

miasmático, el frío, la perversa alimentación, como cochos, fruta verde etc., obran por los motivos arriba mencionados con una energía triplicada i arrastran con el resto de las víctimas que la muerte había respetado.

Estas son las grandes causas de la mortandad excesiva que se observa en los párvulos de Santiago.

---

Memoria presentada a la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas por don ANTONIO F. GUNDIAN, para obtener el grado de Licenciado en dicha Facultad.

## CUESTIONES TRANSITORIAS SOBRE TESTAMENTOS.

### INTRODUCCION.

Señores:

La reciente promulgacion de nuestro Código Civil nos trae en la actualidad, cruzando la embarazosa época que naturalmente sigue a la sustitucion de antiguas leyes, *informes, i heterocójenas* como eran las nuestras, por un Código completo, sistemática i filosóficamente redactado. La simple transicion de una lejislacion a otra ha sido siempre origen de multitud de cuestiones en casi todas las materias del derecho; i entre ellas por lo regular han ocupado un lugar preferente las relativas a los testamentos, tanto por la importancia de estos actos, cuanto por las grandes dificultades que por su misma naturaleza presentan que vencer. En la persuasion de que cualquier trabajo sobre esta materia, por insignificante que sea, no es posible que deje de tener alguna utilidad, es que no he trepidado en elejir el tema precedente para esta disertacion o memoria, que debe llenar lo prescripto en los estatutos de esta Universidad, a fin de obtener el título de Licenciado en la Facultad de Leyes i Ciencias Políticas.

Mas, para tratar estas cuestiones, se requieren ideas jenerales por lo ménos sobre la Retro-actividad Lejislativa; i es por ésto que se hace indispensable nos permitamos cuatro palabras siquiera sobre este punto, de que es tan solo una pequeña parte el tema que me he propuesto dilucidar.

En casi todas las lejislaciones encontramos formulado este principio: « La lei no tiene efecto retro-activo » cuya significacion literal no es otra sinó que la lei nunca obrará ácia atras, sometiendo a su dominio lo pasado; de modo que no es mas que una fórmula jenérica, comprensiva de todos los casos en que debe suspenderse el imperio o fuerza obligatoria de la lei nueva dejando en estos mismos casos sobrevenirse a sí mismas las leyes que antes existian, i que no tienen ya ningun valor actual.

Su fundamento es lójico: la lei es un mandato que debe obedecerse; i no pudiendo ser su obediencia sino posterior a su conocimiento, las obligaciones que

impone como los derechos que confiere no podrán ser necesariamente sino para el porvenir, quedando lo pasado como fué, sometido a las leyes i costumbres que le rijieron. Si no fuera así, si las acciones del hombre pudieran ser calificadas por leyes posteriores ¡cuán inseguro sería su destino! ¡que monstruoso, ver una lei castigando no solo actos licitos sino aun obligatorios en fuerza de leyes precedentes, que debian tambien obedecerse! cosa que, como dice Proudhon, sería el colmo de la injusticia. La lei no puede, pues, comprender lo pasado, no puede obrar de un modo retro-activo, sin ser contraria a la lójica, a la equidad, i a la justicia, que deben presidir su formacion.

La existencia de este principio es pues, necesaria: e inmensa debe ser su utilidad; pues que en efecto protege nuestros derechos; nos hace marchar seguros acerca de la apreciacion legal de nuestras acciones, i en suma, da a nuestras relaciones jurídicas la necesaria estabilidad, sin que tengamos que temer las reformas o variaciones que, como todas las cosas humanas, tienen por necesidad que sufrir las leyes de todos tiempos i paises. Mas, todas estas ventajas no llegan a hacerse efectivas sino en la práctica, cuando se presentan los casos en que la lei debe aplicarse; puesto que él no hace otra cosa, que indicar cual es de las dos leyes la que debe rejir el caso en cuestion: si la nueva, o bien la antigua, porque aplicada aquella, habria de ser contravenido, obrando la lei del modo que prohíbe. Lo mui útil e importante como lo jenérico i comprensivo que es, hacen pues indispensable fijarse en él, estudiarlo, analizarlo, procurando definir con claridad qué es lo que se debe entender por obrar la lei ácia atras; qué, considerarse como lo estrictamente pasado en lo relativo a la aplicacion de la lei.

Si se tratara solamente de calificar las acciones humanas, o de definir derechos de aquellos que se adquieren con la realizacion de ciertos i determinados sucesos, la fecha de la promulgacion de la lei nueva indudablemente nos habria de dar la verdadera norma: ella señalaria siempre con toda exactitud las acciones i sucesos que hubieran de quedar sometidos a una u otra de ámbas leyes.

Pero no siempre sucede así, no todas se proponen tan solo esos objetos, sino al contrario, hai leyes que determinan la condicion o estado civil de las personas con el conjunto de derechos que son propios de cada estado; i si bien el estado mismo no se adquiere sino en virtud de haberse realizado los sucesos simples o complexos que la lei señala para tal objeto, sus derechos respectivos son por el contrario adquiridos en fuerza de la lei tan solamente i sin mas condicion que la adquisicion primitiva del respectivo estado. Si hubieran de respetarse tales derechos como procedentes de un suceso pasado, de el estado adquirido antes de la nueva lei, es evidente que ésta no podria ser obligatoria sino tan solo para los que hubiesen nacido con posterioridad a su promulgacion; i como dice Blondéau «habria su verdadero absurdo en querer que el lejislador no pudiese cambiar sino la suerte de la siguiente jeneracion, mientras que no es en cierto modo mas que un verdadero mandatario de la jeneracion actual».

Por otra parte, derechos hai tambien que no se adquieren con la realizacion de un suceso simplemente; sino que, principiando a adquirirse de cierto modo, su adquisicion no se completa, sino hasta trascurrido cierto tiempo o verificado tal otro suceso: casos en los cuales de bien poco servirá la fecha, si la nueva lei se ha promulgado antes de realizarse el suceso complementario que debia producir la definitiva adquisicion del derecho.

I finalmente, hai muchas otras leyes que imponen simples obligaciones, que

dan nuevas garantías al individuo, o determinan nuevos medios de hacer efectivos los derechos anteriormente adquiridos; las cuales obran en las personas a virtud solo de su misma fuerza obligatoria e independientemente de toda condición o suceso que pudiera señalarse en el tiempo.

La simple confrontación de fechas no es, pues, bastante para desliar lo porvenir de lo pasado, sino en ciertos i determinados casos; siendo por consiguiente forzoso buscar una senda mas segura que guie en la aplicación del principio que ha hecho decir a Durantón no sin justicia: «Ninguno es mas sencillo en apariencia, i es sin embargo bien difícil medir con exactitud su verdadera estension.»

Efectivamente, lo limitado de las relaciones del hombre consigo mismo i los demás seres del Universo, que forman el vasto campo o esfera de acción sometido al dominio de la lei positiva; lo variadas i de distinta naturaleza que por esto mismo tienen que ser la multitud de leyes especiales que componen el conjunto o cuerpo del derecho; son sin duda lo bastante a hacer que se presente tan gran variedad de casos prácticos, que imposible habria sido no nacieran las infinitas dificultades de aplicación que se han suscitado en efecto; siendo algunas tan graves que han hecho discordar grandemente a los jurisconsultos, é introducido el desacuerdo aun en las decisiones mismas de los Tribunales.

