

CAPITULO IV.

DEL EFECTO DE LAS LEYES EN CUANTO AL TIEMPO EN QUE RIGEN.

SECCION 1ª.—*El principio de la no-retroactividad.*

§ 1º ¿Cuándo puede ó no el legislador regir el pasado?

141. El artículo 2 del Código civil dice: «la ley no dispone sino para lo futuro; no tiene efecto retroactivo.» ¿Ese principio se refiere al legislador? ¿Significa acaso que el poder legislativo nunca puede regir el pasado? Se responde que por lo común el artículo 2 no ata al legislador (1); esto es verdad en el sentido de que el artículo 2 es una ley y no una disposición constitucional; pues el legislador puede siempre derogar una ley, y por lo mismo puede hacer una ley retroactiva, á pesar de que el código dice que la ley no ordena sino para lo futuro. El principio de la no-retroactividad no es pues un principio constitucional. Es necesario decir más: sería contrario á la esencia del poder legislativo que éste estuviera atado por la regla de que la ley no ordena ó rige sino para el porvenir. Efectivamente, hay casos en que la ley tiene que regir el pasado, ya sea en favor del interés social, ya en el de los intereses de los ciudadanos. Luego el legislador no debe estar atado por un principio absoluto que impediría su libertad de acción con perjuicio de la sociedad y de los individuos.

Existe sin embargo una constitución que hizo un principio constitucional de la no-retroactividad de las leyes. Esta constitución es la del año III, y colocó esta máxima en

1 Merlin. *Repertorio*. en las palabras *Efecto retroactivo*, sección II, núm. 2.

tre los derechos del hombre, derechos que la Asamblea nacional había declarado sagrados, inalienables é imprescriptibles. «ninguna ley, decia el artículo 14, ni criminal ni civil, puede tener efecto retroactivo.» ¡Cosa notable! la constitución del año III fué obra de la Convención; pues bien, ninguna asamblea había abusado tanto como ella de su omnipotencia para regir el pasado á gusto de las pasiones políticas que la agitaban. Para poner á la sociedad á cubierto de estos excesos, la Convención quiso impedir al legislador que hiciera leyes que tuvieran efecto retroactivo. Esto era pasar de un exceso á otro. En 1848 un miembro de la Asamblea constituyente de Francia pidió que la nueva constitución, siguiendo el ejemplo de la del año III, consignara el principio de la no-retroactividad de las leyes. Se le respondió que la retroactividad podía ser justa y necesaria, y que por lo mismo era debido no impedir al legislador que hiciese lo que la justicia y el interés general exigían. La proposición fué desechada.

142. Si el principio de la no-retroactividad no liga al legislador á título de regla constitucional, sin embargo se dirige á él como consejo, como un precepto de derecho natural que tiene obligación de observar el poder legislativo. Efectivamente, hay casos en que la justicia eterna prohíbe al legislador regir el pasado; y aun cuando la constitución no lo prohíbe, él no debe hacerlo, porque al hacerlo quitaría á la ley la autoridad moral sin la cual no viene á ser más que una tiranía. Así es como la entendían los autores del código. El Tribunado objetó desde luego que la disposición del artículo 2 era inutil, porque no era más que un simple consejo para el legislador, consejo del cual podía desviarse. Portalis contestó que la regla se dirigía principalmente á los jueces; pero agregó: «aun cuando ella fuera también para el legislador, ¿qué peligro habría en que se viera consagrada por él una máxima á la cual estaba ya ligado por su conciencia y á la que se ligaría tam-

bién por sus mismas leyes? (1) Esta no es una regla inútil, dice Berlier, sino un precepto para el legislador y para el juez (2). El Tribunado acabó por adherirse á esta opinión, presentando su voto de adopción; y el tribuno Faure declaró que el artículo 2 era un precepto para los legisladores y á la vez una obligación para los tribunales (3).

Es tan cierto que en el pensamiento de los autores del código, el principio de la no-retroactividad se dirige al legislador no ménos que al juez, que las razones dadas por Portalis afectan, por decirlo así, exclusivamente al poder legislativo. «Las leyes, dice, no existen sino desde que se promulgan, y no pueden tener efecto sino desde que existen.» Esto es enteramente evidente; pero una vez que ellas existen, ¿no pueden regir el pasado en el sentido de que arreglen los actos que han tenido origen en la ley antigua? Esta es la verdadera dificultad que presenta la cuestión de la no-retroactividad. ¿Cómo responde á esto Portalis? «La libertad civil, dice, consiste en el derecho de hacer lo que la ley no prohíbe; y se considera como permitido todo lo que no está prohibido. ¿Qué sucedería con la libertad civil si el ciudadano pudiera temer que más tarde quedaría expuesto al peligro de la investigación de sus actos, ó perturbado en los derechos que había adquirido, por una ley posterior?» Esta causa se dirige también al legislador. Portalis agrega que el poder de la ley no debe extenderse á las cosas que ya no existen. No, ciertamente, y sin embargo se concibe que el legislador quiera deshacer lo que está hecho; pero por el contrario no se concibe que el juez pueda obrar de la misma manera, porque las cosas que ya no existen, no están sujetas á su dominio; luego esta causa no concierne tampoco sino al poder legislativo.

1 Discurso de Portalis, orador del Gobierno, en la sesión del Cuerpo legislativo del 23 frimario, año X (Locré, tomo I, pág. 261.)

2 Berlier, discurso en el Cuerpo legislativo, sesión del 24 frimario, año X (Locré, tomo I, pág. 292).

3 Locré, *Legislación civil*, tomo I, pág. 317.

Esto supuesto, el principio de la no-retroactividad, aun cuando no sea una regla obligatoria para el legislador, es sin embargo un precepto que moralmente tiene obligación de observar; pero como esto no es más que un consejo, puede también no tomarlo en cuenta. Existe un ejemplo famoso de este exceso de poder: la ley de 17 nivoso del año II hace remontar hasta el 14 de Julio de 1789 la igualdad absoluta de las particiones entre los coherederos. La Convención misma reconoció el error á que la había arras-trado la pasión de la igualdad; un decreto del 5 floreal en el año III suspendió la ley de nivoso, y un decreto del 9 fructidor siguiente, la declaró no vigente. Mientras que ella subsistió, los tribunales debieron aplicarla por inícuca que fuese, y así se reconoció cuando se discutió el código: los jueces, dijo el tribuno Faure, no podrían eximirse de ordenar el cumplimiento de una ley retroactiva y los ciu-dadanos tampoco podrían dejar de obedecerla (1). En va-no se diría que una ley semejante viola la justicia; porque los tribunales no tienen el derecho de juzgar la ley sino la obligación de aplicarla (2).

143. Los términos en que se expresa el tribuno Faure parece que conceden al legislador un poder absoluto para hacer retroactiva la ley. No hay, dice Merlin, ninguna po- testad superior á él que pueda reprimir este abuso de po- der. ¿Quiere decir esto que el legislador es omnipotente? En nuestro régimen constitucional es necesario distinguir entre el poder legislativo y el poder constituyente. El le- gislador se encuentra atado por la constitución, y no se puede decir, como los ingleses dicen, hablando de su par- lamento, que puede hacerlo todo, menos un hombre de una mujer. No puede cambiar la constitución y no puede derogarla; de lo que se infiere que no puede dar una ley

1 Discurso de Faure en la sesión del Cuerpo Legislativo del 14 ventoso del año XI (Loché, tomo I, pág. 317).

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, Sección II, número 1.

retroactiva que quite un derecho garantido por la constitución; pero lo que el poder legislativo no puede, sí lo puede el poder constitutivo, puesto que la constitución no es inmutable y puede ser abrogada y modificada por el poder constituyente. El poder constituyente es absoluto en el sentido de que los poderes establecidos por la constitución le deben obediencia, pues no solamente el poder ejecutivo, sino el poder judicial y aun el legislador mismo, le están subordinados y deben obedecerle. Una constitución nueva puede quitar á los ciudadanos los derechos garantidos por la constitución antigua. Nuestra constitución proclama la libertad de enseñanza; y el ejercicio de esta libertad afecta á los intereses privados, y numerosos establecimientos que producen rentas considerables pertenecen á los particulares que los han fundado. Sin embargo, el poder constituyente podría suprimir la libertad de enseñanza y cerrar todas las escuelas libres.

144. ¿Quiere decir esto que la soberanía sea un poder absoluto que no deba respetar derecho alguno? No, al frente de la sociedad soberana existe otra soberanía, la de los individuos que tienen sus derechos procedentes de Dios, derechos naturales que la sociedad no puede quitarles, porque no es ella la que se los ha dado, y cuando los incrusta en una constitución, no hace otra cosa que declararlos. ¿Pero cuáles son esos derechos individuales? ¿Tienen ellos un carácter absoluto? ¿Son siempre y en todas partes los mismos? No por cierto, varían según los tiempos y los lugares. No son absolutos más que en un sentido y este es el de que el hombre debe tener ciertas facultades para llenar la misión que tiene en el mundo; esas facultades aumentan con su desenvolvimiento intelectual y moral, y el número y extensión de sus derechos va siempre en aumento. En este sentido los derechos del hombre nada tienen de absoluto, y una nueva constitución puede declarar otros nuevos y puede también volver á tocar aquellos respecto de los

cuales ha hecho una declaración. Si el poder constituyente encontrase que la libertad ilimitada de enseñanza es un mal, podría ciertamente modificarla sometiéndola á nuevas garantías.

Hay un escollo para este poder que reconocemos en una nueva constitución, para modificar y aun suprimir los derechos reconocidos al hombre por una constitución anterior. ¿El poder constituyente podría abusar de su facultad soberana para despojar á los hombres de uno de esos derechos naturales, sin los cuales la perfección moral é intelectual se hacen imposibles? Ciertamente, el poder constituyente traspasaría los límites de su acción, si despojara á los ciudadanos de un derecho que les pertenece por la razón misma de los progresos que han realizado; usurparía una soberanía que es tan sagrada como la suya. Tal es, en nuestra opinión, la propiedad. Si el poder constituyente la aboliese para establecer la comunidad de bienes, violaría un derecho natural de los individuos. ¿Es por esto necesario inferir que el legislador, que el gobierno, que los tribunales, que los ciudadanos no le deberían ninguna obediencia? Si los jueces y los particulares deben obedecer una ley que les quita un derecho, con mucha más razón deben obedecer la constitución que obliga al mismo legislador. La garantía contra estos excesos, no es la resistencia individual, sino que existe en la acción legal de la soberanía del pueblo, y en caso de necesidad en el derecho de revolución si el ejercicio regular de la soberanía nacional estuviese impedido por la fuerza.

145. El poder legislativo no tiene la extensión de poder que pertenece al soberano constituyente. Cuando la constitución ha declarado los derechos de que gozan los ciudadanos, el legislador los debe respetar. Si estos derechos son absolutos é ilimitados, no puede ni modificarlos ni limitarlos. En ese sentido la ley no puede retro-obrar. Bajo el imperio de nuestra constitución, que proclama la libertad

ilimitada de enseñanza, el legislador no podía ordenar la supresión de una escuela libre. Si este exceso de poder fuera permitido, ¿los ciudadanos deberían obedecer la ley? Ya respondimos que deben obedecer una ley retroactiva; pero la cuestión que acabamos de proponer es más delicada, porque no es ya el simple precepto de la no-retroacción el que se ha violado, sino que lo es la misma constitución. Sin embargo insistimos en nuestra decisión. No pertenece á los particulares juzgar si una ley es ó no constitucional. Ante ella ya no tienen derecho y no pueden más que obedecer; tal es su deber. Hay más todavía; los tribunales mismos no pueden excusarse de la aplicación de una ley por la razón de que sea inconstitucional. La constitución belga les da el derecho y hasta les impone el deber de no aplicar los decretos reales sino cuando sean conformes á las leyes (artículo 107); pero no les permite juzgar las leyes mismas (1). Una potestad semejante está en oposición con la subordinación en que se encuentra, según nuestro régimen, el poder judicial respecto del legislativo. La garantía contra las leyes anticonstitucionales no está en la intervención de los tribunales, sino que existe en el ejercicio regular de la soberanía nacional y en último extremo en el derecho de revolución.

146. El legislador debe respetar todos los derechos que garantiza la constitución. Entre esos derechos se encuentra la libertad de enseñanza. Acabamos de decir que la ley no podría suprimir una escuela libre, porque eso sería violar la libertad de enseñar. ¿Pero es también necesario que el legislador se abstenga de organizar escuelas públicas á expensas del Estado, porque perjudicarían los establecimientos libres y comprometerían de hecho la libertad de enseñar? Los obispos de Bélgica han solevado esta pretensión. Se abusa tanto del reproche de retroactividad,

1. Véase anteriormente el núm. 31.

que es importante colocar los principios en su verdadero punto de vista.

En 1848 el ministerio liberal presentó una ley sobre la instrucción secundaria. El proyecto fué adoptado por una gran mayoría de la Cámara de representantes. Entónces los obispos dirigieron una petición al Senado, en la que se lee que «la ley concede al gobierno el derecho de crear un número *indefinido* de colegios: que con esto lastima los *derechos adquiridos* por los católicos, que en virtud de la libertad de enseñanza han fundado á sus expensas un gran número de casas de educación dignas de confianza» (1). Este reproche de retroacción, con perjuicio de *derechos adquiridos*, no nos parece serio. La constitución concede derechos á los ciudadanos y á ellos toca ejercitarlos, á sus riesgos y peligros. En virtud de la libertad de enseñanza, cualquiera puede fundar una escuela; ¿pero la constitución le asegura también la prosperidad de su establecimiento y le pone á cubierto de la competencia? Sostener la afirmativa sería ridículo. Prevemos la objeción. Que los individuos se hagan competencia, se concede; pero se niega este derecho al Estado. No, el Estado no hace competencia á las escuelas libres, su derecho es más elevado, su misión es más grande. Llena un deber al derramar á torrentes la instrucción, y por eso mismo el Estado hace uso de un derecho y llena un deber, al crear los establecimientos de instrucción, y al multiplicarlos no puede herir *derechos adquiridos*: lo mismo que los particulares, al fundar una escuela, no hieren los *derechos adquiridos* por todos aquellos que establecieron sus escuelas antes que ellos. Todos hacen uso de un derecho y el que ejercita un derecho, á nadie ofende.

147. Existe otro derecho garantido por la constitución y que afecta más directamente al principio de la no-retro-

1 Diario histórico y literario, tomo XVII, p. 74 á 76

actividad. El artículo 11 dice: «nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública en los casos y manera establecidos por la ley, y mediando una justa y previa indemnización.» Esta disposición ata al poder legislativo que no puede quitar á un ciudadano su propiedad; y si una ley despojara de sus bienes á un particular, violaría el artículo 11 de la constitución. Una ley no puede pues regir el pasado en el sentido de que prive á un propietario de un derecho que tiene bajo su dominio. Se infiere de aquí, que el principio de la no-retroacción es un principio constitucional en tanto que garantiza la propiedad contra los atentados del legislador.

¿Pero cuál es el derecho garantido por la constitución? Ordinariamente se contesta que este derecho es la propiedad. Esto es demasiado vago y además tal respuesta no se conforma con el texto del artículo 11. La constitución en lo general no hace un derecho constitucional de la propiedad; pues dice solamente que nadie puede ser privado de su propiedad. Para comprender bien la fuerza de esta regla es necesario relacionarla con los artículos 544 y 545 del Código civil. El artículo 544 define así la propiedad: «El derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta;» pero agrega esta importante restricción: «con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y los reglamentos.» Lo que permite al legislador reglamentar el uso de la propiedad. A continuación se encuentra el artículo 545 que consagra una consecuencia del derecho de propiedad, al disponer que «nadie puede ser obligado á ceder su propiedad sino por causa de utilidad pública y mediante una justa y previa indemnización.» ¿Qué hicieron los autores de la constitución belga? Trasladaron el artículo 545 á la constitución, y no consagraron en términos generales la inviolabilidad de la propiedad; el artículo 544 del código subsiste, y por consiguiente el legislador conserva el derecho de reglamentar el uso de la propiedad. Puede, por

lo mismo, una ley reglamentar la propiedad, aun rigiendo el pasado, sin que se pueda decir que viola el artículo 11 de la constitución: no violaría la constitución á no ser que, rigiendo el pasado, despojara á los ciudadanos de un bien que está ya bajo su dominio.

148. La ley de 17 nivoso, año II, establece en su artículo 1º que: «las donaciones entre vivos, hechas desde el 14 de Julio de 1789 inclusive son nulas.» Una disposición semejante sería contraria al artículo 11 de nuestra constitución; porque en efecto, la donación confiere al donatario la propiedad irrevocable de los bienes donados. Luego esos bienes estaban bajo el dominio de los donatarios, cuando la ley de 17 nivoso vino á despojarles de ellos. El legislador belga no podría ya hacer lo que hizo la Convención sin violar la constitución; y no puede, por lo mismo, dar una ley retroactiva que quite á los propietarios un derecho cualquiera que tienen en su dominio. Bajo este punto de vista, la no-retroactividad se ha convertido en un principio constitucional.

La ley de 17 nivoso estableció la igualdad de división é hizo retrotraer esta igualdad al 14 de Julio de 1789, anulando hasta las divisiones ya hechas desde ese día. Una retroactividad semejante sería hoy inconstitucional, porque la división atribuye definitivamente á los copatícipes la propiedad de los bienes que fueron objeto de ella; y desde luego no pueden ser privados de ellos, según los términos del artículo 11. Es en ese sentido en el que la constitución prohíbe al legislador que haga leyes retroactivas.

149. Pero el legislador puede reglamentar el uso y ejercicio del derecho de propiedad. Aquí goza de una entera libertad de acción; ya no se encuentra estorbado por una regla constitucional, y no tiene más guía que el interés general, que á él solo pertenece la facultad de apreciar. Puede hasta regir el pasado, si un interés social lo exige; y los ciudadanos no pueden oponerle la constitución, mientras no se les prive de un bien que tengan en su dominio. Puede suce-

der que su interés sea herido por una ley que viene á quitarles un modo de usar de su propiedad que estaba consagrado por una ley antigua; pero el interés particular debe ceder ante el interés general (1).

150. Un decreto de 7 de Marzo de 1793 abolió la facultad de disponer de los propios bienes, ya por causa de muerte, ya entre vivos, ya por donación estipulada, en línea directa. La Convención quería asegurar á todos los hijos un derecho igual sobre los bienes de sus ascendientes. No decimos que hizo bien; las leyes que restringen á límites muy estrechos la facultad del propietario para disponer de sus bienes, perjudican á la sociedad, porque disminuyen el móvil que excita á los hombres á aumentar sus bienes, y son por lo mismo un obstáculo al desarrollo de la riqueza, que es para las naciones una condición de desarrollo intelectual y moral; pero el derecho del legislador es incontestable, porque no hace más que reglamentar el uso de la propiedad, y hasta podría abolir el derecho de testar de una manera absoluta. Merlin lo reconoce y no tiene sobre ello duda alguna. El derecho de testar es una facultad que los ciudadanos obtienen de la ley; y si ella la puede conceder, puede tambien retirarla (2).

Estos principios han sido reconocidos en Bélgica, en un informe notable que presentó al Senado M. Gheldolf. El informante dice acertadamente que la propiedad es una derivación de la libertad individual; pero la libertad de los individuos perece con ellos, al mismo tiempo que su derecho respecto de la sociedad: el individuo muerto no tiene ya la propiedad de sus bienes, ni la facultad de disponer de ellos ó de trasmitirlos. Es decir, que el derecho de testar tiene su ori-

1 La corte de casación ha decidido por numerosas sentencias, que nadie puede adquirir por una posesión cualquiera el derecho de usar de su cosa de una manera que comprometa la salud pública. Por consiguiente decidió, que un reglamento municipal puede prescribir que las fosas de lugar común se establezcan en las casas ya construidas, lo mismo que en las que se edificaren en lo sucesivo (Sentencia 15 de Julio de 1864 en *Dalloz. Colección periódica*, 1865, 1, 113 y la nota).

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. 3. § 2, art. 2.

gen en la ley; y es una creación de la autoridad social. Como dijo Montesquieu, «los testamentos son más bien actos del derecho político que del derecho civil, del derecho público más bien que del derecho privado» (1). Los derechos que la sociedad establece, puede también abolirlos.

Estos mismos principios tienen su aplicación en las sucesiones *ab intestato*. Es inútil decir que el legislador puede reglamentarlas como quiera. Podría, pues, abolir ó restringir las sucesiones colaterales. Podría hasta abolir toda sucesión *ab intestato* sin violar la constitución, pues esto no sería privar de sus bienes al propietario, supuesto que los conservaría hasta su muerte y en su muerte acaban sus derechos, como dice el informe al Senado. En opinión nuestra, ésta sería una muy mala ley, pero no violaría el principio constitucional de la no-retroacción.

Por el mismo motivo, el legislador puede modificar las leyes que rigen los contratos, y aplicar sus disposiciones al pasado, con tal que no quite á las partes contratantes un bien que está ya en su dominio. Obrando así, herirá con frecuencia los intereses privados; pero es derecho suyo hacer que prevalezca el interés de la sociedad sobre el de los individuos; los particulares lastimados no pueden quejarse de esta retroactividad, porque no viola la constitución. Es posible que el legislador haya apreciado mal el interés general; pero él solo es su órgano y juez.

§ 2. Cuándo el juez puede y cuándo no, aplicar las leyes al pasado.

151. El principio de la no-retroactividad se dirige principalmente al juez, dice Portalis. ¿Quiere decir esto que el juez nunca pueda aplicar una ley al pasado? Ateniéndose á los términos del Código civil, podría creerse que el artículo

1 Informe de M. Gheldolf sobre el proyecto de ley relativo á las fundaciones en favor de la instrucción pública ó en provecho de los estudiantes (Senat. *Documentos parlamentarios*, 1864, sesión extraordinaria p. 7).

2 establece una regla absoluta: «la ley no tiene efecto retroactivo.» Pero el texto no es tan absoluto como lo parece. En primer lugar, no ata al legislador, salvo los límites del artículo 11 de la constitución. Si el legislador puede hacer una ley que rija el pasado, esto prueba que la no-retroactividad no es de la esencia de la ley. Desde luego nada impide que el juez aplique las leyes al pasado.

Decimos que la no-retroactividad no es de la esencia de la ley. Bajo el punto de vista del derecho positivo, la ley no puede retro-obrar, én el sentido de que no puede quitar á los ciudadanos un bien que está bajo su dominio; y con mucha más razón, cuando una ley no retro-obra expresamente, el juez no puede aplicarla de manera que prive á un ciudadano de un derecho cualquiera, cuya propiedad tiene; pero si se trata de una ley que arregla el ejercicio de la propiedad, y si ella no dice que se aplique solamente á lo porvenir, nada impide que el juez la aplique, de manera que rija el pasado. Al obrar así, el juez no hará más que interpretar la voluntad del legislador. La ley puede retro-obrar, si el legislador lo quiere; y su voluntad puede ser expresa y también puede ser tácita. Ahora bien, el juez tiene ciertamente el derecho, ó por mejor decir, tiene obligación de escudriñar la intención del legislador, puesto que le debe obedecer. Entónces la regla del artículo 2, no es ya un obstáculo para que el juez aplique la ley al pasado, pues no hace más que seguir la voluntad del legislador. ¿Pero cómo conocer esta voluntad, cuando el legislador no la ha expresado? La cuestión envuelve una grande dificultad. Se trata de formular un principio que sirva de guía al juez, que le enseñe cuándo puede y debe aplicar la ley del pasado y cuándo no.

152. ¿El principio de la no-retroactividad tiene para el juez el mismo sentido, la misma fuerza, que para el legislador? Es decir, ¿el juez puede aplicar la ley al pasado, en el

caso en que el legislador hubiera podido regir el pasado? Los autores que han escrito sobre la materia, parece que lo creen, aun cuando no propongan la cuestión en tales términos, y esto parece bastante lógico. El artículo 2 que formula el principio, se dirige al juez lo mismo que al legislador: ¿cómo una sola y única regla podrá tener un sentido diferente según que la aplique la ley, ó el tribunal? Hay verdad en esta opinión, pero la asimilación que hace del poder legislativo y del poder judicial, nos parece muy absoluta. El legislador es el órgano de los intereses generales de la sociedad, y puede regir el pasado lo mismo que el presente, en nombre de esos intereses. ¿El juez tiene acaso el mismo poder? La doctrina del interés general tiende á prevalecer entre los juriconsultos que han tratado de la no-retroactividad de las leyes. En una disertación que ha sido notable, dice Glondeau (1), que toda ley nueva encuentra al nacer esperanzas formadas bajo el imperio de la antigua. Estas esperanzas merecen consideración y no pueden ser burladas sin producir algún mal. Por otra parte, hay también un mal en dejar subsistente la ley antigua en sus efectos más lejanos. ¿Si el legislador la abrogó ó modificó, no es porque era mala ó defectuosa? Estamos, pues, al frente de dos males: ¿es la *utilidad social* la que decidirá si el mal de destruir las esperanzas formadas bajo la ley antigua es menor que el de conservar todavía á esta ley su perjudicial imperio? ¿Quién pesará y decidirá estos inconvenientes? Es el legislador el que debe decidir las cuestiones de utilidad social, puesto que tal es su misión; pero si él no lo ha hecho, el juez lo hará.

En estos términos es en los que M. Duvergier establece el principio que debe guiar al juez: «cuando es cierto que el *interés general* exige que la regla nuevamente introducida sea inmediatamente aplicada, cuando está demos-

1. Glondeau, *Ensayo sobre lo que se llama efecto retroactivo de las leyes* (*Thémis Belgica* tomo VII, p. 348 y siguientes)

trado que es mejor para la sociedad sufrir la perturbación, consecuencia inevitable de un cambio brusco en la legislación, que esperar más ó menos largo tiempo los efectos saludables que deben resultar de una ley nueva, el principio de la no-retroactividad debe ceder; ó en otros términos, es presumible que el legislador quiso retro-obrar» (1). Una recopilación que reproduce con exactitud las opiniones reinantes, el *Repertorio* de Dallóz, formula esta doctrina como una regla absoluta. «Las leyes rigen el pasado, dice, cuando el *interés general* exige que sean inmediatamente aplicadas, *porque no hay derecho adquirido contra la más grande felicidad del Estado* (2).

153. El principio así formulado nos parece más absoluto, porque hay que hacer una distinción que es capital. Cuando el legislador se encuentra al frente de un *interés* invocado por los particulares, puede sacrificarlo por causa de su individualidad ante el interés general, salvo ver si el juez tiene el mismo poder que la ley; pero cuando el legislador está en presencia de un *derecho* que pertenece á un particular, entónces debe respetarlo y con mayor razón el juez no puede, en nombre del *interés general*, destruir ni modificar los *derechos* de los ciudadanos.

Supongamos desde luego que el interés general esté en conflicto con el interés particular, sin que los individuos tengan un derecho que oponer al Estado; entónces es de todo punto evidente que el interés general debe dominar. En ese sentido, establecemos como regla, que la ley rige el pasado cuando tiene por objeto un *interés general*, y no rivalizan con ella sino *intereses individuales*. Esta máxima está fundada en la esencia de la sociedad civil. Por esto mismo los hombres que entran en una sociedad, deben hacer el sacrificio de sus intereses privados en prove-

1. Duvergier, del *Efecto retroactivo de las leyes*. Esta disertación se encuentra en una colección belga, intitulada «Revista de las revistas de derecho,» tomo VIII, págs. 14 y siguientes.

2 Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, núm. 192.

cho del interés general; de otra manera, no habría sociedad posible; pues la sociedad no es otra cosa que el predominio de los intereses generales sobre los individuales. Vamos á proponer las aplicaciones de esta primera regla para precisar mejor su fuerza y valor.

