

CAPITULO V

Efectos y límites de la eficacia de las normas jurídicas

§ 19.—*Límites de tiempo de las normas jurídicas*

Filomusi, Enc. §§ 31-32; Brugi, Ist. § 4; Pacifici, Ist. I, pág. 96; Gianturco, Sist. I, página 124; Chironi, Ist. I, §§ 16, 17, 20; Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 81; Coville, Man. §§ 34-36; Crome, Par gen. § 11; Savigny, Sist. VII, §§ 383-400; Windscheid, Pand. I, §§ 31-33; Regelsberger, Pand. I, § 47-48.

La cuestión: «dada una relación jurídica ¿qué norma debe aplicarse a ella?» correspondiente a esta otra «dada una norma jurídica ¿qué relaciones vienen regidas por ella?» es el problema que intenta resolver la interpretación. Pero tiene una especial importancia, que sobrepasa los límites de la interpretación y exige reglas especiales del legislador el caso en el que surja la duda sobre cuál, entre dos normas diversas pertenecientes a diversos sistemas de Derecho positivo o entre dos normas pertenecientes a un mismo sistema pero dictadas sucesivamente, debe ser elegida para regir una determinada relación jurídica.

La esfera normal de aplicación de los preceptos jurídicos la determina de una parte el territorio sobre el cual impera la autoridad soberana que los dicta, de otra el tiempo que media entre la formación de los mismos y la cesación de su virtud normativa. Y estos son los límites naturales fijados a la eficacia de sus preceptos, no pudiendo éstos, por regla general, regir relaciones formadas en un tiempo anterior o en el territorio de otra organización estatal sometida a diversa soberanía. Pero ni estos límites son absolutos, puesto que las necesidades de las relaciones internacionales exigen a veces que las relaciones que se producen en un Estado sean reguladas por normas de otro y las de la vida in-

terna exigen que a las relaciones constituidas bajo el imperio de una norma se apliquen retroactivamente los preceptos de otra posterior, ni independientemente de esto, la complejidad de los elementos que constituyen toda relación permite siempre aplicar a cada uno la norma del lugar o del tiempo en que ha surgido, debiendo en ocasiones tener en cuenta el lugar o tiempo en que aquella se perfecciona o produce sus efectos.

Se producen así conflictos de leyes en la doble forma de colisiones entre leyes contemporáneamente vigentes en territorios diversos o de colisiones entre leyes que emanan de una misma soberanía pero que rigen en tiempos diversos (1) y para resolverlos hay reglas especiales dictadas expresamente por el legislador o aconsejadas por la ciencia y deducidas de la naturaleza de las relaciones a que se refieren (2).

El principio fundamental que rige en orden a la eficacia de las normas jurídicas es en un terreno abstracto bastante simple. Rigen todas las relaciones a que se refieren desde el momento en que reciben aplicación hasta el en que cesa su virtud normativa. El primer momento no coincide con aquel en que la regla se forma, ya que como se ha visto es corriente fijar entre su publicación y su entrada en vigor un período de vacación que haga posible su conocimiento a los sometidos.

El segundo momento está determinado por la entrada en vi-

(1) Al mérito de Savigny se debe el haber unificado ambos fenómenos de conflicto de leyes en el espacio y en el tiempo de los que derivan las dos teorías del Derecho internacional privado y de la irretroactividad. El ser regidas por reglas particulares distintas no destruye la unidad conceptual del fenómeno.

(2) Pueden ambos conflictos presentarse juntos y combinados cuando con un conflicto de leyes en el espacio concurra otro en el tiempo: así en todos los casos en que una norma de Derecho internacional siga a otra precedente y diversa y surja el problema de la retroactividad o irretroactividad de una norma reguladora de un conflicto de leyes en el espacio: Diena, *De la retr. des disp. legisl. de Dr. interis privé* (*Journal de Dr., int. pr.*, XXIII, 1900, pág. 925); Caragliani, *Dir. intern. priv. e Dir. transitorio*, Verona 1904; *La teoria dei Diritti acquisiti in sui recenti opere* (*Arch. giur.*, LXXV, pág. 113 y siguientes); Anzilotti, *La questione della retroattività delle regole di Dir. int. priv.* (*Riv. dir. int.*, 1907, II, pág. 120).

gor de una regla diversa y opuesta, ya sea una nueva que substituye a la primitiva, ya sea una norma existente que por la cesación de ésta la substituya atrayendo a su imperio las relaciones que regía la que ha cesado en su vigencia.

