

“Si tal no hubiese sido la intencion del legislador, habria dicho que solo aquel que hacia un acto de de comercio estaria sometido a la jurisdiccion comercial” (5).

Podria creerse que seria mui duro que aquel que contrató con el comerciante, ignorando su calidad de tal, fuese obligado a contestar su demanda ante el tribunal de comercio; pero esto no tiene nada de estraño si se observa que ese mismo individuo no podria tampoco pretestar esa ignorancia para demandar al comerciante ante un juzgado ordinario. Luego no hai ninguna inconsocuencia en adoptar este sistema.

No se nos oculta que él no está exento de inconvenientes. Aceptándolo, el número de las causas mercantiles aumentaria considerablemente, en términos de que dificilmente habria una cuestion que no pudiera considerarse comercial.

No obstante, en teoria nos parece ésta la opinion mas sostenible.

Santiago, enero 3 de 1870.

La comision examinadora que suscribe acordó la publicacion de esta memoria en los *Anales de la Universidad*.—PALMA.—TOCORNAL.—JOSÉ BERNARDO LIRA.

DERECHO CIVIL.—¿Subsiste o no el reconocimiento de hijo natural hecho en un testamento, siendo éste revocado por otro posterior?—*Memoria de prueba para obtener el grado de bachiller en la Facultad de leyes i ciencias políticas, por don Fidel Urrutia.*

Señores:

Al presentarme ante vosotros para cumplir con uno de los requisitos exigidos por los estatutos de la Universidad al que pretendí el grado de licenciado en la Facultad de leyes i ciencias políticas, temo no poder cumplir satisfactoriamente mi deber.

Tal como aparecen nuestras disposiciones legales, hai muchas que por su ambigüedad, trascendencia i novedad, reclaman la atencion del que se dedica con entusiasmo i abnegacion al estudio del derecho. Su mala aplicacion en la práctica del foro, da oríjen a una multitud de juicios que se prolongan por largo tiempo, ya por una refinada malicia de los litigantes, ya en fin, por una errónea interpretacion de

(5) Carré.—*De la organizacion i de la competencia de los tribunales etc*, art. 385:

esas mismas disposiciones que, a primera vista, aparecen ambiguas, pero que un estudio serio i detenido consigue esclarecer, fijándoles su verdadero alcance. En la tarea ardua i difícil que me incumbe ahora desempeñar, me ha parecido útil i conveniente llamar vuestra atención a una de esas cuestiones que, claramente enunciada en nuestro código civil, no ha dejado de dar origen a una diferencia de opiniones.

Reclamando vuestra benevolencia en consideracion a mis escasos i recientes estudios legales, voi a tratar lijeramente la siguiente cuestion.

¿Subsiste o no el reconocimiento de hijo natural, hecho en un testamento siendo éste revocado por otro posterior?

Desde luego os advertiré, señores, que solo me propongo considerar dos argumentos que, a mi juicio, son los mas fundados. Estos son: 1.º el reconocimiento una vez hecho queda irrevocablemente consumado, porque otro testamento no puede alterar el estado civil de las personas, sino las disposiciones relativas a los bienes; i 2.º el reconocimiento es confesion de una obligacion que pesaba sobre la conciencia del testador: luego, aunque revoque su testamento, siempre deberá quedar en pié la obligacion confesada.

Consecuente nuestro código civil con todos los códigos modernos, consigna en el título XII del libro primero algunas prescripciones relativas al *reconocimiento de los hijos naturales*, tratando de proteger, dentro de la moral, a esos infortunados seres, fruto de una union ilegítima, a quienes la sociedad ha mirado como inocentes victimas de deslices imputables a los autores de sus dias. ¿I por qué no dispensarles una proteccion i facultad a sus padres para ampararlos en ciertos casos? El amor paternal que se observa en la filiacion legítima, ¿será tan esclusivo que se estinga totalmente en la filiacion natural? De aquí el principio justo consignado, como acabamos de decir, en todos los códigos dando cabida al reconocimiento de esa filiacion, que de otro modo quedaria a merced de contrariedades i talvez sin los medios de subsistencia.