154. «Todas las leyes políticas tienen retro-acción, dice Pardessus, porque por virtud de ellas se somete á las nuevas instituciones á los hombres que nacieron bajo el imperio de las antiguas» (1). ¿Por qué las leyes políticas rigen necesariamente el pasado? Porque son, por esencia, leyes de interés general y porque los ciudadanos no tienen derecho que invocar contra esas leyes. Es cierto que existen derechos que se llaman políticos; pero esos derechos no están bajo el dominio de los individuos que los ejercitan; la sociedad los da, y ella puede quitarlos. ¿Quién pensaría en hacer reproches al legislador porque retro-trae, cuando restringe el derecho de sufragio? Suponemos, lo que es inútil decir, que los derechos políticos no están consagrados por la constitución; si se trata de derechos constitucionales, es evidente que la ley no puede ni abolirlos ni modificarlos; pero el poder constituyente sí lo podría, como ya lo hemos dicho antes. Esto prueba que los derechos políticos están siempre en manos de la sociedad, y en esta materia, el poder social rige el pasado lo mismo que el presente. La no-retroactividad en esta materia ni aun se concibe: ¿se comprendería que en un mismo Estado, tal ciudadano fuera elector en virtud de una ley antigua, mientras que otro no lo fuera en virtud de la nueva ley, aun cuando ambos llenasen las mismas condiciones de edad y de fortuna? La cuestión es un contrasentido.

155. Sin embargo, es singular, y sobre todo en materia de leyes políticas, oír invocar el principio de la no-retroactividad, y sobre todo que se prodigue á las leyes po-

1 Pardessus, discurso pronunciado en la discusión de la ley de 18 de Julio de 1823, sobre la prensa periódica. (*Monitor* de 14 de Junio de 1828, pág. 852).

líticas el reproche de que son retroactivas. Hemos citado ya un ejemplo singular de esas vanas imputaciones y vamos ahora á citar otros bastante curiosos. Los principios son de una evidencia tal, que si no tuviéramos que exponerlos sino como jurisconsultos, no merecerían la pena de fijar nuestra atención; pero nuestra obra se dirige también á los hombres políticos, é importa por lo mismo dar á los principios que enunciarnos una autoridad irrefragable.

Hemos repetido las palabras de Pardessus, talento excelente y profundo jurisconsulto. Habla con una especie de desden de ese *eterno é insignificante reproche de retroactividad*, que los partidos políticos dirigen á las leyes que los hieren. Efectivamente, se necesita la ceguedad de la pasión para invocar en materia política el principio de la no-retroacción. Puede haber en él, y casi siempre los hay, *intereses* lastimados por una nueva ley; pero esos *intereses* no constituyen un *derecho*; por consiguiente, ni el legislador, ni el juez deben tomarlos en cuenta. No quiere decir esto que el legislador deba herir ligeramente los intereses individuales, porque tenga el derecho de sacrificarlos al interés general, sino que debe hacer uso de su derecho con prudencia; no pudiendo hacer siempre lo que tiene el derecho de hacer, pues de lo contrario acabaría por unir en su contra todos los intereses lastimados; y eso formaría una fuente constante de perturbación y dificultades. Mas estas reservas mismas implican que no hay *derecho* de por medio, y donde no existe el *derecho* ¿puede haber cuestión de no-retroactividad?

156. La doctrina es unánime en la enseñanza, de que las leyes políticas rigen necesariamente el pasado (1) y la jurisprudencia está de acuerdo con los autores. Un municipio decreta un arbitrio, ó extiende los límites en los cuales se

1 Mailher de Chassat, *Comentario profundizado del Código civil*, tomo I. pág. 135 y siguientes; Duvergier sobre Toullier, tomo I. pág. 53, Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, núm. 192.

percibirá el impuesto. Los habitantes que juzgaban estar exceptuados de esta contribución, se verán lastimados con la aplicación del nuevo reglamento; la lesión será evidente sobre todo cuando un territorio nuevo, fuera del arbitrio, se encuentre sometido á él; los propietarios que habían tenido cuidado de depositar allí sus mercancías, conforme al antiguo reglamento, se quejan. Es cierto que han sido burlados en sus esperanzas y sufren un perjuicio para el que no estaban dispuestos. Sin embargo, estas quejas nunca han sido escuchadas por los tribunales, que invariablemente han decidido, como dice una sentencia de la corte de casación, que las leyes de policía, que tienen por objeto esencial el interés general, derogan por su naturaleza todas las posesiones y usos que les sean contrarios: que esas posesiones y usos no constituyen un derecho: que el perjuicio que puede resultar para los individuos por la nueva ley, no impide al legislador que obre en provecho del interés público (1). Esta es la consagración expresa de la doctrina que acabamos de formular.

157. La misma decisión sería aplicable en una cuestión que se presentó en Gante. Una ley de 18 de Marzo de 1828 exceptúa de la contribución sobre tierras durante ocho años á las casas nuevas, con el objeto de alentar á los constructores. El consejo comunal por un reglamento de 27 de Abril de 1868 impuso el 11 por ciento sobre la renta catastral á las propiedades que se declararon exceptuadas por la ley de 1828. De ahí las quejas y las acusaciones de retroacción. ¡Qué, dicen los quejosos, una ley nos animó á construir, prometiéndonos la exención de la contribución predial, por espacio de ocho años, y descansando en la fé de esta promesa solemne, hemos construido casas, y ahora el municipio viene á desmentir ésta promesa, obligán-

1 Sentencia de 2 de Junio de 1836. (Dallóz, en la palabra *Comunidad*, núm. 1787); sentencia de 9 de Diciembre de 1836. (Dallóz, en la palabra *Ley*, núm. 192, nota); sentencia de 15 de Abril de 1863. (Dallóz, *Colección periódica*, 1863, 1, 400).

donos á pagar un impuesto del que una ley nos había exceptuado! Nosotros hemos contratado con nuestros inquilinos bajo el imperio de la ley de 1828; el precio del arrendamiento se ha fijado, atenta la exención que ella concede. El reglamento comunal modifica estos convenios con perjuicio nuestro, hiere nuestros derechos, y por consecuencia es retroactivo.» Admitimos que el reglamento comunal causa un perjuicio á los quejosos; ¿quiere decir esto acaso que ataca sus *derechos*? Los ciudadanos no tienen *derecho* en materia de impuestos; no tienen más que *obligaciones*, y en ese sentido es en el que el legislador arregla las contribuciones como le conviene; acuerda hoy una exención, y la retira mañana; está en su derecho, porque habla en nombre del interés general, y no teniendo los contribuyentes derecho alguno que oponerle, el interés general se sobrepone al individual. El legislador habría podido abrogar la ley de 1828, fundándose en el interés general que esta ley había apreciado mal. Decir que no podría hacerlo sin retroacción, es decir que el poder legislativo no puede corregir sus errores, que no puede someter á un impuesto á aquellos á quienes hizo mal en exceptuar. Esto es contrario á la esencia misma del poder cuya misión es la de vigilar los intereses generales de la sociedad. Ahora bién, lo que el legislador puede hacer, lo puede tambien el municipio, en los límites de su territorio y de sus intereses. Si los propietarios no tienen derecho para oponerse al Estado, no pueden tenerlo respecto del municipio; ó ¿se pretendería acaso que el derecho cambia de naturaleza, segun que se invoca contra el municipio ó contra el Estado?

158. Se ha agitado otra cuestión que debería decidirse según los mismos principios. El Estado, y en su defecto los municipios, ¿podrán establecer un seguro obligatorio para todos los habitantes, ya de un reino, ya de una ciudad, ya de una villa? Entre otras objeciones se ha dicho que esto importaría un atentado á los derechos de las compañías de se-

guros, que se han formado bajo el imperio de la legislación actual. Creemos que en rigor, el Estado y los municipios podrían establecer un impuesto nuevo, sin tener en cuenta los intereses que lastimaran. Los particulares no tienen en esta materia derecho para oponerse á la sociedad. Esto no quiere decir que la sociedad deba trastornar, sin grande necesidad, intereses considerables; pero esto es una cuestión de prudencia política y no de derecho.

159. La ley de 19 de Diciembre de 1864 quitó á los coladores de las antiguas fundaciones el derecho de conferir las dotes pías, para conferir las á las nuevas administraciones. De ahí procedieron quejas vivas y reproches violentos de retroacción y de despojo. Los diarios católicos llegaron hasta el grado de tratar de ladrones á las Cámaras y al Rey (1). Sin embargo, los expositores de la ley, ante la Cámara de representantes, y en el Senado, M. Bara y M. Gheldolf, respondieron anticipadamente á estas vanas imputaciones. Las leyes políticas retro-obran siempre, decían, con todos los jurisconsultos, y la ley sobre las fundaciones es una ley política. Se habla de derechos violados: ¿quién tiene un derecho en materia de fundación? Únicamente la sociedad. En cuanto á los donantes, tienen su derecho por la ley: el legislador es el que autoriza las fundaciones, él es el que las somete á tales ó cuales condiciones que es de su agrado establecer, y puede modificarlas, y hasta suprimirlas, como órgano del interés social, en nombre del cual las autoriza. Nosotros preguntamos: ¿quién tendrá un derecho que oponerle? ¿Serían los fundadores ó sus herederos? El derecho del propietario es vitalicio y se acaba con él; todas las disposiciones que hace para el tiempo en que ya no exista, no son válidas sino por la autoridad del legislador. Cuando él le permite fundar dotes pías se reserva el

1 El reproche hecho á la ley sobre las dotes pías, de violar el derecho de propiedad, se encuentra reproducido en la *Memoria justificativa* de los obispos de Bélgica, de 21 de Marzo de 1866 (*Diario histórico y literario*, tomo XXXIII, pág. 13).

derecho de arreglar esas fundaciones según las exigencias variables del estado social. ¿Tendrán los coladores el derecho de quejarse de esta retroacción? Su misión es una carga que tienen del Estado y solamente del Estado. La sociedad que los ha investido de una función social, puede también quitársela.

No insistimos, porque la cuestión es compleja; los que desearan más prolijas explicaciones, pueden consultar los excelentes informes de M. Bara (1) y de M. Gheldolf (2). Bajo la inspiración del Episcopado muchos administradores declararon que no podían tomar participio alguno, ni directo ni indirecto, en la ejecución de una ley que consideraban como atentatoria al derecho de propiedad y á los principios más sagrados de justicia. Esas pretensiones fueron desechadas por los tribunales. La Corte de Bruselas decidió, por sentencia de 7 de Agosto de 1866, «que todo ciudadano debe obediencia á la ley, que á nadie le es lícito sustraerse á ella y poner en duda la fuerza obligatoria, bajo el punto de vista de sus opiniones personales, que puedan serle contrarias. (3).

160. Si las leyes políticas rigen el pasado, es porque lo exige el interés de la sociedad, y el interés social se sobrepone al individual. ¿Esto quiere decir que la ley siempre debe retro-obrar, cuando hay de por medio un interés general? ¿Los ciudadanos nunca pueden invocar su *derecho* contra *la mayor felicidad del Estado?* Se responde, aplicando á las relaciones del derecho privado la famosa máxima: la salud del Estado es la ley suprema. Esta máxima es falsa, aun en el orden político. El Estado tiene por misión custodiar y garantizar los derechos de los ciuda-

1. Informe sobre el proyecto de ley presentado á la Cámara de representantes, por M. Bara (*Documentos parlamentarios*, 1863, pág. 499 y siguientes).

2. Memoria presentada al Senado, por M. Gheldolf, el 7 de Septiembre de 1864 (*Documentos parlamentarios*, 1864, pág. 7 y siguientes).

3. *Pussierisic*, Colección general de jurisprudencia de las cortes de Bélgica, 1866, pág. 309.

danos: ¿cómo pues podría sacrificarlos á una pretendida salud pública? ¿La verdadera salud pública no exige que los derechos de los ciudadanos jamás puedan ser violados? Si el Estado puede en nombre de la salud pública quitar á los ciudadanos sus bienes, su libertad, su vida, ¿qué sucedería con la sociedad? ¡Singular salud pública que destruye los derechos de todos! La máxima: la salud del pueblo es la ley suprema, es muy cierta, mientras que no hay sino *intereses* en conflicto, porque es evidente que el interés general debe dominar sobre los intereses particulares; pero la máxima es enteramente falsa, cuando, en nombre del interés general, el Estado quiere anonadar los *derechos* de los individuos. Muy lejos de poder cometer un atentado, tiene la obligación de hacerlos respetar, pues tal es su razón de ser.

161. La doctrina de la salud pública permitirá siempre al legislador retro-obrar, aun violando los derechos de los individuos. Hay una doctrina enteramente contraria, que de una manera absoluta niega al legislador la facultad de regir el pasado y con mayor razón al juez. Benjamín Constant rechaza la retro-actividad en materia de leyes políticas, lo mismo que en materia de derechos privados: «la retro-actividad, dice, es el mayor atentado que la ley puede cometer: es el desgarramiento del pacto social, es la anulación de las condiciones en virtud de las cuales la sociedad tiene el derecho de exigir la obediencia del individuo; porque le arrebató las garantías que ella le otorgaba en cambio de esa obediencia que es un sacrificio. *La retro-actividad quita á la ley su carácter; la ley que retro-obra no es una ley*» (1). Esto es verdad cuando la ley, al regir el pasado, viola un *derecho* individual; y lo acabamos de decir. Pero esto no es verdad, cuando el legislador no tiene más que arreglar *intereses*. ¿Cómo viola-

1. Discurso de Benjamín Constant en la discusión de la ley sobre la prensa (*Monitor* del 19 de junio de 1828, p. 755).

ría un derecho allí donde no existe? No solamente puede retro-obrar sacrificando los intereses particulares, sino que algunas veces lo debe hacer, y es de su deber, porque su misión es la de velar por el interés general. Si ya no hay sociedad cuando la ley puede despojar á los ciudadanos de sus derechos, también es verdad que no habría sociedad posible, si ella debiera detenerse ante los intereses particulares.

162. La distinción que hacemos entre los *intereses* y los *derechos*, no resuelve todas las dificultades que suscita el principio de la no-retroacción. Admitimos con Benjamín Constant que la sociedad nunca puede, en nombre de su interés, violar los derechos de los ciudadanos. ¿Pero la sociedad no tiene también su derecho? ¿Y si el derecho de la sociedad está en pugna con el de los individuos, no es este último el que debe ceder? Cuando el derecho del individuo es absoluto, es decir, cuando se trata de uno de esos derechos sin los cuales no se concibe su existencia, no hay duda, la sociedad no puede atentar á esos derechos, ni aun en nombre del que ella tiene de conservarse; porque se conserva respetando los derechos, sin los cuales, los individuos no podrían existir, mientras que echaría por tierra las bases de todo orden social, si los violara. ¿Pero cuáles son esos derechos absolutos de que el individuo no puede ser despojado? Hemos eliminado de la controversia los derechos políticos, porque el individuo no puede invocarlos contra el Estado de quien los ha obtenido. Quedan los derechos privados que afectan directa ó indirectamente á la propiedad. La cuestión se reduce, pues, á saber, si la propiedad es un derecho absoluto, al que no puede tocar el legislador. Anteriormente respondimos á la cuestión. El *derecho* de propiedad no se puede quitar á los ciudadanos, porque es un derecho absoluto y como tal, lo garantiza la constitución; pero la ley puede reglamentar el uso y el ejercicio de la propiedad. Luego, cuando el dere-

cho de propiedad está interesado, no puede haber para él ley retroactiva; pero la retro-acción se hace posible, cuando se trata solamente del uso y del ejercicio del derecho. El legislador puede, en nombre del interés general, regir el pasado, porque ya no está al frente de un *derecho*, sino de un *interés* más ó menos grande.

163. El poder del legislador determina generalmente el del juez. Cuando el legislador no puede retro-obrar, con mayor razón no lo puede el juez. No puede, pues, aplicar nunca la ley de una manera que quite á un ciudadano el derecho que está bajo su dominio. Esto es lo que doctrinalmente se llama un *derecho adquirido*. Aquí es absoluta la asimilación entre el juez y el legislador. Pero ¿qué es necesario decir, cuando se trata de derechos que no constituyen una propiedad? ¿La facultad del juez es también la misma que la del legislador? Esta es, en nuestra opinión, la gran dificultad en la materia. Los autores no tratan la cuestión, pero todos parten de esta suposición, que el principio de la no-retroacción significa para el juez lo que significa para el legislador; de lo que se infiere que, cuando el legislador puede retro-obrar, el juez puede por esa misma causa aplicar la ley al pasado. Nosotros no admitimos el principio sino con restricciones.

164. Es cierto que en general el principio de la no-retroactividad es uno, lo mismo para el juez que para el legislador. Cuando la ley retro-obra formalmente, ó cuando declara que no pretende regir el pasado, entonces ya no hay cuestión. La dificultad no se presenta para el juez, sino cuando el legislador no ha expresado su voluntad. Lo que sucede frecuentemente en la transición de una legislación antigua á una nueva; el legislador no decide las cuestiones de retroactividad, que se llaman también cuestiones transitorias, porque por su naturaleza misma no duran más que cierto tiempo. ¿Qué hará el juez? En el silencio de la ley el juez debe consultar la intención del

legislador, porque su misión consiste en aplicar lo que quiere el poder legislativo. Es, pues, necesario que se investigue, si el legislador quiso ó no regir el pasado. Si se trata de un derecho que está bajo el dominio de los individuos, la cuestión está decidida por la constitución: el juez no puede ni aun suponer que el poder legislativo pretenda atentar al derecho de propiedad. ¿Pero si este derecho no se halla comprometido? El legislador obra, como órgano de los intereses generales, y el juez debe ver, si hay un interés general que haya podido obligar al legislador á regir el pasado; y cuando crea que el legislador habría retroobrado si hubiera previsto la dificultad, debe también aplicar la ley al pasado, porque al hacerlo obedece á la voluntad tácita del legislador.

La dificultad todavía no está resuelta, ¿cómo se asegurará el juez de que existe un interés general que ordena la retroacción? Hay leyes que son esencialmente de interés general, y que, por su naturaleza, rigen el pasado, sin que el legislador tenga necesidad de decirlo. Tales son las leyes políticas, y hemos dado la razón por la que ellas siempre retro-obran. Sucede lo mismo en materia de derecho privado; las leyes del orden público, es decir, las que arreglan el estado de las personas y la capacidad ó incapacidad que de él resulta. Ellas afectan, es verdad, á los individuos y á sus derechos más importantes; pero estos derechos, lo mismo que los derechos políticos, son arreglados por razones de interés general, y por esto mismo están subordinados al poder de la ley: ella los pone de acuerdo y los retira, los modifica según las exigencias del estado físico, intelectual, moral y político. En lo que concierne á su estado, los individuos no tienen *derecho* que oponer al legislador, no tienen sino un interés más ó menos grande que hacer valer, pero su interés está dominado por el interés general. Poco importa que la ley nueva cause un perjuicio: es un *interés* el que ha lastimado, y no un *dere-*

cho. Por tanto, el legislador puede regir el pasado, y en el interés social está que así lo haga. Esto decide la cuestión respecto al juez: toda ley de estado personal retro-obra necesariamente; por lo que el juez debe aplicarla al pasado.

165. No sucede lo mismo con las leyes que afectan á los bienes, leyes que llamamos patrimoniales. El legislador tiene por mira principal el interés de los individuos; y esto es tan cierto, que les deja una libertad entera de contratar, aun derogando las leyes que da; estas leyes no afectan más que el interés particular, ¿y quién es mejor juez de estos intereses que los mismos interesados? No hay, pues, en lo general, interés social que ordene al legislador regir el pasado, en materia de derechos patrimoniales. Es necesario más bien asentar el principio contrario: el legislador no debe regir el pasado, porque éste, lo mismo que el presente y el futuro, se han dejado al libre albedrío de los intereses individuales. Sin embargo, tal regla no es absoluta, porque el interés público se liga con los intereses privados aun en materia de derechos patrimoniales y alguna vez los domina. En ese caso, el legislador puede retro-obra, y el juez puede también aplicar la ley al pasado, fundándose en la voluntad tácita del legislador que habría retro-obra, si hubiera previsto la dificultad.

166. Pero de aquí nace la cuestión de si el juez puede todo lo que puede el legislador. Cuando hay un interés general que obliga evidentemente al legislador á retro-obra, no hay duda; el juez aplicará la ley al pasado; pero el legislador tiene una acción mucho más extensa que el juez, pues no está atado más que por la Constitución; y cuando no viola el derecho de propiedad, quitando á los ciudadanos un derecho que está en su dominio, tiene la facultad de regir el pasado. La posición del juez no es la misma, porque su misión se limita á aplicar la ley, y cuando ésta calla, á seguir la voluntad presunta del legislador. Ahora bien, él no puede suponerle la voluntad de retro-obra

allí donde no hay un interés general que le permita sacrificar los intereses particulares. No basta, pues, que la ley sea de un interés social; es necesario también que este interés social exija la retroacción para que el juez la pueda hacer retro-obrar.

Hay otra diferencia entre el poder legislativo y el judicial; el primero tiene un derecho de iniciativa, y el otro carece de él: el juez debe limitarse á la aplicación de la ley, y no puede hacerla. Eso es elemental; pero tiene una grande importancia en materia de retroactividad. Aun cuando el legislador encuentre que el interés de la sociedad exige que una ley nueva tenga retroacción, prescribe alguna vez las medidas transitorias que son necesarias para que la nueva legislación se introduzca sin demasiada violencia. En todos los casos en que existe esta necesidad, el juez no puede aplicar la nueva ley al pasado, porque no lo podría hacer, sino prescribiendo reglas que sirvan de transición, lo cual equivaldría á hacer la ley, mientras que debe limitarse á su aplicación. De ahí se infiere que el juez no puede hacer retro-obrar la ley, cuando no tiene retroacción expresa, sino en los casos en que la retroactividad pueda tener lugar, sin necesidad de medidas transitorias, como en el caso en que la nueva legislación pueda reemplazar inmediatamente y con pleno derecho á la antigua.

167. Antes de pasar á la aplicación de esos principios, debemos hacer notar que las cuestiones de no-retroacción no se presentan, sino cuando se trata de una ley nueva que reemplaza á una antigua. Ahora bien, no toda ley dada por el poder legislativo es nueva; existen en primer lugar, las leyes interpretativas que no son más que la ley antigua explicada y aclarada, y es expresarse mal decir que esas leyes son retroactivas; porque la ley antigua no está reemplazada por la nueva, pues subsiste aquella, y es esta ley la que el juez aplica, en el sentido que debe tener, y que ha tenido siempre, según la interpretación dada por el mismo

legislador. Esto lo probaremos más adelante al tratar de la interpretación de las leyes.

168. La doctrina y la jurisprudencia dicen que son semejantes á las leyes interpretativas las que solo se ocupan en formular los principios admitidos en el derecho antiguo (1). Admitimos también que esas leyes rijan el pasado, pero no nos parece jurídico llamarlas leyes interpretativas. No puede haber ley interpretativa allí donde no hay ley que interpretar, allí donde no ha intervenido juicio contradictorio sobre el sentido de una ley, allí donde no hay oscuridad, ni una incertidumbre comprobada judicialmente que haga necesaria la intervención del legislador. Se supone que el juez aplica una disposición del Código civil á un hecho que pasó ántes de su publicación; pero esta disposición no es nueva, y la regla que formula se observaba en el antiguo derecho. ¿Puede decirse que el juez da en este caso un efecto retroactivo al código? No, por cierto, pues realmente aplica el derecho antiguo.

Este principio ha sido ya formulado por Domat: «aunque las leyes arbitrarias, dice, no produzcan su efecto sino para lo futuro, si lo que ellas ordenan es conforme al derecho natural ó á cualquiera otra ley arbitraria que esté en uso, tienen respecto del pasado el efecto que pueden darlas su conformidad y relación con el derecho natural y las reglas antiguas, y ellas sirven también para interpretarlas.» Más adelante Domat agrega, que las leyes deben servir de regla al pasado cuando no hacen más que restablecer una regla antigua ó una de equidad natural, ó cuando resuelven las cuestiones para las que no había ley ni algunas costumbres (2). La aplicación de este principio no permite duda alguna, cuando es constante que la ley nueva reproduce el derecho antiguo. Así es como la corte de

1 Merlín, *Repertorio*, en las palabras *Beneficio de inventario*, núm. 25; Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, núm. 193.

2 Domat, *Tratado de las leyes*, cap. XII, núm. 2; y libro preliminar, título I, sec. I, núm. 14.

casación casó un fallo de la corte de París que había negado la aplicación del artículo 2280 del Código civil á una reivindicación de mercancías robadas en 1798; y se fundé en que este artículo, «no era más que la repetición de los antiguos principios constantemente observados en materia de reivindicación de la cosa robada ó perdida» (1). La cuestión es más delicada cuando no existen principios ciertos en el antiguo derecho; ¿no debe decirse, en ese caso, que la ley es nueva, y que por lo mismo, no debe retroobrar? La corte de casación decidió que las disposiciones del Código civil tenían efecto de leyes interpretativas en materia de equidad, y creemos que falló bien. Es verdad que la ley es nueva, en el sentido de que ha formulado por primera vez una regla de equidad, pero esta regla evidentemente no es nueva, puesto que la equidad y las reglas que de ella se derivan son tan antiguas como la conciencia humana.

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 14.

SECCION II.—De los derechos de estado personal.

§ 1º Principio.

169. Dos sentencias de la corte de casación, de 6 de Junio de 1810, y de 12 de Junio de 1815 han fijado el principio que rigen las leyes de estado personal en estos términos: «las leyes que arreglan el estado de las personas se aplican al individuo en el momento mismo de su emisión, y le hacen capaz desde ese momento ó incapaz, según su determinación; en eso estas leyes no tienen ningún efecto retroactivo, porque estando el estado civil de las personas subordinado al interés público, es facultad del legislador cambiarlo ó modificarlo según las necesidades de la sociedad (1). Merlin dice que este principio peca por su excesiva generalidad; y nosotros creemos que el principio es de una verdad absoluta, en el sentido de que nunca un derecho de estado personal puede ser invocado por los ciudadanos, como si estuviera en su dominio, porque los derechos de esta naturaleza nunca son de aquellos que se llaman derechos adquiridos.

Siendo el estado de las personas de interés esencialmente público, está por lo mismo bajo el dominio del legislador (2); desde luego, es imposible que esté en el dominio de los individuos; y por tanto no podría ser un derecho adquirido. ¿Un derecho adquirido, no supone, como dice Meyer, el célebre jurisconsulto holandés, que ese derecho ha llegado á ser propiedad del que lo ejerce? (3); ¿y el primer derecho del propietario no es el de disponer de la cosa que le pertenece, usar y abusar de ella, y transmitirla por acto entre vivos ó por testamento? Ahora bien, ¿puede concebirse que se disponga del estado de mayor

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III. § 2.

2 Véase anteriormente el núm. 153.

3 Meyer, *Principios sobre las cuestiones transitorias* (Edición de Pinto, 1858, p. 15).

edad, del de mujer casada, y que se vendan, ó se leguen? Hay por lo mismo incompatibilidad radical entre la idea del derecho adquirido y el estado de las personas.

170. Esto es elemental, y ciertamente, Merlin, al criticar el principio fijado por la corte de casación, no pensó decir que el estado de las personas esté en el comercio. Pero cuando una persona goza de una capacidad legal en virtud del estado que la ley le reconoce, puede celebrar los actos jurídicos para los cuales es capaz. Esos actos por consiguiente pueden ser concernientes á su persona ó á sus bienes. Cuando es del agrado del legislador cambiar su estado, ¿quiere decir esto que atenta á los actos verificados en virtud de la ley antigua? Por lo que concierne á los actos relativos á los bienes, la cuestión apénas puede proponerse, porque esos actos engendran derechos adquiridos que la nueva ley debe respetar. ¿Qué importa que que se hayan verificado en virtud de una capacidad que dejó de existir? No por eso dejaron de practicarse en virtud de la ley y conforme á ella; luego el legislador debe sancionarlos y sostenerlos, léjos de poder nulificarlos. Lo mismo sucede con los actos que son relativos á las personas. Según el rigor de los principios, esos actos no producen derechos adquiridos, y sin embargo deben sostenerse porque el legislador debe hacer válido todo lo que se ha hecho conforme á sus prescripciones. Tal es la razón verdadera porque una ley que modifica el estado de las personas no puede aplicarse á los actos verificados bajo el imperio de la ley antigua. Esto no es porque la ley nueva no pueda retro-obrar, sino porque todo acto legal es válido y debe permanecer tal.