Causa de la cesación de una ley puede ser: *a*) el haber transcurrido el término que preventivamente se haya fijado a la vigencia de la norma, de modo que ella lleva al nacer el límite de su duración; *b*) o no darse ya el fin o el objeto o los supuestos de la norma y no tener esta razón que justifique su existencia; *c*) el cambio de las reglas de Derecho querido autoritariamente por los órganos soberanos, que como tienen la facultad de dictarlas, así también poseen la de derogarlas y limitar su eficacia en el tiempo.

Es raro el caso de una ley que contenga el término de su duración (1); es más frecuente el segundo, esto es, el de leyes encaminadas a un fin transitorio que puede equipararse al primero, considerando implícito el término de duración. Son de esto ejemplo las leyes transitorias dictadas para regular el tránsito de una legislación vieja a una nueva y en general todas las leyes provisionales y extraordinarias formadas para atender a una necesidad pasajera (2). Pero sobre todo es importante la abrogación.

Puede ésta tener lugar de dos modos: expresamente, cuando con una expresa declaración del poder legislativo se prive de eficacia a un precepto hasta entonces vigente, ya sea legal o consuetudinario (3), o tácitamente, cuando un nuevo precepto se dicte sobre la misma materia hasta entonces regulada por otra

(1) Ver toda la legislación de guerra provocada por el conflicto europeo y dictada en los años 1914 y siguientes. Gran parte de los Decretos reales o lugartenenciales declaran que las normas en ellos contenidas tendrán valor en tanto la guerra dure o también hasta sesenta días, seis meses o un año después de terminada ésta.

(2) Las emanadas con motivo de calamidades públicas, revoluciones, sediciones, necesidades inaplazables del erario, etc.

(3) Un ejemplo, ofrece el art. 48 de las disposiciones transitorias del Código civil. En las materias que constituyen objeto del nuevo Código, cesan en su vigencia desde el día de la ejecución del mismo, todas las restantes leyes generales o especiales así como los usos y costumbres a que el Código no se refiera expresamente.

norma; y esto puede ocurrir por dos causas distintas: en cuanto que la nueva disposición siendo opuesta o diversa a la antigua resulte incompatible con ésta y por ello deba ceder a la posterior; o bien en cuanto que no habiendo incompatibilidad, siendo regulada la materia toda por la nueva disposición se revela la intención del legislador de querer sustituir la vieja por la nueva regulación (1). «Las leyes no se derogan más que por otras leyes posteriores por expresa declaración del legislador o por incompatibilidad de las nuevas disposiciones con las precedentes o por regular la ley nueva la materia toda que regulaba la anterior» (art. 5.^º de las disposiciones preliminares) (2) (3).

Ya sea expresa o tácita, total o parcial, la derogación de las normas no puede efectuarse sino en virtud de un acto dictado por el poder soberano, al que corresponde la facultad de dictar los preceptos. Prescindiendo aquí de la cesación de una costumbre por otra costumbre contraria, la cual no es eficaz sino en cuanto la ley le reconoce eficacia, no puede una ley derogarse sino por otra contraria, y ni la costumbre (4) ni el Reglamento

(1) Conviene observar que para dar seguridad a las relaciones y evitar controversias graves en toda ley nueva, se suele dictar una disposición derogando la anterior expresamente. Tal es el caso de la derogación de los Códigos preexistentes y de los demás derechos generales o locales contenida en el art. 48. Precisa añadir que tal fin no se consigue cuando el legislador se limite a declarar derogadas todas las disposiciones contrarias a la nueva ley o incompatibles con ella; muy frecuentemente se recurre a tal fórmula que no dice nada y es superflua y ociosa con relación al principio establecido en el art. 5.^º de las disposiciones preliminares. Una legislación más perfecta debe especificar en lo posible las normas a las que se quiere privar de eficacia con la nueva disposición.

(2) En las fuentes romanas se distingue entre *abrogación* abolición completa de la norma y *derogación* o sea abolición parcial (L. 102, D. 50, 16. *Derogatur legi aut abrogatur, derogatur legi cuum pars detrahitur; abrogatur legi cuun prorsus tollitur*, ver Ulp. Fr. I, 3) distribución que ofrece escaso interés.