Por esto, para vencerlas todas, para fijar con claridad i exactitud los casos en que debe obrar o nó inmediatamente la nueva lei; es decir, para formular las reglas que debieran formar como una especie de teoria de la retro-actividad; se hace casi absolutamente necesario recorrer i considerar especialmente uno a uno los diversos estados sociales del hombre, como asimismo los diferentes i variados hechos o actos que le colocan ante la lei, contrayendo obligaciones o adquiriendo derechos; i, tomando en consideración las razones especiales que militan en favor de cada caso, establecer una serie de reglas particulares, que fueran capaces de formar un verdadero cuerpo o Código de leyes transitorias.

Hecho por el legislador este trabajo, habria cesado la duda, desaparecido las dificultades todas, que bien largo tiempo habrán de embarazar la administración de justicia. Pero desatendido siempre; i no quedando a los jueces, que tienen la delicada cuanto difícil misión de hacer la aplicación de las leyes, regla alguna capaz de fijar la elasticidad del mas vago de los principios; han pretendido los jurisconsultos llenar este vacío, notable en casi todas las legislaciones modernas; formulando reglas jenéricas que, por este mismo hecho i a causa tambien de la mucha variedad de materias a que deben aplicarse, no les han resultado menos vagas ni menos elásticas que el principio mismo.

Así, resolviendo la cuestión mas general, formulada en estos términos: ¿cuando los efectos de la lei deberán llamarse retro-activos, de modo que se deba suspender su aplicación? Merlin dice: «Cuando vuelva sobre lo pasado i lo cambie en perjuicio de las personas» «Cuando cambie los efectos de un suceso anterior» ha dicho tambien Dalloz «siendo este cambio en perjuicio igualmente de las personas que son objeto de la lei» i segun Vallette, Boileux, Blondeau i muchos otros tan solamente, cuando con su aplicación hubieran de destruirse derechos adquiridos: reglas que en verdad nos dejan casi tan a oscuras, como cuando se dice simplemente: la lei no tiene efecto retro-activo, no obrará ácia atras, no comprenderá lo pasado.

Con todo divisase en ellas el único camino que es posible tomar para obtener algunos útiles resultados; puesto que el origen i fundamentos de este principio no

son sino los perjuicios i males que, aplicandose inmediatamente la lei, habrian de sufrir las personas; i su objeto o fin manifesto, evitar solamente estos mismos males i perjuicios, que la esperiencia ha debido, sin duda, hacer conocer a los lejisladores. Pero, como no todas las pretensiones de los hombres han debido pesar igualmente en el ánimo de aquellos, porque si así hubiera sido, la lei no habria podido obligar sino tan solo a las jeneraciones futuras; necesario e indispensable ha sido, pues, suponer que su ánimo no se haya extendido mas que a evitar aquellos males de alguna trascendencia, que consistieran en la pérdida de derechos efectivos, i nó de pretensiosas espectativas. Por manera que, es la última de las reglas citadas la que con mas claridad toma el verdadero rumbo, sin que de ella difieran, ni entre sí, las otras, sino en lo mas oscuro e indeterminado de las palabras que emplean sus autores para formularlas; puesto que el perjuicio que la esplicacion de la lei nueva infiriera a las personas no podria consistir sino en la pérdida de derechos adquiridos o que ya se tenian por efecto necesariamente de sucesos pasados, o acaecidos antes de su promulgacion: pudiéndose aun avanzar que en último análisis, todos los sistemas inventados con este objeto, aun los mas ingeniosos, no tienen otra base que la distincion de los derechos adquiridos de aquellos que no lo son; resultando sus diferencias de hallarse ella mezclada con otros principios que, como el utilitario, no hacen mas que llenarla de confusion, en vez de la claridad que se pretende con ellos encontrar.

Si pues el hecho de tener las personas derechos adquiridos antes de la promulgacion de la lei, es no mas lo que debe considerarse como lo estrictamente pasado; i el hecho de ser destruidos con la aplicacion, lo que debemos entender tan solo por obrar la lei ácia atras, claro está que toda la dificultad no viene a consistir en otra cosa que en el conocimiento claro i preciso de lo que debe constituir esta clase de derechos. Mas no es ello tampoco lo mas fácil de superar; pues que, así como son muchas i variadas las relaciones legales que confieren a las personas derechos verdaderamente adquiridos, no son menos las que no alcanzan a conferirlos, produciéndoles tan solamente simples espectativas, insignificantes por su naturaleza i que no seria justo detuyesen los saludables efectos que, es natural, se esperen de la aplicacion inmediata de la nueva lei; que por el hecho mismo de contener una reforma, debe, como dice Valette, suponerse por lo menos mejor, mas justa que la lei antigua.

La gran multiplicidad de las materias es, pues, a no dudarlo, lo que hace poco menos que imposible formular una definicion clara i concisa de los derechos adquiridos; i de consiguiente preciso será nos contentemos con una especie de descripcion de sus rasgos mas característicos que aunque no arroje toda la claridad ni comprenda toda la estension de una definicion verdadera, sirva al ménos de segura guía en la mayor parte de los casos posibles de presentarse.

En esta intelijencia, llamaremos, pues, derechos adquiridos: los que tenemos sobre las cosas nuestras, o el derecho de dominio con todas sus modificaciones: los derechos personales, que suponen en otros, obligaciones correlativas; i en jeneral, todos aquellos que nos dan accion para perseguirlos en juicio, i aun los que para conferirnosla esperan la realizacion de cierto suceso, que verificado, se produce para nosotros la accion, i la obligacion para el tercero, sin que haya estado en su mano el libertarse de contraerla: el estado de las personas, adquirido antes de la promulgacion, como base constitutiva, que es, de la sociedad civil; los

medios probatorios de los actos legales ejecutados, porque de otro modo no subsistirían sus efectos; aquellos que están en el comercio humano, formando una parte más o menos efectiva de nuestro patrimonio, i pudiendo ser transmitidos por actos testamentarios; i finalmente, todos los que nacen de hechos consumados bajo la ley antigua, siempre que formen algo susceptible de apropiarse o de ser identificado con nosotros mismos.

Por otra parte, si a este cuadro de las circunstancias más prominentes que caracterizan los derechos adquiridos, procuramos adjuntar el opuesto de las que deben concurrir en las simples expectativas, habremos sin duda obtenido un grado más de claridad en la distinción que tratamos de hacer; pues todo lo que no es lo uno, necesariamente habrá de ser lo otro en una clasificación, como esta, de dos especies únicas.

Así pues, observaremos desde luego: que no son sino simples expectativas, incapaces de detener la aplicación de la nueva ley, aquellas relaciones de derecho en que no se note ninguna de las circunstancias anteriores; los derechos que gozamos tan solo por simples concesiones de la ley, en consideración únicamente a tal o cual de los estados civiles, i que los juriconsultos denominan con el nombre genérico de capacidad legal; los cuales nunca constituyen derechos adquiridos, porque nadie ha podido justamente, como dice Blondeau, formarse la esperanza de gozar en algún tiempo más derechos de los que la ley vigente les conceda: las esperanzas de adquirir, pendientes del arbitrio de otras personas que no tienen ninguna obligación verdadera para con los que las han formado justa o injustamente; los derechos en suspenso por no haber transcurrido aún el tiempo necesario para su adquisición definitiva; i por último, todos aquellos que se fundan en una ley tan oscura que haya sido susceptible de interpretaciones diversas, i cuya oscuridad aparezca enteramente desvanecida en la ley nueva.