Estos principios se aplican tanto al juez como al legislador. En primer lugar aparece como cierto que el juez debe aplicar las leyes de estado personal al pasado, porque ellas por su esencia rigen el pasado. También es cierto enteramente que el juez no puede invalidar los actos le-

galmente hechos bajo el imperio de la ley antigua. El legislador mismo está obligado á respetarlos; ¿pero no podría nulificarlos si hubiera un interés social bastante grave para imponer esa nulidad á los actos practicados conforme á la ley? El legislador lo podría, puesto que no está al frente de un derecho adquirido, sino solamente de un interés social. Generalmente, al interés de la sociedad exige que los actos conformes con la ley permanezcan válidos, porque al invalidarlos el legislador arruinaría su misma autoridad. Puede, sin embargo, haber en esto excepciones. Si existen dos intereses sociales en conflicto, toca al legislador decidir cuál debe prevalecer. Cuando la ley caya, se está bajo el imperio del principio. Es decir, que el juez debe respetar siempre los actos legales, sin que pueda invocar la voluntad presunta del legislador, porque las excepciones no se presumen. Esto sería tanto como hacer la ley, y su misión se limita á aplicarla.

§ 2. APLICACION.

NUM. I. NATURALIZACION.

171 La Constitución del año III dice, artículo 10: «El extranjero se hace ciudadano francés, cuando después de haber llegado á la edad de veintiun años cumplidos y haber declarado su intención de radicarse en Francia, ha residido en ella durante *siete años* consecutivos, con tal que pague una contribución directa y que además posea una propiedad raiz, ó un establecimiento de agricultura ó de comercio, ó que esté casado con una francesa.» Viene en seguida la Constitución del año VIII, que declaró: «que el extranjero se hace ciudadano francés, cuando después de haber llegado á la edad de veintiun años cumplidos y declarado la intención de radicarse en Francia, ha residido en ella durante *diez años* consecutivos.» Los extranjeros establecidos en Francia, cuando se publicó la constitución

del año VIII ¿se rigieron por la nueva ley ó por la del año III? Suponemos que habían residido allí durante siete años, pero que aun no habían adquirido una propiedad inmueble, ni formado un establecimiento de comercio ó de agricultura, ni casádose con una francesa. Permanecían, pues, siendo extranjeros y por lo mismo debían llenar las condiciones prescritas por la Constitución del año VIII para hacerse franceses, es decir, residir todavía en Francia durante tres años. La Constitución nueva rige el pasado lo mismo que el futuro, porque es una ley política; concierne al estado político y con este titulo retro-obra necesariamente (1).

172. Todos los autores están conformes en este punto (2). Pero si el extranjero había llenado todas las condiciones prescritas por la ley antigua en el momento en que se publicaba la ley nueva, se habría hecho francés. Sobre este punto tampoco hay duda. ¿Quiere decir esto que el estado de extranjero naturalizado sea un *derecho adquirido*? Así se pretende; el extranjero, se dice, contrató expresamente con el país que lo adoptó (3). No, no hay contrato, hay un derecho político solamente, derecho que la ley confiere bajo ciertas condiciones; si el extranjero las ha llenado, se ha conformado á la ley; y el legislador debe reconocer su derecho, como reconoce y sanciona todo lo que se ha hecho en virtud de la ley. ¿Debe inferirse de aquí que ese derecho es un derecho adquirido que no puede quitársele al extranjero naturalizado? El legislador podría quitárselo, el juez no puede. Decimos que el legislador podría. Supongamos que una ley dió al jefe del Estado la facultad de naturalizar á los extranjeros y que él abusó de esta prerrogativa. ¿Una ley nueva podría sujetar á todos estos naturalizados á una nueva condición, és-

1 Véanse anteriormente los núms. 151, y siguientes, p. 251.

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 2.

3 Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, núm. 210.

ta por ejemplo, pedir al poder legislativo la confirmación de su naturalización? Si el estado del extranjero naturalizado fuese un derecho adquirido que estuviese en el dominio del que lo obtuvo, el legislador no podría despojarle de él; pero el estado político no es más propiedad que el estado civil. Desde luego el legislador puede modificarlo, pero el juez no lo puede, porque debe sostener todo lo que se ha hecho conforme á la ley y no puede suponer una voluntad contraria en el legislador (1).

NUM. 2. MATRIMONIO.

173. La Ley de 20 de Diciembre de 1792 permite el matrimonio á los 13 años para las jóvenes y á los 15 para los jóvenes. El Código civil exige una edad más avanzada, 15 y 18 años. Los que al tiempo de la publicación del Código tenían la edad prescrita por la ley de 1792 ¿se han regido por la nueva ley ó por la antigua? Todo el mundo está de acuerdo. La ley nueva será la que tenga su aplicación aun respecto del pasado, porque es una ley que arregla el estado de las personas y esas leyes retro-obran necesariamente. La ley es la que arregla las condiciones del matrimonio por interés de la sociedad; los ciudadanos no tienen derecho alguno que oponerle; y el legislador puede concederles ó rehusarles la facultad de casarse.

Pero los matrimonios contraídos bajo el imperio de la ley antigua ¿serán también regidos por la nueva ley? No, porque deben ser mantenidos. ¿Es acaso porque el estado de esposos es un derecho adquirido, resultante de un contrato? Se dice (2), y es cierto, que existe un contrato; pero él concierne al estado de las personas, y es imposible

1 Véanse ántes los núms. 154 166.

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III § 1, artículo 3, y sec. III, § 2, artículo 5, núm. 1; Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Ley*, núm. 217.

que el estado de las personas, sea un derecho adquirido. ¡Qué! se dirá, ¿el legislador podría desbaratar las uniones contraídas bajo la antigua ley? Si hubiera un interés social en deshacerlas lo podría; pero precisamente, en esta materia, el interés de la sociedad exige que se mantenga lo que se ha hecho, porque modificando los matrimonios, el legislador introduciría la perturbación en todas las relaciones civiles. Esto no es una excepción del principio de que las leyes de estado personal rigen siempre el pasado; es una aplicación de otro principio que exige que el legislador sostenga los actos celebrados legalmente. No es el derecho del individuo quien decide, es el derecho de la sociedad.

174. Una ley permite á los esposos probar su matrimonio con la posesión de estado ó con testigos. El código no admite ya esta prueba. ¿Los esposos casados bajo el imperio del derecho antiguo deberán probar su matrimonio con la acta de celebración como lo exige la ley nueva? Una sentencia de la Corte de casación de 21 de Mayo de 1810 decide: que los esposos pueden probar su unión conforme al derecho que estaba vigente al tiempo de la celebración. Todos los autores aprueban esta decisión, y no puede ser objeto de duda alguna (1). ¿Es esta una excepción del principio según el cual las leyes del estado personal retro-obran? No, porque no se trata de saber si el estado de esposos es un derecho adquirido. La cuestión es esta: ¿cómo se prueban los hechos jurídicos consumados bajo el imperio de una ley antigua, cuando las formas han sido modificadas por una ley nueva? Basta fijar la cuestión para resolverla. La prueba de los hechos se determina necesariamente por la ley del día en que se verifican; porque es en este momento en el que las partes deben saber lo que tienen que hacer para procurarse una prueba. Si la ley les dice que la prueba testimonial es admisible,

1 Merlin. *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Matrimonio*, § 8; *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 2, artículo 5, núm. 2.

no tienen más que cuidar de que haya los testigos de lo que hacen. Si los hay, han obrado conforme á la ley; y ésta, por su parte, debe sancionar lo que aquellas han hecho. Hay además otra razón para decidirlo así. Las pruebas varían según los tiempos y los lugares. Es ésta una cuestión de estado social. ¿Cuál es, pues, la prueba que debe admitirse para demostrar un hecho jurídico? La que estaba prescrita en el tiempo y en el lugar en que el hecho se verificó, porque esta prueba se presume que es la mejor en razón del estado social de la época.

175. La capacidad ó incapacidad de la mujer está determinada por la ley nueva y no por la ley del día en que ella se casó. Aquí la cuestión se convierte en una cuestión de estado, es decir, de orden público. Es por un interés social por lo que la ley declara á las mujeres, capaces ó incapaces; este interés domina y se sobrepone al interés de la mujer, porque no tiene derecho que oponer al legislador. Capaz bajo la antigua ley, se convierte en incapaz bajo la nueva; y el legislador puede quitarle una capacidad que le ha dado. Incapaz bajo la ley antigua, se hace capaz si el legislador tiene á bien devolverle un derecho del cual hizo mal en despojarla. Todo esto es orden público, y ño puede haber cuestión sobre derecho adquirido.

En los países de derecho escrito, la mujer podía contratar y comparecer en juicio sin autorización marital. El código declara incapaz á la mujer casada. La mujer que se ha casado en tiempo del derecho antiguo y que era capaz de contratar y comparecer en juicio, se convirtió en incapaz, á contar desde la publicación del título sobre el matrimonio, porque la incapacidad jurídica con que la hiere el código, es de orden público. «La mujer casada, dice Coquille, por decreto no debe tener comunicación de negocios con otro sin el escudo y auxilio de su marido, para evitar el engaño.» Por esto la incapacidad de la mujer pertenece al orden público, y la ley prohíbe á los futuros

esposos derogarla por una autorización general que el contrato de matrimonio diera á aquella (Código civil, artículos 223 y 1388). Unicamente, porque la incapacidad de la mujer es de orden público, la ley nueva rige el pasado lo mismo que el futuro. Es cierto que en el informe presentado al tribunal sobre el título del matrimonio, se lee que las disposiciones del proyecto conciernen á los matrimonios *futuros*. Esto es un error, y un error no debe invocarse contra los verdaderos principios, aunque se encuentre en un informe ó en un discurso oficial (1).

La doctrina, lo mismo que la jurisprudencia, son unánimes en este punto. Se ha decidido por la corte de casación que la mujer capaz, bajo el antiguo derecho, para comparecer en juicio, tiene necesidad, desde la publicación del código, de la autorización de su marido, aun cuando no se tratara más que de continuar ante la corte suprema un proceso comenzado válidamente sin la autorización. Se ha decidido además, que la mujer, aun cuando hubiera sido capaz, bajo el derecho antiguo, para enajenar sus bienes parafernales y obligarse con ellos, se ha hecho incapaz, bajo el imperio del Código civil. Todos los autores aprueban esas decisiones (2).

176. ¿Pero cuál será la suerte de los actos jurídicos que la mujer ha practicado bajo el derecho antiguo? ¿Los anula el Código civil? **No**, sin duda alguna. ¿Es esa una excepción del principio, que las leyes de estado personal necesariamente retro-obran? No. Se trata de saber si los actos verificados en virtud de la ley, deben ser válidos. Están colocados bajo la autoridad de la ley y por eso mismo son conformes á ella. Además, siendo relativos á los bienes, han producido derechos adquiridos. No es, pues, el estado de las personas el que los causa, son los derechos

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. 3, § 2, art. 5, núm. 3; Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 218.

2 Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 218, cita las sentencias y los autores.

patrimoniales, y á éstos se aplica el principio de que la ley no dispone sino para lo futuro.

177. Por aplicación de los mismos principios, la mujer que era incapaz bajo el imperio de la ley antigua, se convierte en capaz, si la nueva ley le reconoce una capacidad que le rehusaba la legislación anterior. Conforme á muchas costumbres, la mujer no podía hacer testamento sin la autorización de su marido. El código devuelve á la mujer una facultad que el derecho no escrito había hecho mal en quitarle. Resulta de esto que la mujer casada bajo el derecho antiguo é incapaz de testar, cuando la publicación del código, se ha hecho capaz. Los autores están unánimes (1). Por este ejemplo se ve cuánto importa que el estado de las personas y su capacidad permanezcan en el dominio del legislador. Puede engañarse, puede despojar á los ciudadanos de una facultad que debe pertenecerles; y si se aplicase en este caso la regla de que la ley no ordena sino para el porvenir, el legislador no podría corregir los errores que ha cometido. En la especie, nuestras costumbres evidentemente habían hecho mal, prohibiendo á la mujer casada que testase sin la autorización del marido, porque el testamento no tiene efecto sino hasta la muerte, y en ese momento acaba la potestad del marido.

178. La Corte de casación ha decidido en muchos casos que la mujer ha dejado, desde la publicación del Código civil, de estar sometida al Senado-consulta velellano que regía los países de derecho escrito, y en virtud del cual la mujer no podía ser fiadora de su marido ni de otro (2). Esta cuestión ha sido controvertida, y ya no lo es ni puede serlo, puesto que es una cuestión de estado que debe ser decidida por la ley nueva. En vano se objetaría el interés de la mujer; porque el interés particular cede ante

1 Véanse los testimonios en Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 219.

2 Véanse las sentencias citadas, en Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 219.

el general, y las leyes que rigen el estado de las personas son de orden público.

179. Hay otras decisiones que parecen estar en contradicción con nuestro principio. La doctrina y la jurisprudencia admiten que, para saber si la mujer casada antes del Código civil, puede enajenar sus bienes dotales, es necesario consultar el derecho antiguo, el derecho que estaba vigente al tiempo del contrato del matrimonio. De la misma manera se ha decidido, que la mujer, incapaz de enajenar sus bienes raíces antes del Código, en virtud de las convenciones matrimoniales ha permanecido incapaz. La contradicción no es más que aparente. En ambos casos, no se trata del estado de la mujer, ni de la capacidad ó incapacidad que de él resulta; se trata de saber si los convenios que hizo con anterioridad al código están regidos por el derecho antiguo ó por el nuevo. Es esta una cuestión de derecho patrimonial y no de estado personal. Volveremos á ocuparnos de ella al tratar de los derechos patrimoniales.

180. El divorcio, que rompe el matrimonio, es de orden público, porque es por consideraciones morales ó religiosas por lo que el legislador se decide á admitirlo ó á rechazarlo. No puede haber cuestión de un derecho de personas casadas á la indisolubilidad ó á la disolubilidad de su unión, porque si ella es indisoluble ó disoluble, es porque el legislador así lo ha decidido por razones independientes de la voluntad de los esposos, y lo que el legislador ha hecho, lo puede deshacer cuando habla en nombre del interés general. Hasta la Revolución, el matrimonio era indisoluble en virtud del derecho conónico que, en este punto, tenía fuerza de ley. La del 20 de Diciembre de 1792 introdujo el divorcio, y declaró que los esposos casados bajo el derecho antiguo gozarían de la facultad de divorciarse. Bajo el punto de vista del legislador revolucionario, la facultad del divorcio, como lo dice el preámbulo de la ley, resulta de

la libertad individual, la cual no permite un lazo indisoluble. Dar á los esposos el derecho de divorciarse, era devolverles una facultad que la antigua legislación había hecho mal en quitarles. Por aplicación de ese principio la corte de Turín decidió que una mujer podía pedir el divorcio en virtud del Código civil, aunque la causa, la condenación del marido á una pena infamante, fuera anterior al código.

El legislador de 1792 y la corte de Turín hicieron una justa aplicación de los principios, puesto que las leyes sobre el divorcio retro-obran necesariamente, como pertenecientes al orden público. No es, pues, necesario decir cómo se ha hecho, que retro-obran por razón de que han sido dictadas en interés de los esposos y para su mayor felicidad (1). En materia de estado, el legislador retro-obra, aun cuando lastime intereses privados. Es evidente que el legislador revolucionario hirió las conciencias católicas al admitir el divorcio. Por el contrario, la ley que lo abolió en Francia después de la Restauración, lastimó la de todos los que no eran católicos. Los unos, lo mismo que los otros, no podían quejarse de que se les quitaba un derecho. El legislador está colocado sobre las creencias filosóficas ó religiosas; y no tiene obligación de respetarlas, cuando están en oposición con el interés de la sociedad.

181. Se pregunta si, con apoyo en el interés general, podrían anularse los divorcios decretados y ejecutados. El legislador de 1792 lo hizo en cuanto á las separaciones corporales: y permitió á los esposos separados de cuerpo por sentencia ejecutada ó en último recurso, hacer declarar su divorcio. ¿Una ley que aboliera el divorcio podría autorizar á los esposos divorciados á cambiar el divorcio en separación corporal? Eso sería naturalmente para satisfacer á los escrúpulos religiosos de aquel de los es-

1 Dallós. *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 221.

posos cuyas creencias rechazaran el divorcio. Creemos que hay lugar de aplicar el principio de que el legislador debe respetar los actos consumados en virtud de la ley, aun cuando no los apruebe. El divorcio rompe definitivamente el matrimonio, y sería una cosa poco moral obligar á uno de los esposos divorciados á volver á unirse con el vínculo del matrimonio. Se concibe que la ley de 1792 haya permitido á los esposos separados corporalmente pedir el divorcio, porque rompía un lazo ya relajado; pero no se concibe que los esposos que han dejado de serlo, vuelvan á unirse otra vez á pesar suyo.

NÚM. 3. MENORÍA.

182. La menoría y la mayoría de edad, la patria potestad, la tutela y la interdicción, determinan el estado de las personas, la capacidad ó incapacidad que de él resulta: son por lo mismo del orden público y como tales, retroobran necesariamente. No hay que preocuparse, como le sucede á Merlin mismo algunas veces (1), sobre si la ley nueva mejora la condición de un incapaz ó si hace más mala la de aquel á quien hiere con la incapacidad. No es porque mejore la condición de las personas, por lo que la nueva ley debe aplicarse al pasado; sino porque el estado de las personas no constituye un derecho para aquel que goza de él; la ley lo da por razones de interés general, y ¿qué importa que bajo el punto de vista de intereses privados, hagan más ó menos ventajosa la condición de las personas? El interés privado no es oído cuando habla el interés general.

183. El código fija la mayoría de edad en los veintinueve años. Por el solo efecto de la ley nueva, los que en virtud del derecho antiguo eran todavía menores se han conver-

1 Merlin. *Repetitorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 2. art. 8, úm. 1.

tido en mayores. La corte de Nines hizo una justa aplicación de este principio á un legado que no debía entregarse sino hasta la mayoría del legatario. Según el derecho antiguo, bajo el imperio del cual el testador hizo su disposición, la mayor edad estaba fijada en los veinticinco años; el código la fijó en los veintiuno. El legatario pudo pedir la entrega de su legado desde que llegó á esta edad (1).

184. El menor normando se hacía mayor de edad á los veinte años; y la ley de 20 de Septiembre de 1792, fijó la mayoría en los veintiuno. Es evidente desde luego, que el menor que no había llegado á la edad de veinte años no se hizo mayor sino hasta los veintiuno, conforme al Código civil. ¿Pero aquel que tenía veinte años al tiempo de la publicación del código, se hizo realmente menor? La cuestión pareció dudosa por un instante; y para decidirla prevaleció el interés bien entendido del mayor de veinte años: se le dijo que había hecho mal en quejarse de que se empeorara su condición, pues en realidad la mejoraba, porque el legislador retardando la época de la mayoría; reconocía por eso mismo, que aquellos que no tenían más edad que la de veinte años, carecían de la capacidad necesaria para administrar sus bienes y gobernar su persona. Este motivo puede haber influido en la decisión del legislador, y se aplica con los más de los menores; pero hay algunos de éstos que ciertamente podrían decir que de hecho son capaces y que por consiguiente la ley lastima sus intereses declarándolos incapaces. ¿Pero todavía una vez más, qué importa el perjuicio? La cuestión es saber si el estado de mayoría de edad es un derecho que pertenece á los que han llegado á ella, en el sentido de que no les pueda ser quitado. El legislador es quien se lo da por razones políticas, sociales y económicas; y lo que el legislador da, puede quitarlo, porque no hay más que intereses de pormedio; así es que,

(1 Sentencia de 19 febrero, año XI (Falloz, en la palabra *Leyes*, núm. 239).

cuando el interés privado está en colisión con el interés general este es el que se le sobrepone.

La doctrina y la jurisprudencia están unánimes (1). Es cierto que el legislador podría decir lo contrario; ¿pero cuando calla, debe el juez admitir que la ley ha querido ó no, retro-obrar? M. Delisle responde que difícilmente se admitirá que el legislador haya querido volver á sostener á la tutela á las personas mayores de edad según la ley antigua (2). Opinamos más bien que el juez debe creer que la ley quiso regir el pasado, puesto que esa es la regla general para todas las leyes del orden público. Sería necesaria una manifestación expresa de la voluntad del legislador, para que pudiera admitirse que quiso consagrar una excepción.

185. El código retarda la edad en que el menor puede ser emancipado de la tutela. Se pregunta si el menor emancipado al hacerse la publicación de la ley nueva, vuelve á caer en la tutela. Si la emancipación tuvo lugar por un hecho del menor ó del tutor, es necesario aplicar el principio de que la ley respeta los hechos consumados en virtud de sus disposiciones; poco importa que el código sostenga ó no esta manera de emancipar. Si por el contrario, la emancipación era el efecto de la ley, el legislador puede modificar el estado que crió, y el juez, si la ley calla, debe aplicarla en ese sentido. Así, en los países de derecho escrito, los menores se hacían *sui juris* por solo haber llegado á los doce ó catorce años. El código no emancipa ya á los menores de pleno derecho. Resulta de esto que los menores de los países de derecho escrito, volvieron á caer en la tutela. La jurisprudencia, despues de haber vacilado un instante, se fijó en ese sentido. ¿Pero cuál es la verdadera razón de decisión? Se dice que

1 Véanse los autores y las sentencias citadas por Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 239.

2 Delisle, Principios de la interpretación de las leyes.

el menor ha sido vuelto á la tutela en provecho suyo. «El abuso que cometió de su capacidad, dice Chavot, ha probado que era necesario hacer retardar el término por su propio interés» (1). Dallöz abunda en esa opinión. ¿Pero no puede responderse con la corte de Aix, que la ley nueva causa un perjuicio á los menores ya emancipados? Ellos gozaban de sus bienes y tenían derecho de ejecutar ciertos actos con la asistencia de un curador: la ley nueva altera su estado. Es cierto que ha causado perjuicio á algunos menores; pero no es el perjuicio ni la ventaja lo que se debe invocar para decidir que la ley debe regir el pasado. Merlin nos da la verdadera razón para decidir: el orden público, contra el cual los menores no tienen que invocar más que un interés particular. Si la decisión es diferente cuando el menor se ha casado ó ha sido emancipado por su padre ó por su madre, es porque en este caso hay un acto verificado en virtud de la ley antigua, que respeta el legislador. El estado de menor emancipado no constituye un derecho en una hipótesis, más que en la otra; pero en la última, hay un motivo para que el legislador no rija el pasado, motivo que no existe en la primera (2).

186. Inútil es decir que los actos ejecutados por el mayor que se convierte en menor, ó por el menor emancipado que vuelve á la tutela, permanecen válidos. Nosotros hemos dado ya la razón de esto (3): se trata no de una cuestión de estado sino de derechos patrimoniales.

187. En el derecho antiguo, la madre no tenía la patria potestad; y el código vuelve á la madre una potestad de protección que la naturaleza misma le da, lo mismo que al padre. Al publicarse el código, había niños menores ba-

1 Chavot, *Cuestiones históricas*, en las palabras *Autorización marital*, § I, (tomo I, p. 39).

2 Merlin, *Repertorio*, sec. III, § 2, art. 7, núm. 2. Véase la jurisprudencia en Dallöz, en la palabra *Ley*, núm. 240.

3 Véase antes el núm. 170.

jo tutela, no teniendo la madre viuda la patria potestad. La corte de Agen decidió, y muy bien, que la madre adquirió con pleno derecho el ejercicio de la potestad que la ley le otorga, que por consiguiente, la tutela diferida bajo la ley antigua cesa inmediatamente. Cuestión de orden público, dice la corte. La ley nueva debe regir el pasado, porque vuelve á la madre una autoridad que el legislador había cometido la injusticia de quitarle. ¿Se concebiría que bajo el imperio de un código que da á la madre el derecho, ó más bien dicho, el deber de protección, hubiera madres extrañas á sus hijos de cualquiera manera? (1)

188. En los países de derecho escrito, el padre conservaba la patria potestad sobre sus hijos mayores hasta su emancipación, y tenía sobre sus bienes un derecho de usufructo que no se extinguía sino con su potestad. El código libertó á los mayores de la autoridad paterna, y por consiguiente, hizo cesar el usufructo legal del padre. No podría haber duda sobre este punto: el usufructo es un efecto de la patria potestad, y el efecto no puede subsistir cuando cesa la causa. En vano se dice que el usufructo estaba en el dominio del padre, y que la ley no puede quitarle un derecho adquirido. Se responde que el padre no es usufructuario con el mismo título que es propietario; su goce es una ventaja que la ley agrega al ejercicio de la patria potestad y no puede existir más largo tiempo que el que dura la potestad; pues bien, es propio del legislador arreglar aun para el pasado, la duración de la patria potestad, puesto que ella es de orden público. La jurisprudencia y la doctrina están acordes en decirlo así (2).

189. El usufructo legal del padre da lugar á otra cuestión sobre la que haya alguna duda. Nuestras antiguas costumbres decían: «patria potestad no tiene lugar;» por

1 Véase la jurisprudencia en Merlin, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 2, art. 3, núm. 3.

2 Véanse los testimonios en Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 237.

consiguiente, el padre no tenía derecho alguno de goce sobre los bienes de sus hijos menores: los frutos los percibía en provecho suyo. El código ha colocado ciertamente, bajo la potestad, á los hijos que al tiempo de su publicación no habían llegado á la edad de veintiun años; pero ¿dando la potestad á los padres les concedió también el usufructo legal? Hay sentencias en pro y en contra. El motivo para dudar, es que la ley, concediendo el usufructo al padre, priva al hijo de un goce que estaba ciertamente en su dominio, puesto que este es el ejercicio del derecho de propiedad. ¿No es esto atentarse á un derecho adquirido? Creemos que el legislador podría gravar los bienes de los hijos con un derecho de usufructo en provecho del padre, de la misma manera que puede establecer una hipoteca legal sobre los bienes del tutor y del marido; no priva de sus bienes á aquellos á quienes grava con un derecho real, no los expropia, sino que solamente modifica el ejercicio de la propiedad. Si puede hacerlo respecto de los hijos por nacer, ¿por qué no podría hacerlo respecto de los hijos ya nacidos? Pero la dificultad consiste en saber si, dado el silencio del código, el juez puede aplicarlo al pasado. Esto es dudoso. No podría sino fundándose en la voluntad tácita del legislador. La cuestión, pues, se reduce á esto: ¿hay una razón de interés general que deba obligar al legislador á retro-obrar? Si el usufructo era de orden público, la cuestión no sería una; pero es cierto que el goce legal no es de orden público, puesto que el código permite derogarlo y él mismo lo deroga. (Código civil, artículos 387 y 386). Merlin dice que este es el salario concedido al padre administrador, y no es exacto, puesto que el padre es administrador natural, no usufructuario. Si fuera un salario, ¿podría concebirse que el donador y el testador privasen de él al padre? Es, pues, una ventaja, un favor enteramente gratuito. Sin embargo, creemos que, en caso de duda, el juez debe presumir que el legislador quiso conceder esta gracia á to-

dos los que ejercen la patria potestad; y si la concede á los unos, ¿por qué había de rehusarla á los otros? Hay más: si la negaba al padre respecto de los bienes de sus hijos nacidos al tiempo de la publicación del código, y después sobrevenían otros hijos, tendría el padre el usufructo de sus bienes, mientras que no lo tendría sobre los de sus demás hijos. Habría en ello una anomalía que no puede estar en la mente del legislador. Tal es, por lo demás, la opinión seguida generalmente por los autores y por la jurisprudencia (1).

190. Una cuestión más dudosa todavía es la de la prueba de la paternidad. Las pruebas han variado. ¿Es el código civil el que se debe aplicar á los hijos nacidos vigente el derecho antiguo? Cuando se trata de hijos legítimos, creemos, con Merlin, que la ley nueva no tiene retro-acción. No hay motivo de interés general para que retroobre. El modo de prueba se determina, en principio, por la ley antigua, porque ésta es la que las partes interesadas deben seguir, y si se han conformado con la ley, deben gozar también de sus beneficios. Aquí puede aplicarse por analogía, lo que hemos dicho de la prueba del matrimonio (2).

