la vez principales objeciones que se han levantado en contra del adagio, será posible emitir una opinión más, a título de ensayo, pero nuestra, sobre la conveniencia de aceptar o descartar la teoría, sobre la necesidad de la subsistencia o el abandono de la máxima; y en el primer caso, estimar si la regla debe soportar variantes o excepciones y cuáles deben ser las principales de ellas.

Labor que intentaremos en capítulo posterior.

II.—ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

A) Derecho Romano

Acudiendo a la cuna del derecho, esto es, el Derecho Romano, encontramos ya consagrada la regla que estudiamos, si bien no redactada en las mismas palabras que hoy día son más frecuentemente empleadas, pero sí encerrando la misma idea.

1) En Efecto, en el DIGESTO, Libro XII, Título V, se habla de "La *condictio* por causa torpe o injusta". Ahí se encuentra la interesante palabra de célebres jurisconsultos, como Paulo y Ulpiano, constituyendo el punto de arranque de este tema. Transcribiremos los párrafos conducentes.

PAULO: Comentarios a Sabino, Libro X.—"Todo lo que se da, se da o por alguna cosa, o por alguna causa; y por cosa torpe u honesta; y torpe, de suerte que la torpeza sea o del que da, no del que recibe, o tan sólo del que recibe, no también del que da; o de uno y otro". Aquí tenemos ya comprendidos los distintos casos que dijimos pueden presentarse, al esbozar el problema en el capítulo de introducción.

1.—"Así pues, lo dado por cosa honesta puede repetirse de este modo, si no se verificó la cosa por la cual se dió".

2.—"Pero si la causa torpe hubiere sido del que recibe, aunque se haya verificado la cosa, puede repetirse. Mas cuando hay torpeza,

así por parte del que da, como del que recibe, decimos que no puede repetirse; por ejemplo si se diere dinero para que se juzgue mal".

PAULO.—Cuestiones, libro III.—Si por una causa torpe hubieres prometido a Ticio, aunque, si pidiera, puedas rechazarlo con la excepción de dolo malo o la del hecho, sin embargo, si hubieres pagado, no puedes intentar la repetición; porque quitada la causa próxima de la estipulación, que sería inútil en virtud de la excepción, subsistiría la primitiva causa, esto es, la torpeza. Y a la verdad, si fuere torpe la causa así por parte del que da, como del que recibe, es mejor la condición del poseedor, y por esto deja de tener lugar la repetición, aun cuando se pagó en virtud de la estipulación".

Como veremos en próximo capítulo, varios autores rechazan la máxima, pronunciándose en contra de esta declaración que hace Ulpiano ("... si fuere torpe la causa, así por parte del que da, como del que recibe, ES MEJOR LA CONDICION DEL POSEEDOR...") a la que consideran una injusticia.

ULPIANO.—Comentarios al Edicto, Libro XXVI.—"... si hubiere dado un ladrón para no ser descubierto, como quiera que haya torpeza de una y otra parte, deja de haber la repetición". (párrafo 1o.) La Legislación de las Partidas hace, a este respecto, un interesante razonamiento que más adelante reproducimos.

"Mas cuando hay torpeza sólo por parte del que recibe, dice Celso, que puede repetirse; por ejemplo, si yo te hubiera dado para que no me hagas una injuria". (párrafo 2o).

"Igualmente si yo te hubiere dado para que me devuelvas una cosa depositada en tu poder, o para que me devolvieses un instrumento". (párrafo 1o).

"... por ejemplo, te dí para que no cometas un sacrilegio o un hurto, o no mates a un hombre; en cuyo caso, escribe Juliano, puede intentarse la *condictio*".

"Pero lo que se da a una meretriz no puede ser repetido, como escriben Labeón y Marcelo; pero por una nueva razón, no por la de que hay torpeza por una y otra parte, sino solamente por la del que da; porque ella obra torpemente en ser meretriz, pero no recibe torpemente siéndolo". (párrafo 3o).

Hemos agrupado estos cuatro casos o ejemplos, aún alterando el orden en que aparecen en el Digesto, por referirse todos ellos a la misma situación: posibilidad de ejercitar y obtener la repetición aquél que entregó, en virtud de que la torpeza no le atañe, sino que ésta es sólo del que recibe.

2) Código del Sacratísimo Príncipe Señor Justiniano.

Libro IV, Título VII: "De la condición por causa torpe".

Por la misma razón que acabamos de indicar, cambiamos el orden de los textos, para reunirlos en la siguiente forma que nos parece más lógica:

a) El Emperador Antonino, Augusto, a Longino.—"Puesto que confieras que por una causa torpe diste a tu adversario una cosa, contra el régimen de mis tiempos, en vano deseas que te sea restituída, porque en igualdad de circunstancias se considera preferente la condición del poseedor. (Publicado a 15 de las calendas de diciembre, bajo el segundo consulado de Leto y de Cereal)".

Los Emperadores Diocleciano y Maximiano, Augustos y Césares a Bicóforo.— "...ten entendido que no ha lugar a la exacción de la cantidad prometida por una causa torpe; porque aunque hay torpeza de una y otra parte, y pagada la cantidad deja de haber su repetición, sin embargo, con la autoridad del derecho se demuestra que se han de denegar las acciones nacidas de semejante estipulación interpuesta contra las buenas costumbres. (Sancionada a 6 de los Idus de mayo, bajo el consulado de los césares)".

b) Los mismos Augustos y Césares a Eutiquia.—"Conviene que el que recibe dinero por restituir lo que había sustraído, deba restituirlo siendo él demandado por la condición, porque media torpeza solamente de su parte. (Dada a 15 de las calendas de junio bajo el consulado de los césares)".

Los mismos Augustos y Césares a Zenonida.—"Conviene que el que recibió dinero por restituir el ganado que había robado, deba restituir tanto aquél como lo que por tal delito obtuvo, aunque se diga que el ganado murió o que pereció por algún accidente fortuito, porque con este accidente se causa mora para la cosa (Dada en Nicomedia a 5 de las calendas de diciembre, bajo el consulado de los Augustos)".

Los mismos Augustos y Césares a Rufino.—"Cuando se halle que es torpe la causa del que recibe, no también del que da, aunque aquélla se haya verificado, solamente se puede reclamar por la condición, lo dado, pero no se pueden pedir también los intereses" (Sancionada en Sirmio a 7 de los Idus de Enero, bajo el consulado de los Augustos)".

B) LA LEGISLACION ESPAÑOLA DE LAS PARTIDAS

En esta interesantísima obra encontramos también reglamentado el problema que nos ocupa, enumerando gráficamente las distintas situaciones que pueden presentarse; algunos casos, de los más ilustrativos, son los siguientes:

a) COHECHO DE LOS JUECES.—Maravedis u otra cosa cualquiera dando alguna de las partes al Judgador, a pleyto, que dé la sentencia por él, quier aya mayor derecho en el pleyto o en la demanda, aquel que los da, quier al otro, non puede después demandar aquello que dió, nin deue fincar en el Judgador que lo rescebió. (Ley 52, título XIV, Partida 5a).

b) DADIVAS CON MIRAS DESHONESTAS.—Dineros o otras donas, dando algún ome a alguna muger que fuere de buena fama, con intención de que faciere maldad de su cuerpo, maguer ella prometa de facer lo que demanda, e rescive los dineros o las donas, sobre esta razón, con todo esso, si non quisiere facer lo que prometió, non le puede el otro demandar lo que le auia dado, nin ella es tenuta de gele tornar. E esto es porque la torpedad auino de ambas partes; e por ende, mayor derecho ha en la cosa que es dada sobre tal razón, el que es tenedor, que el otro que la dió. (Ley 53, título y partida citados).

c) ENCUBRIMIENTO DE DELITO POR PRECIO.—En yerro de omicidio, o de furto, o semejante de estos, cayendo algún ome; si por miedo de ser descubierto diesse alguna cosa a otro porque non le descubriese, como quier que el fecho es malo, e desaguizado, e fue muy torpe en facerlo; con todo esso, non faze torpedad en dar aquello que dá por estorcer (evitar) el peligro en que podría caer si fuere descubierto. E por ende dezimos que lo puede demandar. Ca sabida cosa es que todo ome debe puñar qanto pudiere por estorcer que no caya en peligro de muerte o de mala fama. Mas aquel que rescibe la cosa sobre tal razón, faze gran torpedad. E esto se da a entender por dos razones. La una, porque si le quería librar de la muerte, deuelo fazer por el natural amor que un ome deue auer con otro, e non por precio ninguno. La otra es que encubre la justicia, e la vende porque non se cumpla, pues que rescebió precio por encubrir al malfechor. Por ende dezimos que deue tornar lo que assi rescebió, al que se lo dió. E si promission ouiesse fecho para dar alguna cosa sobre tal razón como ésta, non es tenuto de la guardar (Ley 54, partida y título mencionados)".

Nótese cuán distinto consideran este caso concreto, los textos romanos y Las Partidas: aquéllos estiman que quien da alguna cosa a fin de que no se descubra el delito por él cometido, obra torpemente; éstas consideran, por las razones que acabamos de ver, que no existe torpeza de su parte.

C.—EL CODIGO CIVIL FRANCES DE 1803

Dando un salto en esta exposición de antecedentes legislativos de la máxima *Nemo Auditor*, encontramos el célebre Código llamado Napoleón, promulgado en el año de 1803 (15 de marzo) y cuya denominación "Código Napoleón" fue sustituida por la de "Código Civil de los Franceses", por Ley de 3 de septiembre de 1807; para volver a tomar la primitiva denominación por decreto de 27 de marzo de 1852, siendo Francia una República.

La importancia que presenta traer a colación este Cuerpo de Leyes, consiste en que, en defecto de un texto que reglamentare expresamente el problema, la discusión, no por cierto la menor, se ha suscitado entre los autores franceses, en torno de los artículos 1131 y 1133, principalmente.

Conviene sin embargo que digamos algo en relación con los trabajos preparatorios de este Ordenamiento. Nada mejor que escuchar la palabra de Savy Casard empapada en este asunto. En el número 40 de su monografía, nos dice: "...he aquí lo que se sabe de cierto. Los redactores del código han conocido el adagio. Si lo han rechazado en ocasiones, lo han hecho explícitamente y por motivos particulares. Cuando han rechazado la tradición, en esta materia, lo han manifestado; (artículo 1967). ¿Cómo admitir, fundándose simplemente en la fórmula del artículo 1131, interpretado aisladamente de sus contextos, que los redactores, cuando han llegado a esta disposición capital, han descartado la máxima de una manera tácita, sin que nada lo descubra o lo revele en los trabajos preparatorios? Se dirá: si se admite la regla *Nemo Auditor*, ¿por qué no se ha seguido la sugestión del tribunal de Grenoble insertándola en el artículo 1131? Idea moderna esta de suponer que los redactores han tenido intención de decir todo y de que han descartado todo lo que no han escrito. No adoptando la sugestión del tribunal de Grenoble, los redactores del Código Civil parecen haber adoptado el parecer de Cambacères: "hay un conjunto de cuestiones muy complejas que se desprenden de la equidad y de los hechos, cuya solución sería acertado dejarla a los tribunales"; es

decir, que un juez que aplique la máxima y una tradición que la limite, valen más para matizar este problema, que la ley escrita".

Como lo dicen los autores, el legislador ha descartado el derecho de repetición y las demás acciones, en general, tratándose de ciertas materias; así tenemos el artículo 1965 que dice: "La ley no concede acción alguna para (reclamar) una deuda de juego o para el pago de una apuesta", y el 1967 que expresa: "En ningún caso el perdidoso puede repetir lo que ha voluntariamente pagado, a menos que haya habido, de parte del ganancioso, dolo, engaño o estafa". Pero un texto que consagre de manera precisa el rehusamiento de la repetición en caso de convenios ilícitos, no existe en este Código. Los autores discuten entonces, como ya lo dijimos, este problema, en torno de los artículos 1131 y 1133, que dicen respectivamente: "La obligación sin causa, o sobre una falsa causa, o sobre una causa ilícita, no puede tener efecto alguno". "La causa es ilícita cuando es prohibida por la ley, cuando es contraria al orden público o a las buenas costumbres". Quienes sostienen la vigencia de la máxima, fundándose en estos textos, razonan así: Puesto que la obligación con causa ilícita no puede tener efecto alguno, no es posible que la misma obligación legitime acción alguna. Quienes sostienen el abandono de la máxima, podríamos catalogarlos en dos variantes: los unos sostienen la abrogación tácita de la máxima en virtud de no estar consagrada por texto alguno de manera expresa; los otros, apoyándose en los artículos 1235 (Todo pago supone una deuda; lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto a repetición) y 1376 (quien ha recibido por error o conscientemente lo que no le era debido, se obliga a restituirlo) y en los artículos 1131 y 1133 citados, concluyen que lo que ha sido pagado en virtud de una obligación ilícita, no era debido y puede, en consecuencia, repetirse.

Savey Casard, en el número 48 de su libro, dice que la fórmula del artículo 1131 es imprecisa, especialmente por lo que respecta a la palabra "efecto", y por ello es susceptible de dos interpretaciones: ¿debe entenderse el efecto directo, el objetivo, de la obligación; o ¿debe entenderse el efecto indirecto, subjetivo, de la obligación? En el primer caso, de ser admitido, deberá concederse la repetición, porque es en virtud del contrato que la prestación se ha proporcionado. En admitiendo el segundo caso, el mantenimiento de las prestaciones se impone, porque no se demanda una nulidad sino en interés particular, propio; la nulidad no es la causa de la demanda, es cierto, pero ella es la ocasión para que el culpable desprenda del contrato ilícito efectos indirectos.

D.—EL CODIGO ALEMAN (1900)

Artículo 817: "Cuando el objeto de una obligación esté constituido de tal manera que el obligado tenga que actuar contra una norma legal o contra las buenas costumbres, el otro contratante está obligado a la devolución; pero esto no tiene lugar cuando ambos contratantes están afectados en su proceder, del mismo vicio".

E.—CODIGO SUIZO DE LAS OBLIGACIONES

Este código, de 30 de marzo de 1911, contiene el artículo 66 que a la letra dice: "no ha lugar a la repetición de lo que ha sido dado en vista de alcanzar un objeto ilícito o contrario a las buenas costumbres". Comentando este precepto, Fritz Funk dice: "el artículo 66 excluye la acción en restitución cuando el donante, haciendo una liberalidad, ha buscado alcanzar un objeto ilícito. (Contrario a una norma jurídica) o inmoral (contrario a las buenas costumbres). No será así cuando sólo el donatario haya sido animado por malas intenciones. Este artículo se aplica únicamente a la persona que ha dado, que ha entregado. El autor de una simple promesa puede, en efecto, rehusar la ejecución invocando el artículo 20 (nulidad del contrato ilícito o contrario a las buenas costumbres). Pero quien ha aceptado de buena fe la promesa, podrá eventualmente intentar en contra de aquél una acción basada sobre "la culpa in contrahendo".

El artículo 63 de este Ordenamiento merece también citarse: "La obligación natural de restituir existe siempre".

F.—CODIGO AUSTRIACO DE 1916

Aunque este código, por la situación existente en la actualidad en Europa, no está vigente, creemos no será en vano citarlo. Dice su artículo 1174: "Non può ripetersi ciò che alcuno ha scientemente dato per l'esecuzione d'una cosa impossibile o illecita. In quanto ciò sia soggetto a confiscazione si determina dalle norme politiche. Può invece ripetersi ciò che per impedire un fatto illecito fu dato alla persona che era per commeterlo. Un mutuo dato a scopo di un giuoco proibito non può esser chiesto di ritorno. (Cosí modificato con la novelle emanata il 19 marzo 1916).

G.—CODIGO CIVIL ESPAÑOL (1888)

Artículo 1305.—Cuando la nulidad provenga de ser ilícita la causa u objeto del contrato, si el hecho constituye un delito o falta común a ambos contratantes, carecerán de toda acción entre sí, y se procederá contra ellos, dándose, además, a las cosas o precio que hubiesen sido materia del contrato, la aplicación prevenida en el código penal respecto a los efectos o instrumentos del delito o falta. Esta disposición es aplicable al caso en que sólo hubiere delito o falta de parte de uno de los contratantes; pero el no culpado podrá reclamar lo que hubiese dado, y no estará obligado a cumplir lo que hubiese prometido”.

Manresa, cometando este precepto dice: Entendemos . . . que los contratos con objeto o causa ilícitos, se deben reputar inexistentes. . . el interés público que determina la nulidad, principalmente en estos casos, no ha de quedar a la voluntad, abandono o confirmación de las partes que lo olvidaron infringiendo la ley. Nada supone que, a diferencia de los otros orígenes de la inexistencia, se ocupe el código de éste, pues si lo hace es por la fuerza del hecho consumado, aunque sea ilícito, y precisamente para sancionar la destrucción de sus efectos; y nada tampoco implica, en contrario de nuestra opinión, el que la ley emplee la palabra "nulidad", pues si la usa, es, en el sentido genérico en que sirve de epígrafe a este capítulo, comprensiva de dos especies: la nulidad propiamente dicha y la inexistencia.