Discutamos ahora la primera teoria que se avanza con toda la seguridad de una máxima inconcusa. Desde luego, una duda asalta al espíritu proviniente de la doble forma en que la lei permite hacer el reconocimiento de una filiacion natural i del doble carácter que en jeneral asigna a los efectos de una u otra de esas formas. Es sabido que el art. 272 del código civil prescribe imperativamente que el

reconocimiento se haga por instrumento público entre vivos o por acto testamentario. Es claro entonces que, siendo el reconocimiento un acto libre i espontáneo del que lo otorga, i pendiendo tambien de su sola voluntad el empleo de alguno de los dos medios que para hacerlo autoriza la lei, ésta ha dejado a la discrecion del padre elegir el instrumento público entre vivos, o el testamento con los efectos que son propios i peculiares de estos respectivos actos. Para que pudiera concebirse alguna limitacion en los efectos propios de una u otra forma de reconocimiento, habria sido preciso que la lei la estableciese. De otro modo, las limitaciones que se trate de imponer a esos efectos, no serán obra de la lei: provendrán de la autoridad privada de las partes. Ahora bien, no queriendo la lei imponer la menor coaccion o violencia a la voluntad del que hace un reconocimiento, i dejando a su arbitrio la eleccion del medio que estime mas a propósito para hacerlo, es visto por este mismo hecho que deja a la voluntad del reconocedor ligarse o no irrevocablemente a sus resultados. Si para hacerlo, echa mano de un instrumento entre vivos, es claro que su autor ha querido obligarse libremente a sus efectos de una manera indisoluble e irrevocable. Si, por el contrario, no quiere ligarse para siempre, sino que quiere observar la conducta mas o menos decente, moral i respetuosa del reconocido, para dispensarle o no la gracia del reconocimiento, la lei le abre camino para consultar la satisfaccion de este deseo. En la forma del reconocimiento por acto testamentario, encuentra un padre la oportunidad de hacer un beneficio al hijo, a la vez que medios eficaces para reprimir su conducta, traerlo a buen camino, si se desvia de él, i asegurarse los respetos i deferencias del hijo hasta su muerte. Si éste no da motivo alguno para que su padre se arrepienta, es evidente que el reconocimiento testamentario subsistirá i se confirmará por la muerte del testador. Pero si, por el contrario, éste quiere arrepentirse i retirar al hijo el favor gracioso que habia querido hacerle, ¿quién se lo impedirá? ¿El testamento? Pero aun no era este un instrumento eficiente, puesto que pedia de la voluntad de su autor i estaba en su mano revocarlo por el soberano poder de la lei, i no era hasta entonces mas que el depositario secreto de sus íntimas confidencias, de sus proyectos i miras para después de su muerte. ¿O será acaso la lei la que pondria obstáculo a esa revocacion? Si así fuese, muéstreseme la lei que lo impida i me rendiré sumiso a su mandato.

Ya veis, señores, que del doble medio que autoriza la lei para otor-

gar el reconociendo de una filiación natural, resulta también un doble vínculo con que el que lo otorga puede ligarse a sus efectos. Si el medio que se emplea produce vínculos irrevocables, el reconocimiento los producirá igualmente. Pero, si por el contrario, la forma del reconocimiento no produce vínculos de esa especie sino otros de naturaleza disoluble i retractable a voluntad de su autor, es claro que de esta misma naturaleza participará por fuerza el reconocimiento.