La cuestión es más difícil respecto de los hijos naturales. Si el hijo después de reconocido por sus padres, pide que se pruebe este reconocimiento, el derecho antiguo es el que se debe aplicar, en virtud del principio que acabamos de recordar. Si se trata del reconocimiento forzoso, debe aplicarse la ley nueva. Para la investigación de la paternidad esto no es dudoso; el código la prohíbe de una manera absoluta (artículo 340) por motivos de orden público que expondremos más adelante. ¿Sucede lo mismo con la investigación de la maternidad? El código la admite, pero sometiéndola á condiciones más ri-

1 Merlin. *Repertoire*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 2, art. 8, núm. 4; Dalloz, en la palabra *Leyes*, núm. 238.

2 Véase el núm. 174.

gorosas que las del derecho antiguo. Merlin sostiene contra Meyer que el hijo natural puede ampararse con la ley antigua. Nosotros creemos que el jurisconsulto holandés tiene razón, aunque sin aceptar sus razones, que ya Merlin ha refutado. Merlin aplica á los hijos naturales los mismos principios que á los legítimos. En esto nos parece que está el error. El padre legítimo obedeció á la ley antigua, probando la filiación de sus hijos, mientras que la madre natural, se supone, no ha reconocido á su hijo, ni quiere reconocerlo. No se puede, pues, decir que ni la madre ni el hijo se hayan conformado á la ley antigua, pues nada se ha hecho en virtud de ella; ¿por qué entonces, se había de sujetar á esa ley la prueba? Existe, dice Merlin, el hecho de la maternidad que obliga á la madre á alimentar á su hijo y á educarlo; por consiguiente, el hijo tiene una acción contra su madre desde su nacimiento, y la ley no puede quitarle ese derecho. Respondemos que no se lo quita; y si ha querido saber quién sea su madre, subsiste el reconocimiento forzoso, como subsistiría respecto del padre, aunque el código prohíbe la investigación de la paternidad. ¿Pero puede decirse que el hijo adquirió este derecho cuando no ha usado de él? Puede aún ejercitarlo conforme al código, pero observando la ley posterior. Esta ley debe regir el pasado, porque es de interés público. Ella ha querido dar garantía á la madre contra una investigación apoyada en testimonios falsos; ¿y había de permitir una prueba que declara peligrosa, que rechaza, de un hijo natural, porque nació antes de la publicación del código? Por su misma naturaleza, la ley nueva debe regir el pasado, lo mismo que la ley que prohíbe la investigación de la paternidad; pero debemos agregar que la opinión de Meyer ha quedado aislada, poniéndose los autores todos del lado de la opinión de Merlin. La jurisprudencia se declara también en este sentido (1).

1 Merlin. *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III. § 2, art. 8.

191. En el derecho antiguo, los pródigos estaban sujetos á interdicción y á la autoridad de un curador; por consiguiente, no podían disponer de sus bienes. El Código civil no permite ya la interdicción; y el tribunal les nombra un consejo, sin cuya intervención les está prohibido enajenar; pero conservan la administración de sus bienes: (Código civil, artículo 513). Al hacerse la publicación de la nueva ley, había gran número de pródigos en interdicción. ¿Cuál iba á ser su estado según el código? Hay por de pronto algo cierto, y es que podían pedir se les alzase la interdicción, á salvo el derecho de los padres para promover el nombramiento de un consejo judicial. La ley nueva concerniente al estado de las personas debía por eso mismo referirse también al pasado, en el sentido de que los pródigos que estaban entónces en interdicción recobraban su capacidad: no puede haber interdicción por causa de prodigalidad con un código que no la admite ya.

Todos están de acuerdo en esto, y nosotros decimos que á los padres toca provocar la reunión de un consejo judicial. Aquí comienzan á diverger las opiniones. Merlin enseña, y se ha resuelto ya, que el tribunal, conociendo de la demanda por levantamiento de la interdicción, puede en el mismo fallo prohibir al pródigo que enajene sus bienes sin la intervención de un consejo. (1). No comprendemos que el juez decrete sobre una cuestión que no le ha sido sometida. El pródigo en interdicción no le pide el nombramiento de un consejo, como que ni él, ni el mismo Ministerio público, tienen tal derecho; el tribunal, pues, no va á fallar más que sobre la interdicción, y no puede más que levantarla. Es cierto que el artículo 499 del código le permite, al desechar la demanda de interdicción, nombrar

núm. 3; y los autores citados por Dallóz, en la palabra *leyes* núm. 232, así como las sentencias.

1. Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Pródigo*, § 1 (Tomo XII, pág. 149 de la edición en 8º). Sentencia de Rennes, de 14 de Junio de 1819. (Dallóz, en la palabra *leyes*, núm. 241, tomo XXX, pág. 115).

un consejo judicial al demandado; pero en ese caso conoce de una demanda que tiene por objeto la interdicción de una persona por causa de demencia; pudiendo sujetarla á tutela, es natural que pueda sujetarla simplemente á un consejo, mientras que si el pródigo que está en interdicción le pide que se la levante, no conoce de acción alguna que tienda á adoptar providencias en favor del pródigo.

Se ha sostenido, y es también punto resuelto, que la interdicción de los pródigos estaba levantada de pleno derecho por el código; hay más, la Corte de casación decidió, que de pleno derecho también la curatela estaba trasformada en consejo judicial (1). La sentencia se dió de una manera contraria á las conclusiones de Merlin; y la opinión que él sostiene, aun cuando esté aprobada por Meyer (2), jurisconsulto eminente, es inadmisibile. Lo que sedujo á la Corte, fué que el legislador habría podido declarar que la interdicción estaba levantada, y que el curador ejercería las funciones del consejo judicial. Hizo más que esto aboliendo los votos monásticos: la ley de 13 de Febrero de 1790 disolvió de pleno derecho todos los votos pronunciados anteriormente: hizo, pues, que riviviesen los individuos que legalmente habían muerto en virtud de un acto de su voluntad, y conformándose al derecho público del antiguo régimen. De la misma manera, la ley de 8 de Mayo de 1816, que abolió el divorcio en Francia, decretó que los efectos de las sentencias no ejecutadas, que hubiesen declarado el divorcio, se restringiesen tan solo á la separación. El derecho del legislador es incontestable. ¿Pero tiene el juez la misma facultad? Esta es la verdadera dificultad.

Es muy cierto, como dijo la corte de casación, que las

1 Sentencias de 20 de Mayo de 1805 y de 6 de Junio de 1810 (Dall'oz, en la palabra *leyes*, núm. 241). Véase, en el mismo sentido, el decreto de la Corte de Montpellier, de 19 de Julio de 1840 (Dall'oz, *Colección periódica*, 1843, 2, 117).

2 Meyer, Principios sobre las cuestiones transitorias, pág. 52.

leyes que modifican el estado de las personas deben ser aplicadas desde el día en que se publican. Fundados en este principio es como hemos dicho que el menor se hace mayor y el mayor menor de pleno derecho, en virtud de la ley nueva. En ese caso, no hay inconveniente alguno en que la ley rija inmediatamente el pasado; pero no sucede lo mismo cuando se trata de levantar la interdicción. Existe un fallo que comprueba la prodigalidad, y que prescribe medidas en favor del pródigo y de su familia. Si el juez decidiese que la interdicción estaba levantada de pleno derecho por el Código, ¿qué sucedería? Que los individuos declarados incapaces por sentencia, se convertirían repentinamente en capaces: capacidad funesta, puesto que sería su ruina.

No, el juez no puede decidirlo así, ni lo podría si no tal fuese la voluntad del legislador; y ¿cómo suponerle una imprevisión tan imperdonable? ¿Se dirá que, según nuestra opinión, se presenta el mismo peligro, puesto que el tribunal debe decretar el levantamiento de la interdicción si el pródigo la pide? El peligro no existe sino en teoría; porque de hecho, los padres informados de la demanda de alzamiento de la interdicción, se apresurarán á provocar el nombramiento del consejo.

La corte de casación imaginó un medio más enérgico de prevenir el peligro que señalamos; ¿pero puede el juez convertir la interdicción en consejo judicial? ¿hacer de un *curador* que *administra*, un *consejo* que *asiste*? El legislador puede, el juez no; él no puede más que lo que quiere el legislador, y en este caso la voluntad no podrá ser tácita, debe ser expresa; porque no se trata solamente de modificar un estado, sino de destruir las sentencias ó de desnaturalizarlas. En la omisión de la ley, el juez no puede decidir lo que el legislador debió hacer; esto equivaldría á hacer la ley, mientras que su misión se limita á aplicarla. Chabot dice que la sentencia de la corte de casación, que cri-

ticamos, no se dió sino después de una animada discusión; nosotros nos adherimos por lo que hace á la minoridad (1).

SECCION III. — De los derechos patrimoniales.

§ 1º Principio.

192. En materia de derechos patrimoniales, los autores y la jurisprudencia siguen como principio, que el legislador y el juez deben respetar los *derechos adquiridos*. Merlin define los *derechos adquiridos*, aquellos que han entrado en nuestro dominio, que forman parte de él, y que ya no nos puede quitar aquel de quien los recibimos. Cita como ejemplos, los derechos que se derivan inmediatamente de un contrato, los que se nos confieren en un testamento cuyo autor ha muerto, los que se derivan de una sucesión abierta, y que nos concede la ley vigente en el momento de su apertura (2). Se infiere de aquí que el legislador puede regir el pasado cuando no quita un derecho que está en el dominio de los ciudadanos: de que puede hacerlo se infiere que lo quiso, y por consiguiente también el juez puede aplicar la ley al pasado sin que pueda reprochársele que le da efecto retroactivo. En esta doctrina el principio de la no-retroactividad significa simplemente, que el legislador y el juez no pueden despojar á los individuos de los *derechos* que se llaman *adquiridos*.

Creemos que esta doctrina restringe á límites muy estrechos la regla asentada por el artículo 2 del Código, de que la ley no dispone sino para el porvenir. La no-retroactividad, tiene, según nuestra opinión, una puerta más extensa aún en lo que toca al legislador, y no creemos que el juez pueda hacer todo lo que el poder legislativo.

193. Cuando un derecho está en nuestro dominio, es

1. Chabot. *Questions transactionnelles en la matière Pécuniaire*, t. 1. (tomo III, pág. 3 y siguientes).

2. Merlin. *Repetendos*, en las palabras *Adquiridos*, tom. III, § 1. num. 3.

cierto que el legislador mismo no puede quitárnoslo. La inviolabilidad de la propiedad la garantiza nuestra constitución; la ley que privara á un individuo de un bien cualquiera que formase parte de los de su dominio, sería inconstitucional y violaría el artículo 11 de nuestro pacto fundamental. En ese sentido y dentro de esos límites, la no-retroactividad es un principio constitucional que ata al poder legislativo, y con mucha más razón al poder judicial. La aplicación del principio hará comprender su extensión. Ella no presenta dificultad cuando no tiene por causa el interés general. Dos esposos se han hecho bajo el derecho antiguo una donación mútua que estipularon fuera irrevocable. El Código civil declara esencialmente revocables las donaciones entre marido y mujer (artículo 1097). ¿Esta disposición producirá el efecto de revocar las donaciones anteriores? Está fuera de toda duda que el juez no puede revocar los actos irrevocables; pues bien, la donación hace entrar la cosa donada en el patrimonio del donatario y produce un derecho adquirido (1). El mismo legislador debe respetar esas donaciones y no podrá declarar revocables los actos que las partes contratantes han hecho irrevocables; esto sería quitar á los donatarios los bienes que están en su dominio.

194. La cuestión es más difícil cuando la ley nueva afecta al interés general. ¿No es necesario decir que estas leyes rigen necesariamente el pasado en materia de derechos patrimoniales como en materia de estado personal? No; cuando el legislador arregla el estado de las personas, nunca está al frente de un derecho adquirido; los individuos no pueden oponerle más que su interés particular, y el interés social domina al individual. No sucede lo mismo con los derechos de propiedad, pues desde que entraron en nuestro dominio, el legislador mismo no puede quitar-

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 3, núm. 2.

noslos ni aun en nombre del interés general, porque no hay interés, por grande que sea, que se sobreponga á un derecho. Nosotros hemos colocado más alto el principio (1); he aquí una aplicación.

La ley de 3 de Septiembre de 1807 fija el interés convencional en cinco por ciento en materia civil, y en seis por ciento en materia de comercio, derogando el Código de Napoleón que permitía á las partes contratantes estipular el interés que quisieran. ¿Qué suerte corrían los contratos celebrados antes de la publicación del código? El interés convencional forma un derecho adquirido, porque el derecho está en el dominio del acreedor, y desde entonces debe respetarlo el legislador. Esto es lo que hizo la ley de 1807; dice: «que nada se ha innovado respecto de las estipulaciones de intereses por contratos ú otros actos celebrados hasta el día de la publicación de la ley.» ¿Es esta una simple disposición de favor? No, el orador del gobierno declaró en términos formales que era una aplicación del principio de la no-retroactividad. M. Duvergier contesta y sostiene que el legislador habría podido reducir el interés estipulado bajo el imperio del código á la tasa fijada por la ley de 1807, sin retroactividad; porque, dice, la ley de 1807 fué dada en nombre de la moral pública y del interés general; luego las leyes de orden público siempre son retroactivas (2). Sí, cuando no tiene por causa más que los *intereses*; no, cuando hay *derechos* adquiridos. La ley de 1807 está conforme por lo mismo con los verdaderos principios. Esta es la opinión de Merlin (3).

Es verdad que una ley romana decidió la cuestión en un sentido contrario. Justiniano, al reducir los intereses á una tasa fija, decretó que los convenios anteriores á la consti-

1 Véanse los núms. 153 y 160 al 162.

2 Duvergier, *Del préstamo con interés*, núms. 309 y 319; Disertación sobre la no-retroactividad de las leyes.

3 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 3, núm. 7.

tución se arreglarían por la ley nueva (1). Esta era una violación del derecho de propiedad, y no se explica sino por las prevenciones contra el préstamo á interés que dominaban al legislador cristiano. La ley consagraba una verdadera expropiación por causa de religión. Este exceso de poder se concibe bajo el dominio de un César; pero felizmente es imposible bajo un régimen de libertad.

195. ¿Cómo puede saberse si se ha *adquirido* algún derecho? Es necesario distinguir los derechos que nacen de los contratos, de los que nacen de la herencia *ab intestato* ó testamentaria. En materia de sucesión, el derecho no está adquirido sino cuando se hace la apertura; hasta entónces al presunto heredero y el legatario no tienen más que una esperanza, que unos califican de espera y otros de expectativa; pero que es en todo caso un derecho esencialmente revocable; lo que quiere decir que no es derecho. De donde se infiere que una ley nueva puede quitar este derecho ó modificarlo sin que se la pueda tachar de retroactividad. Lo contrario sucedería si la herencia fuese estipulada por algún contrato; el heredero instituido por contrato de matrimonio tiene un derecho á la herencia que no le puede ser quitado por el instituyente. Este derecho es, en verdad, condicional, puesto que está subordinado á la supervivencia del heredero; pero la condición, como diremos más adelante; no impide que el derecho esté *adquirido*.

196. Los contratos son irrevocables desde el momento en que se han formado; y los derechos estipulados son, pues, esencialmente derechos *adquiridos*. ¿Quiere decir esto que lo sean siempre y que nunca pueda ser modificado un contrato por una ley posterior? Aquí vuelve á presentarse nuestra distinción entre el legislador y el juez. El legislador no está atado sino por la Constitución que le manda

1 L. 27. pr. C., *de usuris* (IV, 32).

respetar la propiedad. Desde el momento en que él no quita á los ciudadanos un derecho de propiedad, puede, en rigor, regir el pasado, y por consiguiente, modificar aun los contratos; pero el legislador no debe hacer todo lo que puede en los límites de sus facultades constitucionales. La cuestión es, pues, saber cuándo puede regir legítimamente el pasado, suponiendo que no esté al frente de un derecho de propiedad. Lo puede cuando el interés general lo exige, porque desde que los individuos no tienen que oponerle derecho que tengan en su dominio, no hay más que intereses de por medio; y el interés social domina en este conflicto. Pero si el interés de la sociedad no exige que la ley nueva rija el pasado, ¿qué debe hacer el legislador? No debe retro-obrar, aun cuando lo pueda. Volvemos, pues, entónces al espíritu que dictó el artículo 2 del Código civil. Hemos dicho que en la intención de los autores del código, el principio de la no-retroacción se dirigía al legislador como consejo, como regla de derecho natural. Efectivamente, el legislador no debe perturbar los intereses particulares sin causa legítima; si lo hiciera, se enajenaría los ánimos que, por el contrario, debe procurar ganarse. ¿Qué razón podía tener para herir los intereses privados retro-obrando, cuando el interés general no lo exige? ¿Se dirá que la ley nueva se supone mejor que la antigua, y que importa que los progresos realizados por la legislación penetren en la sociedad? Responderemos que el medio mejor de difundir las ideas nuevas es velar porque ellas no lastimen los intereses de los ciudadanos. Que el legislador se contente con disponer para el porvenir sin tocar el pasado: el progreso se efectuará más lentamente, es cierto, pero también con más firmeza. Se dirá que de aquí resultará una falta de armonía en la aplicación de las leyes, puesto que un solo y mismo hecho jurídico será regido, tanto por la ley antigua como por la ley nueva. ¿No es un mal esa falta de unidad? No, porque

no debemos olvidar que estamos al frente de relaciones estipuladas; pues bien, en esta materia el legislador deja á los ciudadanos la más grande libertad; les permite derogar estas disposiciones; no quiere, pues, la uniformidad en los contratos, y no debe quererla; porque sería obligar á las partes contratantes cuando la libertad es una condición de la vida. Es cierto que hay, como excepción para los contratos, leyes que las partes no pueden derogar, y esto sucede cuando existe un interés general. Entónces puede retro-obrar el legislador, á no ser que esté al frente de un derecho de propiedad.

197. Ahora que sabemos lo que puede, y lo que no puede hacer el legislador, nos será más fácil decidir en qué casos el juez puede hacer retro-obrar una ley. ¿Cuál es la misión del juez? Aplica la ley, es decir, hace lo que el legislador quiere que haga y debe siempre seguir su voluntad. Se supone que la ley no retro-obra expresamente. No habiendo manifestado su voluntad el legislador, ¿cómo podrá saber el juez lo que ha querido? Examinará desde luego si hay un derecho adquirido, que deba respetar el legislador mismo; siendo inútil decir que el juez no puede quitarlo aplicando la ley al pasado. ¿Pero si no hay derecho adquirido, podrá el juez aplicar la ley al pasado, sin retroactividad? Se responde por lo comun que puede, porque lo puede el legislador. Nos parece que la cuestión está mal propuesta: el juez no tiene que examinar lo que el legislador *puede*, sino lo que *quiere*, porque el legislador no quiere todo lo que puede, y la *voluntad* del legislador es la única y sola ley para el juez. La cuestión, pues, es ésta: ¿cuándo, en la omisión de la ley, puede el juez admitir que el legislador quiso regir el pasado?

Con anticipación respondimos á la pregunta. Si la nueva ley es de interés general, el juez debe aplicarla al pasado, porque debe creer que la intención del legislador es que prevalezca el interés general sobre el individual. En

verdad, el legislador no lo hace siempre, le toca disponer solamente para el porvenir cuando el interés general le permite regir el pasado: lo hace para no lastimar demasiado los intereses; pero esta es una excepción, y las excepciones no se presumen; es necesario, para que existan, que el legislador haya declarado formalmente su voluntad. El juez no puede suponer que el legislador haya sacrificado el interés general á los privados; y desde que la ley es de interés general, la aplicará al pasado, porque tal es la voluntad tácita del legislador.

Si la ley nueva no és de interés general, ¿el juez puede aplicarla al pasado, fundándose en que el legislador habría *podido* retro-obrar, puesto que, lo suponemos, no hay derechos adquiridos? No lo creemos. El juez, lo repetimos, no debe indagar lo que el legislador *puede*, sino lo que *quiere*. Luego, cuando no tiene por causa el interés general, debe el legislador limitarse á disponer para el porvenir; y el juez no puede creer que haya querido regir el pasado. Y si el legislador no quiso retro-obrar, el juez no lo puede ciertamente, porque se encuentra atado por el artículo 2 del código, que prohíbe aplicar la ley de una manera que se la haga retro-obrar.

Cuando la ley nueva es concerniente á los contratos, hay una razón particular para no aplicarla al pasado. Es raro que el interés general sea causa en las relaciones que son por esencia de interés privado; sucederá con frecuencia que el legislador quiera modificar las relaciones estipuladas. Si no lo ha hecho expresamente, el juez no debe admitir la voluntad tácita, sino cuando el interés general es evidente; y no admitirá fácilmente que haya un interés social que exija la retro-actividad. Efectivamente, en materia de contratos, el legislador no impone ninguna regla á las partes contratantes, no hace más que presumir sus intenciones, y les permite tenerlas contrarias á las que él les supone. Si las partes interesadas pueden derogar la ley

para lo futuro, ¿por qué el legislador no les permitiría derogarla en el pasado, en el sentido de que sostenga los contratos tales como las partes los han celebrado, aun cuando sus convenios estén en oposición con la ley nueva? Después de todo, el legislador bien puede presumir lo que *querrán* los contratantes bajo el imperio de la ley nueva; y no puede presumir lo que ellas *han querido* bajo el imperio de la ley antigua; por mejor decir, se juzga que las partes han querido lo que presumía la ley que les regía cuando contratan, y la ley nueva no puede hacerles decir lo contrario de lo que quisieron decir. ¿Se objetará que la ley antigua interpretó mal la intención de las partes contratantes? En materia de contratos esto importaría poco, porque si así fuera, las partes tendrían muy buen cuidado de derogar la ley; y si no lo hicieron, es una prueba cierta de que sus intenciones son las que el legislador les ha supuesto. Y desde que la voluntad de las partes contratantes es cierta, debe ser sostenida, puesto que es realmente su voluntad la que hace ley y no la del legislador.

Llegamos á nuestra conclusión. Se lee en muchas sentencias, y los autores repiten, que el juez puede, sin violar el artículo 2 del Código civil, aplicar una ley al pasado porque el legislador *pudo* retro-obrar sin lastimar un derecho adquirido. Sí, el legislador lo *puede*, pero el juez no lo puede sino cuando el legislador lo *quiso*. Y cuando el legislador no ha expresado su voluntad, el juez no puede aplicar la ley al pasado sino cuando existe un interés general que exige la retroacción: esto es verdad en materia patrimonial lo mismo que en materia de estado personal. Fuera de esto, el juez no puede aplicar la ley al pasado, aun cuando el legislador hubiera podido retro-obrar; porque el juez se encuentra atado por el principio de la no-retroactividad, y también lo está por el artículo 2 del Código; no puede separarse de él sino cuando el legislador

quiere retro-obrar, y el legislador no está obligado á quererlo, cuando no hay interés general que lo exija.

198. Los principios generales que acabamos de asentar presentan algunas dificultades que debemos examinar antes de pasar á las aplicaciones. ¿Un derecho condicional es un derecho adquirido? La afirmativa no permite duda alguna, cuando se trata de un derecho estipulado. Es cierto que el contrato celebrado bajo condición suspensiva no existe sino cuando ésta se cumple; pero eso no impide que de ahí resulte un derecho eventual, mientras que la condición está en suspenso: ese derecho está en el dominio del acreedor; puede venderlo, y lo trasmite á sus herederos; la ley le permite hacer todos los actos conservatorios (Código civil, artículos 1179 y 1180). No sucede enteramente lo mismo cuando el derecho condicional nace de un testamento. Se supone que el legatario sobrevive al testador, pero la condición no se cumple sino cuando se hace la apertura de la sucesión. ¿Este derecho condicional es un derecho adquirido? El legatario no lo trasmite á sus herederos; hé aquí la razón de la duda. Es necesario sin embargo decidir que el derecho está adquirido, porque es irrevocable, aunque eventual; y por lo mismo está en el dominio del legatario. Un derecho estipulado puede también ser inherente á la persona del acreedor (Código civil, artículo 1122); y no deja de estar en su dominio.

El legislador no ha respetado siempre este principio. Por odio á las sustituciones, la ley de 14 de Noviembre de 1792 anuló las condiciones todavía pendientes bajo las cuales los sustituidos, ya nacidos, eran llamados por los testamentos cuyos autores habían ya muerto. Después del golpe de Estado de 18 brumario, se pidió la abrogación de esta disposición. Se respondió á los peticionarios, dice Merlin, que la razón civil debía ceder á la razón política: que el interés general del Estado, que debe predominar

siempre en el ánimo del legislador, debía hacer que callaran todos los intereses particulares (1). Sofismas malos que han conducido á la Francia de golpe de Estado en golpe de Estado, á la ruina de toda libertad, bajo el pretexto de la salud pública y que anonadarían los derechos civiles lo mismo que los políticos. Si, el interés general debe prevalecer sobre el *interés* privado; pero no sobre los *derechos* de los ciudadanos. Ahora bien, un derecho condicional está en el dominio de aquel á quien pertenece; es pues una propiedad, y los ciudadanos no pueden ser expropiados por el legislador. Bajo el imperio de nuestra Constitución la disposición retroactiva de la ley de 1792 sería imposible, porque sería inconstitucional.

199. Merlin agrega que los derechos *facultativos* no son derechos *adquiridos*. Entiende por eso las facultades concedidas por la ley; y ellas no se convierten en derechos sino cuando han sido ejercitadas y cuando por el ejercicio que de ellas se ha hecho, la cosa que es su objeto se ha convertido en propiedad nuestra (2). Esto es evidente cuando las facultades son un don del legislador; pero cuando proceden de un contrato, entónces toman el carácter de derechos estipulados; poco importa que las partes las hayan estipulado ó que la ley las haya establecido, porque en los contratos se subentiende lo que se ha dicho por el legislador; y la facultad legal se convierte en convencional. Ya sea que se ejercite ó no bajo el imperio de la ley antigua, una ley nueva no puede despojar de ella á las partes contratantes. El contrato debe surtir todos los efectos que las partes han tenido á la vista, ya sea que fueran eventuales, ya que fueran facultativas. En vano se diría que no hay derecho adquirido antes del ejercicio de la facultad; porque en materia de convenciones, el legislador y el juez

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 2. núm. 4.

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 1, núm. 3.

deben respetar, no solamente los derechos adquiridos sino todo lo que los contratantes quisieron.

200. Por aplicación de este principio la Corte de casación decidió que la caución que es de obligación bajo el derecho antiguo y que se paga bajo el Código civil, no está subrogada por pleno derecho en las hipotecas del acreedor. Siendo el contrato anterior al código, dijo la corte, la causa no puede fallarse por el art. 2029 que establece la subrogación legal en beneficio de la caución: y debe serlo por el derecho antiguo, que no concedía la subrogación de pleno derecho á la caución. Merlin critica esta sentencia y con este motivo entra en consideraciones muy sutiles, que vamos á referir aquí para demostrar cómo este gran jurisconsulto se ha dejado extraviar por una verdad escolástica. La corte de casación, dice, no ha considerado que la legislación antigua daba á la caución el derecho de estrechar al acreedor que la perseguía á cederle sus acciones recibiendo su pago. De allí infiere con Proudhon, que la ley nueva puede conceder lo que la caución estaba ya con derecho de obtener, puesto que podía obligar al acreedor á ceder sus acciones; y es necesario decir que desde la publicación del código, esta cesión es inútil, teniendo lugar la subrogación legal. Merlin encuentra muy juiciosa esta observación, y quiere que se aplique á todos los casos semejantes; y de esa manera llega á esta regla que modifica la irrevocabilidad de los contratos: esto es, que no hay retro-actividad en la aplicación que se hace de una ley nueva á un contrato anterior, cuando la ley bajo la cual se verificó ese contrato, ofrecía á la parte que se prevaleció de la ley nueva un medio de procurarse por sí misma lo que ésta concede.

Creemos que la Corte de casación juzgó muy bien. El legislador sin duda habría podido declarar que las cauciones gozarían de la subrogación legal, aun cuando se hubieran contraído bajo la ley antigua, porque no hay en

juego ningún derecho adquirido. Pero al hacerlo, habría derogado el principio de la no-retroactividad fijado por el artículo 2; y este principio aplicado á los contratos significa que la ley nueva no debe conceder á las partes un derecho que no tenían en virtud de su contrato, y que no puede quitarles un derecho que allí se encuentra estipulado á menos que lo exija el interés general; ahora bien, en el caso, no se trata más que de intereses individuales, y entónces es sola la voluntad de las partes la que debe decidir, es decir, que es necesario aplicar la ley del tiempo en que las partes contrataron. El legislador retrotraería sin razón, si diera á una parte un derecho que ella no tiene por su contrato. ¿Por qué, pues, admitir que quiso retroobrar? Porque para el juez se trata de saber lo que el legislador *quiso* y no lo que *pudo*, y cuando la ley calla, el juez no debe admitir que el legislador haya querido alterar, sin razón, la ley de los contratos. Los autores se han adherido á la opinión de Merlin, aunque con alguna vacilación, como lo confiesa Dallóz (1).

