

do su pago. De allí infiere con Proudhon, que la ley nueva puede conceder lo que la caucion estaba ya con derecho de obtener, puesto que podia obligar al acreedor á ceder sus acciones; y es necesario decir que desde la publicacion del código, esta cesion es inútil, teniendo lugar la subrogacion legal. Merlin encuentra muy juiciosa esta observacion, 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 retroactividad en la aplicacion que se hace de una ley nueva á un contrato anterior, cuando la ley bajo la cual se verificó ese contrato, ofrecia 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 casacion juzgó muy bien. El legislador sin duda habria podido declarar que las cauciones gozarian de la subrogacion legal, aun cuando se hubieran contraido bajo la ley antigua, porque no hay en juego ningun derecho adquirido. Pero al hacerlo, habria 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 tenian en virtud de su contrato, y que no puede quitarles un derecho que allí se encuentra estipulado, á ménos 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 retrotraeria sin razon, 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 razon, la ley de los contratos. Los autores se han

adherido á la opinion de Merlin, aunque con alguna vacilacion, como lo confiesa Dalloz (1).

## § 2. Aplicacion.

### NUM. 1. 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 dia 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 llevado las formalidades que la ley prescribe, todo está consumado; han obrado conforme á la ley, y ésta debe sostener y sancionar lo que han hecho. No habria ya seguridad en las relaciones civiles, como dice muy bien Meyer, si el legislador pudiera prescribir formalidades nuevas que las partes no podian conocer cuando celebraron sus convenios (2).

202. La aplicacion de esos principios á las formas de los testamentos, ha tenido alguna dificultad en los primeros tiempos que siguieron á la publicacion del código. Muchas cortes decidieron que la ley nueva regia los testamentos anteriores, aun en cuanto á la forma. Hay algo de especioso en esta opinion. 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? Despues 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

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

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

la cual ha muerto el testador. El testador sabia, y debia 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 opinion, segun creemos con razon. 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 dia 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 decision son idénticas, aunque los contratos sean irrevocables y los testamentos revocables: y es que la revocabilidad nada tiene de comun con las formas del acto (1).

• 203. Merlin pregunta, si el legislador podria someter los testamentos hechos bajo la ley antigua, á las formas prescritas por la ley nueva. Creé que lo podria hacer, sin violar el principio de la no-retroactividad. 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 razon 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 derogaria sin razon el principio de la no-retroactividad. Indudablemente, no quita derechos ad-

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

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

quiridos; y podria, aun sin violar el derecho de propiedad, regir el pasado. ¿Pero tiene una razon para hacerlo? Esta es la verdadera cuestion.

¿Cuál es el objeto de las formas instrumentales? Es asegurar la libre expresion 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 segun el cual el acto es válido, cuando se ha efectuado conforme á la ley del lugar donde se verifica. Por la misma razon debe tambien seguirse la ley del tiempo en que se efectúa. ¿Por qué, pues, una ley nueva vendria á declarar que un acto practicado bajo la ley antigua no es la expresion de la voluntad de aquel que allí figura? ¿No seria eso deshacer lo que el legislador mismo ha hecho? El testador que viera anulado su testamento, no podria 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 decia con Merlin, que puede abolir la facultad de testar y que con mayor razon puede imponer nuevas formas aun para el pasado, el testador le responderia que esto es razonar mal, que el que puede lo más, no siempre puede lo ménos, porque hay muchas veces motivos para permitirle lo más y para prohibirle lo ménos. 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 seria derogar sin razon el principio de la no-retroactividad, al anular los actos practicados conforme á la ley (1).

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

Hacemos notar además, que en la opinion de Merlin, el juez no podria aplicar la ley nueva á los testamentos anteriores, aunque el legislador hubiera podido hacerlo sin lastimar un derecho adquirido. En consecuencia por confesion del gran jurisconsulto, el juez no puede aplicar la ley al pasado, aunque el legislador hubiera podido retroobrar y aun cuando no quitara algun derecho adquirido. Esta es una confirmacion 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 podria 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 aplicacion en las condiciones intrínsecas requeridas para la validez de los contratos. Aun el interés general, creemos que no justificaria una derogacion 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 sucesion está regida por la ley del dia en que se celebró el contrato (1). El código prohíbe los pactos sucesorios, mientras que el derecho antiguo los permitia bajo ciertas condiciones. Son válidos si esas condiciones se han observado, y permanecen válidos bajo el imperio del código, aunque la prohibicion esté fundada en la moralidad pública. Hay,

1 Sentencia de la corte de Montpellier de 6 de Abril de 1835 (Dalloz, *Repertorio*, en la palabra *sucesion*, núm. 608).

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 las convenios matrimoniales (1). En el derecho antiguo existian costumbres que permitian á los esposos hacer su contrato despues de la celebracion 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 antes de la publicacion del código pudieran válidamente hacer un contrato de matrimonio bajo el imperio de la ley nueva (2). No se puede decir en este caso que hay un derecho adquirido, puesto que los esposos no han celebrado todavía contrato. El legislador habria podido prescribirles que celebraran uno dentro de un plazo determinado y declarar que á falta de convenio quedarían sujetos al régimen de la comunidad legal. Pero lo que el legislador habria podido hacer, no lo puede el juez, porque no está en su facultad prescribir las medidas que sirvan de transicion 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, despues de su matrimonio, las convenciones que quieran, y las pueden celebrar cuando quieran, debiendo el juez respetar su derecho y no pudiendo

1 La validez de una constitucion de dote hecha bajo el imperio del Código civil por un individuo que estaba en interdiccion 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 1º de Julio de 1840, en Dalloz, 1843, 2, 117).

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