

el juez la misma facultad? Esta es la verdadera dificultad.

Es muy cierto, como dijo la corte de casacion, que las leyes que modifican el estado de las personas deben ser aplicadas desde el dia 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 rijan inmediatamente el pasado; pero no sucede lo mismo cuando se trata de levantar la interdiccion. 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 interdiccion estaba levantada de pleno derecho por el Código, ¿qué sucederia? Que los individuos declarados incapaces por sentencia, se convertirian repentinamente en capaces: capacidad funesta, puesto que seria su ruina.

No, el juez no puede decidirlo así, ni lo podria sino tal fuese la voluntad del legislador; y ¿cómo suponerle una imprevision tan imperdonable? ¿Se dirá que, segun nuestra opinion, se presenta el mismo peligro, puesto que el tribunal debe decretar el levantamiento de la interdiccion 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 interdiccion, se apresurarán á provocar el nombramiento del consejo.

La corte de casacion imaginó un medio más enérgico de prevenir el peligro que señalamos; ¿pero puede el juez convertir la interdiccion 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 omision de la ley, el juez no puede decidir

lo que el legislador debió hacer; esto equivaldria á hacer la ley, mientras que su mision se limita á aplicarla. Chabot dice que la sentencia de la corte de casacion, que criticamos, no se dió sino despues de una animada discusion; 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 sucesion 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 tambien 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

1 Chabot, *Cuestiones transitorias* en la palabra *Pródigo*, § 1, (tomo III, pág. 3 y siguientes).

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

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 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.

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

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 quitárnoslos 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); hé 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 Napoleon que permitía á las partes contratantes estipular el interés que quisieran. ¿Qué suerte corrian los contratos celebrados ántes de la publicación del código? El interés convencional forma un derecho adquirido, porque el derecho está en el dominio del acreedor, y desde entónces 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

1 Véanse los núms. 153 y 160 al 162.

ley de 1807 fué dada en nombre de la moral pública y del interés general; luego las leyes de orden público siempre son retroactivas (1). Si, 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 opinion de Merlin (2).

Es verdad que una ley romana decidió la cuestion en un sentido contrario. Justiniano, al reducir los intereses á una tasa fija, decretó que los convenios anteriores á la constitucion se arreglarían por la ley nueva (3). Esta era una violacion 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 expropiacion por causa de religion. 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* algun 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 sucesion, el derecho no está adquirido sino cuando se hace la apertura; hasta entónces el 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 algun contrato; el heredero instituido por contrato de matrimonio tiene

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

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

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

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 condicion, 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 distincion entre el legislador y el juez. El legislador no está atado sino por la Constitucion que le manda 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 cuestion 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 intencion de los autores del código, el principio de la no-retroaccion se dirigia al legislador como consejo, como regla de derecho natural. Efectivamente, el legislador no debe perturbar los intereses particulares sin causa legitima; si lo hiciera, se enajenaria los ánimos que, por el contrario, debe procurar ganarse. ¿Qué razon 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 por que 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 condicion de la vida. Es cierto que hay, como excepcion 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 mision 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 cuestion 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 cuestion, pues, es ésta: ¿cuándo, en la omision de la ley, puede el juez admitir que el legislador quiso regir el pasado?

Con anticipacion respondimos á la pregunta. Si la nueva ley es de interés general, el juez debe aplicarla al pasado, porque debe creer que la intencion 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 permita regir el pasado; lo hace para no lastimar demasiado los intereses; pero esta es una excepcion, 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 es de interés general, ¿el juez puede aplicarla al pasado, fundándose en que el legislador habria *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 ata-

do 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 retroactividad. 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 regia 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. Si, 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 habian 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 anonadarian 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

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

de ellas se ha hecho, la cosa que es su objeto se ha convertido en propiedad nuestra (1). 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 ántes del ejercicio de la facultad; porque en materia de convenciones, el legislador y el juez 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 recibien-

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

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.