(3) NOTA DEL TRADUCTOR.—También en el art. 5.^º del título preliminar del Código civil español se contiene la declaración de que las leyes sólo se derogan por otras posteriores, discrepando de la contenida en el correspondiente del Código italiano al omitir el modo como esa derogación tiene lugar: declaración expresa del legislador, incompatibilidad de las disposiciones nuevas con las precedentes, etc.

(4) Diverso era el principio vigente en el Derecho romano, por lo

pueden derogarla. Puede un Reglamento posterior quitar fuerza al anterior por el citado principio, según el cual tiene potestad de abolir las normas quien tiene el poder de dictarlas.

Las cuestiones que en tal respecto se presentan, si, por ejemplo, la abrogación de una norma con su sustitución por otra hace cesar las excepciones que se hacen a la primera, si la norma especial deroga a la general y ésta nunca a la especial y otras, son cuestiones de interpretación que se resuelven por la indagación de la voluntad legislativa. Los aforismos en uso entre los prácticos *Generi per speciem derogatur*, *Lex speciali non derogat generali* y otras semejantes son absolutamente falsas. Indudablemente la abrogación de una norma que abrogaba otra anterior no restablece esta última, ni siquiera en el caso de no haber sido dictada una norma nueva. La cesación de un precepto no es por sí sola capaz de conceder vigencia a uno precedente que había perdido ya todo valor (1).

menos hasta el siglo IV en que siendo reconocida a la costumbre la misma eficacia que a la ley, era atribuida a aquella la virtud de abrogar la ley.

Pero afirmó expresamente Juliano, fr. 32 § 1. D. I. 3, *quere rectissima etiam ellud receptum est, ut leges non solum suffragio legis latoris sed etiam tacito consensu Omnium per desuetudinem abrogantur*, contra esto aparece en la compilación de Justiniano la célebre constitución de Constantino, l. 2. C. 8. 52 (53). *Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valiture momento, ut aut rationem vincat aut legem*, lo cual ha dado lugar a infinitas controversias entre los intérpretes y a numerosos intentos de conciliación. La explicación más satisfactoria de tal antinomia es la defendida felizmente por Scialoja (*Sulle c. 2, cod. quae sit lenga e. c. la sua conciliazione* col. fr. 32 § 1. D. de ieg., en *Arch. giur.*, XXIV, 1880, pág. 420 y siguientes; (*Delle c. 2. quae sit l. c. 8, 52: en Atti e mem dell'Acc di Padova* II, 4. 1886), según la cual Constantino se refiere a las costumbres anteriores a una ley encaminada a privarle de valor. Sobre la importancia de la sost. contra legen en el Derecho comm., ver Vanni *Della consuetudine nei suoi rapporti col. Dir. e colla legisl* (*Saggi di fil. morale e giur.*, Bologne 1906, II, pág. 106 y siguientes).

(1) Opinión contraria mantiene Gianturco, *Sist.* I, pág. 126, pero la afirmación carece de fundamento. Para que la primera ley derogada recobre su vigor precisa una declaración expresa del legislador y este es el oficio de las leyes llamadas restablecedoras o restauradoras, a las que

El problema, muy grave, que se ofrece en todo cambio de las normas jurídicas, el de saber la eficacia que tengan las normas nuevas sobre los hechos y las relaciones producidos cuando regía la norma anterior, no se da, como es natural, con respecto a los hechos y relaciones que hayan surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la norma antigua, es decir, que se han desenvuelto al amparo de sus preceptos, sino sólo con respecto a aquellos que por una razón cualquiera deben producir o seguir produciendo sus efectos en el tiempo en que la norma antigua no rige ya. Precisa, en otros términos, para que se dé el conflicto de leyes en el tiempo que la vida de una relación sea lo bastante extensa para tocar dos momentos diversos en que tengan vigor sucesivamente normas de contenido substancialmente distinto (1).

Tal problema no puede ser resuelto por la ciencia con unidad absoluta de criterio; a lo sumo ésta puede indicar algunos principios directivos; ni el legislador a quien soberanamente corresponde decidir sobre los límites de eficacia de las propias

se refiere el mismo Gianturco (pág. 131, núm. 3), ver también Gabba, *Teoria della retroattività*, I, pág. 33.