§ 2. Aplicación.

NUM. I. FORMAS INSTRUMENTALES.

201. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en decidir que las formas instrumentales de los actos se rigen por la ley del día en que se verificaron. Esto nunca ha sido dudoso en los contratos. En el momento en que las partes contratan, es cuando deben saber en qué formas deben redactarse los escritos destinados á comprobar sus convenios. Cuando han llenado las formalidades que la ley prescribe, todo está consumado; han obrado conforme á la ley, y esta debe sostener y sancionar lo que han

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III. § 3, art. III, núm. 10. Véanse la sentencia y autores citados, en Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 270.

hecho. No habría ya seguridad en las relaciones civiles, como dice muy bien Meyer, si el legislador pudiera prescribir formalidades nuevas que las partes no podían conocer cuando celebraron sus convenios (1).

202. La aplicación de esos principios á las formas de los testamentos, ha tenido alguna dificultad en los primeros tiempos que siguieron á la publicación del código. Muchas cortes decidieron que la ley nueva regía los testamentos anteriores, aun en cuanto á la forma. Hay algo de especioso en esta opinión. El testador debe manifestar su voluntad en las formas prescritas por la ley, puesto que el testamento es un acto solemne; pues bien, ¿en qué época produce sus efectos la voluntad del testador? Después de su muerte; no es sino en esta época cuando ella existe realmente: debe, pues, ser expresada en las formas que quiere la ley, bajo el imperio de la cual ha muerto el testador. El testador sabía, y debía saber, que el código ha prescrito nuevas formas; si y desde luego no rehace su testamento, es porque su voluntad ha cambiado; el testamento no debe valer. Estas son las consideraciones que arrastraron á las cortes de Nimes y de Lieje. Desde entónces la jurisprudencia se ha fijado en un sentido contrario, y casi todos los autores se han adherido á esta opinión, según creemos con razón. Indudablemente la voluntad del testador no se hace irrevocable sino hasta su muerte; pero no es exacto decir que él manifiesta su voluntad solamente hasta esta época. La ley quiere que los testamentos estén fechados para que se sepa en qué momento expresó su voluntad el testador, pues la voluntad está manifestada en el día en que está escrito el testamento. Desde luego es necesario aplicar á los testamentos lo que acabamos de decir de los contratos. Las razones de decisión son idénticas, aunque los contratos sean irrevocables y los testa-

1 Meyer, *Principios sobre las cuestiones transitorias*, p. 11 y siguientes.

mentos revocables; y es que la revocabilidad nada tiene de común con las formas del acto (1).

203. Merlin pregunta, si el legislador podría someter los testamentos hechos bajo la ley antigua, á las formas prescritas por la ley nueva. Creé que lo podría hacer, sin violar el principio de la no re-troactividad. Desde luego á nadie quita un derecho adquirido, pues es dueño de declarar que ya no se podrá testar para lo futuro, y con más fuerte razón tiene el derecho de declarar que no reconocerá más testamentos que los que se encuentren revestidos de las nuevas formas que ha prescrito (2). Nosotros creemos que obrando así el legislador derogaría sin razón el principio de la no-retroactividad. Indudablemente, no quita derechos adquiridos; y podría, aun sin violar el derecho de propiedad, regir el pasado. ¿Pero tiene una razón para hacerlo? Esta es la verdadera cuestión.

¿Cuál es el objeto de las formas instrumentales? Es asegurar la libre expresión de la voluntad de aquel que es parte en el acto. Cuando un acto se ha hecho conforme á la ley que la parte interesada debe observar, este acto se presume que expresa la verdadera voluntad del que lo ha hecho. Este es el sentido del adagio según el cual el acto es válido, cuando se ha efectuado conforme á la ley del lugar donde se verifica. Por la misma razón debe también seguirse la ley del tiempo en que se efectúa. ¿Por qué, pues, una ley nueva vendría á declarar que un acto practicado bajo la ley antigua no es la expresión de la voluntad de aquel que allí figura? ¿No sería eso deshacer lo que el legislador mismo ha hecho? ¿El testador que viera anulado su testamento, no podría decir con derecho que al testar en la forma antigua ha obedecido la ley, y que ésta, por su parte, debe sostener lo que él ha hecho? Si el legislador decía con

1 Chavot, *Cuestiones transitorias*, en la palabra *Testamento*, § 1, tomo III, pág. 289 y siguientes. Las sentencias y los autores están citados en Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 314.

2 Merlin, *Refertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 5, núm. 1.

Merlin, que puede abolir la facultad de testar y que con mayor razón puede imponer nuevas formas aun para el pasado, el testador le respondería que esto es razonar mal, que el que puede lo más, no siempre puede lo menos, porque hay muchas veces motivos para permitirle lo más y para prohibirle lo menos. El legislador puede abolir la facultad de testar, porque puede arreglar el ejercicio del derecho de propiedad como quiera, con tal que no quite á los ciudadanos un derecho que tienen en su dominio. El no puede, sin retro-obrar, imponer nuevas formas para la validez de los testamentos ya hechos, porque sería derogar sin razón el principio de la no-retroactividad, al anular los actos practicados conforme á la ley (1).

Hacemos notar además, que en la opinión de Merlin, el juez no podría aplicar la ley nueva á los testamentos anteriores, aunque el legislador hubiera podido hacerlo sin lastimar un derecho adquirido. En consecuencia, por confesión del gran jurisconsulto, el juez no puede aplicar la ley al pasado, aunque el legislador hubiera podido retro-obrar y aun cuando no quitara algún derecho adquirido. Esta es una confirmación de nuestra doctrina que tenemos la dicha de comprobar.

NUM. 2. CONDICIONES DE VALIDEZ DE LOS CONTRATOS.

204. Si esas condiciones cambian, es la ley antigua la que el juez debe aplicar; sobre este punto no podría haber duda. Efectivamente, en los momentos en que las partes contratan, es cuando ellas deben saber qué condiciones tienen que llenar, para que sus convenios sean válidos. Todo lo que hemos dicho de las formas instrumentarias, tiene su aplicación en las condiciones intrínsecas requeridas para la validez de los contratos. Aun el interés general,

1 Esta es la opinión de M. Duvergier, en su disertación sobre la no-retroactividad de las leyes.

creemos que no justificaría una derogación del principio de la no re-troactividad; porque desde que el contrato es perfecto, el derecho que produce entra en nuestro dominio, y ni el legislador ni el juez pueden despojarnos de él. En este sentido se ha fallado que la renuncia de una sucesión está regida por la ley del día en que se celebró el contrato (1). El código prohíbe los pactos sucesorios, mientras que el derecho antiguo los permitía bajo ciertas condiciones. Son válidos si esas condiciones se han observado, y permanecen válidos bajo el imperio del código, aunque la prohibición esté fundada en la moralidad pública. Hay, pues, un interés social de alta gravedad, pero el interés general se detiene ante los derechos adquiridos, porque el más grande interés de la sociedad es que sean respetados los derechos convencionales.

205. La jurisprudencia ha aplicado estos principios á los convenios matrimoniales (2). En el derecho antiguo existían costumbres que permitían á los esposos hacer su contrato después de la celebración del matrimonio: el código quiere por el contrario, que se extiendan los convenios matrimoniales ántes de que se celebre el matrimonio (artículo 1394). La corte de Bruselas decidió que los esposos casados ántes de la publicación del código pudieran válidamente hacer un contrato de matrimonio bajo el imperio de la ley nueva (3). No se puede decir en este caso que hay un derecho adquirido, puesto que los esposos no han celebrado todavía contrato. El legislador habría podido prescribirles que celebraran uno dentro de un pla-

1. Sentencia de la corte de Montpellier de 6 de Abril de 1835 (Dallóz, *Reportorio* en la palabra *sucesión*, núm. 608).

2. La validez de una constitución de dote hecha bajo el imperio del Código civil por un individuo que estaba en interdicción por causa de prodigalidad ántes del código, debe ser apreciada por la ley del tiempo en que se formó el contrato (Sentencia de la corte de Montpellier de 19 de Julio de 1840, en Dallóz, 1843, 2. 117).

3. Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de Bruselas de 30 de Marzo de 1820. (Merlin, *Reportorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 1, núm. 2).

zo determinado y declarar que á falta de convenio quedarían sujetos al régimen de la comunidad legal. Pero lo que el legislador habría podido hacer, no lo puede el juez, porque no está en su facultad prescribir las medidas que sirvan de transición entre la ley antigua y la nueva. Está al frente de un derecho que los esposos han adquirido conforme á las costumbres bajo las cuales se casaron; y en virtud de ese derecho, pueden celebrar, después de su matrimonio, las convenciones que quieran, y las pueden celebrar cuando quieran, debiendo el juez respetar su derecho y no pudiendo limitarlo, cuando el legislador no ha creído conveniente hacerlo: haría la ley, y su misión se limita á sólo aplicarla.

206. Por la misma razón, los esposos casados bajo el imperio de una costumbre que permitía modificar los convenios matrimoniales después de la celebración del matrimonio, han conservado ese derecho bajo el imperio del código, aunque el artículo 1395 prohíbe todo cambio después del matrimonio. Así se ha decidido por la Corte Suprema de Justicia de Bruselas (1). Todavía es necesario distinguir aquí entre el legislador y el juez. La ley habría podido sin ofender un derecho adquirido, disponer que los esposos casados antes del código, pudieran modificar sus convenios matrimoniales en un plazo determinado, pero que pasado este plazo, esos convenios fueran inmutables. Existe un interés general que exige la inmutabilidad de los contratos de matrimonio, este es el interés de terceros; y el legislador habría podido invocarlo para limitar el derecho de los esposos, respetándolo en todo lo demás; pero el juez no lo puede. Los esposos han celebrado convenios revocables; y deben conservar ese carácter; y el juez no podría alterarles sin retro-acción, porque alteraría un derecho convencional. Es cierto que los esposos

1. Sentencias de 17 de Febrero y 11 de Mayo de 1818 (Merlin, *Reportorio*, en las palabras *Efecto retroactivo* sec. III, § 3 art. 1. núm. 2), de 21 de Marzo de 1828. (*Jurisprudencia del siglo XIX*, 1828, 3ª parte, p. 125).

no han declarado revocables sus convenios; pero no tenían necesidad de hacerlo, pues por ellos lo hacía la costumbre. Menos aun podría el juez prescribir á las partes un plazo dentro del cual debieran modificar sus convenios; pues no hay más que el Poder Legislativo que pueda tomar estas medidas. En el silencio de la ley nueva, las convenciones revocables permanecen tales: son los convenios temporales los que el juez no puede hacer definitivos é inmutables.

NÚM. 3. EFECTOS DE LOS CONTRATOS.

207. Los efectos que producen los contratos son inseparables de los convenios y forman la esencia de ellos, puesto que es por razón de estos efectos por lo que las partes contratan. Es inútil decir que todos los efectos de los contratos son regidos por la ley que estaba vigente en el momento en que se verificaron. Pero ¿qué es necesario entender por *efectos*? Lo que es verdad de los *efectos*, ¿lo es tambien de las consecuencias del contrato? Blondeau ha establecido esta distinción en una disertación muy sutil pero demasiado escolástica (1): ella se encuentra ya en gérmen en Meyer (2), y Merlin le dió la autoridad de su nombre (3). No sin razón la critican Duvergier (4) y Demolombe (5). El menor reproche que puede hacersele, es el de ser inútil para la decisión de las cuestiones á que se aplica, y hasta se convierte en un peligro. Se dice que los *efectos* están regidos por la ley antigua y las *consecuencias* por la nueva. La razón de esto es que los *efectos* se derivan necesariamente del contrato, mientras que las *consecuencias* se originan con ocasión del contrato; los *efectos*

1 Blondeau en la *Thémis Belgica*, tomo VII, p. 360.

2 Meyer, *Principios sobre las cuestiones transitorias*, p. 18.

3 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 4.

4 Duvergier, *Disertaciones sobre el efecto retroactivo de las leyes*.

5 Demolombe, *Curso del Código de Napoleón*, tomo I, núm. 57.

han debido entrar en la consideración de las partes, mientras que no pensaron en las *consecuencias* que no podrían prever. La distinción es racional, pero vamos á ver cuán peligrosa es, aun en manos de un jurisconsulto como Merlin. Esto procede de que en la aplicación es muy difícil distinguir los *efectos* de las *consecuencias*; de allí procede que uno vea una *consecuencia*, allí donde otro encuentra un *efecto*, y por tanto, el uno aplica la ley nueva, mientras que el otro cree necesario aplicar la antigua. Creemos que vale más dejar las distinciones ociosas y atenerse al principio que rige los contratos y que basta para resolver las dificultades.

208. La ley de 6 de Octubre de 1791 no admite la tácita reconducción de los fondos rurales. Un arrendamiento hecho bajo el imperio de esta ley, expira bajo el del Código de Napoleón, que permite la reconducción tácita; el arrendador continúa disfrutándolo. ¿Es necesario aplicar el código ó la ley antigua? La corte de Rouen ha fallado muy bien que la cuestión debe decidirse por la ley nueva (1). ¿Pero hay necesidad, para decidirla, de recurrir á la distinción de los *efectos* y de las *consecuencias*? El motivo de decisión es de lo más evidente: esto es, el principio que rige los contratos, y que dice que es necesario aplicar la ley del día en que se celebró el contrato. Ahora bién, la tácita reconducción es un nuevo contrato. Desde luego es inútil examinar si el nuevo arrendamiento es una *consecuencia*, ó un efecto del primero.

209. La división de una sociedad ó de una comunidad formada bajo la ley antigua se celebra bajo el Código civil. ¿Es la ley nueva la que arreglará la obligación de garantía? Blondeau y Merlin, que admitiendo enteramente la distinción de los *efectos* y de las *consecuencias*, están en desacuerdo sobre casi todas las aplicaciones, convienen en

1 Sentencia de 17 de Mayo de 1812 (Dallóz. *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 285.

decir que la división es una *consecuencia* y que por tanto no debe ser arreglada por la ley del día en que la comunidad se formó. Merlin acepta que debe suponerse que los que forman una sociedad, previeron que debía hacerse la división un día; pero dice, es imposible admitir, que con anticipación hayan calcado en la ley del momento en que contrataban, las obligaciones que deberían imponerse al tiempo de su división. ¡Qué sutilezas! ¿La disolución de los contratos no pertenece á los contratos? ¿Los derechos y las obligaciones que nacen de la disolución, no son por eso mismo derechos y obligaciones que se derivan del contrato? ¿Desde luego no es la ley del contrato la que les debe regir? Las partes no pensaron en ello, dice Merlin. ¡Ah! ¿y qué importa que ellas hayan pensado en ello ó no? El legislador lo pensó por ellas. Al contratar, las partes saben que les rige la ley existente en ese momento, sin que tengan necesidad de fijar su pensamiento en todo lo que la ley ha previsto por ellas; y al asociarse, saben que la ley arreglará la división de su sociedad, lo mismo que los derechos y las obligaciones de los asociados. Que si se quiere prevalerse de su pensamiento, no se dirá ciertamente, que este ha comprendido la eventualidad de una ley nueva, y que además, y sin saber aún si habría una ley nueva, quisieron someter á esta ley la división de su sociedad. Nuestra conclusión es que deben hacerse distinciones, cuando son necesarias; pero que nos guardemos de abusar de ellas, so pena de que la ciencia del derecho se asemeje á la escolástica de la edad media.

210. Antes de abordar las dificultades que presenta la aplicación del principio de la no retro-actividad á los contratos, es necesario también fijar un principio sobre el que es unánime la doctrina. Cuando se dice que los contratos están regidos en todo por la ley antigua, se entiende por contratos no solamente las estipulaciones expresas que ha-

cen las partes contratantes, sino también todas las disposiciones que la ley ha formulado, fundándose en la intención probable de los que contratan, á no ser que ellos las hayan derogado por sus convenios. Efectivamente, para dispensar á los contratantes de entrar en esos detalles y de prever todo lo que el legislador ha tenido cuidado de formular por sí mismo, en cuanto á los principios que rigen los diversos contratos; permite á las partes interesadas derogar lo que ha establecido, pero si ellas no lo derogan, se apropian por este mismo hecho las disposiciones de la ley. El código asienta este principio para los convenios matrimoniales (artículo 1387) y se aplica á todos los contratos. De allí el adagio de que las cláusulas tácitas producen el mismo efecto que las expresas (1).

Vamos á aplicar estos principios á las cuestiones que se han presentado en la práctica.

(A) CONTRATO DE MATRIMONIO.

211. Que los convenios matrimoniales estén regidos en todo por la ley del día en que el contrato se celebró, no puede ser dudoso. Pero importa fijar el momento preciso en que el contrato se ha perfeccionado. Si la legislación cambia en el intervalo que separa el acto notariado de la celebración del matrimonio, ¿es la ley nueva ó la ley antigua la que es necesario aplicar? Se ha decidido que es la ley que existía en el día del acto (2). En verdad, el contrato no produce inmediatamente sus efectos, y no los produce sino desde la celebración del matrimonio; hasta allí puede ser modificado por los futuros esposos en las formas y bajo las condiciones prescritas por la ley. Pero en la especie se trata de saber cuál es la inten-

1 Véanse los autores citados en Dallóz, *Referitorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 253.

2 Sentencia de la corte de Bastia, de 4 de Mayo de 1836 (Dallóz, *Referitorio*, en las palabras *Contrato de matrimonio*, núm. 503).

ción de las partes contratantes: es, pues, necesario trasportarse al momento en que ellas han manifestado su voluntad, ya sea por las cláusulas expresas del contrato, ya sea refiriéndose á la ley. ¿Qué ley? Evidentemente la que existe cuando el notario redacta el acto; y es absurdo suponer que los futuros esposos hayan tenido á la vista una ley que no existía y que ellos ignoraban.

212. Nuestras antiguas costumbres concedían al esposo superviviente un derecho de supervivencia, que ya no existe bajo el dominio del Código de Napoleón. Si los esposos se casaron ántes de la publicación del código, sin arreglar sus derechos de supervivencia en el contrato de matrimonio, ¿el superviviente tendrá las ventajas y provechos de supervivencia, aunque la ley nueva no los reconozca ya, si no es cuando han sido expresamente estipulados? La jurisprudencia decide la cuestión, y con razón, en favor del esposo (1). Efectivamente, la ventaja de supervivencia es un derecho convencional; es cierto que, si los futuros esposos la habían estipulado en su contrato de matrimonio, la ley no podría quitárselos; pues bien, si se casan bajo una costumbre que les concede este derecho, no tienen necesidad de estipularlo, porque la costumbre lo estipula por ellos. Existe, pues, una convención tácita que el legislador debe sostener. Esto es lo que formalmente decidieron los decretos de 4 de Julio y 30 de Septiembre de 1811 (artículos 158 y 38) sobre la introducción del Código civil en los departamentos asiáticos y las provincias Illirianas.

¿Es necesario aplicar el mismo principio al derecho de viudedad que ciertas costumbres concedían á los hijos? La cuestión es dudosa. Puede decirse (2) que este derecho está fundado únicamente en la ley, que es por lo

1 Véanse las sentencias en Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 256, y en las palabras *Contrato de matrimonio*, núms. 516 y siguientes. Compárese la sentencia de la corte de casación de 14 de Julio de 1863 (Dallóz, 1863, t. 411).

2 Esta es la opinión de Dallóz en la palabra *Leyes*, núm. 256.

mismo una eventualidad revocable por ella; y que por tanto ya no existe desde la ley de 17 nivoso, año II. Nosotros preferimos la opinión contraria. ¿Los futuros esposos no habrían podido estipular este derecho de viudedad? En presencia de una costumbre que la concedía ¿no es de juzgarse que la habrían estipulado? ¿Su previsión y solicitud no debieron fijarse en los hijos que podrían nacer de su unión, lo mismo que en ellos mismos? Si hay algún motivo para decidir, la decisión debe ser idéntica.

213. La cualidad mueble ó inmueble de los bienes tiene una grande influencia en los convenios matrimoniales. Ahora bien, la legislación ha variado en este punto: tales bienes, las rentas, en otro tiempo inmuebles, son hoy muebles; mientras que las casas, reputadas muebles bajo ciertas costumbres, han recobrado su naturaleza mueble. Si la comunidad se disolvió bajo el imperio del Código de Napoleón, ¿debe aplicarse la ley antigua ó la nueva? Ciertamente es la ley antigua la que debe aplicarse respecto de los bienes que los futuros esposos poseían al casarse. La Corte de Bruselas había decidido primero lo contrario; pero varió de una opinión que era evidentemente errónea (1). Los que se casan bajo una costumbre que reputa inmuebles las rentas, y que concede los bienes muebles al cónyuge que sobrevive, entienden ciertamente que las rentas que poseen, permanecen siendo propias de ellos; aplicarlas al que sobrevive, sería despojar á los herederos del que falleció, de un derecho que estaba en el dominio de su autor. Es necesario decidir de la misma manera respecto de los bienes adquiridos después del matrimonio, pero ántes de la publicación del código, porque hay la misma razón de decisión. La jurisprudencia y la doctrina están de acuerdo en este punto.

1 Véanse las sentencias en Dallóz, en las palabras *Contrato de matrimonio*, núm. 512. Sentencia de casación de Bruselas, de 25 de Junio de 1830 (*Jurisprudencia del Siglo XIX*, 1830 3ª parte, p. 202).

No sucede lo mismo con una última hipótesis: los bienes están adquiridos bajo el dominio del código, que enumera las casas entre los bienes inmuebles, mientras que la costumbre los reputaba muebles, y el contrato de matrimonio dice que la viuda tendrá la totalidad de los bienes muebles, y la mitad solamente de los inmuebles de la sociedad: ¿se la concederán las casas compradas después de la publicación del código? Merlin responde que esto no se concibe. ¿Invocará la mujer la costumbre á título de ley? La ley está abrogada por el código. ¿La invocará como convención tácita? No se trata de la intención que los futuros esposos hayan tenido al casarse, se trata de la intención que tuvo el marido al comprar una casa; pues bien, comprándola bajo el código que la declara inmueble, quiere comprar un inmueble; y es su voluntad la que hace ley. Durantou abunda en esta opinión (1). Sin embargo, la corte de casación decidió en sentido contrario, y creemos que sentenció bien (2). No, no es la voluntad del adquirente la que constituye la ley, porque ha manifestado en su contrato de matrimonio una voluntad contraria, de la cual no le es permitido retroceder. Sabía, al comprar una casa, que sus convenios matrimoniales la declaraban mueble; y no depende de él el hacerla inmueble. Desde entonces el Código civil no puede ejercer ninguna influencia sobre la decisión de la cuestión; esta quedó decidida con anterioridad por el contrato de matrimonio.

214. Los derechos de los esposos sobre sus bienes están arreglados por sus convenios matrimoniales, expresos ó tácitos; es decir, que la ley nueva nada puede cambiar. Según ciertas costumbres, los bienes gananciales no podían ser enajenados sino con el consentimiento de los

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 3, núm. 1; Durantou, *Curso de Derecho francés*, tomo XIV, núm. 124.

2 Sentencia de 27 de Enero de 1840 (Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Contrato de matrimonio*, núm. 514). Esta es también la opinión de Duvergier en su disertación sobre el Efecto retroactivo de las leyes.

dos esposos; y el artículo 1421 del código permite al marido enajenarlos sin el concurso de la mujer. ¿Es la ley nueva ó la costumbre antigua la que decidirá de la suerte de las enajenaciones que el marido haga bajo el dominio del código? La corte de Bruselas sentenció que lo es la ley vigente en la época en que el matrimonio fué contraído. Hay aquí un motivo de duda, y es que el código da al marido el derecho de enajenar sólo los bienes gananciales, porque él es el jefe de la asociación conyugal; si el derecho de enajenar se deriva de la potestad marital, ¿no es necesario inferir que se trata de una cuestión de estado, de capacidad y de incapacidad? ¿Desde entónces no es necesario por esto aplicar la ley nueva? Nosotros no responderemos con Merlin que el artículo 1388 prohíbe únicamente á los futuros esposos derogar los derechos que resultan de la potestad marital sobre la *persona de la mujer*; porque este mismo artículo prohíbe también la derogación de los derechos del marido como *jefe*. Todavía creemos que la corte de Bruselas ha fallado bien, y existe una sentencia semejante de la corte de Lieja (1). Es esta una cuestión de régimen, y no una cuestión de estado. Bajo nuestro antiguo derecho, la mujer estaba también bajo la potestad marital, lo que no impedía que exigiesen ciertas costumbres su concurso para la enajenación de los bienes gananciales; esto prueba que se trataba de los derechos de la mujer como asociada, lo que es una cuestión de régimen, y el régimen debe sostenerse tal como se contrató.

215. El Código civil declara no enajenables los bienes inmuebles de la dote de la mujer, cuando está casada bajo el régimen dotal; miéntras que en algunos países de derecho escrito, la mujer tenía el derecho de enajenarlos é hipotecarlos. ¿La mujer casada bajo el imperio del derecho antiguo, conserva la facultad de enajenar sus fondos

1 Dallóz. *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 265; Merlin. *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 3 y núm. 3.

dotales? Se ha fallado por la corte de casación, que las leyes ó usos antiguos formaban una cláusula tácita de las convenciones matrimoniales; y que la mujer tenía por una convención el derecho de enajenar, y que por consiguiente, este derecho no podía serle quitado por una ley nueva. La doctrina está de acuerdo con la jurisprudencia (1). Hay sin embargo motivos para dudar. ¿No puede decirse que el derecho de enajenar ó de no enajenar, es una cuestión de capacidad? No, esta es una cuestión de régimen. La enajenación ó no enajenación de los inmuebles de la mujer, depende de los convenios matrimoniales y no de su capacidad ó incapacidad. Desde luego hay un derecho convencional que la ley nueva debe respetar. El código permite á los esposos derogar el principio de la no enajenación del fondo dotal, lo que prueba que no es de orden público. Puesto que no concierne más que á los bienes de la mujer, las convenciones que ella otorgue son las que forman para ella la ley.

216. La cuestión inversa es más dudosa. Según la costumbre de Normandía, la mujer no podía enajenar sus propios; y el código le permite enajenarlos con el consentimiento del marido (artículo 1428). ¿Se pregunta, si las mujeres casadas bajo el dominio de esta costumbre podrán enajenar sus inmuebles? La corte de casación casó una sentencia de la corte de Rouen que había aplicado el derecho nuevo. Merlin aprueba esta decisión, y con razón, porque es una cuestión de régimen y no de estado.

¿Por qué la costumbre de Normandía prohibía á la mujer enajenar sus propios? Como dice Merlin, y como repite la corte de casación, la costumbre quería asegurar á la mujer casada contra su debilidad; bajo el Código de Napoleón sucede todos los días que la mujer que tiene bienes en común, vende sus propios con el consentimiento del ma-

1 Véanse las sentencias y autores citados en Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 220.

rido, cediendo á sus ruegos ó á sus amenazas; la costumbre normanda concedía á la mujer el derecho de anular las enajenaciones en que hubiera consentido, ya por un afecto ciego, ya por un temor reverencial. Se trata, pues, de la conservación de los bienes de la mujer y no de su incapacidad. Desde luego la cuestión está decidida: los convenios matrimoniales deben sostenerse.

A primera vista, podría creerse que esta decisión contradictoria es la jurisprudencia y con la doctrina, que admiten que la mujer, incapaz de caucionar en el derecho antiguo, se ha hecho capaz bajo el Código civil, y que la mujer capaz para enajenar sus propios, se ha convertido en incapaz. La contradicción no es más que aparente. En efecto, la prohibición de caucionar era una verdadera incapacidad que hería á todas las mujeres: prueba de que esta no era una cuestión de régimen. Que si la mujer, capaz de enajenar, tiene necesidad bajo el Código civil de la autorización marital, es porque esta autorización es una consecuencia directa de la incapacidad de la mujer; el marido no interviene sino para conservar los bienes de la mujer, é interviene por motivos de orden público: luego ésta es una cuestión de capacidad y no de régimen.