Concluiremos, pues, que la retro-actividad de la ley no consiste en otra cosa que en su aplicación a casos en que peligran o se destruyen derechos, adquiridos al abrigo de las leyes anteriores; i que la regla más segura que es posible dar en la materia, no puede ser otra que fijarse atentamente i hacer el más prolijo exámen de las circunstancias especiales que acompañan a cada caso, para formar conciencia de que ha conferido un derecho de los que se deben llamar adquiridos, o tan solamente una simple expectativa: debiéndose en el primer caso suspender el imperio de la nueva ley, i decidirse por aquella a cuya sombra se formó; i en el segundo, al contrario, aplicarse inmediatamente sin consideración ninguna a la esperanza o expectativa que habrá, por necesidad, de ser destruida.

Ahora bien, esta lijera reseña preliminar que hemos juzgado indispensable, será sin duda lo bastante a que se pueda hacer una justa apreciación de las cuestiones de retro-actividad relativas a nuestro tema, a que entraremos ya de lleno, procurando tomar el testamento bajo los aspectos i acepciones que nuestro Código sanciona.

## I.

«El testamento, dice el artículo 999, es un acto más o ménos solemne, en que una persona dispone del todo o de una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en él, mientras viva.» Según esta definición, no es pues el testamento más que un acto legal i voluntario del hombre, como un contrato cualquiera. Exis-

ten, empero, diferencias esenciales entre uno i otro de estos actos: 1.ª el contrato impone desde luego obligaciones i dá derechos respectivos a los contratantes, que han de ser dos por lo ménos; mientras que el testamento es «un acto de una sola persona» (artículo 1003) que no impone obligacion alguna al que lo ejecuta, ni confiere tampoco derechos a otros sino despues de la muerte de aquel, cuando vienen a producirse sus efectos; i 2.ª el testamento es un acto revocable a voluntad del que lo ha hecho solamente, mientras que el contrato no puede revocarse sinó a virtud de nuevo pacto o mútuo consentimiento de los contratantes. La donacion misma que transfiere bienes a título gratuito como el testamento, deja de ser contrato, si se constituye revocable a voluntad del donante; pasando por este mismo hecho a ser un verdadero testamento, como lo dispone el artículo 1000. Este carácter de revocalidad, tan peculiar es al testamento que seria enteramente nulo (artículo 1478) cualquiera otro acto o contrato en que se dejase al arbitrio de alguna de las partes el cumplimiento de la obligacion por él impuesta. El no producir efecto alguno sino despues de la muerte de su autor; i la facultad que éste conserva de poderlo revocar mientras viva, son pues en suma, los principales distintivos del testamento respecto de todos los otros actos o contratos.

Por otra parte, el acto que lo constituye no es otra cosa que el ejercicio de una facultad que, a ojos del que la posee, es de una grande importancia, pues que ella en realidad le engrandece, prolongando en cierto modo su existencia, aun mas allá de la tumba. I no es esto solo, pues que ella tiene todavia un valor mas material: como proveniente del dominio, como inherente a la propiedad, aumenta necesariamente su valor efectivo; aumento que no puede ménos de formar una parte mas o ménos grande de nuestro verdadero patrimonio. La lei no podria, pues, quitarla sin violentar el mas sagrado de los derechos i sin alarmar considerablemente la sociedad, amenazada en la primera de sus bases constitutivas.

Con todo, esto no se opone a que haya casos determinados o ciertas situaciones legales que escluyan absolutamente en virtud de la lei, el ejercicio de esta facultad; asi como es tambien indisputable que es a la lei a quien toca reglamentar este uso o ejercicio, imponiendo aquellas condiciones que crea indispensables para la validez de sus actos, i fijando los limites necesarios en que deba contenerse. Son pues tres los puntos de vista bajo los cuales queda sometida enteramente a la lei: 1.º respecto a la capacidad de ejercerla; 2.º formalidades de que deben revestirse sus actos; i 3.º limites en que deba estar contenida. I siendo susceptible de reformarse las leyes relativas a estos tres puntos, será de ellos sin duda, de donde es natural nazcan las cuestiones, cuya dilucidacion es el objeto de esta memoria.

## II.

Prescindiendo del primero, de ellos que ninguna dificultad presenta, por cuanto jamas alcanza la capacidad a constituir un derecho adquirido que pueda impelir la inmediata aplicacion de la lei, nos fijaremos desde luego en el segundo. La lei nueva, que bajo este aspecto comprenda al testamento, exigirá precisamente o mas requisitos o ménos que los de la lei antigua, o sustituirá en lugar de aquellos otros nuevos; i como quiera que sea, los testamentos posteriores a su promulgacion estarán, sin disputa, sometidos a ella; i por el contrario escluidos

de su imperio, todos aquellos que hayan principiado a producir sus efectos antes de dicha fecha; de modo que, no podrán presentarse las cuestiones, sino cuando el que hizo su testamento antes, venga a morir después de estar ya vigente la nueva legislación.

La principal de estas cuestiones se puede formular en estos términos: el testamento otorgado válidamente según el antiguo derecho perderá del todo su fuerza si una ley nueva, vivo todavía el testador, viene a exigir o sustituir a las antiguas nuevas formalidades?

Si el testamento es un hecho consumado bajo la ley antigua que ha producido conforme a esta ley verdaderos derechos, anularlo sería hacer obrar la ley de un modo retro-activo, despojando a las personas de los derechos que, en virtud del tal acto o hecho pasado, tenían ya adquiridos. Veamos, pues, si en él se encuentran efectivamente estas dos condiciones, que deban impedir la aplicación de la ley nueva.

Eminentes jurisconsultos ha habido que, desconociendo absolutamente su concurrencia en el testamento, han pretendido la entera nulidad de los que anteriormente se hubiesen otorgado.

Fundándose en que el testamento es un acto revocable, que no produce efectos, sino después de la muerte de su autor, base sostenido que no es un hecho consumado, sino un simple proyecto, una cosa comenzada, *pendens negotium*, que mientras el testador no haya dejado de existir, ningún derecho ha conferido, sino tan solo simples e insignificantes expectativas. Si el testamento es un hecho que viene a consumarse, vigente la ley nueva, si solo en esta época confiere verdaderos derechos, claro está que debe quedarle sometido; i ella obrará en él sin la menor sombra de retroactividad.

La consecuencia es lógica; pero falsas las premisas. En primer lugar, no puede el testamento de modo alguno considerarse como una cosa comenzada, un simple proyecto; ni es posible tampoco afirmar que a nadie confiera derechos antes de morir su autor; pues que los confiere en realidad, como pronto veremos.