(1) La teoría se denomina de la irretroactividad de las leyes, de la retroactividad o de los derechos adquiridos.

Los trabajos especiales de mayor importancia son Bergmann: *Das verbot rückwirkender Kraft neuer Gesetze im Privatrecht*, Hannover 1818; Lasalle, *System der erworbenen Rechts* 2.^a ed., Leipzig, 1880; Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi* 3.^a ed., Torino 1891-98; Göppert, *Das Prinzip Gesetze haben Keine rückwirkender Kraft* (Ihering's Iahrb. XXII, 1884, página 1 y siguientes); Chironi, *Della non retroattività delle leggi in materia civile* Siena 1884; Fiori, *Della non retroattività delle leggi*, Napoli, 1886, Vareilles Sommieres, *Une Theorie nouvelle sur la retroactivité des lois* (*Revue Critique de legisl. et jurispr.* XXII, 1893, pág. 444 y siguientes) Affolter, *Das inter temporale Privatrecht*, Leipzig, 1901; Simoncelli, *Sui limiti della legge nel tempo* (St. per Scialoja I, pág. 335 y siguientes); Duguit, *La non retroact des lois et l'interpr. des lois* (Revista de derecho público, 1910, página 764 y siguientes); Donati, *Il contento del principio della irretroattività della legge* (*Riv. it per le Sc. giur.*, 1915, LV 235 LVI, pág. 117 y siguientes); Falco, *Sue principio della irretroattività della legge* (*Riv. dir. comm.*, 1917, I, pág. 704); Ranelletti, *Efficacia delle norme giur. amm. nel tempo* (*Riv. dir. civ.*, VI, 1914, pág. 49 y siguientes).

normas puede dar la solución con una disposición universal para regular todo conflicto, cualquiera que sea la norma, la naturaleza de la institución o la estructura especial de la relación.

Tal afirmación requiere aclaraciones:

Como ha observado Simoncelli (1), el problema puede considerarse bajo dos aspectos diversos, según que se estudie desde un punto de vista abstracto o filosófico o desde un punto de vista estrictamente positivo. El haberse borrado la línea de separación de ambas investigaciones ha sido causa de graves y a veces insuperables dificultades a que ha dado lugar la irretroactividad de las leyes. Si la investigación especulativa de los principios que, inspirándose en la justicia intrínseca y en la necesidad de dar seguridad a las relaciones, quieren que sean intangibles los derechos y las posiciones jurídicas adquiridas bajo el imperio de una norma sustituida después por otra diversa y contraria, puede ayudar a indicar al legislador los límites del ejercicio de su potestad, la determinación de los principios positivos, no pueden deducirse sino de las normas que haya dictado el legislador caso por caso o, en su defecto, del sistema general indagando su intención.

Responde a una exigencia de la vida social que la fe en la seguridad y estabilidad de las relaciones no resulte amenazada con el temor de que una ley posterior venga a transformar perturbando las relaciones válidamente constituidas; pero contra esta exigencia hay otra no menos digna de respeto, la de los cambios del ordenamiento jurídico impuestos por la evolución de la vida social. Solamente de la conciliación de ambas necesidades puede derivar la acertada solución del problema. Sin embargo, puesto que al legislador no le son señalados límites por ningún otro poder, puede con una ley nueva despojar de los derechos antes conferidos y destruir no sólo esperanzas o expectativas, sino también posesiones jurídicas definitivamente adquiridas.

Responde a la primera exigencia el principio, fortalecido en el asentimiento universal, de que las leyes no son retroacti-

(1) Ob. cit., pág. 357 y siguientes.

vas (1); es que recibe confirmación en la naturaleza misma de la virtud normativa de los preceptos encaminados a regir las relaciones jurídicas que se forman en el tiempo en que tienen vigor y que no se extienden a hechos anteriores cuya disciplina no podía ser dada por una norma inexistente. En este concepto general se inspira el notabilísimo texto de las fuentes romanas (l. 7 c. l. 14), *Leges et constitutiones futuris fertum est dare forman negotiis, pon ad facta praeterito revocari* (2) y la regla establecida en el art. 2.^º de las disposiciones preliminares. «La ley dispone siempre para el porvenir y no tiene efecto retroactivo» (3).