Existe además otra causa de duda. La inalienabilidad de los bienes propios de la mujer los pone fuera del comercio. Eso es contrario al interés general; ¿y el interés de la sociedad no debe ser colocado sobre el de la mujer? Es cierto que el legislador habría podido prohibir toda cláusula de no enajenación y por consiguiente, declarar enajenables los bienes que los convenios declaraban no enajenables: no habría quitado á la mujer ningún derecho adquirido y solamente habría modificado los derechos convencionales, lo que en rigor tiene la facultad de hacer, cuando no despoja á los ciudadanos de un bien que está en su dominio; pero no lo ha hecho, y por el contrario permite á la mujer estipular la administración dotal y por consiguiente la

no enajenación de sus fondos dotales. Eso decide la cuestión. Si los esposos pueden, bajo el código, estipular que los inmuebles de la mujer no serán enajenables, los convenios análogos, expresos ó tácitos, que celebraron bajo el antiguo derecho, deben también ser sostenidos. Si el legislador subordina el interés general al de la mujer para el porvenir, ¿por qué no lo permitiría para el pasado?

(B) TRASMISIÓN DE LOS DERECHOS REALES.

217. Los derechos reales se transmitían por tradición en el derecho antiguo; hoy la transmisión se efectúa entre las partes por sólo el concurso del consentimiento. Desde que se ha transmitido el derecho, se ha *adquirido* en el sentido estricto de la palabra, es decir, que desde este momento se encuentra en el dominio de aquel que lo ha estipulado; y la ley misma no podría quitárselo, porque esto sería despojarle de un bien que forma su propiedad, y sería expropiarlo, lo que no puede hacerse conforme á las prevenciones de nuestra Constitución, sino por causa de utilidad pública, y mediante una justa y previa indemnización (artículo 11).

218. ¿El derecho también está adquirido respecto de terceros? Según el Código civil, la transmisión de los derechos reales inmuebles se hace respecto de los terceros como entre las partes, por el sólo concurso del consentimiento (artículo 1138). Se exceptúan las donaciones inmuebles que deben ser transcritas para que tengan efecto respecto de terceros (artículo 939), y para las hipotecas convencionales y judiciales, las cuales deben ser inscritas para que el acreedor pueda oponerlas á los terceros (artículo 2134); en cuanto á las hipotecas legales, la ley ha prescrito también la publicidad, pero da efecto á las hipotecas de los menores y de las mujeres casadas, aun cuando la inscripción no haya tenido lugar (artículo 2135). La ley hipotecaria belga ha generalizado el principio de la publicidad:

las hipotecas legales están sometidas á la inscripción lo mismo que las hipotecas convencionales (artículo 81); y las hipotecas judiciales están abolidas. En cuanto á los demás derechos reales inmuebles, la ley de 16 de Diciembre de 1851 exige que las actas que comprueben la trasmisión de esos derechos sean transcritas para producir efecto respecto de terceros (artículo 1^o).

La ley nueva, estableciendo una publicidad mayor que el Código civil, origina la cuestión de si los derechos reales adquiridos bajo el dominio del código, y que el código dispensaba de la publicidad, estarán sometidos á ella en virtud de la ley de 16 de Diciembre de 1851. Para evitar toda duda, el legislador mismo ha cortado la dificultad con disposiciones expresas en lo que concierne á las hipotecas, é implícitamente en lo que concierne á los demás derechos reales inmuebles. El artículo 1^o de las disposiciones transitorias exige que las hipotecas, lo mismo que los privilegios que existían sin inscripción ántes de publicarse la ley nueva, sean inscritos; y los artículos 9 y 10 someten á la especialización las hipotecas y los privilegios ya inscritos.

¿Estas disposiciones transitorias no violan el principio de la no-retroactividad? El legislador puede regir el pasado cuando no quita un derecho *adquirido*, en el sentido estricto de la palabra. Habría quitado un derecho adquirido, si hubiera abolido las hipotecas judiciales, procedentes de sentencias anteriores á la ley nueva; habría tambien retroobrado si hubiera abolido las hipotecas legales no inscritas. En opinión nuestra, una retroactividad semejante habría violado el art. 11 de la Constitución. Pero el legislador respetó los derechos adquiridos bajo el imperio del Código civil: sostiene las hipotecas judiciales, y únicamente obliga á los acreedores á especializarlas; sostiene las hipotecas y los privilegios que existían antes de la ley nueva, sin inscripción; pero obliga á los acreedores á inscribirlos.

Luego, el legislador puede siempre arreglar el ejercicio del derecho de propiedad, y someterlo á nuevas formalidades. La doctrina lo reconoce (1) y esto no puede ser objeto de una duda séria.

Es verdad que aplicando el nuevo sistema de publicidad aun al pasado, el legislador lastima los intereses de los acreedores. En vano se dice que de ellos depende llenar la formalidad de la inscripción y que si no lo hacen, deben quejarse á su negligencia, si sufren algun perjuicio; ellos pueden responder que bajo el imperio del código su derecho estaba al abrigo de toda negligencia; la ley altera, pues, su derecho, lo disminuye y lo compromete. Hay también acreedores cuyo derecho puede perecer, sin que pueda reprochárseles ninguna negligencia, y estos son los incapaces. Todos, pues, sufren un perjuicio más ó menos grande á consecuencia de las disposiciones retroactivas de la ley nueva. Sin embargo, no tienen el derecho de quejarse, porque no tienen más que su interés que oponer al legislador, y el interés general se sobrepone al privado. La ley belga hizo lo que había hecho la ley francesa de 11 brumario del año VII: la publicidad que estableció habría sido incompleta, y no habría producido las ventajas que de ella esperaba el legislador, si las hipotecas legales adquiridas bajo el código hubieran conservado su efecto sin inscripción. Lo que decimos de la inscripción de las hipotecas legales, se aplica á la especialización de las hipotecas judiciales (2)

La doctrina consagrada por la ley de 16 de Diciembre de 1851, no está en oposición con los principios universalmente admitidos sobre las formas instrumentales. Nosotros enseñamos, con todos los autores y con la jurisprudencia, que la ley no podría, sin retro-obrar, establecer

1 Merliu. *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, núm. 11.

2 Informe de la comisión de la Cámara, sobre el proyecto de ley hipotecaria (*Colección de documentos sobre la ley hipotecaria*, publicada por Parent, pág 169).

formas nuevas para la validez de los actos verificados bajo la ley antigua. ¿No debe admitirse la misma decisión para la inscripción y la especialización? No, porque no hay la misma razón para decidir. Las formalidades prescritas para la publicidad de las hipotecas, no son formas instrumentales; no tienen por objeto asegurar la libre expresión de la voluntad de las partes, sino solo el de garantizar el interés de terceros. Cuando se trata de formas instrumentales no es la causa el interés general; mientras que sí es éste el que ordena la publicidad más completa de las hipotecas. Las partes que han observado las formas establecidas por la ley para la validez de sus actos, tienen un derecho que oponer al legislador, el que resulta de la observancia de la ley. El acreedor, por el contrario, que tiene una hipoteca dispensada de inscripción ó de especialización, no puede invocar un derecho; es el legislador quien se lo ha dado y el legislador puede también modificarlo.

219. ¿Lo que el legislador puede hacer, lo podrá el juez cuando calla la ley? No lo creemos. No hay más que leer las disposiciones transitorias de la ley hipotecaria para convencerse de que solo el legislador puede prescribirlas. Se necesitaba determinar un plazo dentro del cual debían hacerse las inscripciones para conservar el orden de los acreedores hipotecarios; era preciso arreglar por quién se haría la inscripción cuando la hipoteca perteneciera á los incapaces. Es evidente que estas medidas de transición no pueden tomarse sino por el poder legislativo. Además, había que examinar si el interés general debía sobreponerse al interés de los incapaces, lo que es también un interés general. En esta pugna de intereses opuestos, solo el legislador puede decidir cuál debe ser sacrificado. Si pues la ley de 16 de Diciembre de 1851, no había retroobrado expresamente, el juez no habría podido aplicarla al pasado. Eso prueba que el juez no puede hacer retro-

obrar le ley en todos los casos en que lo podría el legislador.

220. La ley hipotecaria no dice en términos formales que los actos traslativos de derechos reales inmuebles efectuados bajo el imperio del Código de Napoleón, están dispensados de la formalidad de la transcripción. Pero no es dudoso que no haya sido tal la voluntad del legislador; en los trabajos preparatorios se ha dicho y repetido que la ley no podía, sin retro-obrar, someter á la transcripción los actos de trasmisión á los cuales el código daba efecto, respecto de terceros sin publicidad alguna. Es de sentirse que la ley no hubiese formulado la voluntad del legislador. Nosotros también preferimos una declaración expresa á la voluntad tácita; pero en la especie era inútil una disposición formal. Habiendo señalado el legislador las medidas transitorias que hacen retro-obrar la publicidad en cuanto á los privilegios é hipotecas, y no determinando nada para los actos traslativos de la propiedad inmueble efectuados bajo el código, es evidente por esto mismo su intención de dispensarlas de la transcripción (1).

¿Pero es cierto, como se ha dicho en el informe y en la discusión, que habría retro-actividad si el legislador hubiera declarado que los actos traslativos de derechos inmuebles verificados bajo el código, deberían ser transcritos para producir efecto, con relación á terceros? (2) Habría habido retroactividad y hasta violación del art. 11 de la Constitución, si la ley nueva hubiera anulado los actos de propiedad hechos por los adquirentes cuyos títulos no habían sido transcritos. Pero si la ley se había limitado á decir que en lo de adelante ningún propietario podría celebrar un acto de disposición, válido respecto de terceros, ántes de haber transcrito, nos parece evidentemente que no habría habido retroactividad. Se invoca tan frecuen-

1 Martou, *los privilegios é hipotecas*, tomo I, núm. 143.

2 Parent, *Discusiones de la ley hipotecaria*, págs. 169, 362, 526 y siguientes.

temente á diestra y siniestra el principio de la no-retroactividad, que importa poner fuera de toda controversia el derecho del legislador.

Decimos que la ley nueva habría podido aplicar á la transcripción de las actas traslativas de propiedad inmueble la disposición que dió para la inscripción y especialización de las hipotecas. ¿En qué principios se fundó para hacer retro-obrar la publicidad en materia de hipotecas? En la doctrina de los autores cuya autoridad es la mayor en esta materia. «Mientras que los derechos que resulten de los contratos, dice Merlin, estén fuera del alcance de la ley posterior, ésta no puede menos que subordinar su ejercicio para lo futuro á tales formalidades, á tales diligencias ó á tales condiciones que sean de su agrado, con tal que esas formalidades, esas diligencias y esas condiciones no dependan de acontecimientos ó de hechos extraños á la voluntad de las partes á quienes se imponen, ó en otros términos, con tal que esas partes no puedan imputar más que á su propia negligencia la pérdida que sufran por el no cumplimiento de esas formalidades, de esas diligencias, de esas condiciones.» Merlin cita, como ejemplo, las sustituciones fideicomisarias; la ley no podría privar de su derecho al sustituido que hubiera sido concebido ó que hubiera nacido al abrirse la sustitución, puesto que sería quitarle un derecho que desde entónces está en su dominio; tampoco podría privar de su expectativa á aquel cuyo derecho no estuviera aún abierto; pero podría muy bien obligarlo á transcribir su título para hacerlo efectivo respecto de terceros. Merlin no lo dice sino para el caso de expectativa; y los principios son los mismos para el caso en que el derecho está ya abierto. Meyer asienta el mismo principio y da la razón, que es la utilidad general (1).

Tenemos una autoridad más grande que la de esos emi-

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Effetto retroactivo*, sec. lli, § 3, art. 3. núm. 11.

nentes jurisconsultos, esta es la del legislador belga. Habría podido aplicar á la transcripción lo que dijo de la inscripción de las hipotecas, porque hay una identidad absoluta de razón. Si no existe un derecho adquirido por el acreedor hipotecario, tampoco lo hay para el propietario, porque el uno y el otro tienen un derecho real que está en su dominio. Si el legislador puede, sin quitar un derecho adquirido, someter las hipotecas á la inscripción, aunque la ley antigua las hace efectivas sin publicidad, también puede someter á la transcripción las actas traslativas de la propiedad, aunque el código les dé efecto sin publicidad con relación á terceros. Que si se admite que hay derecho adquirido para los propietarios, es necesario decir que también hay derechos adquiridos para los acreedores hipotecarios. Hay más. La posición del acreedor hipotecario que lo obliga á inscribir su título, es mucho más ventajosa que lo sería la condición del propietario á quien se obligara á transcribir el suyo, porque la hipoteca generalmente no produce otro efecto que el que produce respecto de los terceros: luego cuando la ley subordina este efecto á una formalidad nueva, compromete el derecho mismo del acreedor. No sucede lo mismo con una ley que obligara á los propietarios á transcribir su título. Entónces aun cuando ellos no lo transcribieran, no por eso serían menos propietarios, ni tendrían menos derecho para gozar, usar y abusar; conservarían hasta el derecho de enajenar; pero que la enajenación no produciría efecto alguno respecto de terceros, mientras que no hubieran hecho la transcripción. Nuestra conclusión es que, si el legislador puede, sin retro-obrar, imponer á los acreedores hipotecarios la inscripción, puede con mucha más razón imponer la transcripción á los propietarios.

(c). ARRENDAMIENTO.

221. En el derecho antiguo, cuando el arrendador vendía la cosa locada, el que la adquiría podía expulsar al

arrendador ó al locatario; el Código civil (artículo 1743), por el contrario, lo obliga á sostener el arrendamiento, si es auténtico ó si tiene fecha cierta. Se hizo un arrendamiento ántes de la publicación del código; la cosa locada se vendió bajo el imperio de la ley nueva: ¿es necesario aplicar el artículo 1743? La corte de Dijon lo hizo. Reconoce que, aplicando el código á los arrendamientos anteriores, les da un efecto que no habrían tenido bajo el derecho antiguo; pero no se infiere de aquí, dice, que la ley nueva retro-obre, porque no es el derecho del arrendador la causa de él, sino el del comprador; pues bien, éste ha comprado bajo el Código civil que no le permite expulsar al arrendatario; y, sabiendo que debe sostener el arrendamiento, habrá pagado su precio atenta tal circunstancia. La equidad, lo mismo que el derecho, exigen, pues, que la ley nueva tenga su aplicación (1).

Merlin critica este decreto, y los autores se han adherido á su opinión. Existe una consideración que es decisiva. El arrendador puede estipular conforme al artículo 1743, que el arrendamiento terminará en caso de venta; si puede hacerlo bajo el código, puede hacerlo también bajo el derecho antiguo, y lo ha hecho, aun cuando el arrendamiento no estuviera comprendido en cláusula expresa á este respecto; y era inútil decirlo, puesto que la ley lo decía por él. Luego el derecho de expulsar es un derecho convencional, y como tal, debe ser sostenido por el juez, bajo el imperio del Código. ¿Por qué el adquirente podía expulsar al arrendatario bajo la antigua legislación? Porque éste no tenía más que un derecho personal. El código le da uno de los caracteres del derecho real, puesto que le permite oponer su arrendamiento á un tercero. ¿Puede concebirse que un contrato, que en el momento de formarse no produce más que un derecho personal, dé origen á

1 Decreto de 29 Pradial, año VIII (Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, 507. *U.*, § 3, art. 3, núm. 6.)

un derecho real en virtud de una ley nueva? La retroactividad sería evidente.

La consideración de equidad que sedujo á la corte de Dijon no tiene mejor fundamento. Efectivamente, el arrendador que vende la cosa locada, y el que la compra, debían saber que el comprador no tendría el derecho de expulsar al arrendatario, puesto que existía una cláusula del arrendamiento que lo prohibía; desde luego se habría fijado el precio teniendo en cuenta este hecho. Hay una cosa cierta, como dice Merlin, y es que la antigua ley debió influir sobre fijación del arrendamiento. Entónces sería injusto modificar las convenciones de las partes.

Sin embargo, es exacto decir con la corte de Dijon, que el legislador habría podido retro-obrar. El derecho de expulsar al arrendatario es contrario al interés general; el legislador por lo mismo habría podido abolirlo de una manera absoluta, aun respecto del pasado. Habría quitado al arrendador el derecho de vender, con facultad para el comprador de rescindir el arrendamiento; pero podía quitarle este derecho puesto que se trataba solamente del modo de ejercer la propiedad, y la ley puede siempre reglamentar el ejercicio de un derecho en beneficio de la sociedad. Y si el legislador hubiera prohibido de una manera absoluta el derecho de expulsar, el juez también habría podido aplicar la nueva ley al pasado, puesto que no habría hecho más que ejecutar la voluntad del legislador. Mas el código no prohíbe la expulsión de una manera absoluta; por el contrario, permite al arrendador estipular que el arrendamiento terminará por la venta. Desde luego ya no puede decirse que la ley nueva es de interés general y que, como tal, debe regir el pasado. El legislador permite subordinar al interés de la sociedad los convenios de las partes; por consiguiente, el juez debe sostener sus convenios tanto para el pasado como para lo futuro.

222. El arrendamiento hecho por el usufructuario dá lu-

gar á una cuestión más dudosa. Según el derecho antiguo, el arrendamiento cesa de pleno derecho con la muerte del usufructuario; mientras que el código civil sostiene el contrato en los límites de un arrendamiento de administración, es decir, por un período de nueve años (artículos 595, 1489). ¿La ley nueva es la que debe aplicarse cuando el usufructo se constituyó antes de la publicación del código? Si el arrendamiento es anterior al código, no hay duda alguna; el contrato no se hizo sino para mientras viviera el usufructuario; y el juez no puede extender la duración del arrendamiento, contra la voluntad de las partes contratantes, sin atentar á un derecho convencional. Pero ¿qué debe decidirse si el arrendamiento se celebró después de la publicación del código? Existe aquí una razón para dudar. ¿No puede decirse que un contrato celebrado bajo el imperio de la ley nueva debe ser regido por esta ley? Esto no obstante, la Corte de París decidió que el Código de Napoleón no podía aplicarse sin retroactividad, y sin atentar contra los derechos adquiridos (1). Tal es también la opinión de Proudhon (2).

Creemos que la corte de París falló bien. La cuestión debe decidirse, no por el contrato de arrendamiento, sino por la acta constitutiva del usufructo. Se trata de saber qué bases puede establecer el usufructuario; ahora bien, los derechos del usufructuario se rigen por el acta que estableció el usufructo; luego, por la ley vigente en el momento de constituir el usufructo. ¿Quiere decir esto que el legislador no habría podido regir el pasado como parece creerlo la Corte de París? En rigor, habría podido modificar las bases hechas bajo el derecho antiguo, porque el interés general se opone á que los arrendatarios sean expulsados antes de que termine su arrenda-

1 Sentencia de 18 de Agosto de 1825 (Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, número 264).

2 Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, tomo 1, p. 73 y siguientes (edición de 1842).

miento. Es cierto que esto sería modificar un derecho convencional; pero la ley lo puede, cuando el interés de la sociedad lo exige. Con más fuerte razón habría podido decir el legislador que las bases establecidas por el usufructuario después de la publicación del código, se regirían por la ley nueva. Es cierto que también habría lastimado un interés, y aún un derecho convencional del simple propietario, porque éste tiene, en virtud de la acta constitutiva del usufructo, el derecho de volver á entrar al goce de su cosa en muriendo el usufructuario, y aun cuando ella estuviera ocupada por un arrendatario. Pero todavía una vez más, el legislador lo podría hacer, sin violar el artículo 11 de la Constitución; derogaría el principio de la no-retroactividad, pero este principio no le liga más que en los límites del artículo 11. En cuanto al juez, no lo puede, porque se encuentra atado por el artículo 2 del Código civil, y no puede atentar contra un derecho constitucional, á ménos que la ley no tenga retroactividad expresa, porque se necesita una ley, para que el juez pueda derogar el principio de la no-retroactividad.

NUM. 4. RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS.

223. La resolución de los contratos se rige por la voluntad de las partes contratantes, lo mismo que el efecto que producen. Puede decirse que la resolución es un efecto de la convención. Poco importa que la atención de las partes se haya fijado en las causas que podrán terminar sus relaciones; no tienen necesidad de prever todas las eventualidades, puesto que el legislador tuvo este cuidado por ellas. Como dice el artículo 1135 del Código civil, «los convenios obligan no solamente á lo que se ha expresado, sino también á todas las consecuencias que la equidad, *el uso* ó la *ley* imponen á la obligación, según su naturaleza.» La resolución se considera, pues, estipulada conforme á la

ley, lo mismo que las demás consecuencias de los contratos. Lo que decimos de la resolución se aplica también á la revocación. No hay más que una diferencia de palabras que no ejerce ninguna influencia en los derechos de las partes: la una se entiende más particularmente de los contratos por título oneroso y la otra, de las donaciones; pero los principios que las rigen son los mismos. No ordenando la ley nueva más que para lo futuro, no puede regir las causas de resolución de los contratos hechos bajo el imperio de la ley antigua. Este principio nos parece incontestable; y sin embargo, en su aplicación ha dado lugar á numerosas dificultades.

224. El artículo 1978 del Código civil dice que la sola falta de pago de los vencimientos de una renta vitalicia, no autoriza al acreedor vitalicio para pedir el reembolso del capital. ¿Es necesario aplicar esta disposición á los contratos celebrados antes de la publicación del código, bajo una ley que autorizaba la resolución por esta causa? La jurisprudencia está dividida (1). Creemos que la cuestión debe resolverse conforme al principio que acabamos de fijar y sin distinguir si la resolución fué pedida bajo el imperio de la legislación antigua ó si lo es bajo la del Código civil. Se trata de un derecho convencional; y desde luego el juez no puede, sin retro-obrar, modificarlo en virtud de la ley nueva. Las partes pueden derogar el artículo 1978, y pueden convenir en que, si el deudor vitalicio no paga los vencimientos, deberá reembolsar el capital. Si la resolución estipulada bajo el código se sostiene, ¿por qué no se sostendría la estipulación hecha antes del código? El legislador, después de haber declarado resoluble el contrato, lo declara en seguida irresoluble, pero no quiere ligar á las partes; prevé y presume sus intenciones, permitiéndoles que tengan una voluntad contraria. ¿Puede decirse

1 Véase las sentencias en Dallóz, *Referatorio*, en la palabra *Leyes*, número 274.

que los autores del Código civil pretendieron explicar lo que quisieron las partes antes de su publicación? Esto no tendría sentido: el legislador presume lo que querrán para lo futuro las partes contratantes, pero no lo que quisieron en el pasado. Nuestra opinión es la de Mailher de Chassat y tiende á prevalecer en la jurisprudencia (1).

225. El derecho antiguo pronunciaba la revocación de las donaciones, por causas que el Código civil no admite ya. Según el código, las donaciones en favor del matrimonio, no son revocables por causa de ingratitud. La mujer casada antes del código y que obtiene después la separación corporal, por sevicia y malos tratamientos, ¿puede pedir la revocación de las liberalidades que había hecho á su marido en el contrato de matrimonio? La corte de casación le reconoció, y con razón, este derecho, porque las donaciones hechas bajo el derecho antiguo, eran contratos revocables y el juez no puede hacerlos irrevocables, porque sería desnaturalizar los derechos convencionales. En vano se diría que la mujer no pensó en la revocación por causa de ingratitud, cuando practicó un acto de liberalidad con su futuro consorte; que, por consiguiente, no hay cláusula tácita de revocación. No, ciertamente, ella no lo pensó, pero el legislador sí lo pensó por ella. También se diría inútilmente que el legislador habría podido declarar irrevocables las donaciones, aun respecto del pasado: habría podido hacerlo en el sentido de que no se encuentra atado por el artículo 2 del código; pero el juez sí lo está por este artículo; el juez no puede, por lo mismo, lo que puede el legislador; no puede más que lo que quiere la ley; y por tanto, no hay razón alguna de interés general que pueda empeñar al legislador á regir el pasado en esta materia; desde luego si no lo hizo expresamente, el juez no puede admitir que lo haya querido (2).

1 Mailher de Chassat, *Comentario profundo*, tomo II, p. 250.

2 Véanse las sentencias en Dallóz, *Referitorio*, en la palabra *Leyes*, núms. 297-299.

226. El artículo 912 del Código civil consigna que el deudor de una renta constituida á perpetuidad, puede ser obligado á la redención, si deja de cumplir sus obligaciones durante dos años. En la legislación antigua, esta causa de resolución no existía. Se pregunta si el deudor de una renta constituida antes de la publicación de la ley nueva, puede ser obligado á devolver el capital, cuando bajo el imperio del código deja durante dos años de pagar los retrasos. Esta cuestión famosa, dice Merlin, está resuelta hoy de una manera invariable en el sentido afirmativo. La corte de Turín comenzó por adoptar la negativa. Chabot defendió esta opinión con grande esfuerzo, fundándose en el principio de que los efectos de los contratos se arreglan por la ley del tiempo en que se otorgaron. Merlin no disputa el principio, pero pretende que está modificado por este otro no menos constante, que el legislador puede imponer al que tiene un derecho convencional, una condición nueva que dependa únicamente de él cumplirla. Tal es la condición establecida por el artículo 1912; si el deudor no llena sus obligaciones por el espacio de dos años, no debe imputar más que á su propio abandono la pérdida que sufre, puesto que de él dependía cumplir la condición que la ley nueva estableció para sostener su derecho (1). Esta opinión ha sido consagrada por numerosas sentencias, y adoptada por la mayor parte de los autores (2):

Admitimos el principio asentado por Merlin, en el sentido de que el legislador puede imponer una condición nueva para el ejercicio de un derecho nacido de una convención anterior; pero nos parece que el gran jurisconsulto hizo de él una falsa aplicación (3). Cuando por interés de terceros, el legislador somete las hipotecas á la publi-

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 3 y núm. 11.

2 Véase la jurisprudencia en Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 273.

3 Esta es la nota de Marcadé, curso elemental de derecho civil, tomo I, p. 43.

dad, puede hacer extensiva esta formalidad nueva al pasado, porque está siempre en su facultad arreglar y modificar el ejercicio de los derechos, cuando lo exige el interés general. ¿Pero se trata en el artículo 1912 de una formalidad nueva para el sostén de un derecho? No, ciertamente, porque se trata de la resolución de un contrato, y el código admite una nueva causa para ella. Luego la cuestión es saber, si las causas de resolución de los contratos están regidas por la nueva ley ó por la antigua. Esta cuestión no existe y todo el mundo está de acuerdo en aplicar la ley del contrato.