Para convencernos de lo primero, bastará observemos que no es deducción lógica de los hechos en que se pretende fundar. En efecto, de que el testamento sea un acto revocable, durante cierto tiempo, no se puede deducir que en todo este tiempo no es un hecho consumado: la revocación misma no hace sino suministrar una prueba demasiado clara, que pone en evidencia lo contrario: puesto que revocar no es otra cosa que impedir se produzcan los efectos de un hecho que, por ser perfecto i consumado, habría necesariamente de producirlos. Así, cuando se revoca un testamento en virtud de la facultad de revocar que la ley deja al testador, no se hace otra cosa que quitar a un hecho consumado la fuerza o poder que la ley le daba de producir ciertos efectos; lo mismo que cuando un tribunal revoca una sentencia de primera instancia; que a nadie, según creo, habrá ocurrido negar su calidad de hecho consumado, una vez que ha sido pronunciada conforme derecho. La analogía es estrecha: la sentencia es un hecho como el testamento; como éste no produce efectos sino después de cierto tiempo; que en ella es cuando el superior la confirma; pues que antes era posible que la revocara, como puede el testador hacer con su testamento. Preciso es, pues, confesar que no se revoca sino un hecho consumado o que ha tenido una perfecta existencia, i que sin la revocación hubiera producido necesariamente sus efectos.

Ahora bien, de que no pueda producirlos sino despues de la muerte del testador, tampoco es lójico deducir que es en esa fecha no mas cuando se convierte en hecho consumado. Para ello seria necesario suponer que en derecho debía siempre la causa coexistir con los efectos, o sucederse inmediatamente; mientras que es un hecho indisputable que ella puede existir mucho antes que aquellos: la sentencia de primera instancia, por ejemplo, que no produce efecto alguno hasta pasado el tiempo de la apelacion; o apelada, hasta que el tribunal superior la confirme o revoque. Un contrato condicional nos suministrará un otro ejemplo; pues, que tampoco los produce sino despues de verificada la condicion, sin dejar por esto de ser un hecho consumado en todas sus partes; bien así, como la sentencia en su caso. El testamento es, pues, como el contrato condicional, como la sentencia de primera instancia, un hecho perfecto i consumado, de tal naturaleza que a su debido tiempo producirá tales o cuales efectos; o dejará de producirlos, si el mismo que lo otorgó lo revoca o hace lo que la lei le permite para impedir que los produzca.

Fuera de esto, hai en nuestro Código, a mas de la definicion, otros dos articulos que especifican o diterminan la naturaleza del testamento con tanta claridad que no es posible conservar la menor duda a este respecto. «Lo que constituye esencialmente el testamento, abierto,» dice el artículo 1015, «es el acto en que el testador hace sabedores de sus disposiciones al escribano, si lo hubiere, i a los testigos,» i el 1023 se espresa como sigue: «lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al escribano i testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz i de manera que el escribano i testigos le vean, oigan i entiendan, que en aquella escritura se contiene su testamento.» En este último artículo, llámanse tambien testamentos las disposiciones hechas por el que ha ejecutado el acto de testar, como se ve por su última frase «que en aquella escritura se contiene su testamento.» Mas es de advertir que no lo consideramos aún bajo este aspecto, que es el tercero de los casos en que queda sometido a la lei; i que dará lugar a otras cuestiones de diferente naturaleza. Ahora que se trata solamente de las formalidades que la lei exige al otorgarlo, no se puede tomar sino en la otra acepcion, en que están acordes la definicion i los dos artículos citados; i segun los cuales, lo esencial en él no es otra cosa que el acto en que el testador reviste sus disposiciones de las formalidades de derecho: acto que no podrá de modo alguno ser interrumpido, debiendo al contrario durar continuadamente, presentes las mismas personas, el tiempo necesario hasta quedar perfectamente consumado.

Mas, si bien este acto principia i concluye en un tiempo dado, no por esto desaparece del todo como una cosa enteramente pasada. Léjos de eso, él continúa en cierto modo, existiendo en sus formas a los ojos de la lei, como un hecho consumado que debe aun producir efectos; i a la manera que existe, puede decirse, un contrato cualquiera en la escritura o documento que ha de suministrar la prueba de haberse celebrado. Así pues, el instrumento o memorial que del acto se conserva viene a ser con propiedad el verdadero testamento; pues contiene presentes las formas todas que revistieron lo esencial a los ojos de la lei, el acto del otorgamiento, encerrando a demas las disposiciones o la detallada especificacion de los efectos que habrá de producir: por manera que será bastante su simple exhibicion para vencer todas las razones con que pretendieran sostener que el testamento no es un hecho consumado,



Con todo, envano sería que en él concurriera efectivamente esta circunstancia, pues que ella no bastaría a impedir la aplicación de la nueva ley, si de ese hecho a nadie hubieran nacido derechos, que esta debiese respetar.

Los mismos autores que pretendiendo su nulidad, le niegan su condición de hecho consumado, han concluido también, como hemos visto, por negarle esta última circunstancia, ratiocinando poco más o menos de la manera siguiente:

El testamento no produce efectos hasta después de la muerte del testador. Hasta entonces las personas a quienes en su virtud habría de pasar la herencia, no han tenido otra cosa que la simple expectativa de su institución, o la esperanza de adquirir la herencia a título de herederos o legatarios instituidos. Esta expectativa o esperanza, juzgada según los principios generales, es tan insignificante que de ningún modo podría constituir un derecho adquirido; puesto que su realización depende no solo de la voluntad del testador, que puede revocar, sino aun de muchas otras circunstancias, de tal modo que destruida por la aplicación de la ley, se debe considerar como destruida por los mismos medios ordinarios que podían producir este efecto. Luego, si estas personas no tienen derechos adquiridos, claro está que el testamento a nadie los ha conferido, antes de la muerte de su autor.

El defecto de este raciocinio proviene enteramente de falta de observación, no consistiendo en otra cosa, que en la jeneralización precipitada que se hace a la vista de un caso particular tan solamente. El testamento es un hecho en que bien pocas personas tienen interés. Luego es indispensable consultar el de todas ellas para deducir con exactitud la consecuencia jenerica de que a nadie ha conferido derechos.

Verdad es que la expectativa de los herederos i legatarios carece enteramente de valor a los ojos de la ley, i que por consiguiente no es un verdadero derecho adquirido; pero tampoco es menos cierto que puede haber otra u otras personas que tengan igualmente interés en la fuerza o valor del testamento:—i en efecto, el testador mismo, que ha otorgado el acto en virtud de una de sus facultades, que aprecia como una parte no pequeña de su efectivo haber, necesariamente habrá de estar más que ningún otro interesado en que se sostenga su testamento en todo su vigor. Esta expectativa o esperanza le nace del acto mismo ejecutado; es el producto necesario del legal uso o ejercicio que ha hecho de su facultad; se funda en la ley misma que le ha prometido dar por bueno i valadero el uso o ejercicio hecho, con tal que haya sido acompañado de todas las condiciones o requisitos por ella impuestos. No puede, pues, menos de constituir un verdadero derecho adquirido; tanto por que lo tenemos en la esperanza de gozar el beneficio que haya de producirnos el legal uso de nuestras facultades; cuanto porque destruida sería en cierto modo hacer ilusoria la facultad misma de testar, que como hemos visto es un algo de cierto valor entre sus bienes.

El testamento es, pues, sin la menor duda un hecho consumado bajo la ley antigua que ha conferido verdaderos derechos. El testador es su dueño; es una cosa suya, como las demás que posee. Así, anularlo no sería sino como quemarle una casa, por ejemplo. Por manera que la ley nueva se halla precisamente en el caso de respetar todos los testamentos que legalmente se hubiesen otorgado antes de su promulgación, si es que ella nunca debe obrar de un modo retro-activo.