Un principio formulado de modo tan general, si bien puede servir para indicar la dirección que debe seguirse para regular la transición de una norma antigua a una nueva, en la práctica se muestra completamente insuficiente para resolver los conflictos concretos. Si no significa solamente que la nueva ley no se aplica a las relaciones que produjeron todos sus efectos bajo la ley anterior, y que, por consiguiente, se han agotado ya o terminado mediante juicio o transacción, sino que se refiere también a las relaciones y hechos anteriores, cuyos efectos o consecuencias inmediatas o mediatas se hallan aún pendientes, no se sabe cuáles sean estos hechos o relaciones, cuando se deba hablar de efectos actuales de una relación o hecho anterior, cuando un hecho nuevo deba considerarse consecuencia de otro ocurrido bajo la norma precedente, etc. Por su excesiva generalización y

(1) Entre los profanos está tan arraigado que se consideran como intangibles incluso por la ley, derechos adquiridos al amparo de una ley anterior, confundiéndose así una cuestión de política legislativa con otra estrictamente jurídica.

(2) La continuación (*nisi nominatum etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cantum sib*) se refiere a la facultad del legislador de retrotraer la eficacia de la nueva norma. Ver también l. 66. (65) § 1. c. 10. 32 (31) *eadem videlicet constituzione sirvae memoriae zenoris ex die quo promulgata est suas vires obtinente cum conveniat leges futuris regulas impone-re non praeteritis calumnias exer citare.*

(3) NOTA DEL TRADUCTOR. - En el art. 3.^º del Código civil español se proclama el carácter, *generalmente irretroactivo* de la norma. La irretroactividad viene proclamada, por tanto, con carácter menos absoluto y categórico.

por su vaguedad, la regla como precepto legislativo no tiene más que un valor muy relativo.

Y el legislador italiano ha demostrado tener prácticamente plena conciencia de ello (1); las leyes más importantes que modifican el régimen jurídico contienen todas especiales disposiciones transitorias encaminadas a determinar los efectos precisos que la nueva norma debe producir en las relaciones anteriores. Y respecto al Derecho civil, la misma ley de 2 de Abril de 1865, que autorizaba al Gobierno del Rey a publicar el Código, que contenía el citado principio general, le autorizaba también para formular las disposiciones transitorias, que fueron publicadas en 48 artículos, con Real decreto de 30 de Noviembre de 1865 (mientras otras fueron más tarde dictadas con Real decreto de 25 de Junio de 1871 para las provincias de Venecia y Mantúa) y a las cuales se debe recurrir para la solución de toda cuestión que se suscite en el campo de las instituciones del Derecho civil.

Esta crítica negativa no exime al jurista de la necesidad de buscar un criterio teórico y sistemático (deducido del Derecho positivo y no formulado por abstracción filosófica) que reduzca a unidad orgánica las decisiones particulares y proporcione al Juez una norma directiva cuando la ley no contenga el criterio de transición o no lo contenga de modo suficiente.

Una teoría debida a Savigny (2), que luego ha integrado y corregido en algunos puntos Simoncelli, parte de la distinción de todas las leyes o normas jurídicas en dos grandes categorías.

De un lado las que se refieren a la *adquisición de derechos*, esto es: la unión del derecho a una persona y consiguientemente su pérdida en la otra (por ejemplo, la nueva ley exige para la transmisión de la propiedad la tradición, mientras la anterior

(1) Más lógico es, a nuestro parecer, el sistema seguido por el legislador alemán, el cual ha omitido el consignar una regla de carácter general como la de nuestro art. 2º por reputarla insuficiente y ambigua. En la ley de introducción (*Ein fuhrungs Gesetz zum B y B*) ha consagrado una sección entera (§§ 153-218) a las disposiciones transitorias regulando en cada institución o relación el tránsito del viejo al nuevo régimen.