¿Hay otras razones que justifiquen la opinión generalmente seguida? La corte de casación dice, en su sentencia de 5 de Julio de 1812, que el legislador tiene siempre la facultad de modificar para lo futuro el modo de ejecución de los contratos. La corte de Rouen dice también que el legislador siempre es dueño de imponer á la negligencia del deudor la pena que juzgue conveniente (1). Indudablemente, el legislador lo puede; ¿pero lo puede el juez cuando el legislador no ha declarado expresamente que entendía regir el pasado? Tal es la verdadera dificultad. Ahora bien, cuando la ley calla, el juez no puede sino lo que se presume que el legislador quiso. Esto supuesto, preguntamos: ¿dónde está la razón que pueda obligar al legislador á introducir una nueva causa de resolución en los contratos celebrados bajo el imperio de la ley antigua? No conocemos más que una sola que pudiera invocarse, ésta es el interés general. Merlin habla de las nuevas necesidades de la sociedad; y la corte de Bruselas dice: «que el artículo 1912, tiende á coordinarlo todo en un nuevo sistema general que establece por interés general del Estado, adaptando á él las cosas particulares que sin esto no armonizarían con el sistema general (2).» Todo

1 Sentencia de 27 de Febrero de 1829 (Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 295).

2 Sentencia de la corte superior de Bruselas, de 8 de Mayo de 1820, obrando co-

esto es muy vago. ¿Qué cosa son este *interés del estado* y esas *nuevas necesidades* de la *sociedad*? En vano se buscan. Hay una prueba decisiva de que no se trata aquí de interés social alguno, y es que las partes contratantes pueden derogar el artículo 1912, y declarar que el contrato no se resolverá por la sola falta de pago de los vencimientos durante dos años. Puesto que las partes pueden retroceder al derecho antiguo, no obstante el artículo 1912, es indudable que la ley nueva no es de interés general. Se trata muy sencillamente de una cláusula que el legislador sub-entiende en un contrato, suponiendo que tal es la intención de las partes; pero el legislador presume lo que las partes querrán en lo futuro y no lo que han querido, permitiéndoles querer lo contrario de lo que él presume. ¿Dónde, pues, estaría la razón para declarar resoluble en lo pasado un contrato que las partes quisieron hacer no resoluble, y que todavía pueden hacer no resoluble en lo futuro? (1)

No, dice M. Duvergier, no se puede invocar aquí la ley del contrato; esta ley arregla, en verdad, los efectos ordinarios de los convenios, pero no las consecuencias que resultan de la infracción de una de las partes. ¿Se concibe que el deudor vitalicio piense, en el momento en que contrata, para el caso en que faltara á sus compromisos? ¿No sería esto tanto como decir que se reserva faltar á ellos? Esto es absurdo (2). Respondimos con anticipación á esta objeción. No, evidentemente, las partes no piensan al contratar, que faltarán á sus compromisos; y sin embargo, deben prever que eso podrá suceder, puesto que casi siempre sucede. ¿Con esta previsión no es necesario que

no corte de casación. La jurisprudencia de las cortes de Bélgica, está siempre en el mismo sentido. Véanse las sentencias de la corte de Bruselas de 30 de Octubre de 1852 (*Passierisic*, 1853, 2, 28), y de la corte de Lieja de 9 de Diciembre de 1852 (*Passierisic*, 1853, 2, 197).

1 Esta es la nota de Valette sobre Proudhon, *Tratado sobre el estado de las personas*, tomo I, p. 67).

2 Duvergier, *Tratado del préstamo á interés*, núm. 359.

sepan cuales serán las consecuencias de la falta de cumplimiento de sus obligaciones? Frecuentemente las consignan en sus contratos, y esto prueba que piensan en ellas. Pero no tienen necesidad de escribirlas, el legislador lo hace por ellas, y esas cláusulas tácitas producen el mismo efecto que las expresas. Luego se trata de derechos convencionales que el legislador debe respetar y que se presume que respeta, puesto que no hay ninguna razón para alterarlas.

NÚM. 5. PRUEBA, EJECUCIÓN Y PROCEDIMIENTO.

227. Los autores están de acuerdo en enseñar que la manera de ejecutar los contratos se arregla, no por la ley vigente cuando las partes contrataron, sino por la que existe en el momento en que proceden á la ejecución de sus convenios (1). Este principio está fundado en razón. No son las partes que ejecutan, sino el poder público quien les presta su apoyo para obtener la ejecución forzosa de las obligaciones que resultan de los contratos. Ahora bien, desde que el Estado interviene, es él á quien toca arreglar las condiciones bajo las cuales quiere intervenir, lo mismo que las formas de su intervención. Esto es de derecho público y no de privado. Desde luego las partes no tienen derecho alguno que oponer al legislador cuando modifica la manera de ejecutar los contratos. A lo más podrían invocar su interés; pero el interés privado cede ante el derecho del Estado.

228. Se celebró un contrato en la forma auténtica conforme á la costumbre de París, la cual no permitía al acreedor ejecutarlo contra los herederos del deudor, sino despues de haber hecho declarar la ejecutoria contra ellos por una sentencia. El código civil cambia el modo de la ejecución; según los términos del art. 877, los títulos ejecutivos con-

1 Merlin. *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 10.

tra el difunto son igualmente ejecutivos personalmente contra el heredero. Se ha fallado por la corte de París que el acreedor podía ampararse de la ley nueva (1).

229. La aplicación del principio sufre alguna dificultad cuando se trata del apremio corporal. Se ha decidido que un extranjero podía ser arrestado en virtud de la ley de 10 de Septiembre de 1807, por una deuda contraída antes de que se hubiera publicado (2). Había un motivo de duda: ¿no podía el extranjero decir que había contratado bajo el imperio de una ley que le aseguraba la libertad de su persona y que no habría contratado, si hubiera previsto que empeñaba su libertad? Esto puede ser muy cierto; pero no impide al legislador introducir un modo de ejecución que crea necesario para dar garantía á los derechos de los indígenas y aplicar este nuevo modo al pasado. Y es precisamente porque la libertad se haya interesada por lo que la ley nueva es de orden público; y desde luego debe regir el pasado lo mismo que el presente.

Pero también debe decidirse que, si una ley nueva abolió el apremio corporal, aprovecha á los deudores que en virtud de la ley antigua estaban sometidos á él. Nos admira que M. Duvergier sostenga lo contrario (3). Indudablemente, las partes contrataron bajo la fé de una ley que autorizaba al acreedor á reducir á prisión á su deudor. ¿Es de decirse por esto que el acreedor tenga derecho para aprisionar, y que el legislador no pueda quitárselo? Si el legislador abolió el apremio corporal, es porque niega que exista un derecho sobre la libertad del deudor. ¡Y se quiere que bajo una ley que proclama que el deudor no compromete su libertad, un acreedor pueda encarcelar á su deudor! Esto equivaldría á tanto como á decir que si una ley

1 Sentencia de la corte de París de 9 vendimiario, año XI (Dallóz. *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 362.)

2 Sentencia de la corte de casación de 22 de Marzo de 1809. (Dallóz, en la palabra *caución*, núm. 557.)

3 Duvergier, disertación sobre el efecto retroactivo de las leyes.

abolía la esclavitud, dejaría á los esclavos en las cadenas. ¡No existen derechos contra la libertad!

230. Los modos de prueba son regidos por la ley que estaba vigente en tiempo del contrato (1). Este es un derecho convencional que no puede modificar una ley nueva sino para lo futuro, cuando el modo de prueba no afecta más que al interés de las partes. El artículo 1325, que estableció formalidades nuevas para la validez de las escrituras que comprueban los convenios sinalagmáticos, no puede ser aplicado á los contratos celebrados ántes de la publicación del Código civil (2). Creemos que el legislador mismo no habría podido declarar aplicable esta disposición á las escrituras extendidas bajo la ley antigua; porque privando á las partes de una prueba legal, de la única que ellas tenían, les quitaría indirectamente los derechos que tenían, por su contrato, puesto que se encontrarían en la imposibilidad de presentar la prueba.

¿Pero qué debería decidirse, si el legislador prohibiese de una manera absoluta la prueba testimonial, fundándose en el peligro de los testimonios falsos? ¿Podría, en nombre del interés general, en nombre de la moralidad pública, prohibir la prueba testimonial, aun para el pasado? No lo creemos; si el interés general domina sobre el interés privado, se detiene allí donde encuentra un derecho; ahora bien, por falta de prueba el derecho puede perecer. Luego quitar la prueba es quitar el derecho, lo cual decide la cuestión.

231. No deben confundirse los modos de prueba con las formas establecidas por una ley nueva para suministrar la prueba jurídica. Las formas pertenecen al procedimiento, son de derecho público y por tanto el legislador las puede modificar siempre. Esto no quiere decir que la ley nueva pue-

1 Sentencia de la corte de casación de Bélgica de 16 de Marzo de 1850 (*Passi-crisis*, 1850, t. 195).

2 Esta es la opinión general. Véase los autores citados en Dallóz. *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 335, y la jurisprudencia (*Ibid.*, núm. 250).

da nulificar los actos celebrados bajo el imperio de la ley antigua. En rigor el legislador lo podría indudablemente, porque en esta materia no hay derecho adquirido; tampoco derecho de dominio; pero el legislador no debe hacer todo lo que puede. Este es el caso de aplicar el principio de que los actos conformes á la ley deben ser sostenidos, no solamente por interés de los particulares, sino también como salvaguardia de la autoridad de la ley. En cuanto á los actos nuevos, deben practicarse en las formas que prescribe la ley existente, cuando se practica. Numerosas sentencias lo han decidido así; y nos limitaremos á citar la de la corte de casación de 23 de Febrero de 1807, dada sobre las conclusiones de Daniels. El Código civil arregla las formas con que debe rendirse la prueba de la lesión, cuando el vendedor ataca una venta de esa clase (artículos 1678 y 1679). ¿Es necesario que el demandante las observe, cuando la venta ha sido hecha antes de la publicación de la ley nueva? La afirmativa es indudable (1).

El Código de procedimientos contiene sin embargo una disposición que parece contradecir el principio formulado por la corte de casación: «que en la redacción de las actas deben seguirse siempre las formas prescritas por las leyes entónces vigentes.» Según los términos del art. 1041, todos los procesos que hubieran comenzado desde el 1º de Enero de 1807 debían estar instruidos conforme á las disposiciones del nuevo código; lo que significa muy claramente, dice Merlin, que, en los procesos, comenzados ántes de esta época, continuarían siguiéndose las formas prescritas por las leyes antiguas. ¿El art. 1041 es la aplicación de un principio general en materia de procedimiento, ó es una excepción? Meyer quiere que sea una regla. El procedimiento, dice, no debe ser una aglomeración incoherente de actos entre los cuales no hubiera conexión alguna; sino que debe, por el con-

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III. § 7. núms. 1 y 2; Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núms. 335-337.

trario, y su naturaleza misma lo exige, hacer derivar los actos subsecuentes de los precedentes, y de los que no son más que el desarrollo. Sería, pues, un absurdo introducir una nueva forma en las causas ya pendientes y deducir de los primeros actos de la causa consecuencias que no podrían estar allí contenidas y que ni aún podían ser previstas (1). Nada mejor como consejo de prudencia dirigido al legislador, y tal es también el espíritu con que se puso el artículo 1041. No es menos cierto que esta es una excepción; á falta de una disposición expresa, el juez debería aplicar la ley nueva. Inútilmente se invocaría el principio de la no-retroactividad. Este principio supone aquí comprometidos derechos pertenecientes á las partes; ¿y puede haber cuestión acerca de un derecho que tuvieran los litigantes para observar tales formas con preferencia á tales otras? Esta es la opinión de Chabot (2), y es también la adoptada por Merlin.

NÚM. 6. PRESCRIPCIÓN.

232. La prescripción cuando se ha cumplido, constituye un derecho adquirido en el sentido estricto de la palabra. Cuando se trata de una prescripción adquisitiva, la cosa ha entrado en el dominio de aquel que la adquiere por la posesión; y una ley nueva no podría quitarle este derecho sin violar la propiedad. Se trata de una prescripción extintiva, el deudor está libertado; una ley nueva no podría dar al acreedor una acción que está extinguida, sin quitar al demandado una parte de sus bienes. Es decir, que el legislador mismo no puede mudar de opinión sobre una prescripción adquirida. El artículo 691 del Código civil consagra una aplicación de este principio; decide que la posesión aun inmemorial no basta ya para establecer ser-

1 Meyer, *Principios sobre las cuestiones transitorias*, págs. 13, 14 y 30.

2 Chabot, *Cuestiones transitorias*, en la palabra *rescisión*, núm. 3, tomo III, pág. 154.

vidumbres discontinuas ó no aparentes; pero tiene cuidado de agregar, que no se pueden atacar las servidumbres de esta naturaleza ya adquiridas por la prescripción, en los países en que podían adquirirse de esta manera.

233. ¿Las prescripciones comenzadas forman un derecho adquirido que el legislador y el juez deben respetar? Mientras que la prescripción no está adquirida, es evidente que el poseedor y el deudor no tienen un derecho que esté en su dominio; el legislador puede por lo mismo arreglar las prescripciones comenzadas como él lo entienda, sin lastimar un derecho de propiedad. Es necesario decir más; en el silencio de la ley nueva el juez debe aplicarla al pasado; el legislador rige el pasado en esta materia por el sólo hecho de que no limita expresamente sus disposiciones al futuro. Efectivamente, la prescripción es por su esencia de interés público. La prescripción adquisitiva despoja al propietario en provecho de terceros poseedores, es decir, en favor de un interés general. De la misma manera, la prescripción extintiva despoja al acreedor, siempre por un interés social, á fin de poner término á los litigios. Aquellos contra quienes corre la prescripción, como aquellos en cuyo provecho corre, no tienen pues derecho que invocar contra una ley nueva; porque no es su derecho el que arregla el legislador, sino el derecho de la sociedad. De eso se infiere que el juez debe aplicar la ley nueva á las prescripciones comenzadas, porque tal es la voluntad del legislador.

Aplicamos este principio á la usucapión lo mismo que á la prescripción extintiva. M. Duvergier establece una distinción que á primera vista parece muy jurídica. El poseedor que ha comenzado á prescribir, si no tiene un derecho adquirido, tiene por lo ménos una de esas graves espectativas, ante las cuales la ley nueva se detiene, lo mismo que ante un derecho completo. Aquel en cuyo favor corre una prescripción extintiva, nada hace para su liberación y

el acreedor nada hace para la conservación de su derecho. El legislador, pues, nada tiene que respetar. Mientras que el poseedor hace actos enérgicos y reiterados que demuestran una voluntad firme y perseverante de adquirir, sería injusto que una ley nueva le quitara el fruto de su actividad (1). La distinción es más ingeniosa que sólida. En la usucapión propiamente dicha, no hay más que una pura hipótesis á la cual la realidad desmiente con frecuencia. El poseedor es de buena fé, es decir, que se cree propietario. ¿Cómo, pues, puede pretenderse que haga esfuerzos para convertirse en tal? Además, entra ménos en el interés del poseedor, que en el interés general, el que la ley organice la prescripción; desde luego, pertenece siempre al legislador modificar las condiciones de las prescripciones comenzadas, si lo exige el interés de la sociedad.

234. El artículo 2281 del Código civil parece contrario al principio que acabamos de fijar y que es admitido generalmente. Quiere que las prescripciones comenzadas antes de la publicación de la nueva ley, estén arregladas conforme á las leyes antiguas. ¿Es esta una aplicación del principio de la no-retroactividad? Bigot-Preameneu, el orador del gobierno, lo dijo en la exposición de motivos del título de la Prescripción. «Es, sobre todo, en materia de propiedad, dijo, en lo que debe evitarse todo efecto retroactivo: resultando que el derecho eventual de una prescripción comenzada, no puede depender á la vez de dos leyes, de la ley antigua y del código nuevo. Ahora bien, basta que un derecho eventual esté adherido á la prescripción comenzada, para que este derecho deba depender de la ley antigua, y para que el nuevo código no pueda arreglar lo que es anterior á él.»

El orador del gobierno no se hizo cargo de que el texto mismo de la ley, cuyos motivos exponía, contradecía su

1 Duvergier, *Disertación sobre el efecto retroactivo de las leyes*.

doctrina. Efectivamente, el artículo 2281 agrega: «este no obstante, las prescripciones comenzadas y para las cuales se necesitarían todavía, según las antiguas leyes, más de treinta años á contarse de la publicación de la nueva ley, quedarán perfeccionadas por el lapso de treinta años.» Si la prescripción comenzada constituía un derecho adquirido, como dice Bigot-Preameneu, la ley antigua debería ser aplicada enteramente. Sin embargo, el legislador la modifica; y es que cree que en esta materia no hay derecho adquirido. El artículo 691 está concebido en el mismo sentido; sostiene las servidumbres *ya adquiridas* por la prescripción, cuando son discontinuas ó no aparentes; proscribire por eso mismo toda posesión comenzada, no considera por tanto una posesión semejante, como un derecho adquirido.

¿Qué otra cosa es esto sino la disposición del artículo 2281? Ella no tiene por objeto mantener los derechos adquiridos; el texto mismo del código lo prueba. Es una de aquellas medidas que el legislador ordena para moderar la transición de un orden antiguo de cosas á otro nuevo. Cuestión de prudencia legislativa; pero guardémonos de convertir en una regla de derecho, una disposición transitoria. El artículo 2281, lejos de ser un principio, es una excepción de los verdaderos principios, y ha dado lugar á muchas dificultades que examinaremos en el título de la prescripción.

NÚM. 7. HERENCIA.

235. Las sucesiones no abiertas, no dan derecho alguno al heredero ni al legatario. Es una simple esperanza que la voluntad del hombre puede reducir á la nada de un momento á otro; y con más fuerte razón puede hacerlo el legislador. Como él se encuentra al frente, no de un derecho, sino de una expectativa revocable, puede arreglar la trasmisión de los bienes por vía de herencia, como le

parezca y no consultando más que el interés social, que es el único que está de por medio. Esto es elemental. Es necesario, sin embargo, hacer una excepción respecto de la sucesión establecida por contrato, á la que llamamos institución contractual. Ella se deriva de un contrato, y es necesario aplicarle la ley que rige los contratos. La institución contractual es irrevocable, en el sentido de que la cualidad de heredero concedida al donatario, no puede ser revocada por el donante. Desde luego una ley nueva no podría quitársela. Es cierto que su derecho no comienza sino hasta la muerte del instituyente; es, pues, condicional; pero poco importa, porque los derechos condicionales están en el dominio de aquel á quien pertenecen, lo mismo que los derechos puros y simples. Se ha decidido, aplicando ese principio, que la institución contractual, hecha bajo el imperio de una costumbre, por una persona que ha muerto después de la publicación del código, debe ser regida, en lo concerniente á las disposiciones irrevocables, por la ley de la época del contrato, y en cuanto á los bienes que no se habían adquirido irrevocablemente al tiempo de la institución, por la ley del tiempo del fallecimiento (1).

236. Puesto que el derecho del heredero comienza al tiempo del fallecimiento, es desde este momento cuando debe ser capaz de recoger la herencia. Si lo es, una ley nueva no puede quitarle su derecho, porque la sucesión ha entrado en su patrimonio; y ni el legislador mismo podría despojarlo de ella. El principio es elemental; y sin embargo, en su aplicación ha dado lugar á algunas dificultades. En el derecho antiguo belga, el legado hecho á un hijo por nacer era válido, aun cuando no naciera ó no fuera concebido sino después de la muerte del testador. El artículo 906 del Código civil, declara por el contrario, incapaces de recibir, á aquellos que ni han nacido ni han si-

1 Sentencia de la corte de casación de 12 de Julio de 1842 (Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 304).

do concebidos al tiempo de la apertura de la herencia. ¿Puede aplicarse sin retroactividad la ley nueva, cuando el testador ha muerto ántes de la publicación del código, y cuando el legatario no ha sido concebido sino después? La Corte superior de Bruselas decidió que era necesario fallar la cuestión conforme al derecho antiguo; pues aplicar el artículo 906, dice, sería hacerla retro-obrar de una manera manifiesta (1). A primera vista, eso parece evidente. Sin embargo, Merlin tiene razón para criticar esta sentencia. Para que el derecho entre al patrimonio del legatario, es necesario que exista. ¿Puede tratarse de un derecho adquirido en favor de uno que no existe? ¿Se quita un derecho á aquel que no ha podido recoger ningún derecho, puesto que no existe? Esto es lo que Meyer funda muy bien. No podría haber retroactividad en perjuicio del legatario, puesto que en el momento en que se abrió el derecho, no había legatario (2).

237. Es tambien la ley existente al tiempo del fallecimiento la que rige los derechos de los herederos *ab-intestato*. El que era incapaz, conforme al derecho antiguo, puede recoger la herencia, si al tiempo de la apertura lo declara capaz una ley nueva. Las costumbres excluían á las jóvenes en provecho de los varones. Este privilegio fué abolido por las leyes dadas durante la Revolución. Resulta de allí que las jóvenes excluídas por la ley antigua, han podido recoger las herencias abiertas bajo la ley de 17 nivoso, año II. Ejercitaban ese derecho, aun cuando ellas hubieran renunciado la sucesión de su padre y madre, porque esta renuncia era supererrogatoria: no es en virtud de su renuncia por lo que eran excluídas, sino en virtud de la costumbre (3).

1 Sentencia de 27 de Noviembre de 1819 (Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 5, núm. 6).

2 Meyer, *Principios sobre las cuestiones transitorias*, p. 17.

3 Véanse las sentencias citadas, en Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 323.

Por el contrario, el que era capaz de suceder bajo el derecho antiguo, no puede recoger la herencia, si al tiempo de la apertura, la ley nueva le declara incapaz. La cuestión se ha presentado muchas veces ante la Corte de Bruselas. Al principio se decidió en sentido contrario en la especie siguiente. La costumbre de Ypres, conforme en este punto con la mayor parte de las costumbres de Flandes, establecía la sucesibilidad recíproca de los hijos naturales, tanto en la línea directa como en la colateral, entre ellos y sus parientes por la parte materna. Este derecho de sucesibilidad quedó abolido por el Código civil; y el hijo natural no sucede ya más que á su padre y madre que le han reconocido. Los hijos naturales, nacidos bajo el dominio de las costumbres antiguas, ¿tienen un derecho adquirido á la herencia de sus parientes maternos? La corte de Bruselas lo creyó; le parecía que la legislación nueva, hecha con objeto de mejorar la condición de los hijos naturales, nada quitaba á aquellos cuyo título existía anteriormente. No, ciertamente, si había título; pero la ley que llama á tales parientes á la herencia, no les dá ningún derecho, mientras que la sucesión no esté abierta en su provecho; hasta allí la ley puede cambiar, sin retro-obrar, el orden de las sucesiones. Pero, dice la Corte de Bruselas, la costumbre local debe por lo menos producir tanto efecto como la legitimación por decreto del príncipe. La comparación es candorosa. Efectivamente, la legitimación asegura al hijo natural un estado definitivo, y deja de ser natural para convertirse en legítimo, mientras que la costumbre que le dá un derecho de sucesibilidad, no le confiere ningún estado; permanece natural y sometido, como tal, á todas las variaciones de la legislación. Habiéndose presentado nuevamente la cuestión ante la corte, fué decidida conforme á los verdaderos principios. La capacidad de suceder está arreglada por la ley vigente al tiempo de la apertura de la sucesión; desde en-

tonces el hijo natural no puede ya suceder bajo el imperio del Código civil á sus parientes maternos, aun, cuando bajo el derecho antiguo, hubiera recogido las herencias (1).

238. La sucesión testamentaria dá lugar á otra dificultad. Es necesario que el testador sea capaz cuando testa, y es la ley existente en ese momento la que determina su capacidad ó su incapacidad. Pero debe combinarse este principio con el que rige la sucesión testamentaria lo mismo que la sucesión *ab-intestato*, es decir, que no dá derecho sino hasta la muerte del testador. En los países de derecho escrito, una jóven de edad de 12 años podía hacer testamento. El código civil (artículo 903) declara que el menor de edad que tenga menos de 16 años, no podrá disponer en manera alguna. ¿Es la ley nueva la que debe ser aplicada á los testamentos hechos bajo el derecho antiguo? No, si la testadora ha muerto antes de la publicación del código. El testamento está regido, en este caso, por la ley antigua; hay derecho adquirido en favor del legatario; y el legislador mismo no podría quitárselo. Pero ¿qué debe decidirse si la testadora ha fallecido bajo el imperio del código? Ella, desde entonces, está tachada de incapacidad por la ley nueva. ¿Esto hace retro-obrar el artículo 903? No, porque no hay derecho adquirido por el legatario antes de la apertura de la herencia (2).

Aplicando los mismos principios, debe decidirse que la ley que declara capaz de testar á un individuo que era incapaz para ello bajo el derecho antiguo, no hace válido el testamento que había hecho siendo incapaz. Meyer enseña lo contrario, pero su opinión ha quedado aislada (3). El testamento era nulo; es decir, que el testador no tuvo el derecho de querer lo que hizo. ¿Puede decirse que por

1 Véanse las sentencias en Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo* sec. III, § 6, núm. 1.

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*. sec. III, § 1, núm. 2.

3 Meyer, *Principios sobre las cuestiones transitorias*, Merlin, *Ibid*, sec. III, § 3, núm. 3.

sólo eso adquiere ese derecho y se considera confirmado su testamento? No, porque también se le puede suponer la voluntad contraria y decir que sabía que su testamento era nulo, y que no quiere darle ningún efecto. Es decir, que si quiere aprovecharse de la capacidad que le reconoce la ley nueva, debe hacer un nuevo testamento.

239. La mayoría de las costumbres daba al heredero puro y simple, en línea colateral, el derecho de excluir al heredero beneficiario; y el código no reconoce ya esta especie de privilegio. Una sucesión se abre conforme á la costumbre de París, y se acepta con beneficio de inventario antes de la publicación del Código civil. ¿El heredero beneficiado podrá ser excluido por un pariente que acaba de aceptar la sucesión pura y simplemente? Hay alguna duda. Puede decirse que en el momento que el heredero puro y simple quiera excluir al heredero beneficiado, la ley no reconocía ya ese derecho de exclusión; que no existe un derecho adquirido en virtud de la antigua ley, puesto que no lo ha ejercitado. La opinión contraria está autorizada por una sentencia de la Corte de París que, dice Merlin, descansa en razones que no tienen réplica. La dificultad consiste en saber, si el heredero que acepta pura y simplemente bajo el imperio del código, estaba llamado á la sucesión desde su apertura. Ahora bien, bajo el antiguo derecho, los autores enseñaban, como una doctrina incontestable, que el pariente que se presenta como heredero puro y simple, excluye al beneficiado en el sentido de que se le considera haber sido heredero desde el instante de la muerte del difunto y haber sido por él desde este instante traído á la sucesión. Lebrun compara al heredero beneficiario con un pariente que hubiera sido puesto en posesión de la herencia y que después fuera excluido por un pariente más cercano. Esto es proclamar enérgicamente, que el heredero que acepta pura y sencillamente, es llamado á suceder desde la apertura de la sucesión. Eso decide la cuestión.

Poco importa el momento en que acepta, porque no es desde la aceptación cuando su derecho nace; se remonta al fallecimiento del difunto (1)

240. Los primogénitos tenían, por ciertas costumbres, un privilegio que los mismos padres no podían quitarles. Una ley dada durante la Revolución, aplicó á las sucesiones el principio de igualdad que formaba la base del nuevo orden de cosas. ¿La ley de 28 de Marzo de 1790, quitó á los hijos primogénitos la mejora que les asignaban las costumbres? No habría podido hacerlo, sin violar el derecho de propiedad, para las sucesiones abiertas bajo el imperio de la ley antigua, aun cuando hubiese de por medio un interés social; pues el interés de la sociedad, por grave que sea, se detiene ante los derechos de los individuos. En cuanto á las sucesiones abiertas desde la publicación de la ley nueva, es cierto que los primogénitos no podrían reclamar la mejora establecida por la costumbre. Inútilmente habrían dicho que esta era una expectativa cierta é inmutable; pues se les habría respondido que un derecho de sucesión no abierta, no es un derecho; y que el legislador que les concedió la mejora pudo también quitárselas (2).

241. Lo mismo sucede con el derecho de devolución. Conforme á muchas costumbres belgas, los hijos de un primer matrimonio, cuyo padre se volvía á casar, tenían el privilegio de tomar además de su parte, en su sucesión, todos los bienes de que aquel se había encontrado dueño en el momento del fallecimiento de su madre. Esto es lo que se llamaba derecho de devolución. Este derecho fué abolido por la ley de 8 de Abril de 1791. ¿Los hijos cuyo padre se había vuelto á casar bajo el imperio de la ley antigua, conservaron este privilegio? Hay aquí un motivo de duda que no existe

1 Sentencia de la Corte de París de 15 de Mayo de 1811 (Dallóz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 330). Esta es la opinión de Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 6, núm. 4.