En esto se ve una perfecta armonía en la combinación de todas las partes del sistema legal que impera en materia de reconocimientos de hijos naturales. El principio fundamental de este sistema es la más amplia libertad del padre que reconoce. La elección de los medios para llegar a realizar ese reconocimiento queda también sujeto a la voluntad espontánea del padre. En este sistema las partes guardan una cohesión completa entre sí, contribuyendo a formar un todo compacto i homogéneo. La libertad i espontaneidad del reconocimiento se combinan con los medios por que se hace i con los efectos que son propios de estos mismos medios. ¡Cuán al revés sucede en el sistema que profesan los que sostienen el argumento que combatí! Ellos reconocen también la libertad como principio vital del reconocimiento; pero no son fieles a este principio hasta sus últimas consecuencias. Lo acarician por un momento al hacerle su primer saludo; pero a poco andar le vuelven la espalda i como que se arrepienten de haberle saludado con cortesía. ¡No equivale a esto, en verdad, admitir que el reconocimiento es espontáneo, que la elección de los medios para hacerlo pende de la voluntad del que reconoce, pero que esta misma libertad i voluntad *no pueden ni deben* verse en los efectos del *medio* o de la *forma* que se hubiese elegido para expresarlo? Según esto, la lei que consagra la libertad en el reconocimiento i en la elección de los medios para hacerlo; no da tal libertad mas que para lo primero i de ningún modo para lo segundo, pues que si el reconocimiento hecho por instrumento público entre vivos o por testamento, no importa en ambos casos mas que *una sola forma* de reconocimiento, claro es entonces que la supuesta libertad del de elegir entre dos formas distintas, no es tal libertad: es una fórmula capciosa de la lei, una sombra fugaz i engañosa con la cual se tiende un lazo a los incautos.

Ya veis, pues, señores, que el sistema profesado por los contrarios, tendiendo a desnaturalizar la lei, a hacerla abortar un absurdo, se aleja mucho de esa sabia regla de interpretacion que nos da el art.

22 del código civil, que dice: "El testamento de la lei servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia i armonía." Luego, de la libertad misma que la lei concede para optar entre el testamento i el instrumento público entre vivos, como medios de hacer el reconocimiento, i de la índole propia de cada uno de esos medios, resulta con evidencia que la misma lei deja en manos del padre que reconoce la libertad de ligarse o no irrevocablemente a los efectos del reconocimiento.

Después de este primer vicio de que adolece el sistema profesado por los contrarios, salta a la vista otro que no es menos perceptible que el anterior. Él tiende a crear un sistema de *distingüen/los* i excepciones al principio de la revocabilidad que es propio de los testamentos, sin que haya lei alguna que lo apoye. En efecto, segun los contrarios, el testamento es revocable solo en sus disposiciones concernientes a los bienes hereditarios; pero en aquella que se roza con el estado civil de las personas, como lo es el reconocimiento de una filiacion natural, es irrevocable. ¿De dónde procede esa distinción, o en qué lei se apoya? Por mi parte la desconozco.

Desde la mas remota antigüedad se han reconocido por el legislador actos de naturaleza promiscua, que por lo mismo podian ser ejecutados por instrumento entre vivos o por los que se otorgan *mortis causa*. Así, las leyes romanas colocaban en la categoría de actos de naturaleza promiscua la emancipacion, la legitimacion i la manumision, permitiendo que indistintamente pudieran hacerse por actos entre vivos o por causa de muerte; i segun fuese el medio o forma a que recurriese el emancipante, legitimante o manumisor para ejecutar esos respectivos actos, así tambien los efectos de esos actos eran o no revocables. Si se ejecutaban por acto entre vivos, quedaban perfectos desde el momento mismo en que el acto se realizaba. Si, por el contrario, se ocurría a actos por causa de muerte, ellos no se consideraban perfectos sino con la muerte del testador. Estos diferentes resultados eran consecuencia lójica i precisa de los diversos efectos que la lei atribuía a la naturaleza específica del acto de que se echaba mano para ejecutarlos.

Ahora bien, nuestro código civil coloca el reconocimiento de hijos naturales en la categoría de actos promiscuos o de carácter ambiguo, del mismo modo que las leyes romanas reputaban la emancipacion, a legitimacion i la manumision; i por lo mismo, ordena que dicho

reconocimiento deba hacerse indistintamente por instrumento público entre vivos o por testamento. Luego, permitiendo la lei que ese acto, aunque directamente tienda a fijar el estado civil de las personas, se ejecute no obstante por testamento, es visto que ella ha querido tambien subordinarlo a los efectos jenerales de éste, cuando para hacerlo se recurre a la forma de un testamento. Es, pues, la lei misma la que asigna al reconocimiento la índole propia, aunque no esclusiva, de una disposicion testamentaria: i por el mismo hecho, es claro que ella lo subordina a la regla jeneral que establece el art. 1213, esto es, que “el testamento solemne puede ser revocado espresamente *en todo o parte*, por un testamento solemne o privilegiado”, cuando el autor de dicho reconocimiento ha recurrido para hacerlo a la forma testamentaria. Para que así no fuese, seria preciso que la misma lei, que declara el reconocimiento como acto susceptible de ser contenido en un testamento, lo sustituyese espresamente a los efectos que señala como propios de éste. Luego, no habiendo tal escepcion en la lei, ¿con qué facultad iríamos a introducirla por nuestra autoridad privada?