(2) Sistema VIII, pág. 376 y siguientes, 521 y siguientes.

declaraba suficiente el consentimiento). De otro las que conciernen a la *existencia* o *inexistencia* de una institución jurídica (por ejemplo, la ley nueva suprime la esclavitud o el derecho de los diezmos, instituciones que antes eran protegidas por el Derecho objetivo), o ya al modo de ser, es decir, a sus transformaciones íntimas, aunque perdure su existencia (por ejemplo, una ley nueva que, manteniendo la propiedad la declara protegida solamente por las acciones posesorias mientras la antigua la tutelaba con la reivindicación). Ahora bien; a estas dos categorías corresponden en lo que a la retroactividad se refiere dos reglas opuestas. A las primeras se aplica el principio de la no retroactividad en el sentido que la nueva ley no ejerce acción alguna, no sólo en el hecho pasado, sino que tampoco en las consecuencias posteriores del mismo (la propiedad adquirida por simple consentimiento, no sólo es reconocida como validamente transmitida en el tiempo en que imperaba la norma vieja, sino que también es mantenida luego) y ello por el respeto debido a la seguridad de las relaciones. A las segundas se aplica el principio de la retroactividad en el sentido que con la abolición de la institución jurídica no sólo no podrán crearse en lo sucesivo relaciones de tal naturaleza sino que serán abolidas y destruidas las relaciones creadas al amparo de la ley anterior (queda suprimido el derecho de cobrar los diezmos; los esclavos quedan liberados y lo mismo para las leyes que se refieren al modo de ser de los derechos) y la razón estriba en que el Estado, por consideraciones de orden público, no puede consentir el que perduren relaciones jurídicas contrarias al nuevo ordenamiento, constituidas anteriormente (1).

A esta doctrina, que tiene indudablemente un gran valor científico, pero que no consigue dar un criterio seguro, no siendo como no es posible la separación neta de ambas categorías (el mismo Savigny se vió obligado a hacer una serie de excepciones y reservas al doble principio), se añade otra, que es, a decir verdad, la más difundida y que, formulada por Lassalle (2),

(1) Ob. cit., pág. 368 y siguientes.

(2) *System der erworbenen Rechte*.

ha tenido entre nosotros un decidido defensor en Gabba (1), al cual es debida la más completa elaboración de la teoría del *derecho adquirido*.

El principio en que se funda, es el de que la prohibición general de la retroactividad debe limitarse a los derechos adquiridos y por tales se entiende, según la más precisa formulación que ha dado Gabba, todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto a producirlos en virtud de la ley vigente, al tiempo en que el hecho se realizó y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona, si bien la ocasión de hacerlos valer se haya presentado bajo el imperio de la nueva ley.

No son estos solamente los derechos adquiridos en virtud de un hecho o de un acto de la persona (por ejemplo, el derecho de crédito en virtud de un contrato), lo son también los independientes de tal hecho o acto, es decir, aquellos que se adquieren *ipso jure* o sea directamente en virtud de la ley. En oposición a los derechos adquiridos, están de una parte las abstractas *facultades legales*, las cuales constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos (como, por ejemplo, la capacidad de obrar, la facultad de testar), de otro las meras *expectativas*, es decir, la esperanza de adquisición de un derecho fundado en la norma vigente y aun no convertidas en derecho por defecto de alguno de los requisitos objetivos exigidos por la norma (por ejemplo, la expectativa a la sucesión en la herencia de una persona por parte del pariente que se halle dentro del sexto grado (2).

Ahora bien; mientras la ley nueva no puede lesionar el derecho adquirido, debe serle reconocida eficacia retroactiva en lo que respecta a las facultades legales y a las expectativas, porque ni aquéllas ni éstas constituyen derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de la persona. Y puesto que en el patrimonio no entran sino los derechos priva-

(1) *La retroattività delle leggi.*

(2) Sobre el concepto de expectativa, ver Venezian, *Le tutelle dell'aspettativa*, 1900, y Demoque, *Des Droits eventuels et des hypothèses ou ils prennent naissance* (*Rev. trim. de Dr. civ.*, 1905).

dos, toda una serie de derechos, se substrae al principio de la irretroactividad, como son los que derivan de normas de Derecho público, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos.

Las objeciones a que da lugar esta segunda doctrina, son múltiples y graves. Muy discutible es la noción misma del derecho adquirido, cuyas definiciones son tantas como son los escritores que suscriben tal teoría.

Los más sinceros entre sus partidarios confiesan que la determinación de los requisitos necesarios para que un derecho pueda considerarse adquirido, no puede ser hecha de modo uniforme para todas las instituciones jurídicas (1), lo cual le priva de aquella unidad y seguridad de criterio a que aspira. Muchas veces, y precisamente en los casos más graves, la dificultad consiste en distinguir si una determinada situación jurídica es derecho adquirido o mera expectativa o abstracta facultad jurídica y si, por tanto, la norma nueva tenga o no, con respecto a ella, eficacia retroactiva.