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 2, núm. 4.

en el derecho de primogenitura. Este es que los bienes del padre eran devueltos á los hijos del primer matrimonio por motivo del segundo, y desde este instante no podía ya enajenarlos ni hipotecarlos. Sin embargo, debe decidirse, que la ley nueva quitó el derecho de devolución aun para el pasado; y efectivamente, aunque los bienes fuesen devueltos á los hijos del primer matrimonio, el esposo que volvió á casarse no era expropiado antes de su muerte: este era un derecho de sucesión que no se abría sino hasta el fallecimiento del padre. La costumbre del Limbourg lo dice en términos que merecen ser reproducidos: «uno de los hijos que llega á morir antes del superviviente, se reputa una flor sin fruto y como si no hubiese nunca existido;» por consiguiente, las disposiciones que pudo hacer de los bienes devueltos «llegan á desvanecerse *por no haber esperado el vencimiento del plazo.*» La costumbre agrega: «que el superviviente, que sobrevive á todos sus hijos, es dueño de sus bienes como si no hubiese vencido el plazo fijado en el derecho de devolución.» Esto prueba que el derecho no era una sucesión anticipada, sino una simple expectativa, que no se abría sino á la muerte del esposo vuelto á casar, y en favor de los hijos que existían en ese momento. La ley podía, pues, abolir el derecho de sucesión, como puede abolir todo derecho hereditario no abierto. Así lo decidió la Convención Nacional: consultada sobre la cuestión que acabamos de examinar, decretó el 18 vendimiario del año II, que la ley de 1791 debía aplicarse á los bienes que al tiempo de su publicación estaban afectos á devolución en poder del esposo superviviente con hijos (1).

242. El derecho de pedir la separación de patrimonios está regido también por la ley existente al tiempo de la apertura de la sucesión. Esta es la ley que determina qué personas pueden pedir ese beneficio y cuáles son los efectos

1. Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Devolución consuetudinaria*, § 2.

de él. El principio es incontestable, pero su aplicación dió lugar á una singular cuestión. El título de Sucesiones, que arregla la separación de los patrimonios, fué promulgado el 9 floreal, año XI. Vino en seguida el título de Privilegios é Hipotecas promulgado el 8 germinal, año XII, cuyo art. 2111 dice, que los acreedores que pidan la separación de patrimonios, conserven respecto de los acreedores de los herederos su privilegio sobre los inmuebles de la sucesión por las inscripciones hechas sobre cada uno de esos bienes, en los seis meses á contar de la apertura de la sucesión. Una herencia se abre después de la publicación del título de las Sucesiones, pero antes de la del título de las hipotecas. Primera cuestión: ¿el art. 2111 se aplica á esta sucesión? Si la demanda de separación estaba ya intentada cuando la ley nueva fué publicada, fué regida por la ley antigua; luego el art. 2111 no es aplicable. Pero si la demanda se ha puesto después de la publicación de la ley nueva, el art. 2111 debe ser aplicado. Las cortes de Toulousse y de Bordeaux han fallado en sentido contrario, fundándose en el principio de que las leyes no disponen sino para el porvenir (1). Nosotros creemos que no hay retroactividad en aplicar el art. 2111 á las sucesiones abiertas bajo el derecho antiguo. La formalidad de la inscripción que este artículo prescribe, se estableció en provecho de terceros así como por interés general; y el legislador puede por lo mismo obligar á los acreedores que piden la separación, á que llenen esta formalidad. Nuestra ley hipotecaria sometió á la publicidad las hipotecas legales adquiridas antes de su publicación; y con mayor razón el legislador puede imponer á los acreedores la obligación de hacer pública la demanda de separación puesta bajo el imperio de la ley nueva. No les quita derecho alguno, únicamente arregla el ejercicio de su derecho y como lo hace por interés general, puede regir el

1 Dallóz. *Recpertoire*, en la palabra *Leyes*, núm. 328, y en la palabra *Sucesión*, núm. 1416.

pasado, y se presume que lo quiere, precisamente porque tiene por causa un interés general.

Existiría un derecho adquirido, si antes de la publicación del título de las Hipotecas, el heredero hubiera enajenado los inmuebles de la sucesión, aun cuando los acreedores hubieran hecho inscripción más tarde en virtud del art. 2111. Esto es lo que decidió muy bien la Corte de Caen (1). Antes de la publicación del título de las Hipotecas la separación de los patrimonios estaba regida por los artículos 878, 880 del Código civil, para las herencias abiertas después de la publicación del título de las Sucesiones. Ahora bien bajo esta legislación, la separación de patrimonios no era un privilegio; era un derecho que tenían los acreedores respecto de su crédito, un derecho que se conservaba sin inscripción, pero que se extinguía por la enajenación del inmueble, si con anticipación no se había ejercitado. Desde este instante el adquirente estaba al abrigo de la acción de aquellos; tenía un derecho adquirido que oponerles. Inútilmente habrían hecho la inscripción los acreedores después de la publicación del art. 2111; pues este artículo no podía quitar un derecho adquirido.

243. La aplicación del principio de la no-retroactividad con relación á la reducción y al producto, dió lugar á dificultades serias. Se hizo una donación entre vivos á un heredero bajo una ley que le dispensa de devolverla á la sucesión del donador. ¿Está obligado á hacer la devolución de ella, si la sucesión se abre bajo una ley que no admita al donatario suceder sino devolviendo lo que le ha sido donado por el difunto sin cláusula de mejora? Los autores se han dividido en esta cuestión y hay sentencias en sentido diverso. Chabot la decide por el principio de la irrevocabilidad de las donaciones. La donación entre vivos, dice, es irrevocable y debe estar regida en todos sus efectos por la ley

1 Sentencia de 2 de Diciembre de 1826, Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 328.

vigente al celebrarse el contrato. Pues bién, la devolución concierne á los efectos de la donación; ¿y no es uno de sus efectos ser ó no restituible? Esta es su ejecución; y su ejecución debe ser conforme á la voluntad del donador, y el donador quiso hacer una donación irrevocable, puesto que la ley bajo cuyo imperio donó, no sujetaba su liberalidad á la devolución (1).

Creemos que la cuestión no debe decidirse por el principio de la irrevocabilidad de las donaciones. Este principio no concierne más que á las relaciones del donador y del donatario; y significa que la liberalidad en nada debe depender de la voluntad del que da, porque dar y retener no vale, dice un adagio antiguo. Pero la irrevocabilidad de las donaciones no impide que ellas sean resolubles cuando están sujetas á devolución. Ahora bien, ¿quién determina cuáles donaciones están sujetas á devolución? La ley concurre aquí con el donador. Es el legislador quien decide si el heredero debe hacer la devolución, pero el donador le puede dispensar de ella en los límites de lo disponible. Resta saber ¿cuál es la ley que arregla la devolución? Lo es evidentemente la existente al tiempo del fallecimiento, puesto que en este momento nace la obligación de devolver. En cuanto á la voluntad del donador debe manifestarse en la acta de donación, puesto que todo es revocable respecto de él desde que la donación es perfecta.

Si es la ley existente al tiempo de la apertura de la sucesión la que decide cuáles donaciones son de devolverse, ¿debe inferirse de aquí con Merlin que esta es la ley que debe aplicarse siempre? Abriéndose bajo su imperio, dice, ella es la dueña absoluta, puede admitir lo que le agrade; y puede por lo mismo decir al donatario: «con-

1 Chabot, *Cuestiones transitorias*, en la palabra *Devolución ó sucesión*; (§ 1, tomo III, pág. 29). Mailher de Chassat, (*Comentarios*, tomo I, pág. 338 y siguientes), y Demolombe, (*Curso del Código civil*, tomo I, núm. 51), se han adherido á esta opinión. Hay sentencias en este sentido (Dall'oz, *Repertorio*, en la palabra *Leyes*, núm. 295).

servad vuestra donación, teneis derecho para ello; pero si la conservais no sucedereis (1). Esto nos parece muy absoluto. A no dudarlo, como lo dice la corte de Bruselas, la ley vigente en la época en que se abre una sucesión, es la que determina las devoluciones que hay que hacer, y aquel que va á suceder debe someterse á las condiciones que ella le impone si quiere ser heredero. ¿Pero es únicamente la voluntad del legislador la que arregla las devoluciones? Acabamos de recordar que la voluntad del hombre desempeña también su papel en este caso: ¿el donador no puede dispensar al donatario de la devolución? No basta, pues, que la ley lo obligue á devolver las liberalidades que recibió; también debe verse si no ha sido dispensado por el donante.

Ciertamente, si el donante había dispensado al donatario de la devolución, la ley nueva, al someter enteramente la liberalidad á la devolución, respetaría esta dispensa; y suponemos naturalmente que sostiene el derecho de dispensar al donatario de la obligación de la devolución. Es, pues, necesario ver si una donación hecha bajo el imperio de una ley, que no declara que deba devolverse, está dispensada por este mismo hecho de la devolución en virtud de la voluntad del donante. ¿No es de principio que se subentendian en los convenios las disposiciones de la ley, relativas á ellos? Cuando la ley estipula por las partes contratantes, éstas no tienen necesidad de hacerlo. Luego cuando se hace una donación bajo una ley que no obliga al donatario á la devolución, el donante no tiene necesidad de hacer que se ponga en la acta la dispensa de la devolución, pues está puesta en la ley. Finalmente, la cuestión es saber si el donante quiso hacer una donación que no se devolviera; y tal es, nos parece, la voluntad de los que donan bajo

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, §3, art. 6, núm. 2. Grenier, (*Donaciones*, tomo II, pág. 248). y Toullier, (tomo IV, núm 454, nota 1), son de esta opinión. Hay sentencias en este sentido. (Dallóz, en la palabra *Leyes*, núm. 295).

una ley que no obliga al donante á la devolución. Ahora bien, si el donante quiso hacer una donación que no se devolviera, la nueva ley no puede declarar que se devuelva, sin retro-obrar, sin quitar al donatario un derecho adquirido.

244. La ley concede á ciertos parientes una reserva que también se llama legítima, y les prohíbe por esto mismo disponer de todos sus bienes. Ha habido grandes variaciones en la legislación sobre el número de los reservatarios y sobre la extensión de sus derechos. De aquí proceden cuestiones transitorias muy difíciles. ¿Qué ley debe aplicarse: la de la época del fallecimiento, ó de la época en que el difunto dispuso de sus bienes? Existe un caso en el que no hay duda alguna. La ley existente al tiempo de la apertura de la herencia dá una reserva á ciertos parientes; los bienes que se encuentran en la sucesión *ab-intestato* no bastan para completar la legítima, habiendo hecho el difunto legados que exceden de lo disponible; es cierto que los herederos legítimos pueden pedir la reducción de los legados. ¿Pero cuál ley debe aplicarse? Evidentemente la que estaba vigente al hacerse la apertura de la herencia. En efecto, los derechos de los reservatarios y de los legatarios comienzan en el mismo instante, en el de la muerte del difunto; pues bien, en este momento, la ley nueva es la que determina la cuota disponible y la reserva. Poco importa el imperio de la ley bajo la cual dispuso el testador de sus bienes, pues no teniendo efecto su testamento sino hasta su muerte, se juzga que dispone en el instante en que muere. No se puede decir que tuvo la intención de disponer conforme á la ley existente al hacer su testamento, porque sabe que no dispone actualmente, sabe que no dispone sino para la época de su muerte, y su voluntad no puede ser otra que la de aquella bajo cuyo dominio se abre su testamento. En cuanto al legatario, nunca puede invocar derecho contra la ley nueva, apoyándose en la que

existía al tiempo de su testamento, porque no tenía derecho alguno en virtud de la ley antigua; y su derecho no comienza sino bajo la nueva, y es por lo mismo esta ley la que lo rige.

Los autores y la jurisprudencia están unánimes. Bajo la ley de 4 germinal, año VIII, el difunto no podía disponer más que de una porción del hijo, cuando él dejaba descendientes. El Código civil (artículo 913) aumenta lo disponible. Un padre dispone, en provecho de uno de sus hijos, de la cuota disponible, bajo el imperio de la ley de germinal, y muere después de la publicación del código. ¿Conforme á qué ley debe arreglarse la reserva? La corte de Riom decidió que debe aplicarse la ley nueva, porque el testamento no tiene existencia sino hasta la muerte; es la ley del tiempo del fallecimiento la que determina los derechos del legatario y de los reservatarios (1). Esto no quiere decir que el testador no pueda limitar los derechos del legatario á la cuota determinada por la ley bajo la cual dispone; su voluntad es soberana, y si la expresó, se ejecutará, en el caso en que aumente lo disponible. Sucedería de otra manera si lo disponible disminuyese; no pertenece al testador traspasar lo disponible fijado por la ley del tiempo de la muerte; es libre para dar menos pero no puede dar más. La corte de casación decidió que, en lo que concierne á la cuota disponible, el testamento está regido por la ley existente al tiempo de la muerte del testador (2).

245. La cuestión es más difícil cuando los legitimarios, no encontrando su reserva en la sucesión, piden la reducción de las donaciones entre vivos. Hay controversia y duda. Lavasseur aplica á las donaciones el mismo prin-

1. Véanse la doctrina y la jurisprudencia en Dallóz, en las palabras *Disposiciones entre vivos*, núms. 584 y 585.

2. Sentencia del 2 de Agosto de 1853 (Dallóz, *Colección periódica*, 1853 1, 300).

cipio que acabamos de establecer para los legados; y cree que es siempre la ley de la época del fallecimiento del donante la que arregla los derechos de los reservatarios; y por consiguiente, lo disponible. La cuota disponible, dice, no puede arreglarse sino hasta este momento; y efectivamente, depende de la reserva; pues bien, la reserva es un derecho de herencia, derecho que no se abre sino hasta la muerte. En el momento en que el difunto dispuso entre vivos, no había reserva, y por tanto, nada disponible. No es, pues, la ley de este día la que arregla la cuota de que el donante puede disponer; no es sino hasta el día del fallecimiento, cuando se sabrá quién es heredero reservatario y cuál la porción de los bienes que la ley les reserva (1). Esta opinión la siguen los autores de la *Jurisprudencia del Código civil* (2). Hay también algunas sentencias en este sentido (3). Pero la opinión general es que, para fijar lo disponible y la reserva, se debe consultar la ley vigente en el momento de la donación. Con todo eso hay divergencias en la aplicación del principio. Nosotros vamos á exponer esta doctrina, reservándonos hacer en seguida nuestras salvedades.

246. Primera hipótesis. La ley nueva concede una reserva á los padres que no la tenían en virtud de la ley existente cuando se hizo la donación. En el derecho antiguo, los ascendientes no tenían reserva con perjuicio de los esposos de sus hijos; un hijo podía dar todo á su mujer, una mujer podía dar todo á su marido, sin que su padre, su madre, ni sus abuelos, pudiesen reducir sus liberalidades. El código civil, por el contrario, concede una reserva á los ascendientes (artículo 915), y ellos pueden hacerla valer contra todo donatario, sin excepción. Según nuestras cos-

1. Lavasseur, *Tratado de la cuota disponible*, núm. 193.

2. *Jurisprudencia del Código civil*, tomo VII, p. 115.

3. Véase Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Disposiciones entre vivos*, núms. 595—599.

tumbres antiguas, los hijos naturales generalmente no tenían sobre la sucesión de sus padres más derecho que el de alimentos; el código les concede un derecho de sucesión (artículo 757), y por consiguiente, una reserva. ¿Los ascendientes y los hijos naturales pueden pedir la reducción de las donaciones entre vivos, hechas bajo el imperio de la legislación antigua? La mayoría de los autores y la jurisprudencia se pronuncian sin vacilar en favor de los donatarios. Esta opinión se funda en lo irrevocable de las donaciones. Aplicar la ley nueva á las donaciones hechas bajo la garantía de la ley antigua, sería, se dice, quitar á los donatarios un derecho de propiedad irrevocable que han adquirido y que está en su dominio desde el momento en que la donación es perfecta: eso sería violar el principio de la no-retroactividad. Lo mismo sucedería si las liberalidades habían sido hechas bajo la forma de una institución contractual. Inútilmente se diría que el instituido no tiene más que un derecho de sucesión, y que ese derecho solamente se abre á la muerte del instituyente, si el heredero contractual le sobrevive; que ese derecho es, por consiguiente, de la misma naturaleza que el legado y debe regirse por los mismos principios. No, el instituido tiene su derecho por un contrato, y ese derecho no puede quitársele, ni por una ley nueva ni por la voluntad del donante. Desde que el derecho es irrevocable, debe regirse por la ley del tiempo en que se celebró el contrato, y en nada puede alterarse por una ley posterior. En ese sistema, debe decirse que el legislador mismo no podría dar un efecto retroactivo á la ley nueva, puesto que sería quitar á los donatarios un bien que está en su dominio; y sería expropiarlos, no por causa de utilidad pública, sino por el interés privado del reservatario (1).

1 Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Reserva*, sec. VI, núm. 8. Véanse los autores y las sentencias citadas en Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Disposiciones entre vivos*, núms. 600 y siguientes.

247. Segunda hipótesis. Los reservatarios son los mismos, según la ley antigua y según la nueva, pero la cuota de la reserva se ha aumentado. Así lo determina nuestro derecho antiguo y el Código civil: el uno y el otro conceden una legítima á los hijos, pero la legítima antigua era más débil que la que el código estableció bajo el nombre de reserva. ¿Los hijos pueden reducir las donaciones hechas bajo el imperio de nuestras costumbres, conforme al artículo 913 del código? No, dice la opinión general; porque es un principio que la ley posterior no puede despojar á los que tienen un derecho irrevocable en virtud de un contrato; ahora bien, tales son los donatarios y los herederos contractuales. Su derecho es irrevocable, puesto que procede de una donación irrevocable por su esencia. Es cierto que deben esperar la reducción, si el donante ha traspasado los límites de lo disponible y acortado la reserva; ¿pero á cuál legítima deben atenerse? Naturalmente á la que está establecida, y conocida en el momento mismo en que contratan. No se puede, dice Merlin, sin caer necesariamente en el defecto de retroactividad, disminuir sus derechos en virtud de una ley nueva. En vano, dice Lavasseur, que el donatario ha debido atenerse á una ley nueva, que aumentaría la reserva. Merlin responde con cierta especie de desdén: «si este razonamiento fuera verdadero, nunca habría retroactividad, y esa palabra debería borrarse de toda legislación. Muchas personas pensarán, sin duda, que un donatario no podía ni debía atenerse á una ley nueva y que en general se contrata bajo la fe de la ley que rige el contrato. Ahora bien, para todas estas personas, la opinión contraria parecerá, evidentemente, fundada en principio.» Las sentencias no son menos terribles: la corte de casación decidió sobre la requisitoria de Merlin, que las cortes de apelación negándose á aplicar el Código civil á las donaciones anteriores, habían

hecho *la más justa aplicación* del artículo 2 del código (1).

248. Tercera hipótesis. Cosa singular, después de haber afirmado con tanta certidumbre el principio de que la ley nueva no puede regir las donaciones anteriores, los autores se dividen, cuando la ley nueva disminuye ó deja abolida la reserva. Los hay que permanecen lógicos hasta el extremo y que enseñan que el principio de irrevocabilidad de las donaciones debe aplicarse en todos los casos, cuando la reserva disminuye, lo mismo que cuando aumenta. Según los términos del artículo 913, la reserva es de dos terceras partes cuando el padre muere dejando dos hijos y lo disponible de la tercera parte restante. Un padre, bajo el imperio de este artículo, da la mitad de sus bienes. Viene una ley nueva que permite al padre donar esta mitad, fijando en la mitad la reserva. Esto no impedirá á los hijos reducir las donaciones hechas bajo el código, y conforme al código, es decir, á la tercera parte. Es la ley del contrato la que fija irrevocablemente los derechos del donatario; una ley nueva no puede aumentarlos ni disminuirlos. Tal es la opinión de Chabot seguida por Marcadé y Dallóz (2).

Merlin retrocedió ante las consecuencias del principio que asienta, y propone una excepción, cuando la ley nueva disminuye ó deja abolida la reserva. La ley de 17 nivoso, año II, concedía una reserva á los herederos colaterales; el código no la da ya en línea colateral. ¿Un pariente colateral podría atacar las donaciones hechas bajo la ley de nivoso, cuando la sucesión se abre después de la publicación del código? No, dice Merlin. La ley de nivoso no permitía disponer más que de una décima parte cuando el donante dejaba descendientes; el código aumen-

1 Sentencia de 9 de Julio de 1812 (Merlin, *Repertorio*, en la palabra *Reserva*, sec. VI, núm. 8).

2 Véanse los testimonios en Dallóz, *Repertorio*, en las palabras *Disposiciones entre vivos*, núm. 637.

ta lo disponible y disminuye la reserva. Si el padre dispuso bajo la ley de nivoso, ¿es la ley del contrato la que debe aplicarse, y los reservatarios podrán reducir las donaciones en virtud de esta ley? No, responde Merlin. Es la ley del tiempo del fallecimiento la que debe aplicarse. Merlin emite esta opinión como cierta y ni aún se toma el trabajo de motivarla, limitándose á citar una sentencia del tribunal de Loudun, que así lo decidió. El fallo, proclamando absolutamente el principio de la irrevocabilidad de las donaciones, dice que es necesario combinarlo con el principio que rige la legítima. Esta no puede ser pedida, sino después de la apertura de la sucesión, porque el legitimario no la adquiere sino por la muerte; ahora bien, las sucesiones son regidas por las leyes que existen al tiempo de su apertura, y es entónces, únicamente, cuando se sabe si hay lugar á una legítima, y el legitimario no puede obrar sino en virtud de la ley que rigió la sucesión, puesto que es esta ley la que estableció su derecho. De allí se infiere que no puede pedir más que lo que esta ley le concede (1).

249. Al ver á Merlin, ese talento tan jurídico, retroceder ante la aplicación lógica del principio de donde parte, que es la ley del día en que se hizo la donación, la que fija la disponible, nos ocurrieron dudas sobre el principio mismo. ¿Si el principio es justo, no debe aplicarse á todas las hipótesis? ¿Qué, si las consecuencias á que conduce son inadmisibles, no probaría esto que el principio es falso? Indudablemente, las donaciones son irrevocables, pero esto no es verdad, y ya lo hemos dicho, sino entre el donante y el donatario; la irrevocabilidad no impide que las liberalidades entre vivos no puedan ser devueltas, y en este caso, lejos de ser irrevocables, son resolubles. Por lo

1 Una sentencia de la corte de Orleans, lo había decidido así; y ha sido casada por sentencia de 16 de Abril de 1862 (Dallóz. *Colección periódica*, 1862, 1, 275). La corte se funda, como siempre, en lo irrevocable de la donación.

mismo, á pesar de su irrevocabilidad, están sujetas á la reducción; aun en ese caso, se pueden resolver del todo ó en parte. Merlin confiesa, y todo jurisconsulto dirá con él, que la reducción es una resolución (1). Lo que quiere decir que las donaciones se han hecho bajo condición resolutoria. ¿Cuál es esta condición resolutoria y de dónde se deriva? No hay más condiciones resolutorias, como dice Chabot, que las que se han estipulado por las partes ó establecido por la ley. En materia de reducción, no puede haber cuestión de condiciones convencionales, porque lo disponible y la reserva no dependen de los convenios; los legitimarios vienen, por el contrario, á resolver los contratos que las partes quisieron hacer irrevocables; no puede, pues, tratarse más que de una condición resolutoria legal; esta es, en efecto, la ley que estableció la reserva. ¿Pero cuál ley? Allí está el nudo de la dificultad.

Chabot responde que la condición resolutoria legal es la escrita en la ley existente en el momento del contrato, ley á la cual las partes se han sometido necesariamente (2). Aquí está á nuestro juicio, el error que arrastró á la doctrina y á la jurisprudencia. No, no es la ley del día en que se hace la donación la que determina la reserva y por consiguiente, lo disponible, porque la reserva es un derecho de sucesión, luego derecho eventual, incierto, que podrá existir y que también podrá no existir, dependiente todo él de la ley que esté vigente cuando se haga la apertura de la herencia: esta ley podrá aumentar la reserva, y podrá también disminuirla y hasta abolirla. En el momento, pues, en que la donación se hace, el donante y el donatario no saben, si habrá una legítima é ignoran cuáles serán los derechos de los legitimatarios. ¡Y se quiere que las partes se hayan referido á la ley que existía en

1 Merlin. *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, sec. III, § 3, art. 6.

2 Chabot, *Cuestiones transitorias*, en la palabra *Reducción*, tomo III, pág. 84.

el momento de la donación! Puesto que la donación podrá resolverse del todo, ó en parte por la reserva, es la ley que fija la reserva, la que determina la condición resolutoria á que está sometida la donación, y esta ley es la del tiempo del fallecimiento.

Decimos que las partes tampoco saben, en el momento en que hacen la donación, si habrá una reserva. La ley existente al tiempo de la donación nada les dice á este respecto, porque no es esta ley la que regirá la reserva, y si hay reserva, es la que existirá desde la muerte del donante. Supongamos que el legislador aboliese toda reserva, ó que, como ya se ha visto, declara que ciertos parientes á los que la ley concedía una legítima, no la tendrán ya. El difunto dispuso de todos sus bienes por institución contractual. ¿Acaso los parientes, que tenían una reserva en virtud de la ley vigente al tiempo del contrato, vendrán á reducir esta donación? Para obrar en reducción, es necesario tener una cualidad, se necesita ser legitimario; pues bien, ya no existen legitimarios. ¿Con qué derecho esos parientes reducirán las donaciones hechas por el difunto? Sin embargo, es necesario concederles ese derecho, partiendo del principio de que es la ley existente al tiempo de la donación, la que establece la condición resolutoria. Merlin admite el principio, pero retrocede ante la consecuencia, y tiene por qué; pues si se aplica el principio, deberá permitirse á los parientes que no son legitimarios, tratar de la reducción, es decir, pedir una legítima. ¡Habrà, pues, una legítima sin que haya legitimarios! ¡Habrà una legítima bajo una ley que la abolió! Un principio que conduce á consecuencias semejantes, ¿puede ser verdadero?

Hemos hecho una suposición extrema, pero que se ha realizado ya respecto de los colaterales á los que la ley de nivoso concedía una reserva, mientras que el Código civil se las quita. Supongamos ahora, que la reserva disminuye en virtud de la nueva ley, la consecuencia será también ente-

ramente inadmisibles, y ella en efecto asustó á Merlin. La legítima era la mitad de los bienes del donante en el momento de la donación; al tiempo de la apertura de la herencia, no es más que de la tercera parte. Esto se ha hecho, aunque en otras proporciones. ¿Los legitimarios consentirán en que se haga la reducción en virtud de la ley del contrato? ¡Tomarán, pues, la mitad para su reserva y esto bajo una ley que no les da más que la tercera parte! ¿Con qué derecho reducirán las donaciones á la mitad? Son legitimarios, es cierto, pero no lo son más que de un tercio; más allá de este tercio ya no son legitimarios, son herederos. ¿Por ventura los herederos no legitimarios pueden obrar en reducción? Marcadé invoca el principio de la no-retroactividad, para justificar este singular resultado. La donación, dice, era válida únicamente por la mitad, pues los donatarios no tienen derecho más que á la mitad; por consiguiente, es necesario permitir la reducción de esta donación en la mitad: dejarles los dos tercios en virtud de una ley nueva, es hacer retro-obrar á esta ley (1). Respondemos que no puede haber cuestión de retroactividad, porque no hay derecho convencional que se haya alterado, no habiéndose fijado los derechos de los donatarios y de los legitimarios sino hasta la muerte del donante.

Queda la última hipótesis: la reserva aumenta. Aquí se pretende que habría retroactividad necesaria, evidente, si se reducían las donaciones en virtud de una ley nueva que disminuye lo disponible. Los donatarios, se dice, tienen un derecho irrevocable, que la ley nueva no puede quitarles; luego, no puede disminuirlo, porque disminuirlo es quitarlo en parte (2). ¿Pero es exacto decir, que el derecho de los donatarios no puede quitárseles por una ley nueva? Se ol-

1 Marcadé, *Curso elemental de derecho civil*, tomo I, p. 40.

2 Fallado en este sentido por la Corte de Montpellier, 21 de Enero de 1851, (Da-llóz. 1851. 2. 204).

vida que la donación no les da más que un derecho resolutorio, cuando existen reservatarios. Ahora bien, ¿quién determina la extensión de esta condición resolutoria? La ley. ¿Y qué ley? La que existe al tiempo del fallecimiento. Cuando el legislador aumenta la reserva y disminuye lo disponible, no quita derecho alguno, porque no había más que un derecho resoluble, y los donatarios sabían que su derecho sería resuelto en virtud de la ley que existiera al tiempo del fallecimiento. Aun cuando se supusiera que la ley nueva abolió lo disponible, hiriendo todos los bienes de reserva, no habría retroactividad, porque cuando la donación es absoluta, el donatario ningún derecho tiene más que á los frutos, segun el Código civil (art. 928); y en cuanto á la propiedad, depende de la condición resolutoria, y esta condición está en manos del legislador.