Lo mismo que sucede respecto de actos que se rozan con el estado civil de las personas, acontece con otros que nada tienen que ver con él: aludo a las donaciones. La lei permite hacerlas indistintamente por actos entre vivos o por testamentos; i segun sea la naturaleza del acto a que el donante recurre, así serán tambien irrevocables o no los efectos de una donacion.

De estos precedentes legales, fluye sin esfuerzos la consecuencia siguiente: que cuando la lei califica un acto de naturaleza ambigua, ese acto participá por necesidad de la índole propia de la forma a que se recurre para ejecutarlo, siendo por tanto irrevocable, si se otorga por instrumento entre vivos; i por el contrario, revocable, si se otorga por testamento.

Pero demos un paso mas en la teoría que impugnamos para poner mas en claro su falsedad. ¿De cuando acá son propias i exclusivas de un testamento, i por lo mismo, revocables *solo las disposiciones que tienen por objeto la distribucion de los bienes del testador*? ¿Cuántas disposiciones habria que eliminar de los testamentos, si fuese cierta esa doctrina! Segun los contendores, un padre no podria dar tutor a sus hijos en testamento, o una vez hecho, este nombramiento no podria revocarlo. Tampoco podria nombrar un albacea aunque no tuviese la tenencia de bienes; o no podria revocar

este nombramiento luego que fuese hecho. Tampoco podria encar- gar a sus herederos que persiguiesen la injuria que a su persona hu- biese hecho un tercero; o hecho este encargo, no podria revocarse por otro testamento posterior en que el testador remitiese o perdonase la ofensa.

Todas estas consecuencias, que son otras tantas derivaciones del principio que estoi examinando, son completamente erróneas e ine- xactas. Esto prueba que el principio de que se las deduce es tambien forzosamente erróneo. Lo que al parecer paralojiza a los contrarios es ver consignada en el art. 999 de código civil la definicion de testa- mento, segun la cual, él es un acto mas o menos solemne en que una persona dispone del todo o parte *de sus bienes*, para que ten- ga pleno efecto después de sus dias. I de aquí deducen que, puésto que el testamento tiene por objeto disponer *de los bienes* para después de la muerte, es claro que no puede ser *acto testamentario* el que verse sobre otras cosas que no sean bienes. El error de esta conclusion está en hacer objeto *esclusivo* del testamento lo que la lei no designa sino como el objeto *jeneral i ordinario* del mismo. No porque un testamento verse jeneralmente sobre distribucion de la herencia i éste sea tambien el fin primordial con que se otor- ga, es lícito circunscribir su contenido a este esclusivo objeto. La lei misma rechaza esta limitacion que quiere trazarse al conteni- do de un testamento. Así, el art. 354 del código civil autoriza al padre lejítimo para nombrar tutor por testamento, tanto a los hijos nacidos como a los que estuviesen por nacer: i el art. 355 da igual facultad para nombrar curador a los menores adultos. El art. 1016 presupone que tambien puede reconocerse por testamento a un hijo meramente ilejítimo. El art. 1324 permite que una persona pueda nombrar juez partidior de sus bienes *por instrumento público entre vivos o por testamento*; i usando de esta misma fraseología, el art. 272 autoriza el reconocimiento de hijos naturales por esos dos mis- mos medio. Bien se ve, pues, que la lei misma enumera muchas dis- posiciones ajenas a la distribucion de bienes como propias, sin embar- go, de un testamento.