Por otra parte las formas esternas de que la ley manda revestir los testamen-

los no tienen otro objeto que acreditar con toda claridad que fueron otorgados: ellas no son, pues, otra cosa que los medios legales de probar la efectividad de los actos testamentarios; a cuyo respecto, Meyer se espresa de la manera siguiente: «La estabilidad de los actos, dice, es uno de los principales fundamentos de toda sociedad civil, i el principio de la no retro-actividad de las leyes no puede ser mas sólidamente establecido que en todo lo que mira a su forma exterior.» «Si el suceso antiguo debe conservar su poder,» dice tambien Blandeau, «preciso es no exigir de él otras pruebas que las que eran requeridas por la lei antigua; pues que esto seria tender indirectamente a privar al suceso de sus resultados.

Estos autores, como se vé, i otros de no ménos nota apoyan o confirman suficientemente la solucion dada en la cuestion que acabamos de tratar; i que entre nosotros es de grande importancia, i digna por cierto de un mas detenido estudio i límites mas amplios; pues que las innovaciones de nuestro Código a este respecto darán sin duda lugar a variadas i ruidosas contiendas.

#### IV.

Mas no es ésta la única que inmediatamente fluye del punto de vista en que estamos considerando el testamento. Nacen todavia otras que, aunque carezcan entre nosotros de práctica utilidad su importancia jurídica, hara no obstante útil i oportuno que procuremos dilucidar algunas de las principales.

Si la lei nueva exige ménos requisitos que la antigua, podrá suceder que un testamento, nulo segun ésta, cumpla sin embargo con las condiciones impuestas por aquella. ¿Deberá en tal caso considerarse validado por este solo hecho, i producir efectos?

Si así fuera, no obstante obrar la nueva lei sobre un hecho pasado, no habria en ella retro-actividad; puesto que no se causaba perjuicios a las personas, destruyéndoles derechos adquiridos. No sucederia por cierto esto último; pues que la expectativa de las personas que habian de heredar abintestato, no merece mas consideracion que las de los herederos instituidos, en razon de depender tambien de ajena voluntad i otras circunstancias, como incapacitarse o morir antes de aquel que esperaban heredar. No concurriendo, pues, este requisito, la lei nueva debería obrar en ellos, i considerarlos como sometidos a su imperio.

Pero no es segun estos principios, como debe juzgarse. El testamento que carece de alguna formalidad de derecho, no es testamento a los ojos de la lei; nada vale absolutamente desde su principio, pues que ella presume de derecho el fraude en su otorgamiento. De consiguiente, no es ante ella un hecho consumado; sino al contrario es como si nunca hubiera existido: i ¿no seria un verdadero absurdo pretender que pudiera validar actos pasados que a sus ojos jamas han tenido una verdadera existencia?

Sin embargo, Meyer sostiene lo contrario, estableciendo la presuncion de que el testador, en el hecho de no hacer otro nuevo, ha significado su voluntad de dar fuerza o valor a su antiguo testamento: presuncion que considera suficiente a que lo adquiriera en efecto, no obstante haber sido nulo en su origen.

Mas ¿qué razon habria para no presumir lo contrario, puesto que el testador conocia la nulidad del testamento que tenia hecho? Ninguna, por cierto: los dos casos son de tal modo idénticos que no es posible fundar ni una ni otra presuncion.

Merlin, refutando esta opinion de Meyer, hace uso del siguiente argumento: si

la ley nueva no puede anular el testamento anterior válidamente otorgado, tampoco es posible suponer que estienda su fuerza a validar aquellos que desde su origen fueron nulos; concluyendo su refutación con estas palabras: «en efecto, así en uno como en el otro caso el testamento es en cuanto a su forma una cosa consumada, cuando aparece la nueva ley.»

Aun prescindiendo de tales razones, bastaríanos observar que el testamento tiene tanta importancia a los ojos de la ley que en él exige más solemnidades que en otro acto cualquiera, a fin de que sea más evidente su autenticidad; i si esto es cierto ¿sería posible que fuese conforme a la ley darlo por válido en virtud de simples presunciones? De ningún modo; pues que ello envolvería una evidente inconsecuencia. Luego el testamento nulo por falta de solemnidades queda nulo sin remedio, sin que en ningún caso pueda la ley nueva estenderse a validarlo.

## V.

La otra cuestión que trataremos tocante a las formas es la siguiente: ¿como debería calificarse la ley nueva que declara espresamente nulos los testamentos antes otorgados, imponiendo a los testadores la obligación de rehacerlos con las nuevas solemnidades?

No siendo otra cosa que un mandato genérico, ella obligará precisamente a todas las personas que alcance a comprender. Mas no por esto, dejará de ser retro-activa; pues que obrará, como ya se ha demostrado supuesto el silencio del Legislador, sobre un suceso pasado, destruyendo derechos, en su virtud adquiridos. Será el Legislador mismo el que ha hecho la ley retro-activa; no el juez, que le da este efecto, aplicándola indevidamente; i hé aquí la única diferencia entre uno u otro caso. Por manera que, si el Derecho Constitucional prohibiera dictar leyes retro-activas, el Legislador debería abstenerse en el presente caso; pues, que una ley de esta naturaleza, adolecería sin disputa del vicio de retro-actividad.

Con todo Merlin opina de diferente manera, i sostiene la proposición contraria, fundándola únicamente en las dos razones que siguen: 1.º porque, «disponiendo de este modo, no quitaría a nadie derechos adquiridos;» i 2.º porque «señora la ley al declarar que no se pudiera testar en adelante, ella lo es con mayor razón, para declarar que no reconocerá otros testamentos, sino aquellos que estén revestidos de las nuevas formas que ella impone a los testadores.»

Estas razones son en mi concepto de tan poco peso que a la verdad nada prueban. La primera; por que desconoce el derecho del testador que, según lo espuesto, es de tal naturaleza que el legislador debe siempre respetarlo, no pudiendo por tanto decirse que a nadie quitaría derechos adquiridos. La segunda; porque, no estando aun decidido, si la propiedad es o no anterior a la ley, es todavía cuestionable que la facultad de testar inherente a aquella quede en realidad sometida a su imperio. I aun cuando fuera de su dominio i pudiera destruirla, esto sería tan solo para el porvenir sin poder de modo alguno a no ser retroactivamente, obrar sobre los actos ejecutados en su virtud, antes de que ella la hubiese quitado; fuera de que, prescindiendo de la cuestión, hemos sentido ya lo contrario, en vista de lo fuertemente rechazada que sería en la sociedad su destrucción, i teniendo tambien presente que el legislador no debe mandar cosa alguna que resulte en general perjuicio de la sociedad; de que a la verdad no es más que un verdadero mandatario.

Por otra parte, hai todavía otras razones capaces de remover la mas pequeña duda. En efecto, á las circunstancias de retro-actividad que le hemos ya notado, podríamos agregar aun que ella seria manifiestamente injusta; puesto que no a todos habria de ser posible rehacer sus testamentos, quedando por necesidad los que de algun modo estuviesen imposibilitados, privados injustamente de su facultad de disponer; i lo que es aun mas, burlados en su justa esperanza de que habria de ejecutarse lo que conforme a la lei tenian ya dispuesto; i esto, prescindiendo de la molestia o perjuicio que tendrian sin duda que sufrir los testadores en el hecho mismo de verse obligados a rehacer.