Después dice, refiriéndose a la disposición contenida en el artículo transcrito, consistente en la imposibilidad de reclamar la devolución de lo entregado: esta penalidad civil no supone "generalmente" la sanción del aprovechamiento de lo que se hubiere recibido, pues tal como lo manda el artículo 1305, se aplica el código penal; ahora bien, este código dispone en su artículo 63 que los instrumentos y objetos del delito, no pertenecientes a tercero inocente, se decomisarán y el producto de su venta se destinará a cubrir las responsabilidades del penado, a menos que sean ilícitos pues entonces se destruirán; y en materia de faltas, si el artículo 622 dice que se decomisarán las bebidas o comestibles adulterados y nocivos, las monedas falsificadas que se pretendan mostrar como legítimas, los efectos que sirvan para rifas o juegos, etc, el 623 establece la importante salvedad de que "el comiso (expresado en el artículo anterior), lo decretarán los tribunales a su prudente arbitrio, según los casos y circunstancias.

Artículo 1306: (del código hispano) "Si el hecho en que consiste la causa torpe no constituyere delito ni falta, se observarán las reglas siguientes: 1a. Cuando la culpa esté de parte de ambos contratantes, ninguno de ellos podrá repetir lo que hubiere dado a virtud del contrato, ni reclamar el cumplimiento de lo que el otro hubiere ofrecido. 2a. Cuando esté de parte de un solo contratante, no podrá éste repetir lo que hubiese dado a virtud del contrato, ni pedir el cumplimiento de lo que se le hubiera ofrecido. El otro, que fuera extraño a la causa torpe, podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido".

Comentando Manresa este precepto dice que comprende no sólo la oposición a la moral que no constituya falta penada, sino también la que contraría el orden público o la ley, sin estar determinada para el caso sanción penal; que las reglas que rigen para el caso son claras y análogas a las del 1305, con la natural diferencia de no poder procederse contra los culpables. Y por último, que aunque el 1306 se refiere a la causa, por la conexión de ésta con el objeto y por analogía con el 1305, debe entenderse aplicable a los casos en que la simple ilicitud proceda del elemento objetivo del contrato.

Debemos hacer notar que la causa la entiende este Código, tal como la entiende el francés, es decir de acuerdo con la teoría clásica. Y que contiene una disposición semejante a la del artículo 1131 francés, y es el artículo 1275, primera parte.

H.—CODIGO CIVIL PORTUGUES (1867)

Artículo 692: "Se o contrato tiver por causa ou fim algum facto criminoso, ou reprovado, em que ambos os contrahentes sejam coniventes, nenhum d'elles será ouvido em juizo ácerca de tal contracto; mas se só um dos contrahentes for de má fé, ñao será o outro obrigado a cumprir o que houver promettido, hem a restituir o que houver recebido, e poderá exigir o que houver prestado. Na hypothese da primeira parte d'este artigo e sendo a causa ou fim do contracto um facto, qualquer recompensa dada ou promettida será perdida em favor dos estabelecimentos de beneficencia pupillar". "Porque a ninguno es lícito alegar su propia torpeza o criminalidad", dice Díaz Ferreira.

I.—CODIGO CIVIL SOVIETICO. (entró en vigor en 1923).

Artículo 147: "En caso de anulación del contrato por causa de ilegalidad o porque claramente tenga por fin lesionar al Estado (son nulos,

dice el artículo 30, los actos jurídicos que perjudiquen en cualquier forma al Estado), ninguna de las partes tiene derecho de exigir de la otra, la restitución de aquello que ha entregado en virtud del contrato. La riqueza indebida se recobrará en favor del Estado".

J.—CODIGO ARGENTINO (1882)

Artículo 829: "El pago hecho por una causa contraria a las buenas costumbres, puede repetirse cuando sólo hay torpeza por parte del que lo recibe, aunque el hecho o la omisión en virtud de la cual el pago ha sido efectuado, hubiese sido cumplido. Si hay torpeza por ambas partes, la repetición no tiene lugar aunque el hecho no se hubiese realizado".

K.—CODIGO CIVIL BRASILEÑO (1918)

Artículo 971: "Não terá direito á repeticao aquelle que deu alguma coisa para obter fim illicito, immoral, ou prohibido por ley".

L.—CODIGOS CIVILES MEXICANOS

a). CODIGO CIVIL DE 1870.

Artículo 1782: "Si la nulidad procede de la ilegitimidad del objeto del contrato, se observará lo dispuesto en los dos artículos siguientes".

Artículo 1783: "Si el objeto del contrato constituye un delito o falta común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar ni el cumplimiento de lo convenido ni la devolución de lo que haya dado; y ambos quedarán sujetos a la responsabilidad en que hayan incurrido, conforme a las prescripciones del código penal". (El código penal de 1929 no habla de la pérdida de instrumentos en caso de faltas, pues no admite a éstas; el código de 1871, penal, sí se refiere a las faltas y dice que los instrumentos pasarán a favor del Estado cuando la ley así lo prevenga).

Artículo 1784: "Si sólo uno de los contratantes fuere culpable, podrá el inocente reclamar lo que hubiere prestado, sin tener obligación a su vez de cumplir lo que hubiere prometido".

Artículo 1785: "Si el objeto del contrato fuere algún hecho que, aunque moralmente reprobado, no sea punible conforme a la ley, y del cual fueren responsables ambos contratantes, ninguno de ellos podrá reclamar el cumplimiento de lo prometido, ni la restitución de lo que hubiere dado".

Artículo 1786: "Si sólo uno de los contratantes fuere responsable del hecho reprobado, podrá el otro reclamar lo que dió, sin que esté obligado por su parte a cumplir lo que hubiere prometido".

b) CODIGO CIVIL DE 1884.

Este cuerpo de leyes reproduce, bajo los números 1668 a 1673, los artículos que acabamos de transcribir pertenecientes al código civil mexicano de 1870.

c) CODIGO CIVIL DE 1928.

Conviene reproducir aquí, con las reservas a que nos referiremos en capítulo destinado al análisis de nuestros textos, el artículo 1895: "Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la beneficencia pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó".

CAPITULO II

ANALISIS DEL ADAGIO

Procuremos desentrañar qué significa y qué función tiene el adagio NEMO AUDITUR TURPITUDINEM SUA'M ALLEGANS.

Busquemos en primer lugar qué es lo que, a nuestro parecer, debemos entender por la primera parte del mismo: NEMO AUDITUR.

La doctrina y la jurisprudencia nos dicen que nadie debe ser oído en justicia, que nadie deberá ser escuchado por los tribunales, cuando se dan los elementos que constituyen el caso de aplicación del adagio. Pero ahora bien, ¿en qué forma no deberá escucharse, o en qué forma deberá rechazarse al que acude a los tribunales reclamando ya la ejecución de lo que se le prometió, ya la devolución de aquello que entregó, apoyando su reclamación en un convenio ilícito? ¿Podrá el juez desechar de plano, sin más trámite, esa reclamación, tan pronto como se da cuenta que la misma se encuentra apoyada en un acto ilícito?; ¿basta un simple auto dictado por el juzgador? Nos vemos impulsados, en este punto, a tocar el aspecto procesal, siquiera sea por un momento. Pensamos que no es suficiente un simple auto dictado por el juez en el que se haga constar que la reclamación intentada no es procedente, que el demandante no es digno de ser escuchado, que no puede invocar su propia falta y que, en consecuencia, no debe continuarse el procedimiento. Ello sería violatorio de los derechos más respetables del hombre. Sabemos perfectamente que, haciendo estas consideraciones, no vamos a "descubrir el nuevo mundo", pero creemos no será estéril aclarar este aspecto, con objeto de precisar el tema. Ningún precepto existe en nuestra legislación facultando al juzgador a desechar de plano semejantes reclamaciones. Por el contrario, el artículo catorce de nuestra Ley Fundamental, ordena que "nadie podrá ser privado de sus derechos, sino mediante juicio seguido an-

te los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento". Es necesario, en consecuencia, para declarar improcedente la reclamación apoyada en un proceder ilícito, que se siga un juicio cumpliéndose en él las formalidades esenciales del procedimiento, las cuales, como la doctrina, la legislación y la jurisprudencia universales lo entienden, son: el derecho y oportunidad de ser oído, el derecho y oportunidad de aportar las pruebas encaminadas a demostrar la existencia de la pretensión alegada, y la pronunciación de una resolución judicial llamada sentencia, que ponga fin a la tramitación decidiendo el problema planteado, controvertido. Será pues en la sentencia donde el juez podrá declarar que la reclamación intentada no es procedente, que el demandante carece del derecho que pretende tener y que el Estado no le debe protección ni socorro. Estamos completamente de acuerdo con la ejecutoria pronunciada por nuestro Tribunal Supremo (tomo XLVI página 54), en la parte que dice: "... si una demanda es propuesta de acuerdo con los requisitos formales que la ley exige, la misma debe ser aceptada por el juez, quien no puede rechazarla prejuzgando sobre la procedencia de la acción, porque con ello atacaría fundamentalmente los principios básicos del procedimiento; ya que es tan sólo en la sentencia cuando pueden y deben hacerse todas las consideraciones y declaraciones relativas a la procedencia de la acción intentada".

Podrían presentarse, a primera vista, dos objeciones a este parecer. La primera de ellas consistiría en lo siguiente: si los partidarios del adagio *Nemo Auditor*..., exponen como uno de los motivos en favor del mismo, el que "sería contrario a la dignidad de la magistratura que ésta dejara... discutir en su pretorio sobre el sentido, alcance y efectos de los pactos vergonzosos que deshonoran a la conciencia pública" (Sentencia de 29 de julio de 1874 dictada por la Corte de Casación francesa, que ha suscitado interesantes discusiones); que la prudencia política, de acuerdo con la moral y la justicia enseñan que no es debido, por el interés público y por el decoro de los tribunales, el revelar mediante la resonancia del juicio ciertas torpezas que ofendan el sentido moral (Giorgi, *Obs.* V, número 135); que sería "contrario a los fines éticos a que debe tender siempre el derecho, el permitir, concediendo la condictio, promover escándalo en los juicios públicos, consintiendo que se levante el velo que cubre los hechos torpes ocurridos y quizá olvidados" (Ruggiero en el tomo II, pág. 295 de su *D. Civil*); si esto dicen los partidarios de la máxima, ¿admitir una demanda apoyada en un acto ilícito, tramitar todo el procedimiento, aún cuando la sentencia declarara improcedente la reclamación, no sería precisamente pro-

mover escándalo, ofender a la dignidad de la magistratura, etc., que es lo que los partidarios del adagio tratan de impedir, según dicen?. Nosotros responderíamos a esta objeción: la magistratura no se rebaja, ni se promueve escándalo, por el hecho de dar curso a la discusión de semejantes reclamaciones, de tramitar el procedimiento respectivo; lo que verdaderamente constituiría una ofensa a los tribunales y suscitara escándalo jurídico y social, sería que la sentencia permitiese la realización de las pretensiones del reclamante que invoca su propia falta. Por otra parte, ¿cómo saber, si no es mediante la tramitación de un juicio, que el demandante es indigno de ser escuchado, que el caso llevado ante los tribunales encuadra o no dentro de la hipótesis a la cual se aplica el adagio? En efecto, podrá suceder que alguna reclamación, a primera vista, improcedente por hallarse basada en un acto ilícito, mediante un estudio detenido, mediante el análisis de las pruebas aportadas por las partes, lejos de promover escándalo y dañar al Derecho, beneficiará a aquéllas, a la sociedad, en general, y por ello debe prestarle protección y ayuda, el Derecho mismo.

La segunda objeción a la interpretación que hemos dado de la frase "Nemo auditor", consistiría en argumentar lo siguiente: si la Constitución ordena que a nadie se prive de sus derechos sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, y el demandante que alega su propia falta carece del derecho que reclama (el derecho de repetir, o bien el derecho de que se cumpla lo que se pactó para con él), el desechar el juez la demanda, inmediatamente que se da cuenta del fundamento de la misma, no es violatorio de las garantías consagradas por la constitución.

Responderíamos a esa objeción: Es necesario que se siga un juicio, que se desarrolle el procedimiento por todos sus trámites, precisamente para investigar si el demandante carece o no del derecho que reclama. De acuerdo con la concepción publicista, moderna, de la acción, es ésta un derecho público, subjetivo, autónomo, que tiene como contenido el solicitar la intervención del Estado a fin de que se realicen, se hagan efectivos, los intereses protegidos por las leyes. Según esta concepción el derecho de acción está en el patrimonio de todos y cada uno de los individuos; no es, pues, la existencia de este derecho la que va a discutirse, sino la existencia del derecho privado sustantivo, material; para cuya indagación es necesario oír en juicio al reclamante, oír al opositor o parte contraria, examinar las pruebas aportadas por ellos.

En resumen, lo que, a nuestro parecer, debe entenderse por la

frase "Nemo Auditor" es lo que los mismos romanos entendían: un resultado práctico consistente en que el reclamante perderá el proceso.

Analicemos ahora la segunda parte del adagio, es decir, lo que debe entenderse por "turpitudinem suam". ¿Esta torpeza, esta falta, esta **corrupción** (tal era el significado que el mismo Cicerón, daba a esta palabra) consiste en el hecho de que el reclamante haya realizado un acto contrario a las buenas costumbres o a la ley?

Quien comete un acto de tal naturaleza, quien obra de ese modo, actúa, en efecto, con torpeza, con corrupción, puesto que infringir el derecho, contrariar la moral, no es una conducta ni honrada, ni justa. Pero no es esa falta la tomada en consideración por el adagio; él se refiere a la falta consistente en invocar, en alegar el acto ilícito realizado, a fin de obtener una ventaja, en utilizarlo como una ocasión para obtener una ganancia, sea la obtención de un provecho propiamente dicho o evitar una pérdida.

Refuerza nuestro parecer el pensamiento de Savey Casard quien dice que la indignidad del reclamante consiste en disimular intenciones inmorales o, al menos, interesadas, en obrar con idea de fraude, (que no consiste, por cierto, en maniobras materiales, sino en intenciones no confesables, no conformes al Derecho), en obrar con intenciones que implican la satisfacción de intereses egoístas y personales (o. c. No. 124).

Precisamente por esta concepción es explicable que también las personas que no han participado en la celebración del acto prohibido por la ley o por las buenas costumbres, pero que intenten una reclamación consistente, en términos generales, en la liquidación de operaciones ilícitas, sean rechazadas; casos que de esta manera han sido resueltos por algunas ejecutorias españolas y francesas.

Y ya que tocamos este punto, consideremos lo afirmado por Savey Casard, en el número 147 de su monografía, al decir que existen casos en los cuales la indignidad no se extiende a todos los autores del acto culpable; que hay ocasiones en las que las circunstancias excusan al culpable, de haber recurrido a procedimientos ilícitos, en relación con lo cual se juzga conveniente no aplicar todos los rigores de la justicia. Así, nos dice, en caso de propina ilícita, quien lo da lo ha hecho voluntariamente, no puede hablarse de violencia; pero la presión de las circunstancias lo hace excusable, puede pues repetir. Por otra parte, continúa, si la violación de la ley no se puede excusar por circunstancias exteriores, puede, sin embargo, merecer alguna indulgencia en virtud de que tal violación es débilmente caracterizada: mientras más lejana sea la apor-

tación del culpable, a la infracción, menos lugar habrá a aplicar sanciones severas. Así deberá tratarse al arrendador, a los proveedores y empleados mezclados en operaciones ilícitas.

En cuanto al primero de los casos, pensamos que, contrariamente a lo sostenido por el autor francés, no es posible repetir lo que se entrega a título de propina, pero, como él mismo dice, contrariando la ley; en efecto, supongamos el caso del litigante que da una cantidad de dinero al juez o al secretario de un juzgado a fin de que dicte una sentencia (aun cuando sea manifiesto que no pretenda obtener una sentencia favorable, dado que, por ejemplo, ésta deberá serlo de todas maneras, ya que el demandado no ha acudido a juicio), o bien el caso del litigante que da una propina considerable al actuario a fin de que realice determinada diligencia; de acuerdo con nuestra ley penal, aun cuando sea justo lo que se pretenda que se haga o se deje de hacer, estas hipótesis encuadrarían en la figura delictiva del "cohecho"; ¿cómo excusar entonces a aquél que ha entregado la dádiva? El mismo Savoy Casard está hablando de procedimientos ilícitos, es decir, de actos que infringen la ley o las buenas costumbres; ¿en qué forma podrá excusarse al infractor?; ¿por el poco monto de la propina? Ciertamente que no; aun cuando extremadamente raro sería el caso del reclamante que acudiera a los tribunales pretendiendo la repetición de la suma de veinte o diez pesos entregada como propina ilícita, el derecho no debe tomar en consideración para la justificación de un acto, que lo contraría, y lo mismo decimos respecto a la moral, la mucha o poca cuantía de lo entregado. ¿Qué circunstancias son, pues, las que presionando sobre el dádivo, lo hacen excusable? Ningunas, si se trata verdaderamente de una propina ilícita, de procedimientos ilícitos, aun cuando éstos no constituyan un tipo delictivo. Todas, si el procedimiento empleado no daña el derecho o las buenas costumbres, pero ya entonces salimos del presupuesto necesario para la aplicación del adagio y el rechazo de la repetición; ya no habrá torpeza, toda vez que, el acto en que se apoya el reclamante, no contrariando la ley ni las buenas costumbres, no es ilícito.