Ahora bien, tomando en cuenta la lei todas las disposiciones que pueden ser objeto de un testamento, espresamente establece en el art. 1001 que "*todas las disposiciones testamentarias son esencial- mente revocables*, sin embargo de que el testador espresare en el testa- mento la determinacion de no revocarlas." Luego, si por la lei el re-

cocimiento de una filiacion natural puede ser objeto del contenido de un testamento, ni mas ni menos como el nombramiento de un tutor o curador, de un juez compromisario etc., i por la lei misma *todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables*, con qué derecho, con qué facultad iríamos a sustraer al imperio de esta regla general i absoluta *solo* el reconocimiento de una filiacion natural? ¿No equivale esto a introducir cortapizas i limitaciones en un precepto general de la lei, sin que ella dé el menor asidero para establecerlas? ¿Será acaso porque no se refiere a disposicion de bienes esa limitacion, sino mas bien al estado civil de las personas? Pero en el mismo caso se encontrarían la tutela, el nombramiento de un juez partidor etc.; i no obstante, en cuanto a estas disposiciones, rije indudablemente el mismo principio de la revocabilidad. Luego, si aun disposiciones que no tocan directamente a la asignacion de bienes, sino que por el contrario se rozan con el estado civil de las personas, como lo es la tutela, por contenerse en testamento, participan de la índole esencial a toda disposicion testamentaria, cual es su revocabilidad, claro es entónces que de ese mismo carácter esencial debe participar el reconocimiento de una filiacion natural cuando ésta se contiene en testamento. Para crear una escepcion especial a este principio, seria necesario que la lei la estableciese. ¿I dónde hallaremos esta escepcion?

Entremos, por fin, a analizar qué es lo que importa el reconocimiento de una filiacion natural contenido en testamento; i así se verá aun mas patentemente, si cabe, la posibilidad legal de su revocacion por otro testamento posterior.

Como el testamento no surte efecto sino después de la muerte del testador, es claro que mientras éste vive, ningun derecho puede fundar en él el hijo natural que hubiese sido reconocido por este medio. Sus derechos fundados en el testamento principian a tener eficacia después de la muerte del testador; pues antes de ésta, ni posibilidad habia de que tales derechos se hiciesen valer, desde que las disposiciones del testador quedan veladas a todo el mundo, mientras él vive. En consecuencia, la muerte del testador viene a dar publicidad a sus disposiciones, fijeza irrevocable a sus mandatos i apertura u oportunidad al ejercicio de los derechos que del testamento se derivan.

Veamos ahora cuáles son esos derechos que del reconocimiento testamentario provienen para el hijo natural. Ellos no son otros que, o el de cobrar alimentos forzosos, o el de percibir una pension legítima-

ria en los bienes del padre; según que el hijo natural reconocido concurra ó no con descendientes legítimos del testador. Luego; el reconocimiento del hijo no importa otra cosa que conferirle por *voluntad* del padre un derecho sobre los bienes que deja; derecho que, como acabamos de ver, puede ser relativo a una asignación alimenticia o a una porción legitimaria, según los casos.

De manera que el reconocimiento no importa en el primer caso mas que un legado o asignación alimenticia; i en el segundo, una institución de heredero. Pero como la lei no hace coacción o violencia de ningún género al padre para reconocer al hijo, sino que por el contrario hace del reconocimiento un acto enteramente libre i espontáneo de parte del padre, se sigue de aquí que en su esencia el reconocimiento de un hijo natural hecho en testamento, no difiere de cualquiera otra asignación testamentaria. Luego, con mucha razón i lógica ha procedido la lei al no exceptuar dicho reconocimiento de la regla jeneral i absoluta de revocabilidad a que subordina toda disposición testamentaria. En esto no hace mas que ser consecuente consigo misma. Dicho reconocimiento, por el hecho de contenerse en testamento, es claro que no surte efecto sino desde la muerte del testador; i en este caso, como en cualquiera otro, dicha disposición es un *testamento*, según el precepto del art. 1000 del código civil, i como tal, debe ser rejido por todas las reglas que imperan en los testamentos.