Concluyamos, pues, que la lei de que se trata adolecera sin disputa del vicio de retro-actividad, dado por el legislador mismo; puesto que no solo obraria sobre un hecho pasado, destruyendo el derecho del testador, sino que reuniria a demas otras circunstancias de manifiesta injusticia, como las que le acabamos de notar.

## VI.

Réstanos aun considerar el testamento bajo el tercero de los puntos de vista indicados; esto es, con respecto a los límites que la lei impone a la facultad de testar. Estos límites no consisten en otra cosa que en ciertas condiciones a las cuales necesariamente ha de quedar subordinado todo lo que el testador disponga; o mas bien dicho, en ciertas disposiciones que la lei obliga a hacer al testador o presume hechas en todo testamento. Por manera que, variándose tambien en esta parte el derecho establecido necesariamente habrá de suscitarse esta cuestion: ¿deberán rejirse las disposiciones de un testamento por la lei del tiempo en que fué otorgado; o por la lei vijente, cuando muere el testador?

Antes de entrar en el análisis de esta cuestion, deberémos observar que la validez o nulidad de un testamento depende solamente de sus formas estensas, unidas a la voluntad i capacidad legal del que testa, sin que de moda alguno tengan que tomarse en consideracion las disposiciones.

En efecto, es nulo el testamento en que de cualquier modo haya intervenido la fuerza; nulo, el que haya sido otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas legales de incapacidad; i nulo finalmente, aquel en que se hubiere omitido cualquiera de las formalidades a que, segun los casos, debe sujetarse. Causas son estas, de nulidad que obran jenéricamente sobre todo el testamento; de manera que, existiendo alguna de ellas al tiempo de otorgarse, es el acto como si nunca hubiera sido ejecutado, aun cuando despues i antes todavía de morir el testador, haya cesado enteramente de existir.

Mas no sucede así, cuando algunas de las disposiciones no son conformes; o son, si se quiere, contrarias a derecho: en cuyos casos no tendrá valor alguno la disposicion ilegal solamente, o se reducirá a sus límites necesarios la que hubiere sido excesiva, respecto de lo que la lei permite; subsistiendo sin embargo el testamento en su entera fuerza, i produciendo sus efectos aquellas disposiciones que no adolecieren de vicio alguno de ilegalidad. I realmente, siempre veremos la lei tomando otro camino que el de la nulidad absoluta de todo el testamento, para subsanar los defectos de esta clase, como podrá juzgarse facilmente en vista de la accion de reforma que la lei concede al legitimario a quien habria de tocar el perjuicio de una disposicion testamentaria ilegal.

De esta observacion sacaremos las siguientes deducciones: 1.ª que, cuando he-

mos demostrado que el testamento válido no se anula con la lei nueva que exige nuevos requisitos, no se ha hecho otra cosa que probar la fuerza i valor del acto respecto a sus formas, que es lo único en que puede adolecer de nulidad; 2.ª que, si un testamento válido puede contener disposiciones de ningun valor, i si la legalidad de estas en nada influye respecto a la validez de aquel, es entonces evidente que en esta clase de actos, las disposiciones i las formas no tienen entre si un enlace tan íntimo, que necesariamente las unas hayan de seguir la suerte de las otras; i 3.ª que en consecuencia, no se fallará a las reglas de la sana lójica, como algunos han pretendido, si es que deba darse a esta cuestión una solución diferente u opuesta a la que ya hemos dado a aquella otra; puesto que las materias son hasta cierto punto diversas, no obstante ser relativas a un mismo hecho.

Un testamento cerrado, por ejemplo, desde que el testador ha puesto el pliego en manos del escribano i testigos, significándoles que contiene sus disposiciones; i puestas sus firmas del modo requerido por la lei, es ya un hecho perfectamente consumado, un verdadero testamento: válido, si contiene todos los requisitos legales; nulo, si de alguno de ellos carece. Las disposiciones que encierra no están a la vista; ninguna de ellas ha podido conocerse, antes de su apertura; luego la lei no ha podido tampoco tomarlas en cuenta para declarar la nulidad o validez de aquel; que, según hemos visto, era ya un hecho cuyo valor estaba decidido por ella. Así pues, mientras vive el testador, tiene el testamento en sus formas una existencia legal aparte, que nada tiene que ver con las disposiciones: existencia que solo a él interesa, i que depende únicamente de su voluntad.

Las disposiciones, por el contrario, si bien estan contenidas en las formas esternas, solo vienen, a adquirir verdadera importancia legal a la muerte de aquel, que es cuando la lei, por decirlo así, las toma de su cuenta, las analiza i decide su valor, i como causa inmediata que son de los derechos de herederos i legatarios, interesan ademas a estas otras personas, que tampoco aparecen ante la lei con derechos verdaderos sino después de esa fecha. Por manera que las disposiciones i las formas son en el testamento cosas bien distintas; dos situaciones legales de un mismo hecho tan diferentes que, existiendo en épocas diversas, parecen excluirse la una a la otra; i que no será, por consiguiente, de lójica necesidad someter a las mismas consideraciones.

## VII.

Esto sentado, volveremos a la cuestión propuesta, que en el hecho mismo de existir, supone evidentemente al testamento conservador ante la lei nueva toda la fuerza i valor que tenia en virtud del antiguo derecho, por que, de no ser así, ella no existiría o sería de todo inútil.

Ahora bien, si las disposiciones, según lo que acabamos de observar, solo adquieren su legal importancia a la muerte del testador, si solo entonces ha podido la lei apréciarlas, bien claro es que no estarán sometidas sino a la lei vijente al tiempo en que aparecen.

Mas, ellas no han sido hechas entonces, sino cuando rejia otra lei; forman parte de un hecho pasado, el acto en que fueron otorgadas; no son otra cosa que los verdaderos efectos de ese mismo acto, ejecutado bajo la lei antigua; ¿no sería obrar la lei retro-activamente someter a su dominio i regular tales efectos de un suceso anterior? Sin duda, si con ello se destruyeran derechos adquiridos de las personas que debiera comprender.

321

Estas personas no son sino el testador, por una parte, i los herederos i legatarios, por otra.

Ningun derecho, que procediese del testamento tenian estos últimos al aparecer la nueva lei; puesto que ni el testador, ni sus bienes reconocian tampoco hacia ellos obligacion alguna en su virtud. La expectativa, adquirida con la institucion, de ningun valor era a los ojos de aquella, como ya en otro lugar se ha demostrado, pudiéndose agregar todavia a las razones para ello espuestas: que tal expectativa no es en manera alguna comerciable, ni tampoco trasmisible a los herederos. Asi que, promulgada la nueva lei i no encontrando en estas personas derechos que debiera respetar, ella adquirió entónces inmediatamente su entera fuerza i vigor sobre todos los sucesos que comprendé, asi presentes como pasados. Por manera que, cuando ellas vengan a adquirirlos en realidad, mediante las disposiciones testamentarias, encontrarán al testamento, sometido en sus efectos a la nueva lei ya vijente; i no podrán hacer la adquisicion sino del modo que ésta disponga. No son, pues, tales personas quienes pueden presentar obstáculo a su inmediata aplicacion.