En cuanto al segundo caso, notamos desde luego que el autor ya no sostiene firmemente la procedencia de la repetición, pues simplemente dice: mientras más lejana sea la aportación del culpable a la infracción, menos lugar habrá a aplicar sanciones severas. Esto no es sino observar de manera global las distintas hipótesis que pueden presentarse en la vida jurídica, entrañando las unas torpeza y las otras no implicándola; que el arrendador, el proveedor, el empleado mezclados en operaciones ilícitas sean o no rechazados en sus reclamaciones

dependerá únicamente de que su actividad sea ilícita o no lo sea; pues apoyándose en ella serán o no torpes. Ello dependerá, pues, del estudio del caso concreto, para determinar las cualidades que tienen los procedimientos llevados a cabo.

En resumen, pensamos que nunca el culpable, el torpe, podrá tener excusa para que su indignidad no sea tomada en cuenta y se admita su reclamación. La pretendida excusabilidad que se otorgue al reclamante es, a nuestro parecer, estimación de que no es culpable, no es indigno. Creemos que no puede haber un término medio entre las hipótesis; o se es, o no culpable, indigno, torpe.

CAPITULO III

RELACIONES Y DIFERENCIAS ENTRE LA TEORIA QUE IMPLICA LA MAXIMA Y OTRAS TEORIAS VECINAS.

Para precisar más la máxima *Nemo Auditur* . . . , vamos a analizar, siquiera sea someramente, qué diferencias y qué relaciones existen entre ella y las siguientes figuras jurídicas:

A.—EL ENRIQUECIMIENTO ILEGITIMO

El enriquecimiento ilegítimo, noción que ya encontramos consagrada en los textos romanos, y que el código napoleónico, así como nuestro ordenamiento en él inspirado (el código de 84) admiten también, si no de una manera expresa estos últimos, sí de manera tácita al contener preceptos que no son sino aplicación de la idea, puede ser definido como la adquisición de un bien por una persona, en detrimento de otra, habiendo una relación estrecha entre aquella adquisición y este detrimento, relación de causa a efecto, y, además, una ausencia de causa, entendida ésta como una no justificación ante el derecho, como una ilegitimidad de aquéllos, según lo expresa la denominación misma del concepto; y originando una acción conocida de antaño con el nombre de "actio in rem verso", que se ejercita para recuperar aquello de que se ha sido desposeído. El dominio de aplicación de esta figura está constituido por la necesidad de que el hecho por el cual se ha enriquecido un patrimonio y empobrecido el otro, no encuadre en ninguno de los hechos o actos jurídicos previstos y reglamentados por el derecho positivo, ya que de suceder esto último, habría una base distinta para reclamar la devolución y haría innecesario el invocar el enriquecimiento sin causa, fuente extracontractual de obligaciones.

Los tratadistas alemanes, Eneccerus, Kipp y Wolff, por una parte, (D. Civil. tomo II pág. 567) y por la otra, Von Thur (D. Civil Tomo I, pág. 310, párrafo IV), expresan que el derecho moderno conserva la clasificación tradicional del enriquecimiento ilegítimo, a saber: *condictio indebiti* *condictio ob causam futuram*, *condictio ob causam finitam*, y *condictio ob turpem causam*. Que todas estas condiciones han de configurarse como especialidades de una *condictio* en lo fundamental unitaria, ¿ésto quiere decir que el caso en el cual tiene aplicación la regla *Nemo Auditur* . . . , es un caso de enriquecimiento ilegítimo? Si atendemos al lugar dentro del cual se ha colocado la reglamentación del problema, en algunos Ordenamientos, como el alemán, el suizo, nuestro mismo código de 1928, y sólo tomamos en consideración esa colocación, y las palabras de los autores citados, habrá que dar una contestación afirmativa a la pregunta formulada. Sin embargo, no creemos que así sea, si analizamos verdaderamente las dos figuras, y entendemos el "enriquecimiento ilegítimo" según la noción que hemos presentado.

En efecto, la reclamación que se ejercita, conocida con el nombre de "actio in rem verso", es una consecuencia del enriquecimiento ilegítimo. La reclamación de lo entregado en relación con un acto ilícito, se apoya precisamente en este acto ilícito, en el contrato nulo en razón de la ilicitud de su objeto o de su causa. Pero el enriquecimiento ilegítimo o sin causa, fuente extracontractual de obligaciones, como el nombre lo indica, carece de causa, el empobrecimiento y el detrimento no encuentran apoyo en ninguna otra figura jurídica positiva; en cambio, en el segundo caso, la adquisición y la desposesión tienen como causa, o como base, el contrato, aún cuando sea éste ilícito. La palabra *causa* está tomada entonces, en su acepción de causa eficiente, de la fuente de donde emanan las obligaciones.

Con esta breve consideración tratamos de señalar la necesidad de no confundir el enriquecimiento sin causa o ilegítimo y la teoría de la regla *Nemo Auditur*.

B.—EL PAGO DE LO INDEBIDO.

En cuanto al pago de lo indebido, confrontado con nuestro problema: debemos recordar que por pago de lo indebido se entiende aquella figura jurídica consistente en que una persona creyéndose por error deudora de otra, ejecute una prestación, tomada esta palabra en su sentido lato, en favor de la segunda. Los elementos constitutivos son,

en consecuencia: a) ausencia de deuda (sea que en realidad jamás haya existido deuda alguna; sea que el pago haya sido hecho por el deudor de un deuda real a otra persona distinta del acreedor; sea que el acreedor haya recibido el pago de alguien que no es su deudor; Bonnacase (T. II. No. 428). b) que el pago sea hecho por error (el error consiste, dice Bonnacase, en el hecho de que la persona se crea sujeta a una obligación susceptible de ser llevada a ejecución por las vías de derecho por parte de la persona a quien se ha hecho el pago; el código mexicano de 1884 consideraba a este respecto, sólo el error de hecho; en cambio el código vigente de 1928 considera tanto el error de hecho como el de derecho).

El pago de lo indebido es considerado por la doctrina y por la legislación, como un caso de aplicación del enriquecimiento ilegítimo; en efecto, Bonnacase, en la obra citada, número 427, nos dice que procerlo remitir, en lo concerniente al pago de lo indebido y la repetición que es su consecuencia, al desarrollo consagrado a la teoría del enriquecimiento sin causa; y más adelante, en el número 431, in fine, dice expresamente: "... el pago de lo indebido es un caso de aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa". Colin y Capitant (Tomo II. n. 232), Demogue (T. III. n. 84-85) y Valverde (T. III. p. 58) son de la misma opinión. En cuanto a la legislación, el maestro Borja Soriano, en el tomo primero de su Teoría de las Obligaciones, n. 613, nos dice: "El código vigente coloca los artículos relativos al pago de lo indebido en el capítulo del enriquecimiento ilegítimo, imitando al código suizo (arts. 62 y sigs.) y al alemán (arts. 812 y sigs.). Para los autores de nuestro código vigente el pago de lo indebido es una aplicación del principio del enriquecimiento ilegítimo, de acuerdo con el parecer de Bonnacase..."

Si esto es así, las consideraciones que hemos hecho al comparar el derecho que nace del enriquecimiento ilegítimo con las reclamaciones apoyadas en contratos ilícitos (que son rechazados por la máxima Nemo-Auditur), son aplicables en la comparación que hacemos en este momento, y debe, en consecuencia, distinguirse un caso del otro. Así lo hace notar Julien Bonnacese en el número 429 de la obra citada, en el que dice: "Hay que guardarse de confundir el pago de lo indebido con el caso de obligación ilícita o inmoral, que será examinado posteriormente...". Y el maestro Manuel Borja Soriano, en la obra que también hemos citado, nos dice en el número 620: "... el artículo 1895 (del código de 1928) ... se refiere al pago de una obligación ilícita o inmoral, caso que ... no hay que confundir con el pago de lo indebido".

C.—EL ABUSO DE LOS DERECHOS

Julien Bonnecase nos dice, en cuanto a la noción del abuso del derecho, que él es partidario de que la misma tiene un carácter esencialmente psicológico y subjetivo (es decir, se trata del ejercicio de un derecho, sin utilidad para su titular y con un objeto exclusivamente nocivo); y que él rechaza la llamada forma o concepción material del abuso del derecho, la cual hace referencia al acto por el que una persona ocasiona un perjuicio a otra traspasando los límites materiales de un derecho que le pertenece sin disputa y que sólo en apariencia reviste carácter absoluto. Precizando la fórmula que él adopta, señala como elementos constitutivos de esta figura jurídica, los siguientes: 1) ejercicio de un derecho ("Es evidente que parece singular, a primera vista, colocar como elemento del abuso de los derechos, fuente de obligaciones, el ejercicio de un derecho; . . . Lo que es cierto es que el ejercicio de un derecho ha sido tomado como punto de partida de la elaboración de la noción del abuso del derecho"); 2) ausencia de toda utilidad del ejercicio del derecho para su titular ("... los tribunales deberán especialmente no sólo contentarse con marcar la falta de interés actual, sino que deberán prever el porvenir y examinar si el acto, por el instante desprovisto de utilidad, no es susceptible de tenerla en el futuro"); 3) la intención nociva ("Este elemento es la característica esencial de la noción de abuso de los derechos en el sentido psicológico, es decir, tal como nosotros la comprendemos; en realidad no es posible obtener esta noción sin el socorro de los demás elementos; en definitiva, concluimos que el elemento psicológico de la noción del abuso del derecho se reduce a la noción de dolo del derecho común, es decir, a la intención de dañar"); 4) el perjuicio ocasionado a otro ("... es evidente, en efecto, que sólo el perjuicio resentido por una persona es susceptible de poner en movimiento una acción fundada en el abuso del derecho..."). En cuanto a los efectos y dominio de aplicación de esta fuente de obligaciones, dice este autor "... la reparación del perjuicio debe ser ordenada y el mejor modo consistirá en destruir lo hecho en desprecio del ejercicio del derecho sanamente entendido; . . . se ha preguntado si el abuso de los derechos no se absorbería en la noción de delito. No hay nada de ello, pues esta noción tiene una existencia autónoma" (Précis de Droit Civil, T. II, ns. 334 a 342).

Tenemos ya la noción de lo que es el abuso del derecho. Compararemos ahora esta figura con la de los contratos ilícitos. Preguntémonos desde luego qué constituyen en esencia cada una de ellas. Como lo

dice expresamente el autor que acabamos de glosar, y como la consagra nuestro ordenamiento positivo vigente, el abuso de los derechos es una fuente extracontractual de las obligaciones. ¿Lo es el contrato contrario a la ley o a las buenas costumbres? Desde luego, el contrato es fuente de obligaciones; pero como aquí se trata de un contrato ilícito y por consecuencia nulo, la ley quiere que no produzca efectos; precisamente por ello ordena en sus artículos 2239 y 1680 (código de 1928 y código de 1884) que "la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado". Así pues, puede pensarse que la ley hace derivar una obligación aún del contrato nulo, la restitución. Puede concluirse entonces, que se trata de dos fuentes de obligaciones, y que en ello existe semejanza entre ambas figuras jurídicas. Pero desde luego, como apuntamos ya arriba, el abuso del derecho es una fuente extracontractual y el contrato ilícito, como el nombre mismo lo dice, es fuente contractual.

Ahora bien, esta obligación de restituir, derivada del contrato nulo por ilicitud, ¿es la obligación que deriva del ejercicio abusivo de un derecho? Nuestro código vigente, en relación con el abuso del derecho, nos dice en su artículo 1912: "cuando al ejercitar un derecho se causa daño a otro, hay obligación de indemnizarlo si se demuestra que el derecho sólo se ejercitó a fin de causar el daño, sin utilidad para el titular del derecho". De manera que nuestro código habla de indemnizar, en tanto que la obligación que el mismo ordenamiento impone como consecuencia de la nulidad de los contratos es la de restituir. Bonnecase, en el número 340 de su obra, nos dice: "Cuando la realización del abuso de los derechos es constatada, la reparación del perjuicio debe ser ordenada y el mejor modo consistirá en hacer destruir lo hecho en desprecio del ejercicio del derecho sanamente entendido. No se sabe bien porque la solución opuesta ha sido sostenida; una condenación a daños y perjuicios no equivale lógicamente a una reparación en naturaleza. La jurisprudencia, por lo demás, se ha pronunciado por la reparación en naturaleza...". Atendiendo exclusivamente al texto de la ley, creemos que no se trata de una obligación semejante, pues indemnizar es pagar daños y perjuicios, en tanto que restituir es volver las cosas al estado que anteriormente guardaban. De acuerdo con lo expresado por Bonnecase sí podría decirse que se trata de obligaciones semejantes ya que la destrucción que él aconseja, y que dice haber consagrado la jurisprudencia, equivale a reponer las cosas en el estado anterior; así por ejemplo, el dueño de un terreno que elevare, abusando de su derecho, sin utilidad para él, y con perjuicio para su vecino, una

pared de su propiedad, podría ser obligado a la demolición parcial de la obra, y habría así la restitución, ya que aquel derecho del vecino, si quiera sea a percibir X cantidad de luz, le sería reintegrado.

Pero todo esto nos llevaría a apartarnos del tema; y nos interesa por el momento ver qué relaciones existen entre la teoría del abuso del derecho y la noción de nulidad de un contrato por ilicitud del mismo como base de una reclamación. Analizando los elementos que integran a la primera de las nociones dichas, encontramos: el ejercicio de un derecho; ¿al demandar la restitución de lo que se hubiere entregado por virtud de un contrato nulo, se está ejercitando un derecho? René Japiot ha expuesto que en el caso de la regla *Nemo Auditor*, no es verdaderamente "su derecho" lo que el reclamante expone, sino el "derecho de la sociedad". De todas maneras al aceptar la regla latina, cuando el contrato es nulo por ser ilícito, se niega ese derecho de reclamar lo entregado o de exigir el cumplimiento de lo prometido por la otra parte, y en consecuencia, el ejercicio de tal derecho. En cuanto al segundo elemento: ausencia de toda utilidad del ejercicio del derecho para su titular, es evidente que tratándose de la reclamación por nulidad del contrato, sí hay utilidad de recuperar lo entregado evitando así perjuicios a su patrimonio y al del co-contratante, y de borrar el acto jurídicamente defectuoso, por ejemplo cuando se trata de la incapacidad de una de las partes, o de vicios del consentimiento. Quizás aún en el caso de nulidad del contrato porque su objeto o su motivo o su fin sea ilícito, suponiendo por un momento que procediere la reclamación de lo entregado, podría decirse que hay utilidad en el ejercicio del derecho, puesto que podría ser el deseo de borrar una falta cometida, un arrepentimiento del contrato propalado. En cuanto al tercer elemento, intención nociva, es aquí donde Ripert ve una semejanza, en el abuso del derecho hay una intención de dañar, hay un propósito doloso; y también en el contrato ilícito, por ser tal, puede hablarse de propósito doloso, ya que al infringir la ley o las buenas costumbres implica siempre un ánimo dañino. Son pues, como dice este autor, indignos moralmente, quienes abusan en el ejercicio de su derecho y quienes celebran un contrato ilícito; y lo invocan y por esta indignidad precisamente, es por lo que se les debe negar todo socorro, ya que quien infringe las normas reguladoras de la vida social, es un elemento destructor de la sociedad misma. Y más aún que negarle socorro, pensamos que, cuantas veces sea posible, debe imponérsele la sanción que su falta amerita. Se encuentran pues semejanzas entre ambas teorías, a lo menos cuando el reclamante indigno no demanda la nulidad sino para continuar el curso de sus operaciones ilícitas. En cuanto al cuarto elemento integrante del abuso de los derechos, en-

contramos: el perjuicio ocasionado a otro. ¿Tratándose de los contratos ilícitos, se ocasiona perjuicio a otro? Tomemos los casos de incapacidad y de existencia de vicios en el consentimiento; es evidente que en estos casos se causa perjuicio al co-contratante, y precisamente porque la ley quiere la libertad y la igualdad en los pactos, sanciona todo aquello que los contraría y protege a quienes se ven así dañados, estableciendo la nulidad del acto y ordenando la restitución de lo que se hubiere entregado. En el caso de ilicitud en el objeto, motivo o fin del contrato también se daña al co-contratante, por lo general, y de no ser así, se daña de una manera indirecta a la sociedad ya que, repetimos, se infringen las normas que regulan su vida. Ahora bien, en caso de que se reclame la devolución de lo entregado por virtud de un contrato ilegal o inmoral, ¿existe perjuicio alguno?; cuando la reclamación sea de tal naturaleza que se intente para suprimir el acto inmoral, para borrarlo, o para detener su producción de efectos, ¿debe rehusarse el derecho? En cuanto a la primera de estas dos preguntas consideramos conveniente reproducir una parte del texto de una célebre sentencia pronunciada por los tribunales franceses, que traduce el pensamiento de algunos autores, y puede decirse inspira los Ordenamientos modernos que aceptan el adagio; nos referimos a la sentencia de Caen, de 29 de julio de 1874, que dice: "...sería contrario a la moral, como a la dignidad de la magistratura, que ésta dejara discutir en sus estrados sobre el sentido, el alcance y los efectos de pactos vergonzosos que deshonoran a la conciencia pública". Es el interés público y es el decoro de los tribunales el dañado en estos casos, y es, en suma, la sociedad misma quien sufre el daño. Respecto a la segunda pregunta formulada, es cierto que pudiera presentarse el caso de la reclamación ejercitada en virtud de un sincero arrepentimiento de aquél que obró dolosamente, pero ¿debe por ello dañarse al interés público, al decoro de los tribunales, a la moral social, a las buenas costumbres, y dejar sin sanción alguna al que ha infringido las leyes y la moral?