Esto no se opone a que, siendo el reconocimiento esencialmente voluntario i revocable cuando se contiene en testamento, confiera al hijo derechos que no dependen de la voluntad del padre que lo reconoce, i que la lei suple por su ministerio cuando aquel no los consulta o respeta en su testamento. Lo único que puede decirse legitimamente de *lo voluntario* del reconocimiento i de *lo forzoso* de los derechos del hijo reconocido es que, otorgado el reconocimiento, el padre no es arbitro para privar al hijo de los derechos que la lei asigna como efecto de dicho reconocimiento; mas no que, mientras él esté pendiente de su voluntad i aun no se haya confirmado por su muerte, no pueda revocarlo. Un ejemplo hará palpable la existencia legal de esos dos caracteres, al parecer contradictorios: un padre reconoce a un hijo natural en testamento i, muriendo sin legitimarios preferentes, instituye a otro por heredero o aparta al hijo de su herencia con una asignación menor que su legitima rigorosa. En este caso, el padre fue *libre* para reconocer i dejó que su reconocimiento

surtiera, pleno efecto. Pero hasta aquí no mas llega el imperio de su libertad. En seguida, entra la lei, se apodera de ese reconocimiento i lo hace producir los efectos *forzosos*, que ella señala, aun contra el mandato espreso del testador. Es evidente que este efecto forzosó del reconocimiento da por supuesta la existencia valedera i legal del reconocimiento mismo. De manera que, cuando él no existe, es por demás decir que tampoco podian existir sus efectos. Ahora bien, un reconocimiento hecho en testamento revocado o, mas bien dicho, en un testamento que no es tal a los ojos de la lei, ¿vale o no como reconocimiento?

Paso ahora a ocuparme brevemente del segundo argumento que enuncié al principio. El reconocimiento, se dice, es confesion de una obligacion que pesaba sobre la conciencia del testador: luego, aunque revoque su testamento, siempre deberá quedar en pié la obligacion confesada. Veamos lo que haya de sólido en esta objecion.

Quiero suponer por un momento que el reconocimiento de una filiacion natural importe la confesion de una obligacion moral o de conciencia, apesar de que la lei no reconoce ni da efectos legales a esa obligacion, desde que declara que dicho reconocimiento es *libre i espontáneo* de parte de quien lo otorga; i aun mas, hasta *prohibe* que se inquiera la existencia de tal obligacion. Pero prescindiendo de todo esto i mirando el reconocimiento bajo el aspecto de confesion de una obligacion, ¿se seguirá de aquí que él fuese irrevocable? Por mi parte, no lo creo, pues una confesion de esa naturaleza perteneceria a la clase de las *estrajudiciales*, segun la lei 3.^a tít. 13 partida 3.^a, i el efecto propio de confesiones de esta naturaleza es no obligar al que las hace, segun la lei 7.^a del mismo título, a menos que ellas se presten *estando la otra parte delante o su personero* i uno u otro la acepte. Ahora bien, faltando ambas condiciones en el reconocimiento que se invoca como confesion, ¿con qué derecho puede alegarse esa confesion como prueba irrevocable de una obligacion? Creo, señores, que esto es tan elemental i sencillo que no merece una demostracion mas amplia.

A todo lo espuesto podemos agregar que, para que el reconocimiento surta efecto, es necesario, segun el art. 273 del código civil, que sea notificado i aceptado o repudiado por el reconocido o por su representante legal: i bien, ¿han podido tener lugar esas formalidades necesarias, indispensables? Escusado creo decir que de ninguna ma-

nera podría notificarse, aceptarse o repudiarse una cosa que ño existia, puesto que habia sido revocado por la suprema voluntad otorgada por la lei al que testa para anular i revocar sus últimas disposiciones, entre las cuales se cuenta el reconocimientto, que el código califica de voluntario.

No habiendo podido tener lugar esas formalidades exijidas para la validez por el carácter i efectos que la lei atribuye al reconocimiento i al testamento, que es su forma, ¿cuál será el valor de dicho reconocimiento? Evidentemente ninguno.

Santiago, marzo 24 de 1870.

La comision examinadora que suscribe acordó la publicacion de la precedente memoria en los *Anales de Universidad*.—OCAMPO.

—PALMA.—SOLÍS.