Acaso venga el testador a presentarlo, cuya expectativa, si bien no es una cosa comerciable ni trasmisible, constituye sin embargo un derecho adquirido en fuerza de las razones especiales, que ya se han espuesto. Asi pues, aplicándose la nueva lei al caso en cuestion, esta expectativa ¿será enteramente destruida? Constituyendo en realidad un derecho adquirido ¿no será un verdadero obstáculo a la aplicacion de la lei? Efectivamente, no podria sin rétro-actividad ser aplicada, si es que hubiera de destruirse esa expectativa, pero, no es un hecho que ella venga a quedar destruida: al contrario es ésta la cuestion que debe resolverse, investigando su naturaleza o hasta que punto ha podido ella estenderse.

Otorgado el testamento, inmediatamente concibió el testador la esperanza de que habria de ser respetado por la lei; i ejecutadas sus disposiciones, en cuanto hubiese dejado de existir: doble expectativa, nacida en el momento mismo de ejecutarse el acto, i que es necesario distinguir i precisar.

La primera es enteramente absoluta; o mas bien dicho, absolutamente comprensiva de todo el caso a que es referente, pues no consiste sino en la seguridad, que se adquiere, de que es válido i capaz de producir efectos el acto ejecutado, en razon de haberse revestido de todas las solemnidades de derecho; i que, como ya se ha visto, constituye un verdadero derecho adquirido.

Mas no asi la segunda, que es en realidad limitada por muchas probabilidades; sin alcanzar, por tanto, a constituirlo.

En efecto, la ejecucion de las disposiciones depende hasta cierto punto de las personas favorecidas por ellas, que pueden no querer o no poder aceptar la herencia o legado. Puede tambien suceder que los bienes, a que son relativas, disminuyan o desaparezcan del todo antes de que muera el testador; ya por que este mismo haya querido o necesitado disponer de ellos en vida; o ya por sucesos fortuitos, que nunca es difícil puedan acontecer. El testador no ha podido, pues, esperar se ejecutaran sus disposiciones al pié de la letra; puesto que en cualquiera de estos casos, ellas tendrán que reformarse o dejarse enteramente de ejecutar. Por otra parte, las leyes que imponen obligaciones jenerales, se apoderan de nosotros o nos obligan siempre, desde el acto mismo de ser promulgadas; i no será difícil que nuevas leyes de esta clase alcancen todavia antes de morir, a imponer al testador nuevas obligaciones, contrarias a lo que ya tenia dispuesto:

nuevo caso que habia de limitar aún esta expectativa, pues es evidente no ha podido esperarse que se ejecutarán sus disposiciones en perjuicio de las nuevas obligaciones que aun podía contraer.

Ahora bien, sometién dose las disposiciones testamentarias a la lei nueva, en nada se destruye el derecho adquirido en la primera de dichas expectativas; que queda enteramente respetado con el solo hecho de conservar su fuerza el testamento. Tampoco se destruye la segunda, aunque pudiera esto suceder sin obrar la lei con retro-actividad, pues que uno de los casos que en efecto la limitan, es precisamente el caso en cuestion: i efectivamente, no haciendo otra cosa la nueva lei que imponer a los testadores obligaciones jenéricas, deberá ella obrar sobre todos aquellos desde luego, porque existiendo al tiempo de ser promulgada, se hallaban precisamente en el caso en que de necesidad contraian la nueva obligacion por ella impuesta. De consiguiente, los efectos del testamento, o la ejecucion de las disposiciones deberá sujetarse a la lei nueva; que obrando sobre dichos efectos no destruye derechos adquiridos: condicion esencial para que haya en la lei retro-actividad:

Así pues, la disposicion testamentaria que no esté conforme con la nueva lei no podrá ejecutarse, aunque por la antigua hubiese debido recibir plena ejecucion; o deberá reformarse, amoldándose a aquella, si no hubiese entera disconformidad: i por el contrario la disposicion que antes no habria recibido total i parcial ejecucion, la recibirá con la lei nueva en el todo o la parte que le fuere conforme; pues, sin ser nula desde su orijen, ha manifestado por lo menos la voluntad del testador, que la lei respeta, no siéndole contraria: todo lo cual queda comprendido con solamente sentar: que los efectos del testamento, las disposiciones, o su parte interna, estan esclusivamente sometidos a ella.

#### VIII.

Tratarémos aún otra cuestion que, si bien no nace propiamente del testamento, está de tal modo enlazada con la que acabamos de tratar, que se hace de necesidad comprenderla tambien. La lei nueva que reforma la parte interna del testamento ¿no podrá destruir derechos adquiridos de las personas a quienes favorecian las disposiciones de la antigua, i obrar bajo este aspecto retro-activamente?

Los límites impuestos a la facultad de testar, no consistiendo en otra cosa que en ciertas asignaciones forzosas a favor de tales o cuales personas a quienes presume la lei que siempre el testador ha querido dejar de sus bienes, por lo menos, lo ella obliga, suponen realmente un derecho en estas personas (que designarémos jenéricamente con el nombre de legitimarios) puesto que con ellos se impone al testador la correlativa obligacion de asignarles la cuota legal que deberá a su muerte sacarse de sus bienes, aun con perjuicio de su testamento, si en él olvida o desatiende tal obligacion. Variándose estos límites, podrá suceder que se disminuya o destruya enteramente la cuota establecida, de modo que, aplicada inmediatamente la nueva lei, quedará tambien menoscabado, o del todo destruido el derecho que aquellos tenian a la herencia. La cuestion se reduce, pues, a indagar, si este derecho de los legitimarios es, o no, de tal naturaleza que deba ser respetado por la nueva lei.

Su causa inmediata no es sino la lei misma que lo confiere jenéricamente a to-

das las personas de cierto estado civil; i los derechos de esta clase no constituyen, como ya se ha visto, mas que una mera aptitud, un puro beneficio de la lei; que no podrá durar, sino mientras ésta conserve su fuerza obligatoria. Por otra parte, la fecha en que podría hacerse efectivo es tan remota, cuanto incierta, está sujeta a desvanecerse en muchos casos posibles, como son incapacitarse o morir antes de aquel que esperaban heredar. Así que, el derecho a la legítima no es mas que la expectativa de tener en la herencia la cuota establecida: expectativa que, a las indicadas probabilidades de perderse, puédesse aun agregar: que dependen hasta cierto punto de voluntad ajena; pues hai mil medios de disipar en vida los mas cuantiosos bienes, cuando no se quieren dejar a los legítimarios; i que ademas no es en manera alguna comerciable, por que, tal tráfico seria altamente inmoral i contrario a las buenas costumbres; ni tampoco trasnisible por testamento, si bien es, que puede pasar a los descendientes legítimos en virtud del derecho de representación. No puede, pues, de modo alguno constituir un derecho adquirido; pues que reúne casi todas las condiciones que pudieran hacerla de ningun valor a los ojos de la nueva lei.

Esta, en consecuencia, siendo dueño de variar, ampliar i aun destruir enteramente los límites impuestos a la facultad de testar obrará inmediatamente sobre todas las disposiciones testamentarias que aparezcan despues de su promulgacion; pues en ninguno de estos casos encontrará en las personas interesadas derechos adquiridos que merezcan respetarse.

Casos prácticos de esta naturaleza podrán presentarse muchos a nuestros tribunales; pues que el Código innova en gran parte el derecho establecido a este respecto, ampliando en unos casos la facultad de disponer en favor de estraños, dejándola en otros verdaderamente restringida.