Dos ejemplos típicos de esta incertidumbre los ofrecen los conflictos de leyes en materia de mayor edad y de capacidad de testar.

Si la nueva norma eleva de veintiuno a veinticinco años el límite de la menor edad (sin que nada se disponga por vía transitoria), ¿volverán a ser menores los que eran ya mayores por haber cumplido los veintiún años? Algunos lo afirman así, basándose en el concepto de que la mayor edad es sólo una capacidad y entra, por tanto, en la categoría de facultad legal; solamente los actos realizados con los terceros, por quienes, según la ley antigua, habían alcanzado la mayor edad, no serían afectados por la nueva ley, porque tales constituyen para él y los terceros derechos adquiridos (2). Para otros, constituye un derecho adquirido la mayor edad en cuanto que el estado personal, una vez adquirido, se convierte en derecho intangible (3).

(1) Crome, *Par. gen.*, pág. 59.

(2) Gianturco, *Sist. I*, pág. 136; Crome, *Par. gen.* pág. 60; Melucci, *Ist.* pág. 61; Demolombe, *Cours de Dr. civ. I*, n. 45; Windscheid, *Pand. I*, página 90, n. 4.

(3) Gabba, *ob. cit. II*, pág. 80; Chironi y Abello, *Tratt. I*, pág. 90; Chi-

Mayor es aún la perplejidad frente, por ejemplo, a dos leyes de las cuales la posterior modifique la capacidad de testar, como era regulada por la anterior. Si la ley del tiempo en que fué hecho el testamento, confería la *testamenti factio*, activa a los mayores de diez y seis años y la nueva exige que se hayan cumplido los diez y ocho, ¿cuál es la ley aplicable a las sucesiones que se abran bajo el imperio de la nueva ley en relación a los testamentos formados, rigiendo la antigua? La teoría del derecho adquirido, no nos da aquí solución indubitable, porque ni la doctrina de la expectativa ni la de la facultad jurídica son suficientes. Ciento que es mera expectativa la de los herederos instituidos en un testamento válidamente formado bajo el imperio de la ley anterior, por quien había cumplido los diez y seis años, si la sucesión no se ha abierto aún, y hasta que esto no ocurra, la ley nueva puede suprimirla. Partiendo de este concepto, se debería concluir que la ley reguladora de la capacidad será la posterior: el testamento válido, según la primera ley, será nulo cuando la sucesión se abra, rigiendo la nueva, que exige los diez y ocho años cumplidos.

La cuestión puede ser examinada con relación al que dispone en vez de serlo en relación a los llamados. Ahora, si bien es cierto que la capacidad de testar, siendo una capacidad jurídica abstracta, no constituyendo derecho adquirido, no se sustrae al imperio de la norma nueva, es cierto también que tal capacidad se ha exteriorizado y concretado en un acto: el testamento, el

roni, Ist. I, pág. 22; Savigny, Sist. VIII, pág. 415; Regelsberger, Pand. I, página 191; Ascoli y Cammeo en Crome, Par. gen. pág. 60, n. 2. Distinguen entre capacidad y estado sin gran provecho, por ejemplo, Pacifici, Ist. I, pág. 159, n. 3; Aubry et Rau, *Cours de Dr. civ.* I, pág. 108, n. 20. La cuestión que aquí se considera desde el punto de vista de un conflicto entre dos leyes, faltando la decisión del legislador se renueva desde el punto de vista legislativo. Si el legislador quiere proveer con normas transitorias ¿conviene o no que conserve la mayor edad en aquellas personas que le han alcanzado? Nosotros creemos preponderantes los motivos en favor de la conservación, siendo desventajoso hacer volver al estado de menor edad a los que de ella salieron. Menos perjudicial es que por un cierto tiempo hayan personas de edad diversa que sean todas mayores de edad.

cual (cuando no sea revocado por su autor) subsistirá como única y definitiva disciplina o regulación de la sucesión. Según este segundo aspecto, se debería afirmar que la ley decisiva es la del tiempo en que el testamento se formó: éste, que era válido, según la ley primitiva, en cuanto creado por un mayor de diez y seis años, es válido también luego si el testador muere vigente la nueva ley, haya cumplido o no los diez y ocho años.