Estas consideraciones conviene tenerlas en cuenta al examinar las objeciones dirigidas en contra de la regla *Nemo Auditur*.

D.—EL FRAUDE A LA LEY

Al estudiar el tema relativo al adagio *Nemo Auditur*, se emplea, a veces, por los autores, la palabra "fraude", o la expresión "fraude a la ley". De aquí la importancia de esta comparación que intentamos.

El empleo de aquella palabra, o de aquella expresión, tratándose del problema del adagio, es indebido, a menos que se haga tomándo-

las en su sentido amplio, lato; veamos en efecto en que consiste el "fraude a la ley" en estricto sentido, y observaremos que no es lo mismo que reclamación apoyada en actos ilícitos.

El fraude a la ley consiste en eludir la aplicación de la ley normalmente aplicable, porque esta ley no conviene o no satisface los intereses de las voluntades, los fines que éstas persiguen; pero es necesario que la voluntad sea culpable, culpable en tanto que elude la observación de determinada ley cuando tiene el deber de respetarla. (Ripert. o. c. n. 176). Por consecuencia, cabe concluir que no habrá fraude a la ley cuando se tenga la facultad de elegir entre diversas reglas o diversas formas jurídicas; en tal caso la voluntad no será una voluntad culpable, requisito para la existencia de aquella figura.

Oigamos a Francisco Ferrara. Este célebre autor, en su obra "La simulación de los negocios jurídicos", pág. 95, nos dice: "Hay un punto en que están conformes todos los escritores y es que el fraude constituye una violación indirecta de la ley, no según su expresión literal, sino según su espíritu. El que defrauda no contradice las palabras de la ley; al contrario, se atiene respetuosamente a su letra, pero, en realidad, va en contra del sentido de la disposición, viene a frustrar el fin a que tiende el principio jurídico". Aquí podemos notar el parentesco con la teoría del adagio. Tratándose del fraude a la ley se elude la ley, sin embargo, en vez de atacarla de frente, se huye la aplicación de la ley dando vuelta a su alrededor, para evitar sospechas. Más adelante, en la página 97, nos dice el autor italiano: "es un elemento de la conducta fraudulenta la intención de sustraerse a la fuerza coactiva del derecho, pero no es esencial la conciencia de que se persigue un fin prohibido". En cuanto a la forma como actúa el fraude, nos dice: "el fraude muda el estado de hecho regulado por la ley, en forma tal que ésta resulta inaplicable. Todo principio jurídico hace depender su aplicación, de la existencia de un hecho determinado, el cual, a su vez, resulta de una serie de elementos. Por eso las consecuencias jurídicas se producen tan solo cuando se presenta el hecho indicado; y quien defrauda la ley no hace más que evitar la constitución de ese hecho jurídico, privándolo de uno de sus elementos integrantes y haciendo con ello inaplicable el principio que lo regula. Esta modificación del estado de hecho puede verificarse: a) empleando otra forma jurídica o varias formas combinadas (así, la Lex Furia Testamentaria limitaba hasta una cierta cantidad la facultad de disponer por legado, para poner un freno a las disposiciones inmoderadas del patrimonio por el camino de las liberalidades enormes; pues bien, se defraudaba a esa ley, dividiendo el patrimonio en un gran número de legados a favor de la misma per-

sona); b) variando las condiciones en que el hecho se produce (tal era el caso citado por las fuentes romanas, de dos esposos que para eludir la prohibición de las donaciones entre cónyuges disolvían el matrimonio y durante la separación llevaban a cabo la liberalidad, volviendo luego a casarse); y c) interponiendo personas distintas de los verdaderos contratantes; la persona interpuesta es un contratante real que adquiere derechos contractuales, aunque esté personalmente obligada a dar cuenta o a restituir a otros el contenido útil de sus actos de disposición". Y, por último, en la página 99 nos dice: "para mí, los negocios fraudulentos son negocios reales indirectos, que tienden a conseguir, con el empleo de diversos medios jurídicos seriamente realizados, el mismo resultado que la ley prohíbe, o, por lo menos, uno equivalente. Y puesto que la ley, de ordinario no se fija en un fin jurídico solamente, sino práctico, la prohibición debe entenderse dirigida contra cualquiera forma con la cual se trate de obtener el efecto prohibido".

Comparemos ahora las dos figuras: en las dos hipótesis se respeta la ley, pero sólo en apariencia; en realidad no es así. En el ejemplo propuesto por Ferrara, de los esposos que disuelven temporalmente su matrimonio, para llevar a cabo la liberalidad prohibida, se respeta el mandamiento legal de no realizar donaciones entre cónyuges, pero en virtud de que posteriormente vuelven a unirse, se daña al fin mismo de la ley obteniendo indirectamente lo que les es prohibido directamente; en realidad pues, no se respeta la ley ya que se infringe el fin que ella persigue. En el caso de aplicación de la regla Nemo también se respeta la ley en apariencia, ya que se pretende obtener la declaración de la nulidad y la consecuencia de la misma, que es la repetición; pero se daña a la misma ley, no se la respeta ya que se pretende obtener una ventaja de una pena que debe reprimir los procedimientos empleados, y ya que se pretende contrariar el fin perseguido por la ley, consistente en impedir la celebración de tales actos y aún su multiplicación y producción de efectos.

Pero existe, como diferenciación entre ambas figuras, la circunstancia de que el culpable, en el caso que da lugar a la aplicación del adagio, no se ayuda de procedimientos o actividades fraudulentas para lograr la ventaja que pretende; no se coloca ni pretende colocarse dentro de otra disposición legal que aquélla que debe serle aplicada; por el contrario, toma esa ley, ese conjunto de disposiciones que constituyen la institución de la nulidad y pretende acogerse a ella para obtener provechos y ventajas.

CAPITULO IV

JUSTIFICACION DE LA MAXIMA

Tzarano, en su estudio dedicado a la regla NEMO AUDITUR, dice que esta máxima, tal como la aplica la jurisprudencia francesa, aparece encerrando una idea moral bien definida. Por su parte Georges Ripert, en su obra *La Regla Moral en las Obligaciones Civiles* (número 108), nos dice que "en el fondo el malestar que reina sobre la aplicación de la regla proviene justamente de que ella no es por sí misma una regla jurídica, sino una regla moral...". Nosotros consideramos que la regla tiene una calidad moral y jurídica a la vez; a reserva de considerarla en su aspecto jurídico en capítulo posterior, conviene preguntarnos: ¿qué relaciones existen entre Moral y Derecho?; ¿en qué medida debe consagrar el Derecho las ideas o los principios de la Moral? A través de nuestro paso por las distintas asignaturas en la Escuela de Jurisprudencia hemos oído hablar, en varias ocasiones, de las diferencias existentes entre la Moral y el Derecho; se habla de la unilateralidad, interioridad, incoercibilidad y autonomía de la Moral, frente a la bilateralidad, exterioridad, coercibilidad y heteronomía, del Derecho. Pero pocas o raras veces se aborda el tema relativo a las relaciones que guardan entre sí ambas disciplinas. Ripert, en la obra antes mencionada, trata de demostrar la influencia de la Moral en el Derecho, especialmente en lo que se refiere a la teoría de las obligaciones, que es una de las más técnicas y más interesantes disciplinas jurídicas. En dicha obra, por todos conceptos digna de conocerse, encontramos los siguientes pasajes que estimamos conviene reproducir en este momento:

"No hay en realidad, dice el jurista, entre la regla moral y la regla jurídica, diferencia alguna de dominio, de naturaleza y de objeto. No puede haberla, porque el derecho debe realizar la justicia y la idea de lo justo es una idea moral. Pero hay una diferencia de carácter:

la regla moral deviene regla jurídica gracias a una orden o mandamiento más enérgico y a una sanción exterior necesaria para el objeto por alcanzar, como dice Geny en su obra *Ciencia y Técnica* "... Cuando esta regla ha sido dada así y sancionada por el legislador, ella se separa de la regla moral que le sirve de fundamento, en el sentido de que el derecho, identificándose con el orden jurídico establecido, se basta a sí mismo; se contenta con la obediencia de la ley sin tomar en cuenta los motivos de esta obediencia". Esta distinción del derecho y la moral suprime el insoluble problema de la justicia en el orden jurídico positivo identificando el derecho positivo y la justicia... " (No 6). "Lo que es cierto, es que en la construcción técnica es útil separar el mandamiento legislativo, de la regla moral que él consagra. Esta separación es, desde luego, necesaria a fin de obtener, por esta neutralidad aparente, el respeto de la regla, aún por aquéllos que no se inclinarían delante de la ley moral en la cual se ha inspirado aquélla. Sobre el legislador pesan todas las fuerzas morales; él sufre su empuje, pero la regla moral pasando por sus manos debe salir transformada y él debe presentarla como regla jurídica". (No. 204 o. c.).

"Pero a quien reflexione sobre las relaciones del derecho y la moral, se presenta de nuevo, y con mayor fuerza después de la separación necesaria, la cuestión de saber si el derecho puede, cortado de su raíz, vivir por la sola fuerza de su técnica, o si por el contrario, no puede desarrollarse sino por una influencia continua de la energía moral". "Los gobernantes deben hacer respetar la regla; ellos afirman su soberanía al ejercitar su autoridad; la regla jurídica se sostiene por su sola fuerza; no hay que preguntarse si ella es conforme con el derecho natural o moral. Pero si consideramos ahora la elaboración del orden jurídico positivo, las cosas cambian y la separación absoluta del Derecho y la Moral es imposible de realizar". (No. 14).

Hay pues, dice Ripert, necesidad de fundar la autoridad sobre una concepción puramente positiva del derecho; pero necesidad también de hacer un llamado a la moral en la formación del orden jurídico positivo. Lo cual demuestra que Moral y Derecho son disciplinas inseparables, entre las cuales no hay una diferencia radical.

Continúa diciendo este autor: "El legislador, puesto que representa la autoridad, se esfuerza en hacer triunfar su voluntad. Pero esta voluntad del gobernante está regida por todas las fuerzas que se hallan en acción en la sociedad humana, y es hacer un análisis bien incompleto, el no tener en cuenta las fuerzas morales. "No es solamente en la elaboración de la regla de derecho que interviene la moral, sino también en la aplicación y en la interpretación de ella, el juez,

escuchando las diversas voces que le dictan la sentencia es sensible especialmente a la consideración de la ley moral. (No. 15) Cuando se pide a los jueces decidir, dice Ripert, si ha habido mala fe, causa inmoral, abuso del derecho, especulación culpable, se les está invitando a aplicar respecto de la conducta humana sentencias dictadas por la moral. "¿El progreso del derecho civil no consiste justamente en esta apreciación hecha por el juez de la moralidad de las acciones humanas? A la regla rígida y a menudo injusta, él sustituye la apreciación individual con sus matices infinitos..." (No. 205). "...la vieja ley moral nos da reglas que nadie puede negar ni transgredir sin ser culpable. Esta ley la conocen los jueces y la practican ellos mismos. Mientras más la hagan respetar, más progresará la idea del Derecho". (No. 206).

Francisco Ferrara expresa por su parte: "A la norma que declara ilícitos los actos inmorales se han dirigido graves censuras, lamentando que constituya una intromisión arbitraria de la moral en el derecho y que señale un retroceso en la legislación. Pero reflexionando sobre esta acusación queda uno persuadido de que carece de fundamento. En los tiempos antiguos, moral, derecho y culto religioso, aparecen confundidos, y la separación viene gradualmente y en relación al desarrollo y a la civilización de los pueblos. Por lo tanto, moral y derecho no son sino grados de evolución; hay identidad sustancial". (Teoría del negocio ilícito. No. 5).

Quizá nos hemos extendido demasiado en la cita de los pasajes precedentes; discúlpelo el interés de los mismos y la necesidad de acudir a palabra maestra.

Queremos hacer constar las siguientes reflexiones:

1.—La Moral ejerce una influencia dominante y profunda sobre el Derecho, precisamente porque aquélla es una esfera mayor que la correspondiente a la del Derecho; si bien existen algunos preceptos (por fortuna excepcionales) que no son absolutamente morales, el Derecho, en su casi totalidad, es la consagración de principios morales. Geny, en el prefacio a la obra de E. H. Perreau "La técnica de la jurisprudencia" dice: "La regla de derecho implica siempre en su base un precepto moral por rudimentario que sea". Puede decirse que el Derecho, a medida que realiza la Moral logra mayor perfeccionamiento, ya que la Moral es la luz que lo ilumina y la meta inmejorable que puede y debe alcanzar.

2.—No es tan sólo en este tema que hemos elegido en el que aparece la influencia de la Moral en el Derecho. El tratadista a cuyo au-

xilio hemos acudido anteriormente, Ripert, expresa: "Que se diga, por ejemplo, si el contrato es válido o no, cuando es lesivo; si la responsabilidad puede o no existir fuera de la falta cometida; si el enriquecimiento injusto debe ser restituído; si la buena fe es necesaria en el cumplimiento de las formalidades jurídicas; éstas son para no tomar sino algunos ejemplos, cuestiones que no se pueden resolver si no se tiene una concepción de los fines morales del hombre ..." (No. 203). Y nosotros añadimos que la influencia de la Moral en el Derecho no sólo se manifiesta en materia de obligaciones y contratos, sino en otras diversas instituciones de las cuales podemos citar por vía de ejemplificación, las siguientes que recordamos en estos momentos: las obligaciones nacidas del parentesco, la igualdad de los hijos, las obligaciones inherentes al matrimonio, la institución del patrimonio de familia, los derechos reales y en materia de sucesiones (la libertad de aceptar o repudiar una herencia, el beneficio de inventario), etc.

El Derecho así influenciado por la Moral, puesto que se perfecciona a medida que realiza los principios de ésta, contribuye al mejoramiento del hombre y permite establecer una cada vez más armoniosa convivencia. Es evidente que siendo el derecho una disciplina cuya mira debe ser la ya apuntada, dicho esto de una manera general, debe sancionar, castigar, todos aquellos hechos y omisiones humanos que representen una infracción o un desconocimiento de la regulación que él mismo establece. Y dentro de tales actividades podemos mencionar, como uno de los muchos casos que encuadran en la hipótesis, el de los actos ilícitos, el de las convenciones que contravienen las reglas jurídicas y las reglas morales, y las reclamaciones que en ellos se apoyen. De acuerdo con lo dicho anteriormente, el Derecho debe reprimir tales proceder y procurar, en todo lo posible, evitar no sólo su desarrollo, sino su nacimiento. El problema de tal represión se plantea ahora en estos términos: si bien el Derecho no debe permitir la formación de tales actos, una vez que éstos se han celebrado, ¿qué actitud produce mayores beneficios y menores inconvenientes, el rechazo o la concesión del derecho de repetir las prestaciones realizadas o proporcionadas, la ejecución de lo prometido, etc? Contestar esta pregunta es tomar partido en pro o en contra de la regla que analizamos; y para ello es evidente que a más de los razonamientos que preceden, consideremos ahora cuáles son las principales objeciones que se han hecho a la máxima aludida, cuál su alcance y su fuerza; para analizar después el carácter jurídico del adagio.

ANALISIS DE LAS OBJECIONES DIRIGIDAS A LA REGLA

I.—Se ha dicho, muy especialmente por los autores franceses (Baudry-Lacantinerie No 316; Laurent XVI- 164; Planiol II- 846; Demogue No. 878; Demolombe XXXIV- 382 y XXXI- 436, etc.), que el adagio no reposa sobre texto legal alguno; y se refieren de manera particular al Código Napoleón, que guarda silencio al respecto. Así, el primero de los tratadistas mencionados dice que no debería admitirse una regla sin texto; "¿donde está, pues, esta máxima?; ¿en virtud de qué texto se pronuncia en contra de una de las partes tal indignidad?". Capitant, en su libro "De la causa de las obligaciones", número 114, nos dice que "algunos intérpretes más recientes (Baudry Lacantinerie Barde, entre otros) afirman que la fórmula ha sido abrogada tácitamente por el código civil; y han invocado además, como apoyo, los artículos 1235 y 1376, los que, sin hacer reserva, ordenan la restitución de lo que ha sido indebidamente recibido...".