Los de la primera especie nunca presentarán grandes dificultades; porque las disposiciones hechas conforme al antiguo derecho, podrán en su mayor parte ser literalmente ejecutadas, en razon de que, habiéndose dispuesto libremente de ménos cantidad que la permitida por la nueva lei, ellas cumplirán con exceso las nuevas restricciones o limitaciones que esta impone a dicha facultad; presumiéndose en el testador, por el hecho de no rehacer su testamento, la voluntad de renunciar a favor de sus legítimarios el nuevo beneficio de la ampliacion que la lei le ha concedido.

Por el contrario, aquellos en que realmente quede restringida, harán sin duda necesario reformar el testamento; dando, quizá, lugar, a opuestas pretensiones, que es posible presenten algunas dificultades en razon de los diversos i variados que tales casos podrán ser.

## IX.

Tomarémos por via de ejemplo un solo caso, el principal de todos ellos cuando el que dispuso libremente de todos sus bienes, tenia parientes que la nueva lei declara asignatarios forzosos: i supongamos al efecto una persona que, no teniendo ascendientes ni descendientes legítimos, haya hecho sus disposiciones, todas en favor de estraños i sin tomar en cuenta los hijos naturales que tenia. Estos declarados por el Código legítimarios en el caso presente adquirieron desde luego derecho a una cuota de la herencia a título de legítima; así como el testador contrajo al mismo tiempo, por el hecho solo de existir al comenzar su fuerza obligatoria, la co-



relativa obligacion de dejarle las cuota nuevamente establecida. Mientras dure en vigor la nueva lei que lo ha concedido, ese derecho o expectativa, si se quiere, les será indispensable; de tal modo que, al abrirse la sucesion, deberán ser reformadas las anteriores disposiciones, reduciéndose a prorata las cuotas de los herederos i legatarios instituidos hasta completar la cuota legal de los nuevos legitimarios. Esta reforma deberá hacerse lo mismo que si, habiendo herederos forzosos cuando se hizo el testamento, se hubiese dispuesto excesivamente; pues que en ambos casos no se destruyen derechos adquiridos de ninguna especie, como ya se ha demostrado.

En este ejemplo ocurre a primera vista una dificultad que pudiera hacerlo juzgar inoportuno. Para que tales hijos sean propiamente naturales, i herederos forzosos en el caso propuesto, requiérese en el Código el reconocimiento del padre o la madre por instrumento público o acto testamentario: únicos medios, segun él, de poder adquirir tal estado. Bajo el antiguo derecho adquiriase tambien por el reconocimiento, hecho en testamento o de cualquier otro modo sin necesidad de instrumento público; i ademas por declaracion espresa de la lei en ciertos i determinados casos. Los que de cualquiera de estos modos tenian adquirido su estado de hijos naturales podrán gozar del beneficio concedido por el Código sin llenar el requisito que éste exige para su adquisicion?

Este declara jenericamente legitimarios en ciertos casos a los hijos naturales: luego todo hijo natural será legitimario hallándose en el caso correspondiente, sin que se deba tomar en cuenta si adquirió o no este estado segun la antigua o la nueva lei. Si los naturales segun la lei antigua no fuesen tambien naturales con la nueva, esta obraria retro-activamente, destruyendo en realidad el estado adquirido i perjudicando a las personas en el número de expectativas a que puede servir de base tal estado. Debiendo la nueva lei respetarlo, puede sin embargo variar sus medios de adquisicion; que es únicamente lo que hace nuestro Código. Mas esta variacion no podrá obrar sino en el porvenir como lo indica Blondeau tratando de un caso análogo, en la siguiente frase que a continuacion transcribo: «suprimiéndose, dice para el porvenir la fuerza *investiva* de los sucesos que segun la lei antigua, eran la causa inmediata de los estados domésticos, preciso es, con todo, no hacer ineficaces los sucesos anteriores ya acaecidos.» Si se conserva, pues, este estado a los ojos de la nueva lei, los que ántes eran naturales necesariamente habrán de tocar los nuevos beneficios i cargos que ella le anexe; sin que sean necesarios los requisitos que exige sino para aquellos que vengan a adquirirlo con posterioridad a su promulgacion.

Esta cuestion, que por incidencia he tenido que tocar, es entre nosotros de suma importancia; i si no he hecho mas que dar sobre ella ligeras plumadas, ha sido solo por no ser relativa o no fluir necesariamente del tema propuesto; mereciendo por otra parte, ser estensamente tratada o dilucidada en sus variados puntos de vista.

## X.

En conclusion, de todas las cuestiones que acabamos de tratar, dos son las principales i de utilidad práctica en el estado actual de nuestras leyes: ellas son referentes a las dos distintas acepciones que dá el Código a la palabra testamento. Del testamento, acto legal i solemne, nace la que trata de sus formas esternas: en cuanto voluntad o disposicion del que ejecuta el acto, dá origen a la

cuestión relativa a su parte interna; efectos o disposiciones. Bajo la primera es el testamento un hecho consumado, que la lei nueva no puede comprender sin retro-actividad. Tomado en la segunda, sucede todo lo contrario: él solo existe cuando ya aquella está vijente; quedando, en consecuencia, enteramente sometido a su imperio; i aun cuando no sea mas que los efectos de un suceso pasado, obrará la nueva lei sobre ellos sin retro-actividad; pór cuanto no se destruyen de este modo derechos adquiridos de las personas. Esta conclusion, que a primera vista parece contradictoria, no lo es en realidad, como ya se ha demostrado; pudiéndose todavía agregar a la fuerza del racionio, la autoridad de la mayor parte de los Espositores Franceses; que, precediéndonos en la senda del progreso, han salvado tiempo há, las dificultades que hoi no mas comenzamos nosotros a sentir. Por esto concluiré, pues, con el siguiente trozo de Merlin en que, sosteniendo los mismos principios, que he sentado, se espresa con gran fuerza i conviccion: «Todos los autores, dice, están de accordes sobre este punto. Leyes espresas lo han proclamado en diversas épocas, i ademas ha sido confirmado por dos sentencias de la Corte de Casacion, de 1.º de Brumario año trece, i 13 de enero de 1810; por una de la Corte de Bezauson de 21 de mayo de 1808; por una de la Corte de Turin de junio de 1809; por dos de la de Bruselas de 5 de Fructidor año once, i 14 de enero de 1817; i por una sentencia de la Corte de Lieja de 18 de mayo de 1819».

Santiago, octubre 20 de 1857.

*Antonio F. Gundian.*

---

Memoria presentada a la Facultad de Leyes, por don VICENTE REYES para obtener el grado de Licenciado en dicha Facultad.

## LA PROPIEDAD LITERARIA.

SEÑORES:

En la Memoria presentada al Congreso en agosto último por el señor Ministro de Justicia se encuentran las siguientes palabras: «El incremento que ha obtenido la produccion artística i literaria, creando necesidades nuevas, exige la reforma de la lei de 24 de julio de 1834 que determina los derechos de los autores. Conviene ampliar los privilejios que se les han concedido hasta ahora a fin de fomentar como es debido los progresos de las letras i de las ciencias, evitarles los perjuicios de las reproducciones ilícitas hechas en la República o en el extranjero, procurando establecer con las demas naciones un sistema de reciprocidad respecto de los derechos de los autores. En el actual período lejislativo, el Gobierno pasará un proyecto de lei que formule el pensamiento que acabo de esponer.»