Desde luego, debemos pensar que la ley es una obra humana, y como tal, imperfecta, en cuanto a que no puede preveer todos y cada uno de los casos o hipótesis que en la práctica pueden surgir; para remediar esta imperfección, se ha hablado del principio de la "plenitud hermética del derecho"; y de la importante misión de la labor jurisprudencial, eminentemente creadora, no sólo interpretadora, del derecho; labor en la cual, dice Ripert, se hace patente más que en la legislación misma, la influencia de la moral en el derecho.

Por otra parte, acudiendo nuevamente a Capitant, y en relación con las mismas palabras que de él hemos transcrito arriba, puede contestarse a la objeción: "... estos argumentos no son decisivos porque al redactar estos preceptos (1235 y 1376), el legislador no tuvo a la vista, probablemente, sino la *condictio indebiti* y no la *condictio ob turpem causam*. Y esta probabilidad se encuentra acrecida por el hecho de que los artículos en cuestión, son referidos a Pothier, quien admitía la máxima *Nemo Auditur...*" (No. 114. o. c.). Giorgi, en el tomo V de su Teoría de las Obligaciones, párrafo 135, manifiesta a su vez: "Por lo que respecta al silencio del código, este argumento, de poquísima fuerza en cualquier caso, no tiene valor alguno en una materia que ha escapado enteramente al estudio del legislador; basta la más ligera investigación del asunto para convencerse de que cuanto fue aseverado por los jurisconsultos, tomado y aceptado concordemente por los prácticos antiguos, no ha podido desaparecer bajo el imperio

de los códigos modernos, porque el espíritu de los mismos no puede ser en esta materia diferente al del Derecho Romano..." Por último, Ripert, nos dice: "La regla no reposa sobre texto alguno. Este fué en la época clásica un gran argumento en su contra; el reprocha hoy día no tiene alcance: la regla tiene un bello pasado para no tener necesidad del apoyo de un texto del código civil..." (105 o. c.).

Finalmente, estimamos nosotros que esta pretendida objeción queda totalmente anulada, si consideramos en una visión general el articulado de los distintos, a la vez principales, códigos del mundo contemporáneo. Ya en el capítulo I de este trabajo los hemos reproducido.

II.—Segunda objeción.—La regla NEMO AUDITUR ha sido rechazada por algunos doctrinarios en virtud de que, piensan ellos, su admisión significaría otorgar al juzgador poderes para penetrar en el dominio de la conciencia. Este poder, exagerado según se dice, atemoriza sobremanera a los tratadistas. Así podemos citar a los franceses Huc y Laurent, quienes se pronuncian en tal sentido por miedo a la intervención del juez en el dominio moral.

Considerando esta objeción, debemos preguntarnos: ¿puede el juzgador examinar las conciencias humanas?, y después de contestar esta pregunta en un plano teórico, ¿en nuestro derecho positivo, encontramos, tratándose de otros casos distintos al que ahora examinamos, esta penetración del juez en la conciencia de los hombres?

Primero, ¿es debido que el juzgador examine las conciencias humanas? Recordamos en este momento el tema de Filosofía Jurídica consistente en analizar los principales criterios de distinción entre la Moral y el Derecho. Entre ellos existe uno que conviene analizar: nos referimos a la interioridad de la moral y la exterioridad del derecho. Se dice que al Derecho le interesan las acciones, la conducta externa, en tanto que a la Moral le interesan las intenciones, el aspecto interno de la conducta; que el Derecho se interesa porque el deudor cumpla con su obligación independientemente de sus sentimientos para con el acreedor, y que la Moral se interesa porque el hombre cumpla sus deberes morales, pero se fija especialmente en el propósito que lo anima, en la intención que al realizarlos, tenga; así, la Moral quiere que se haga la caridad, no por ostentación, sino por un sentimiento de ayuda y de socorro desinteresado al prójimo. Pero, de qué manera se interesan respectivamente estas dos disciplinas por esos dos aspectos de la conducta? Se interesan de una manera **preferente**, pero no exclusiva; es decir, el Derecho se interesa de manera especial por la parte externa de la conducta, pero no por ello deja de con-

siderar en variadas ocasiones el aspecto interno, anímico, consciente, voluntario, de la misma; ejemplo típico lo tenemos en la conocida teoría de los "vicios de la voluntad", respecto de la celebración de los contratos. Y que el Derecho, se interese en el aspecto interno, es un dato que debemos tomar en consideración para la contestación de la pregunta que nos hemos planteado. Por su parte, la Moral se ocupa principalmente del aspecto interno de la conducta, penetra en la conciencia de los hombres; pero ello no quiere decir que desatienda de modo absoluto lo exterior; por ello el proverbio que dice: "el camino del infierno está sembrado de buenas intenciones", lo que significa que los buenos propósitos no bastan, si no se ponen en práctica. A nuestro parecer sí pueden y deben, tanto el legislador como el juzgador, penetrar en el ámbito de la conciencia humana y examinar las intenciones que animan a los sujetos de derecho; ello contribuirá a la realización de la justicia, que es una idea perteneciente al campo de la moral; y al realizar así el Derecho, la Moral, contribuirá también al mejor desarrollo tanto humano, como social.

Ocupándonos ahora de la segunda cuestión planteada en relación con esta 2a. objeción (¿en nuestro derecho positivo encontramos esta penetración del legislador y del juez en la conciencia humana?), respondemos: nuestro derecho positivo sí consagra esta posibilidad de que el juez examine el aspecto interior de la conducta.

Al efecto, recordemos cómo nuestro derecho penal positivo, o más concretamente nuestro código penal, establece lo siguiente:

Artículo 80.—Los delitos pueden ser: a, **Intencionales** y b) **No intencionales** o de imprudencia. Se entiende por imprudencia toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional".

Artículo 51.—Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente".

Artículo 52.—En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta: . . . La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los MOTIVOS que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas; . . .

Y en la exposición de motivos de este mismo Ordenamiento, párrafo IV se dice: "el concepto de la temibilidad o peligrosidad es aprovechable como un nuevo factor para agregarse a la clásica intención

al dolo, a la malicia, y para servir juntamente con la inteligencia, la **voluntad** y el daño causado, como medida de valores penales".

Tomemos ahora otra rama del Derecho.

El Código Fiscal de la Federación, importante ley del Derecho Administrativo, dispone en su artículo 51: "Las multas que la Secretaría de Hacienda, sus dependencias o los organismos fiscales autónomos, impongan por infracciones a las disposiciones de carácter fiscal, podrán ser condonadas total o parcialmente por acuerdo expreso de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en los siguientes casos:

... II.—Cuando a juicio del Secretario de Hacienda y Crédito Público, las infracciones cometidas sean leves y no hayan tenido como consecuencia evasión del impuesto; ..." De esta disposición citada, tan sólo como un ejemplo, inferimos que también en materia administrativa nuestro derecho permite indagar los móviles del acto humano.

Refiriéndonos ahora al Derecho Civil, encontramos, también a título de ejemplificaciones, ya que un completo recorrido al respecto nos llevaría a extendernos demasiado, los siguientes casos en los cuales el juzgador puede y debe, indagar los móviles de las acciones, penetrar en el ámbito de la conciencia humana. En el Libro dedicado a las Personas se nos habla de los matrimonios putativos, o sea, los celebrados por un cónyuge de buena fe y otra de mala fe; por buena fe debe entenderse la rectitud en el obrar en tratándose de relaciones jurídicas, (la obligación de obrar como hombre honrado y concienzudo); en el Libro dedicado a los Bienes se habla del poseedor de buena fe y del poseedor de mala fe; en el Libro dedicado a las Obligaciones y los Contratos encontramos desde luego que las definiciones de convenio y contrato hacen mención del consentimiento, y el consentimiento significa un acuerdo de voluntades; ¿y cuántas veces no tiene que intervenir el juez en el aspecto interno de las acciones para decidir si hubo o no acuerdo de voluntades y en consecuencia contrato o convenio, cuando se discute en un juicio la existencia o inexistencia de ellos?

Más adelante encontramos los vicios del consentimiento; desde luego, por el hecho de tratarse del consentimiento mismo, notamos que esos vicios son defectos de la voluntad de alguna de las partes; y ya más concretamente, la noción que de la mala fe, por ejemplo, nos da el código civil del Distrito Federal en su artículo 1816, nos está indicando claramente la necesidad de examinar el aspecto anímico de la conducta, para decidir sobre la afectación o no afectación del consentimiento por uno de los vicios reglamentados por nuestro derecho.

En cuento a la causa, o como la entiende nuestro código vigente, el motivo, es evidente que el juzgador debe entrar en el dominio de la conciencia para decidir de la existencia de una causa lícita o ilícita. Precisamente el tema que hemos elegido para este trabajo se halla íntimamente ligado con la teoría llamada de la causa; y es extraño que los autores rechacen la regla NEMO AUDITUR dando como razón para ello que el juez no debe entrar en el dominio de la conciencia ni en el dominio de la moral, y admitan la repetición en el caso de las convenciones con causa o motivo ilícito, toda vez que el motivo es un concepto del resorte anímico. Motivo contrario a la ley o a las buenas costumbres (que no son otra cosa, éstas, que la moral pública local, al decir de Ferrara).

En materia de sucesiones, el art. 1302 establece: "Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de las palabras, a no ser que aparezca con manifiesta claridad que fue otra la VOLUNTAD del testador").

En caso de duda sobre la inteligencia o interpretación de una disposición testamentaria, se observará lo que parezca más conforme a la **intención** del testador, según el tenor del testamento y la prueba auxiliar que a este respecto pueda rendirse por los interesados"). Así podríamos seguir mencionando otras materias y casos en los que el derecho positivo mexicano permite al juzgador adentrarse en la conciencia humana.

Creemos en consecuencia, que esta objeción carece de fuerza, y no debe ser obstáculo para admitir la regla o máxima que defendemos.

III.—Tercera objeción.—Otro de los argumentos dirigidos en contra de la regla "Nemo Auditor..." es el siguiente que, conocemos a través de la exposición y crítica que del mismo hace Ripert. La objeción, que este tratadista considera "sacada de circunstancias de equidad", consiste en términos generales en lo siguiente: se dice que la acción en repetición está fundada, en estos casos, no sobre el contrato calificado de inmoral, sino sobre el pago de lo indebido, ya que lo entregado no se debía, precisamente en razón de que el contrato, por ilícito, es nulo. Ampliando más esta idea, se sostiene que los artículos 1376 del Código Napoleón y siguientes (que se encuentran en el capítulo dedicado a los quasicontratos), imponen la restitución de lo que ha sido pagado indebidamente, y que tales disposiciones no son sino aplicaciones del principio "no puede haber enriquecimiento sin causa a expensas de otro". En consecuencia, se concluye, si la acción nacida del contrato es inadmisibles de acuerdo con la regla NEMO

AUDITUR, queda la acción extracontractual de in rem verso para reclamar lo que de un patrimonio ha pasado a otro; lo cual hace nugatoria la aceptación y aplicación de tal regla.

Contesta Ripert: "... Hay en esta objeción algo de exacto. Si el demandante intenta una acción que no supone conocimiento alguno por el juez, del contrato inmoral, esta acción debe ser admitida. Es así que el autor de un daño que ha pagado el todo tiene un recurso contra sus coautores, basándose en el pago hecho por otro, pero, en la mayoría de los casos no se puede separar, como lo sostienen muchos autores, el pago que ha sido hecho, del contrato que ha dado nacimiento a dicho pago; y es necesario para que haya acción de in rem verso, que el pago sea sin causa; ahora bien, aquí hay una causa, aunque inmoral. Por otra parte, el ejercicio de la acción de in rem verso tropezaría con el mismo obstáculo: el demandante obligado a indicar por qué ha pagado, tendrá que prevalerse del acto inmoral que na realizado, y el juez rehusaría escucharlo". (o. c. n. 109).

Nos adherimos al pensamiento de este tratadista, por las siguientes razones: creemos en efecto, que si la reclamación ejercitada no supone conocimiento del contrato inmoral, por parte del juez, debe ser admitida; en efecto, tal desconocimiento prueba la independencia entre la reclamación ejercitada y la inmoralidad del acto realizado; pero estimamos que esto será bien difícil, ya que muy raro será el caso en que se pueda lograr tal independencia. Por otra parte, si el juez conoce la inmoralidad del acto, deberá rechazar la reclamación, pues aun que el demandante no lo quisiere, tendrá que invocar como apoyo de aquélla, el acto ilícito mismo, y por llamarlo y pretender sacar de él provecho, obra torpemente y es indigno de escucharse.

En cuanto a la segunda razón que expone el autor refutando la objeción, la estimamos cierta también: el caso en que tiene aplicación la regla Nemo Auditur es algo distinto del llamado "enriquecimiento sin causa" y el "pago de lo indebido", fuentes que originan la actio in rem verso. Este aspecto lo tratamos ya en el capítulo anterior.

IV.—Por último, se presenta a nuestra consideración una cuarta objeción, que es, en nuestro concepto, la más seria que se ha dirigido en contra de la máxima y la idea que la misma encierra; y la consideramos la más grave, en virtud de que la argumentación, como ha dicho un tratadista, hace llamado a una idea moral para combatir esta regla fundada precisamente sobre la moral. ¿Cuál es esta objeción?

Planiol, Ripert y Esmein en el tomo VII de su Tratado de las Obligaciones, número 748, exponen que: "esta doctrina (la del adagio en

cuestión) ha sido vivamente combatida por tener como resultado, a rehusar la acción en repetición, la consolidación de la situación que la ejecución de la convención ilícita o inmoral ha creado, y además, por ir en contra de la nulidad pronunciada por el artículo 1131" (del código civil francés). También ya Demolombe, en el Tomo I de su Tratado de los Contratos, párrafo 382, había señalado ésta, como una de las razones que lo hacen decidirse por la no aceptación de la máxima. Por su parte, Baudry Lacantinerie, en el párrafo 316, del tomo XII de su Tratado Teórico y Práctico de Derecho Civil, expone: "... el artículo 1131 sería violado si no hubiese lugar a la repetición, porque la obligación sobre causa ilícita deviniendo así inatacable, sería más resistente que las obligaciones con causa lícita". Domat ya también había notado la "injusticia" de solucionar el problema de la repetición en los contratos ilícitos aplicando la regla NEMO AUDITUR, y por ello aceptaba la restitución.

En resumen, la objeción dice: a) ¿Por qué ha de beneficiarse el "accipiens" conservando lo que ha sido entregado, bajo el pretexto de que él es poseedor?; b) el adagio contraría el artículo 1131 napoleónico que dice: "La obligación sin causa, o sobre una falsa causa, o sobre una causa ilícita, no puede tener efecto alguno".

"Se puede responder a esto, dice Ripert, que el legislador o el juez no puede castigar a todos los culpables; hay pactos que escapan a su censura. Aquéllos sancionan a quienes han recurrido a ellos, e ignoran a los demás. Es una torpeza común tanto peor para aquél que tiene necesidad de socorro judicial. El otro no es menos culpable, pero nada se tiene que rehusarle, porque él nada demanda". Giorgi, en su Teoría de las Obligaciones, tomo V. n. 135 nos dice: "El razonamiento vicioso por el cual fueron engañados los autores que opinaron era permitida también la repetición del turpiter datum, consiste en decir que de otro modo la causa torpe tendría algún efecto, siendo que la ley la estima absolutamente ineficaz (art. 1131 napoleónico). Pero este razonamiento es completamente inexacto por varias razones. Primeramente, las disposiciones que niegan algún efecto a la causa ilícita o torpe, no se refieren a los pagos, sino a las convenciones. Suponen éstas un acuerdo ilícito, no un pago ya efectuado; y como frente a un contrato aún no ejecutado hay sólo simples palabras o promesas, por eso miran a impedir que aquellas palabras y aquellas promesas se conviertan en hechos. Pero frente al pago ya efectuado, la disposición no tendría ningún sentido; porque la causa ilícita ha producido su efecto y no se trata ya de impedirlo, sino de destruirlo, restableciendo el estado anterior, mediante la restitución. El pago no se presenta como

un efecto del contrato ilícito, del que aún se puede impedir la verificación, sino como un hecho ya cumplido no obstante la prohibición. Ahora bien, para anular este hecho y ordenar la restitución, la ley debería abrir paso a un inconveniente mucho más grave, que sería el prestar su brazo en ayuda del que cometió el primero la torpeza o hecho ilícito; el dejar campo libre a investigaciones judiciales vergonzosas e indecentes. ¿Sería quizá tolerable, preguntamos ahora a los partidarios de la escuela contraria, oír ante los tribunales, al seductor de la mujer ajena, que ofrece presentar la prueba de las cantidades pagadas o los presentes entregados para satisfacer su torpe concupiscencia y leer después la sentencia del juez, quien después de haber estimado este hecho en los "considerandos", ordena la restitución de las sumas pagadas por el torpe seductor? ¿No enseña la prudencia política, de acuerdo con la moral y con la justicia, que no es debido por el interés público y por el decoro de los tribunales, revelar mediante la resonancia del juicio, ciertas torpezas que ofenden el sentido moral? Los hechos ilícitos y los hechos torpes no deben interesar a la justicia como fuente de derechos a favor de quien los comete, sino solamente como materia de castigo. Esta verdad de todos los tiempos y de todos los lugares nos persuade, como ha persuadido a la mayor parte de los autores modernos, de que no se puede, sin violación de la moral y de los principios menos discutibles y más universales del derecho, desistir de la regla *Nemo Auditur Turpitudinem Suam Allegans*, ni conceder el derecho de repetir lo indebido a quien, pagándolo, ha sido el primero en mancharse de torpeza. En virtud de esta regla la jurisprudencia moderna estima como no repetibles los pagos hechos a una persona para que cometa un delito, o un acto inmoral, o para que se abstenga del cumplimiento de su deber; mientras que reconoce como repetibles las cantidades pagadas a alguno para que se abstenga de un delito o de una acción inmoral, o para que cumpla un deber jurídico o moral. En el primer caso la torpeza concurre en las dos partes, mientras que en el segundo la torpeza es sólo del que recibe. Roberto de Ruggiero nos dice, por su parte, en el tomo II de su *Derecho Civil*, pág. 295, "nuestra jurisprudencia y gran parte de la doctrina acogen casi sin discusión el principio romano de *IN PARI CAUSA*, considerándolo implícitamente contenido en los principios generales de nuestro derecho;..." (Más adelante examinaremos esta posición del d. italiano). Nosotros pensamos lo siguiente: Por virtud de la teoría de las ineficacias, el contrato ilícito no debe producir efectos, y por ello la ley ordena la restitución de los bienes entregados, a fin de que las cosas vuelvan al estado en que anteriormente se encontraban. Tal dispone nuestro ordenamiento civil de 1884 en su artículo 1680 ("Declarada la nulidad del

contrato, cada uno de los contratantes recobrará la cosa que hubiere prestado con sus frutos, o el valor de éstos, y el que aquélla tenía cuando se perdió, con los intereses, si no fuere posible la restitución en especie); y así se expresaba el artículo 1794 del código de 1870; a su vez, el Código civil vigente, en su artículo 2239, nos dice: "La anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado" Y ello es en virtud de que el derecho no puede proteger, ni permitir, la producción de efectos jurídicos, a aquellas actividades u omisiones violatorias del mismo.

Consideramos que la regla que estudiamos, a la vez que una complementación de la ley, de la institución de la nulidad, (como veremos en próximos capítulos) viene a constituir también, en cierta forma, un caso de excepción a esta regla general de las nulidades, supuesto que por virtud de la máxima se niega el derecho de repetir, de recuperar aquello que se entregó dolosamente, con torpeza. Podría pensarse, y tal es en gran parte la objeción que analizamos en este último lugar, que el adagio hace nugatorias las disposiciones que ordenan (ya expresamente, como el art. 1131 napoleónico; ya de manera indirecta, como los artículos que acabamos de transcribir pertenecientes al derecho mexicano) la no producción de efectos, y por consiguiente, para destruir lo realizado, la restitución de lo entregado o percibido. Pero, además de lo expresado por los autores en las palabras que de ellas hemos citado, pensamos que la solución adoptada por algunos códigos modernos y también, aunque en forma parcial, por nuestro código de 1928 o sea, la entrega de los bienes (percibidos por uno de los sujetos y reclamados por el otro) en favor del Estado, de una institución de beneficencia, conduce prácticamente a la no producción de efectos del contrato; los contratantes no reportarán beneficio alguno: el accipiens de mala fe no retendrá lo que se le hubiere entregado (y con esta solución queda descartada la objeción consistente en que el accipiens, bajo pretexto de hallarse en posesión de la cosa, y de haber obrado maliciosamente el tradens, retendrá la cosa); en este punto, equivaldría a reponer las cosas al estado que anteriormente guardaban, ya que entonces no tenía en su patrimonio los bienes en cuestión, y al quitárselos en favor del Estado, de alguna institución benéfica, queda en la misma situación anterior a la entrega de los mismos; lo que sería en cuanto al accipiens, la solución obligada como consecuencia de las reglas de la nulidad. En cuanto al tradens, aplicando estas últimas reglas, debería serle devuelto lo que hubiere entregado al accipiens; pero aplicando la regla latina, y la idea que la misma encierra, deberá serle negada

la recuperación (precisamente aquí vemos el carácter de excepción que en cierta forma tiene el adagio, respecto a la teoría de las nulidades); ello constituiría un medio de sancionar a aquél que reclama apoyándose en su propia falta, y tal castigo o sanción sería también un esfuerzo por la lucha en contra de las convenciones ilícitas; cumplirían así, tanto el legislador como el juez, la finalidad del derecho; significaría ello la realización, siquiera en parte, de la equidad, de la justicia, que es el ideal del derecho; y se satisfacerían así aquellos dos grandes principios romanos base del derecho: HONESTE VIVIRE, NEMINEM LEDERE.

CAPITULO V

FUNDAMENTACION JURIDICA DEL ADAGIO

Julien Bonnecase, en su famoso Suplemento, tomo VI, número 53, expone que para él la existencia de la regla es incontestable en el mismo derecho francés y que se halla fundada en los artículos 1131 y 1133 del código Napoleón. Dice que "aquél que intente una acción cualquiera reposando sobre una causa ilícita no puede sino verse rechazado; está condenado por adelantado por el artículo 1131 (La obligación sobre una causa ilícita no puede tener efecto alguno), sin que haya lugar a preocuparse desde el punto de vista moral".

Savey Casard estima que, dado que el adagio tiene por misión proteger la nulidad decretada por el 1131, su fundamento jurídico se encuentra no en "un principio de orden superior", sino en ese mismo precepto (o. c. n. 105); que el artículo 1121 muestra como voluntad del legislador impedir la realización del acto, y de ahí que en caso de haberse realizado ya, es deseable que sus consecuencias sean borradas (en forma aproximativa, que es la única posible); de ahí la repetición consecutiva a la nulidad; pero se presenta entonces un peligro: permitiendo la repetición, cuando ella es pronunciada sobre la iniciativa de una parte culpable, y en consecuencia, en su provecho, el reclamante así favorecido es inducido a renovar sus infracciones. El peligro que quiere detener el artículo 1131 (la extensión de los actos ilícitos) reaparece entonces en esta forma ya dicha. Por ello, ese mismo precepto autoriza toda medida para remediar el peligro que se presenta, y justifica la aplicación del adagio *Nemo Auditor...*, que impide a la nulidad tornarse en provecho del demandante. (o. c. n. 106).

La doctrina y la jurisprudencia italianas admiten el adagio y lo consideran implícitamente contenido en los principios generales del derecho.

Para emitir nuestra opinión al respecto, analicemos en primer lugar, si la regla *Nemo Auditor* puede considerarse como un principio general del derecho, o bien se halla implícita en alguno de estos principios. Los autores italianos, según acabamos de decir, y la jurisprudencia también, aceptan la vigencia del adagio; hay ausencia de un texto que lo reglamente de modo expreso; lo consideran ellos implícito en los principios generales del derecho. Ante todo, ¿qué noción podríamos dar de estos principios?; ¿cómo los considera nuestro derecho? El maestro Borja Soriano en el tomo I de su *Teoría de las Obligaciones*, pág. 81, nos dice que nuestros Ordenamientos de 1870, 1884 y 1928, han adoptado, a este respecto, la doctrina de los autores italianos (salvo la opinión de Del Vecchio), así como la sostenida por Clemente de Diego, Gastón Toveñas y el tratadista argentino Salvat. Es decir, que nuestro derecho considera como principios generales del derecho "aquellas reglas fundamentales que inspiran la legislación del país y le sirven de base" (Salvat, *D. Civil*, p. 152); que "no constituyen una cosa distinta del derecho positivo, sino que son la parte, por así decir, espiritual, no expresada en disposiciones precisas, y que resulta del conjunto de todas las disposiciones" (Fadda y Bensa, anotaciones del derecho de las *Pandectas*, por Winscheid, tomo IV, p. 24). Pues bien, la teoría que sostiene que nada podrá reclamarse invocando un acto ilícito, ¿puede ser considerada como uno de esos principios superiores, informadores de la ley? Creemos que así formulada y caracterizada, no; quizá podría pensarse en un principio más general, más amplio, como sería el de que "nadie debe obrar ilícitamente" o bien "ninguno debe obrar contrariando la ley o las buenas costumbres", el cual sí consideramos que constituye un principio general del derecho.

Es decir, pensamos que la regla *Nemo Auditor*,... no es un principio general del derecho, pero que sí se encuentra implícita en estos principios. Tienen pues razón los autores y la jurisprudencia italiana. Pero estimamos, sin embargo, que aún cuando la idea misma que encierra dicha regla, pudiera considerarse como un principio general del derecho, es posible fundamentarla o apoyarla en textos expresos de los Ordenamientos civiles positivos, inclusive en el mismo Código Civil italiano (en el artículo 1119), como pretendemos demostrarlo a continuación.

Para fundamentar en textos expresos el adagio, vamos a analizar la argumentación de quienes sostienen que el artículo 1131 francés, relacionado con los artículos 1235 y 1236, descartan a aquél; es decir, el argumento de que lo pagado en consecuencia de una obligación ilícita no se debe, y puede, en consecuencia, repetirse. Recorri-

da esta vía analizaremos, si es procedente, en qué forma podría fundamentarse el adagio en el artículo 1131; después veremos el problema en nuestro derecho; qué textos pueden invocarse, y si los razonamientos hechos valer respecto al derecho francés son aplicables al derecho mexicano, siendo así posible o no, dar una base al adagio en nuestro derecho positivo.

En cuanto al descartamiento del adagio, en presencia de los artículos 1131, 1235 y 1376, desde luego procede reproducir aquí lo afirmado por Henri Capitant (Causa de las obligaciones; n. 114) quien dice que al redactar los artículos 1235 (lo que ha sido pagado sin ser debido está sujeto a repetición) y 1376 (quien recibe por error o conscientemente lo que no le era debido, se obliga a restituirlo) el legislador no tuvo a la vista, probablemente, sino la *condictio indebiti*, probabilidad que se encuentra acrecida en virtud de que esos preceptos son imputados a Pothier, quien admitía y enseñaba en el antiguo derecho francés, la regla *Nemo Auditor*. Nosotros agregamos que este punto de vista se reafirma si tenemos en consideración que los ordenamientos extranjeros, que a continuación se citan, contienen preceptos semejantes al artículo 1376 francés (c. suizo: art. 63; c. español: art. 1895 c. austriaco: art. 1431; c. brasileño: art. 964; c. mexicano de 1884: art. 1545) y además una reglamentación expresa para el caso que da lugar a la aplicación de la regla *Nemo Auditor*.

Por otra parte, considerando el artículo 1376 francés, vemos que el mismo se halla dentro del capítulo de las fuentes extracontractuales de las obligaciones, como lo es el pago de lo indebido; y esta figura supone, como el mismo Bonnetcase lo indica, una ausencia de deuda, una ausencia de acto jurídico alguno que pudiere justificar la adquisición de una de las partes y la entrega hecha por la otra; en cambio, en el caso de lo pagado como consecuencia de una obligación ilícita, sí tiene esa base, sí tiene como sustento una deuda, una obligación, una figura, que aunque ilícita, es el origen de la adquisición y de la entrega referidas. (véase el capítulo III de este trabajo, párrafos A y B).

En cuanto al artículo 1235 francés, cabe hacer el mismo razonamiento precedente en caso de que sea interpretado como reglamentando la fuente extracontractual "pago de lo indebido"; en caso de que, (como podría pensarse en contra de esta interpretación) se dijese que dicho precepto no se refiere al "pago de lo indebido", sino a un caso general en el sentido de que el derecho debe procurar la repetición de toda aquello que, con base en un acto jurídico o sin tal base, se haya entregado, (no pagado, porque el pago supone una deuda, una obliga-

ción; punto en el cual encontramos criticable el artículo 1235); en ese caso, decimos, debemos preguntarnos, ya que a ello quedaría reducido el problema: ¿lo pagado en virtud de una obligación ilícita, no es debido?, es decir, ¿el derecho, debe admitir como obligando a los contratantes, como produciendo efectos, al pacto que lo infringe a él mismo, o bien que infringe a las buenas costumbres? Pensamos que en principio, como regla general, no debe admitirlo; el derecho no debe reconocer aquello que lo infringe, pues sería tanto como admitir su propia destrucción o menoscabo; por el contrario, debe impedir el advenimiento de tales actos a la vida jurídica, y de haber sobrevenido éstos, debe procurar, en lo más posible, borrarlos. Precisamente por ello la obligación ilícita es nula, ineficaz ante el derecho y éste no reconoce la producción de efectos jurídicos. Pero ahora bien, esta regla que acabamos de citar, ¿descarta o condena la existencia y aplicación del adagio? A primera vista así parece, ya que la nulidad, con objeto de destruir los actos ilícitos autoriza la repetición, la remisión al statu quo ante. Pero hemos dicho que esta es una regla general y precisamente una excepción a la misma la constituye nuestro adagio. Pero ahora bien, ¿verdaderamente el adagio trata de contrariar ese propósito de la nulidad consistente en destruir los actos ilícitos y sus consecuencias? No, todo lo contrario; si se autoriza la remisión al statu quo ante, ello puede traer, en ocasiones, estas dos consecuencias dañinas: a) impulsar al contratante o autor del acto ilícito a la renovación de tales actividades, supuesto que sabrá que el derecho le concederá, en descartando la máxima, la facultad de recuperar lo entregado en esa forma, pudiendo sacar así ventajas, provechos, utilidades; b) suscitar escándalos sociales y especialmente jurídicos, contrariando la dignidad de los tribunales, y los propósitos del derecho, al sancionar aquéllos favorablemente, las reclamaciones apoyadas en actos ilícitos, al permitir la obtención de provechos derivados de la propia torpeza. Surge entonces la necesidad de evitar la extensión de los actos ilícitos (propósito que anima al art. 1131) y de no permitir la obtención de aquellas ventajas. lo que sería un efecto (jurídico, al ser sancionado por el derecho) de los actos ilícitos; se trata pues de realizar el propósito mismo que anima al artículo 1131 francés y los correspondientes en otros códigos civiles; y esta válvula de escape constituída por las reclamaciones apoyadas en actos ilícitos, se encuentra cerrada, obstaculizada, por la aplicación del adagio Nemo Auditur; en consecuencia, éste, lejos de contrariar al artículo 1131 y al 1235, relacionando el uno con el otro, los completa, los ayuda. Por eso Savoy Casard considera al adagio, como "un complemento de la ley", como una regla "de interés público",

que tiene un carácter "preventivo, más que represivo", que mira a un efecto general y no sólo se limita al proceso en cuestión, y que tiene por razón de ser y por límite, "la protección de una reglamentación de interés público" (o. c. n. 91). Y por eso también, Bonnacase sostiene que "quien intente una acción que repose en un acto ilícito, está condenado de antemano por el artículo 1131".

Veamos ahora la situación en nuestro derecho positivo.

Por lo que se refiere a nuestros códigos de 1870 y 1884, debemos tener presente que no contienen un artículo semejante al 1131 francés. lo que se explica en virtud de que ambos ordenamientos son anticausalistas, en virtud de que consideran que la causa se confunde con el consentimiento o con el objeto; únicamente encontramos los artículos 1395 (del código de 70) y 1279 (del código de 84) que disponen la invalidez del contrato con objeto ilícito. Por lo demás no hay necesidad de recurrir a la búsqueda de un artículo igual al 1131 francés, en virtud de que la regla Nemo Auditur tiene un fundamento expreso en este Ordenamiento; en efecto, los artículos que reglamentan la nulidad de las obligaciones, algunos de ellos (1782 a 1787 del código de 70, y 1668 a 1673 del código de 84) consagran expresamente dicha regla, la admiten y ordenan su aplicación.

Por lo que respecta a nuestro código civil vigente, el código denominado de 1928, ya no contiene un fundamento expreso, categórico, para el adagio, una consagración del mismo, como lo hacían los dos ordenamientos a que acabamos de referirnos.

Por el momento, y en ausencia de los susodichos preceptos, debemos analizar si es posible fundamentar en el código vigente, el adagio. Desde luego, ¿existe un artículo que reproduzca lo ordenado por el 1131 francés? No existe una reproducción del mismo; pero puede decirse que el espíritu del precepto francés ha sido acogido por nuestro legislador al redactar el código de 28; y demostrando esto, será posible apoyar la máxima. En efecto, lo ordenado por el precepto francés, puede inferirse armonizando los siguientes artículos del código actual: el 1795 (que dispone que el contrato puede invalidarse porque su objeto, o su motivo o fin, sean ilícitos); el 1830 (que establece que es ilícito el hecho que contraría las leyes o las buenas costumbres); el 1831 (que ordena que el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan tampoco debe contrariar el derecho o las buenas costumbres); el 2225, que debe ser considerado muy especialmente, ya que consagra lo dispuesto por el 1131, cuando menos en gran parte, (al establecer que la ilicitud en el objeto o en el fin del acto, producen su nulidad, ya absoluta, ya relativa, según lo disponga la misma ley);

y el 2239 ("la anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado. Cabe, a nuestro parecer, reproducir, por lo que respecta a nuestro código de 1928, los razonamientos hechos en relación con el código Napoleón; la regla Nemo Auditur puede fundamentarse en las disposiciones que declaran nulo el acto ilícito, que ordenan la destrucción de éste, que tratan de impedir su aparición y su extensión cuando han brotado ya.

Ahora bien, si es posible apoyar el adagio en la forma que llevamos indicada, encontramos en la práctica y dada la existencia del artículo 1895 un gran obstáculo: al disponer este precepto, que lo entregado para la realización de un fin contrario a la ley o a las buenas costumbres, no lo retendrá quien lo recibió, sino que el cincuenta por ciento lo recuperará el que lo entregó, y el otro cincuenta por ciento se destinará a la Beneficencia Pública, el juzgador tendrá que acatar este precepto y dar el destino indicado a los bienes, lo cual conducirá al derecho de repetición, en todo caso, por parte del que dió, lo que significa negación del adagio; por eso nosotros propondríamos, como más adelante lo veremos, una modificación al respecto.

No queremos pasar adelante sin hacer mención de el artículo 1817 (del código vigente), que establece: "si ambos contratantes proceden con dolo (sugestión o artificio empleado para inducir a error o mantener en él), ninguno de ellos podrá alegar la nulidad del acto o reclamar indemnizaciones". ¿No es esto consagrar en cierta forma, la prohibición de alegar la propia falta? ¿no es esto rechazar la posibilidad de hacer ciertas reclamaciones con apoyo en un proceder ilícito?

ANALISIS DE NUESTROS TEXTOS

Estudiando de una manera comparativa las disposiciones de nuestros principales ordenamientos positivos civiles, o sean, los códigos de 1884 (lo que se diga de este cuerpo de leyes es aplicable, en esta materia, al código de 1870) y el código de 1928, ofrecemos las siguientes consideraciones que las respectivas reglamentaciones del tema elegido, nos sugieren.

El código de 1884 nos parece superior al que actualmente nos rige, por las siguientes razones: I.—Por la colocación misma de los preceptos en cada uno de los códigos mencionados. En efecto, el artículo 1895 del código actual, es el último del capítulo que este Ordenamiento dedica al "Enriquecimiento ilegítimo" (capítulo dentro del

cual se reglamenta también el "pago de lo indebido"); lugar que no corresponde al artículo de cuenta, ya que, refiriéndose a las convenciones ilícitas, nada tiene que ver con la fuente extracontractual de obligaciones "enriquecimiento ilegítimo", ni con el "pago de lo indebido", (que es un caso del enriquecimiento ilegítimo), pues existe una diferencia que es necesario tener presente, entre aquella figura y las dos fuentes contractuales últimamente citadas. En cambio, el código de 1884 legalmente el problema dentro del capítulo que denominó "De la nulidad de las obligaciones" (artículos 1664 a 1682 inclusive); posición más lógica y más jurídica.

II.—Por la amplitud de la reglamentación que sobre el tema ha hecho, ya que el vigente código, en relación con la materia contiene únicamente, el artículo 1895; artículo éste, que no nos parece del todo acertado, por las consideraciones que expondremos más adelante.

El código viejo reglamenta de manera extensa el tema que nos ocupa, pues en su artículo 1669 se refiere a la torpeza o ilicitud de los actos de ambos contratantes, constituyendo tales actos, infracciones penales (delitos); o bien infracciones a otras leyes que no son penales. En el 1670 prevee el caso en que el delito o la falta sólo se cometa por uno de los contratantes, siendo, en consecuencia, el otro de ellos, inocente, por lo que se le concede el derecho de repetición, y eximiéndolo de tener que cumplir lo prometido. Dicen estos artículos textualmente: 1669.—"Si el objeto del contrato constituye un delito o falta común a ambos contratantes, ninguno de ellos tendrá acción para reclamar ni el cumplimiento de lo convenido (esto no era necesario decirlo pues los artículos generales sobre nulidad ya lo disponen) ni la devolución de lo que haya dado; y ambos quedarán sujetos a la responsabilidad en que hayan incurrido, conforme a las prescripciones del código penal" (artículo 1783 del código de 1870). Y el artículo 1670 dice: "Si sólo uno de los contratantes fuere culpable, podrá el inocente reclamar lo que hubiere prestado, sin tener obligación a su vez de cumplir lo que hubiere prometido" (igual observación que al artículo anterior) (artículo 1784 del código de 70).

Y en los dos artículos siguientes reglamenta de manera semejante las dos situaciones expresadas, o sea, la torpeza común, y la torpeza de sólo uno de los contratantes; pero ya refiriéndose aquí a un acto contrario a las buenas costumbres. Dicen los artículos respectivos, lo siguiente: 1671.—"Si el objeto del contrato fuere algún hecho que, aunque moralmente reprobado, no sea punible conforme a la ley, y del cual fueren responsables ambos contratantes, ninguno de ellos podrá reclamar el cumplimiento de lo prometido, (la misma observación) ni

la restitución de lo que hubiere dado". (artículo 1785 del código de 70). Y el artículo 1672 dice así: "Si sólo uno de los contratantes fuere responsable del hecho reprobado, podrá el otro reclamar lo que dió, sin que esté obligado por su parte a cumplir lo que hubiere prometido (igual observación; artículo 1786 del código de 70).

Que el contratante inocente puede reclamar lo que hubiere prestado, según dicen los arts. 1670 y 1672, también es una aplicación de los principios sobre la nulidad de los contratos. En efecto, cuando el acto es nulo, (por cualquiera de las causas que expresan la ley y la doctrina), por tratarse de un acto irregular, carece de eficacia; y en esta virtud, no debe producir efectos; en consecuencia, los contratantes no están obligados a cumplir lo que hubieren prometido, puesto que esa promesa reposa sobre una base imperfecta, sobre una base que contraría al derecho. Y que el contratante inocente puede reclamar lo proporcionado, es sencillamente cumplir lo dispuesto por los artículos 1680, (código viejo) y 2239 (código de 28) o sea, la restitución de las prestaciones, siempre que ello sea posible; consecuencia de lo que anteriormente dijimos acerca de que la ley estima que por contrariar el acto al derecho, es ineficaz, no puede producir efectos. Reconociendo la Máximo NEMO AUDITUR se rehusa el derecho de reclamación a los dos contratantes en los artículos 1669 y 1671 y al culpable o responsable del hecho reprobado en los artículos 1670 y 1672.

Examinemos ahora nuestro código vigente. Dice su artículo 1895: "Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin que sea ilícito o contrario a las buenas costumbres, no quedará en poder del que lo recibió. El cincuenta por ciento se destinará a la beneficencia pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho de recuperarlo el que lo entregó". Analizando el precepto, para su mejor estudio, haciendo a un lado la repetición en que se incurrió al decir "... un fin ilícito o contrario a las buenas costumbres", que nosotros creemos se debe a un deseo de explicitud, observamos lo siguiente: ¿por qué se establece que el cincuenta por ciento se entregará a la beneficencia pública y el otro cincuenta por ciento tiene derecho de recuperarlo quien lo entregó, sin hacer distinción alguna sobre la torpeza de quienes intervienen en la operación? En efecto, 1) si quien entregó la cantidad es inocente, es natural que por aplicación de las reglas sobre nulidad y por permitirlo así el adagio latino, podrá recuperar lo entregado, sin que haya razón para entregar cantidad alguna a la beneficencia. Ahora, 2) si quien entregó la cantidad ha obrado torpemente, no podrá, de acuerdo con la teoría, reclamar la devolución; y como el accipiens, aún inocente, no tiene título alguno para retener lo recibido,

entonces sí se justifica que lo entregado para la realización de un fin ilícito pase a poder de la beneficencia; pero, ¿por qué únicamente el cincuenta por ciento? ¿el legislador ha querido establecer, al no hacer distinción alguna, que el tradens, aún culpable, podrá recuperar el otro cincuenta por ciento?

Cuando ambos contratantes han obrado torpemente, deberá ser la beneficencia pública la favorecida, pero no vemos aquí tampoco razón alguna para que sólo se le entregue el cincuenta por ciento de la cantidad; ¿a quién se destinará el otro cincuenta por ciento, si ni el tradens debe tener derecho para obtener la recuperación, ni el accipiens debe tener derecho para retener lo recibido?

Que el legislador de 1928 haya consagrado sea la beneficencia pública quien reporte la utilidad, por causa de la ilicitud de la operación, y haciendo por un momento caso omiso de que sólo se entregará a aquélla un cincuenta por ciento, nos parece la solución acertada para destruir aquella objeción que los autores han dirigido a la máxima, o sea, que su aceptación tiene como consecuencia la consolidación de la situación creada por el convenio ilícito. En nuestra opinión, ese destino de las prestaciones en favor de la beneficencia, es complemento necesario de la teoría contenida en la regla NEMO AUDITUR

En nuestro concepto propondríamos a título de ensayo, la substitución del art. 1895 por otro que además de colocarse dentro del Título Sexto del Libro Cuarto del Código, o sea, dentro del Título denominado "De la Inexistencia y de la nulidad", dispusiera lo siguiente:

Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin o de una prestación ilícitos, tendrá el destino siguiente:

1.—Cuando ese fin o ese objeto caigan dentro de las prescripciones del Código Penal, se procederá de acuerdo con lo dispuesto por ese ordenamiento.

2o.—Cuando no se esté en el caso anterior:

Si quien entregó es culpable, no podrá repetir; lo proporcionado pasará a favor de la Beneficencia Pública; si ambas partes fueren culpables, lo entregado pasará igualmente a favor de la Beneficencia Pública.

CAPITULO VI

LA REGLAMENTACION DEL ADAGIO

Alcance que el mismo tiene.

Llegamos ahora a un punto delicado e importante. ¿El adagio *Nemo Auditur Turpitudinem Suam Allegans* requiere una reglamentación expresa, en textos positivos? ¿es necesario, y además posible, que se hagan figurar en el código civil preceptos que regulen las reclamaciones apoyadas en actos ilícitos, que indiquen los casos en que debe aplicarse aquel adagio? Para contestar estas preguntas es menester considerar la extensión y limitación del adagio.

Hemos dicho que éste no sólo tiene un carácter moral, sino también jurídico, y que bajo este último aspecto es un complemento de la ley en lo que se refiere a la institución de la nulidad; en lo que se refiere a impedir el surgimiento de actos ilícitos, a sancionarlos o reprimirlos, a evitar su producción de efectos y a impedir su extensión o multiplicación. Si tal es la función del adagio, esa función, esa finalidad será el criterio de aplicación del mismo, dicho de una manera general. El adagio deberá, pues, aplicarse siempre que su intervención signifique un coadyuvamiento a los fines perseguidos por la institución de la nulidad de los actos ilícitos. Tratando de precisar más este punto relativo a los casos de aplicación del adagio convendrá analizar qué acciones deben ser rechazadas en virtud de él.

Podemos decir que no toda reclamación apoyada en actos ilícitos es rechazada si tomamos en consideración ese carácter de "complemento de la ley" que reviste la regla *Nemo*. En efecto, es claro que cuando se reclama la nulidad del acto realizado, ya no para obtener la devolución de lo entregado, sino para terminar con una situación injusta, puesto que este mismo es el propósito de la ley, la reclama-

ción deberá ser admitida. Así el bígamo que reclama la nulidad de su segundo matrimonio no debe ser rechazado ya que el orden público mismo tiene interés no sólo en impedir la celebración de tales actos, sino también en terminar con esa situación que mientras exista, estará produciendo efectos nefastos, dañinos.

En cambio, las reclamaciones que pretenden la ejecución de lo prometido, el cumplimiento del acto, además de estar prohibidas ya por las reglas sobre nulidad, lo están también por el adagio mismo. Igualmente deben ser rechazadas por aplicación de éste, las reclamaciones como la liquidación de cuentas relativas a actos ilícitos; en efecto, ellas tienen como ocasión la nulidad misma y si el acto no es admisible, más concretamente, si el crédito no es admisible, tampoco lo serán semejantes reclamaciones, pues de nada serviría el concederlas. La repetición o más claramente, la devolución de lo entregado, en principio permitida por las reglas de la nulidad, y como ya lo dijimos en el capítulo de fundamentación jurídica del adagio no debe permitirse por contribuir a la impulsión de los actos ilícitos; la nulidad misma está interesada en que ello no suceda así, y podemos decir, por eso, que tanto la nulidad en tales casos, cuanto la regla *Nemo Auditur, prohiben la repetición.*

Por último, también deben ser rechazadas por implicarlo así la idea contenida en el adagio, las acciones que no sean sino un equivalente de la repetición, como sería el caso de las reclamaciones de daños y perjuicios.

Estos son, digamos, los lineamientos generales para la aplicación del adagio. Precizando aún más el punto, mencionemos la opinión de *Savey Casard* quien dice que es en la naturaleza misma de la disposición violada en donde debe buscarse el criterio de aplicación, pues si el móvil del demandante explica el recurso a la máxima, no explica las excepciones que ella reporta; (o. c. n. 115). También expresa que el criterio de aplicación de la máxima no debe deducirse teóricamente de principio alguno, sino que, como lo ha hecho la jurisprudencia francesa, deben ser las consideraciones prácticas las que guíen en cuanto a la aplicación o no aplicación del adagio; y por ello considera este autor que el problema que significa éste no debe reglamentarse expresamente, que hay muchos matices e imprecisiones respecto a los cuales no puede ser suficiente un texto expreso. Del mismo parecer es *Ripert*, quien dice en el número 110 de la obra citada: "más vale en semejante materia no legislar, porque la regla, concebida de manera amplia como prohibiendo la repetición, conduce a resultados injustos". Lle-

gan a tal conclusión, ambos autores, después de haber analizado los principales casos que ha resuelto la jurisprudencia.

Bien estaría seguir el mismo método, para dar nuestra opinión respecto a la posibilidad y conveniencia de la reglamentación expresa o del abandono del problema en manos del juzgador. Desgraciadamente, nuestras recopilaciones jurisprudenciales contienen muy escasas resoluciones que versen sobre este tema de la regla *Nemo Auditur*; y algunas de ellas tocan el tema incidentalmente, de paso nada más. Citémoslas cuando menos:

La Tercera Sala de la Suprema Corte dictó en el año de 1929 una ejecutoria en cuyo texto se dice: "no es ocioso aquí repetir la cita que el juez que conoció del juicio en primera instancia hace en su sentencia, de una exposición u opinión del jurisconsulto Miguel Macedo en un caso idéntico en que dice "los mismos que violaron la ley, que causaron la nulidad, ¿pueden pedirla para aprovechar los frutos de industria a capital extraño, y dándose el caso inicuo de que el vicio sólo perjudique al que no lo cometió y lo sufre por medio de imprudencia, y no a su autor único y directo?" Se dice que el sentido común vale para todo aunque no basta para nada, y aquí sirve para indicarnos, sin duda alguna, que la excepción opuesta es profundamente inmoral; que la ley debe rechazarla y que si ésta es impróbida y torpe, la deja vivir y medrar; al menos esa inmoralidad repugnante debe hacer acuciosos y solícitos a los tribunales, para estudiar con ahinco cuándo jurídicamente se puede impedir su triunfo escandaloso. Como ha pasado en el derecho francés, NUESTRO CODIGO ES MUY DEFICIENTE Y TRUNCO EN MATERIA DE NULIDAD, pero a falta de ley expresa, deben regir los eternos principios de justicia, y no siguiendo nuestra humildísima opinión, sino la de un elevado tribunal francés, creemos que EN MATERIA DE NULIDADES DEBE REGIR ESTE MORALIZADOR PRINCIPIO: NEMO AUDITUR IN JUDICIO TURPITUDINEM SUAM ALLEGANS. Ninguno será oído en juicio alegando su propia falta. (Semanario Judicial de la Federación, tomo XXVI, pág. 1540).

En el tomo LVII, página 2798, encontramos también una ejecutoria que, aunque sólo sea por un momento, mira el problema. Refiriéndose a la simulación, dice: "... deben distinguirse tres situaciones diversas: la simulación opuesta entre las dos partes que han simulado el acto; la misma simulación cuando la hacen valer los terceros perjudicados o el Ministerio Público, y el caso que también puede presentarse, en que los simuladores opongan la simulación a los terceros. En el primer supuesto no cabe alegar que la parte que opone la simulación a su cocontratante aproveche su propio dolo, pues entre los si-

muladores no puede decirse que hay dolo, ya que no se engañan ni se mantienen en el error mediante el acto simulado, sino que con pleno conocimiento fingen o simulan tal acto; en el segundo caso también procede la simulación, puesto que la ley expresamente ha facultado a los terceros para ejercitar la acción tendiente a la anulación de un acto simulado que los perjudica; y finalmente, en el último supuesto, los simuladores no pueden oponer la simulación a los terceros porque con relación a ellos, sí cabe considerar que han procedido con dolo y SABIDO ES QUE NADIE PUEDE INVOCAR EN DERECHO SU PROPIA FALTA.—1937.

En el tomo XLVII, página 1320, encontramos otra ejecutoria que nos parece relacionada con el tema de que no es posible alegar la propia falta; dice esta ejecutoria que "quien provoca con hechos propios la falta de cumplimiento de un contrato, no puede invocar ese incumplimiento como causa de rescisión" (27 de enero de 1936).

Una ejecutoria que revela exactamente la aplicación del adagio es la dictada por el Juzgado Décimo de lo Civil, en noviembre de mil novecientos treinta y cuatro, la cual expresa: "Cuando las partes tienen conocimiento de la ilicitud del objeto del contrato, ninguna de ellas tiene acción para reclamar ni la devolución de lo que dió, ni el cumplimiento del contrato". (Esta ejecutoria no aparece publicada en nuestras recopilaciones jurisprudenciales).

Ante esta carencia de resoluciones que nos indiquen el camino seguido por nuestros tribunales, la orientación que el derecho mexicano ha tenido al respecto, vamos a analizar los casos resueltos por la jurisprudencia francesa con objeto de observar si la solución que nosotros sugerimos no resulta contradicha esencialmente; así podremos concluir después, si es posible o no la reglamentación expresa del problema.

Savey Casard, autor que ha hecho el estudio más completo de la jurisprudencia francesa y con base en ella, construido su teoría acerca de la máxima *Nemo Auditur*, nos dice que ésta no es siempre aplicada, que reporta excepciones, en frente de las cuales es más recomendable permitir la repetición de lo entregado. Habla de un primer grupo de excepciones constituido por aquellos casos en que la repetición presenta un interés "inmediato", dado que el peligro mirado por la ley subsiste siempre en tales casos si se mantienen las consecuencias del acto culpable, o bien, dado que los efectos de ese acto revisten una determinada importancia que los manifiesta muy visiblemente; además, continúa, la repetición presenta a menudo un interés "represivo" porque ella regula el acto ilícito en detrimento del demandado

o defensor. (o. c. n. 118). Como ejemplos de estas excepciones que constituyen un primer grupo, señala los siguientes:

La bigamia, el reconocimiento mentiroso de un hijo natural, los fideicomisos prohibidos interesando personas morales no autorizadas, la cesión de oficios ministeriales, la venta de un fundo farmacéutico a un no-diplomado, los pactos particulares hechos por el fallido; todos estos casos, opina, no cesan de producir un daño, un peligro, que permanece aún después de realizados tales actos, y cuyos efectos son a menudo muy visibles.

En cuanto a los dos primeros casos, estimamos nosotros que efectivamente no debe negarse ni al bígamo, ni al pretendido padre el derecho de liberarse de la situación en que están. Pero aquí, como ya lo hemos hecho notar, el carácter mismo de la regla, el tener como finalidad el coadyuvar o complementar a la nulidad, explican perfectamente que se admita borrar el peligro mismo que significa la existencia de tales situaciones.

Por lo que respecta a los casos de fideicomisos prohibidos interesando personas morales no autorizadas, a las operaciones realizadas a propósito de cesiones de oficios ministeriales, y a la venta de fondos farmacéuticos a no-diplomados, admitimos también que el orden público exige que las sumas entregadas o los bienes dados en tales operaciones, no queden en manos de aquellas personas morales ni en el patrimonio de los funcionarios ímprobos; y que en el caso del fundo farmacéutico está interesada la salud pública, por lo que tampoco debe quedar éste en manos del no-diplomado. Pero ahora preguntamos, quien entregó tales bienes, siendo también culpable, ¿debe obtener la ventaja de recuperar lo entregado, sin recibir sanción o castigo alguno por su culpabilidad? La solución que sugerimos, el destinamiento de los bienes a la Beneficencia Pública, realiza esta necesidad: a la vez que evita los peligros que la repetición trata de impedir, impone un castigo a ambas partes; se cumplen así los propósitos de la ley, del derecho, y también los de la moral.

En cuanto al caso de los pactos particulares realizados por el fallido, procede en efecto la repetición de lo entregado, para que la masa de la quiebra, el conjunto de bienes que la integran no sufra menoscabo en perjuicio de todos los acreedores, de los derechos de éstos; ¿esta necesidad de reintegrar los bienes a la masa de la quiebra se opone a la posibilidad de reglamentar el problema del adagio, ya que de pasar los bienes a favor de la beneficencia, sufriría menoscabo la masa de la quiebra? No creemos, pues el artículo 989 de nuestro có-

digo de comercio prevé exacta y claramente el caso de los pactos particulares del fallido, los prohíbe; y sería entonces, aún existiendo la reglamentación del problema del adagio, aquél precepto el que se aplicaría. Y no podría hablarse de contradicción, dadas las reglas de interpretación legal, que según el método tradicional o clásico, establecen que en presencia de dos textos legales contradictorios debe buscarse si uno de ellos es la regla general y el otro un caso de excepción; lo que creemos sería este caso que examinamos.

Dentro de este primer grupo o categoría de excepciones a la regla *Nemo*, de que nos habla el autor francés que venimos glosando en este punto, se encuentran también aquellos casos en los que la repetición se aconseja por el interés represivo que la misma representa al regular el acto ilícito en detrimento del defensor o demandado. Cita la jurisprudencia en materia de propiedad inmobiliaria diciendo que los jueces no han querido que su transmisión quedara expuesta a la aleatoriedad que resultaría en aplicando la máxima, ya que se dejaría en manos del accipiens esa propiedad. Habla también de los contratos relativos al tráfico de influencia, prestigio o situación de una persona; de las disimulaciones fiscales, y del contrabando (expresando que mientras en este último caso la jurisprudencia ha preferido ignorarlo aplicando la máxima, en los restantes se ha permitido la repetición, en virtud de su interés represivo). Después habla de las operaciones de loterías no autorizadas, del llamado contrato de "bola de nieve", y los casos de medicina ilegal (charlatanes que proporcionan servicios haciendo de ello una profesión).

Convenimos en que la repetición presenta aquí la ventaja de regular tales operaciones en detrimento del demandado o "defensor" como lo llama el autor; pero preguntamos nuevamente: ¿el tradens culpable debe quedar sin castigo? El sistema que sugerimos tiene precisamente ese carácter de represión, y no solo en cuanto al demandado, sino también en cuanto al demandante.

Concluye este primer capítulo de excepciones que señala el autor francés a la máxima, diciendo que ella queda para las hipótesis intermedias en las que se estima inútil ejercer todas las severidades de la ley, sea porque la impulsión al acto o el endurecimiento de los culpables del mismo son tales que ninguna sanción los refrenará jamás, sea porque el número de infracciones es tan considerable, que la perturbación que resultaría del empleo de la repetición no sería compensado por el interés de la supresión de algunas consecuencias ilícitas; la máxima tiene, lo más a menudo, dice, el papel de sanción mitigada o atenuada; (o. c. n. 118 in fine). Cita los casos de operaciones realizadas

en la Bolsa, el "pretium stupri", las casas de tolerancia, los efectos de complacencia, etc. Nosotros preguntamos, ¿no se obtiene una sanción más completa y más justa, destinando los bienes al Estado?

El segundo grupo o categoría de excepciones a la regla (poco conocidas, según expresa Casard), lo hace consistir en aquellos casos en los que consideraciones morales no permiten la aplicación de la máxima; o vuelto en pasivo el sentido de la frase, la aplicación de la máxima entrañaría consecuencias inmorales. Señala el caso de violación a una ley penal y dice que dejar los bienes en posesión del delincuente es una solución escandalosa cuando el delito es reconocido o afirmado. Cita también los casos que constituyen violaciones a los derechos reales (como el caso en que un cónyuge aportare un bien ilícito al matrimonio y el otro pretenda aprovecharse de su situación de demandado para guardarlo), el caso de la prenda, también. Después habla de las sociedades ilícitas y expresa que pueden subdividirse las soluciones dadas por la jurisprudencia, a este respecto, en dos grupos: a) se aplica la regla y se descarta la repetición, en casos de sociedades ilícitas entre médicos, entre farmacéuticos; b) se concede la repetición en casos de sociedades respecto a oficios ministeriales, contrabando, fraude al fisco, juego, etc.

Aplicando la regla con el destino de los bienes en favor del Estado creemos que esas preocupaciones de orden moral se hallan satisfechas, que no se producirán consecuencias inmorales, ya que el demandado no guardará los bienes.

Por último, nos dice el autor, que en el círculo de las obligaciones contractuales, cuasi contractuales, delictuosas y cuasi delictuosas, se ha admitido, como regla general, la "irresponsabilidad moral del deudor", o sea la aplicación de la máxima; y que se justifica tal regulación del problema en virtud de que el daño material que se sigue para el acreedor, ha sido previsto por éste, aceptando así, en cierta forma, la eventualidad de la pérdida. Y la repetición se admite, surgiendo así nuevas excepciones a la regla Nemo, en los casos en que hay fraude extracontractual (caso en que el demandado ofrece a su cómplice, por ejemplo, un billete falso de lotería, o en que se haya entregado por un error de cuentas, una suma superior a la que se debía por las operaciones ilícitas propaladas) y en los casos en que las convenciones ponen en juego más estrechamente una cuestión de buena fe tal que no permite tolerar las excepciones que oponga el demandado (por ejemplo en un contrato de prestanombre, en que, quien recibe sumas a nombre de un cómplice se esfuerza en dispensarse de devolverlas).

En todos estos casos, pensamos que una vez más puede observarse que nuestra solución, lejos de contrariar, guarda y realiza los fines jurídicos y morales que se persiguen y tratan de proteger.

Nos desconcierta observar cómo es que Savey Casard encuentra un número considerable de excepciones a la aplicación del adagio *Nemo Auditor*; pero ello se explica teniendo en consideración que él no admite la confiscación de los bienes, pues expresa que ella chocaría con su concepto de moral. Nosotros, por el contrario, nos permitimos sugerir la aceptación de la regla *Nemo Auditor* incluyendo ese procedimiento represivo, pues él, satisface todos aquellos intereses que la jurisprudencia francesa ha tratado de respetar no haciendo aplicación del adagio.

Para finalizar, y contestando a la pregunta que planteamos al iniciar este capítulo, (¿es conveniente y posible reglamentar el problema en textos legales expresos?), decimos: en virtud de que la solución que sugerimos, cubre de una manera general y lo más completa posible, los casos que pudieren presentarse en la práctica, y cumple a la vez los fines jurídicos y morales que en última instancia deben perseguirse y asegurarse, nos decidimos en favor de la reglamentación del problema, en textos legales. Hemos sugerido, con la modestia y el temor de errar que anima seguramente a todo aquél que va a sustentar examen final, una solución. Nosotros la consideramos la más conveniente: dejar en manos de los juzgadores la resolución del problema es evidente que constituye un sistema que cuenta en su favor con la flexibilidad; pero en su contra se levantan las diferencias de criterio que los mismos juzgadores tengan entre sí; dígalo si no la diversidad de opiniones que la historia del problema ha visto aparecer. Se nos dirá que la reglamentación del mismo en textos legales no abarcará todos los matices y todos los casos que pudieren aparecer; esta censura no es exclusiva del tema que observamos, ella podría dirigirse a todos los diversos problemas del derecho; pero la legislación, el texto legal, presenta los caracteres de certeza y de generalidad.

Sólo nos resta, para concluir, recordar las palabras de nuestro maestro en la clase de Filosofía del Derecho: no sólo es jurídico el esfuerzo que logra realizar el valor justicia, también lo es aquél que, aunque fallido, pretenda sinceramente la realización de ese ideal.. Valgan en nuestro favor, señores jurados, para la benévola consideración de este trabajo, las palabras del culto maestro.

CAPITULO VII

CONCLUSION

El adagio "Nemo Auditur Turpitudinem Suam Allegans" tiene un carácter y una finalidad no sólo morales, sino también jurídicos. Por satisfacer intereses morales y jurídicos, estimamos debe subsistir, y ser admitido.

Entre las prohibiciones que implica la máxima, se encuentra la consistente en no permitir se reclame la ejecución del acto ilícito. Este aspecto, que puede considerarse bajo la forma de no admisión de la reclamación del cumplimiento de lo prometido y bajo la forma de no estar obligado a cumplir lo pactado, no requiere una reglamentación expresa, ya que las reglas sobre nulidad de los actos (institución a la cual ayuda el adagio, de la cual es éste, un complemento) ya establecen y consagran esa prohibición.

En cuanto al problema de la repetición considerada frente a la guarda o conservación de los bienes (que han sido entregados con motivo de un acto ilícito) por parte de quien los recibió, el adagio autoriza esa guarda o conservación. Surge entonces la crítica atacando tal solución, diciendo que autorizar la conservación de los bienes es dar efectos al acto ilícito, lo cual es contrario a la naturaleza misma de la nulidad, ella lo prohíbe. Pero esta misma institución, los diferentes objetivos que persigue, justifican precisamente aquella solución implicada por el adagio, o sea, la conservación de los bienes. En efecto, si bien la ley ordena que los actos ilícitos no produzcan efectos jurídicos y ordena la repetición de lo entregado en tales ocasiones (tratando con ello de borrar, lo más que fuere posible dichos actos) esa devolución de las prestaciones puede llegar a constituir un incentivo para el nacimiento, formación y extensión y multiplicación de aquellos actos; e impedir esa formación y esa multiplicación de los actos ilícitos, es

otra de las finalidades u objetivos que la institución de la nulidad persigue. De aquí que pueda decirse: la institución de la nulidad autoriza los recursos que satisfagan este objetivo, y es uno de ellos la regla Nemo Auditor.

Insistir entonces en que se ha dado efectos al acto ilícito en aplicando el adagio, y que con ello se contraría la figura de la nulidad, es considerar a ésta unilateralmente, no abarcar en toda su amplitud el problema que se ataca.

Por otra parte, para evitar que conservando los bienes quien los recibió, surjan en ocasiones inconvenientes jurídicos y aún morales, debe añadirse al adagio el dispositivo de que esos bienes entregados en ocasión de un acto ilícito sean destinados, de acuerdo con los diferentes casos, a la Beneficencia Pública.

A título de ensayo, sugerimos la solución siguiente:

Sustitución del artículo 1895 del código civil vigente, por otro que, además de colocarse dentro del Título Sexto del Libro Cuarto del Código, o sea, dentro del Título denominado "De la Inexistencia y de la nulidad", dispusiera en esencia lo que a continuación se expresa:

"Lo que se hubiere entregado para la realización de un fin o de una prestación ilícitos, tendrá el siguiente destino:

1o.—Si el caso encuadra con las prescripciones de la legislación penal, se procederá de acuerdo con lo dispuesto por el Ordenamiento respectivo.

2o.—Cuando no se esté en la hipótesis anterior: si quien entregó es culpable, no podrá repetir; lo proporcionado pasará a favor de la Beneficencia Pública. Igual destino tendrá lo entregado en caso de culpabilidad de ambas partes".

BIBLIOGRAFIA

Bonnecase Julien.—Précis de Droit Civil. Tomo II.

Bonnecase Julien.—Supplément au Traité de Baudry. Tomo VI números 41 a 55.

Baudry Lacantinerie et Barde.—Tratado teórico y práctico de derecho civil. Tomo XII. Núm. 316.

Borja Soriano Manuel.—Teoría de las obligaciones. Tomo I. Números 242 a 249.

Casard-Savey.—Le refus d'action en justice par cause d'indignité

Capitant Henri.—De la cause des obligations. Núms. 68 y 114 a 120

Demogue René.—Traité des obligations en général. Tomo II. Números 877 a 882.

Demolombe.—Traité des contrats ou des obligations conventionnelles. Tomo I. No. 382.

Eneccerus, Kipp y Wolf.—Tratado de Derecho Civil. Tomo II. Página 567.

Ferrara Francisco.—La simulación de los negocios jurídicos; página 95 y siguientes.

García Goyena Florencio.—Comentarios al proyecto del código civil español. Arts. 1192 y 1193.

Giorgi.—Teoría de las obligaciones. Tomo V. Números 134 y 135.

Hémarc Joseph.—Théorie et pratique des nullités de sociétés. Núms.
60 a 80.

Manresa.—Comentarios al Código Civil Español. Tomo VIII. Artículos
1305 y 1306.

Planiol, Ripert et Esmein.—Traité Pratique de Droit Civil. Tomo VII.
748 a 752.

Planiol Marcel.—Traité Elémentaire de Droit Civil. Tomo II. Números
845 et 846.

Ruggiero Roberto.—Derecho Civil. Tomo II. Págs. 295 a 298.

Ripert Georges.—La regle morale dans les obligations civiles. Núms.
1 a 22; 104 a 111; 173 a 176; 203 a 208.

Von Thur.—Derecho Civil. Tomo I. Página 310.