Finalmente, el problema puede ser estudiado en un tercer aspecto, teniendo en cuenta la naturaleza particular del acto testamentario, que es esencialmente revocable y la estrecha conexión que existe entre el momento de la manifestación de su voluntad y el de la muerte, en cuanto que la voluntad declarada en el testamento, si no viene revocada se considera como confirmada en los momentos sucesivos, hasta el último, o sea el de la muerte (*ambulatoria est voluntas testatoris usque ad vitae supremum exitum*).

Por ello a regular la capacidad de testar, se deben aplicar juntamente la ley del tiempo en que el testamento fué hecho y la del tiempo de la muerte del testador. El testamento hecho válidamente por quien había cumplido los diez y seis años, subsistirá como válido, si dictada la nueva ley el testador muere habiendo cumplido los diez y ocho años, porque la disposición se entiende confirmada en el momento de la muerte y como hecha a la edad legal según la ley nueva. Será nulo si muere antes de los diez y ocho años, porque se habría observado sólo la ley primitiva y no la posterior.

Estas tres soluciones han sido propuestas por los partidarios de la teoría del derecho adquirido y por otros también. Quieren los más que se apliquen simultáneamente ambas leyes. (1); afirman otros, por el contrario que la capacidad debe regularse

(1) Ver Gabba, *Teoria della retroattività*, III, pág. 306 y siguientes; Pacifici, Ist. I, pág. 215; Melucci, Ist. pág. 64 y siguientes; Vitale, *Delle successioni testam. e leg.* I, pág. 311 y siguientes; Fiore, Disp. gen. I, página 338; Regelsberger, Pand. I, pág. 124.

por la ley del tiempo de la muerte (1); otros, por la del tiempo de la formación del testamento (2).

A eliminar las dificultades (3) que ofrece la teoría del derecho adquirido—seguida en Italia—, nuevas teorías se han propugnado por los modernos escritores. Prescindiendo de la que funda la distinción de leyes retroactivas y no retroactivas en la de *derecho e interés* (4) y de la que afirma ser retroactivas las leyes favorables e irretroactivas las perjudiciales (5)—que tienen escaso valor científico—, todas las demás pueden reducirse a dos.

Una se basa en la distinción de normas de Derecho público y normas de Derecho privado. Con razón afirma Simoncelli que la eficacia de las nuevas leyes con respecto a hechos y relaciones que se han producido o creado al amparo de las anteriores, no puede ser la misma para toda clase de normas.

Predominando en la esfera del Derecho privado, el interés particular y la autonomía de la voluntad, el respeto debido a la confianza que el particular depositó en la ley vigente, exige que la ley nueva no actúe retroactivamente sobre relaciones y efectos que derivan de aquélla, aun cuando éstos se produzcan, rigiendo la norma posterior. En el público predomina, por el contrario, el interés del Estado, el cual manda o prohíbe para alcanzar un fin superior al del particular; la más intensa obligatoriedad de sus normas exige que la nueva norma se apodere de

(1) Fulci, *Sulle disposizioni relat. alla pubblic. interpr. ed. applic. delle leggi*, pág. 52; Gianturco, Sist. I, pág. 143.

(2) Udger, *Syst des Osterr. Privatrechts*, § 21, n. 61.

(3) Más complicada resulta aún la aplicación del concepto del derecho adquirido a las relaciones reguladas por normas jurídicas internacionales. Ver Cavaglieri, *La nozione dei Diritti acquisiti nel Dir. internaz. privato*, Roma 1913.

(4) Laurent, *Princ. di Dr. civ.*, I, n. 153. Huc, *Comm. di Dr. civ.* I, número 60.

(5) No exclusivamente sino en parte sobre tal concepto reposa la teoría defendida por Regelsberger, según el cual el principio de que las relaciones jurídicas y sus consecuencias deben ser regidas por la ley del tiempo en que nacieron, halla una limitación en el caso en que la nueva ley favorezca y mejore tales relaciones.

los hechos y relaciones anteriores y los regule a tenor del nuevo precepto (1). El criterio fundamental será, pues, la preponderancia del principio de la irretroactividad en la esfera del Derecho privado y la preponderancia del de la retroactividad en la del público, ya sean normas de Derecho público, en sentido técnico, o sólo de orden público, según lo que expusimos a su debido tiempo (2).

En particular se aplica la retroactividad de las reglas a todas las leyes de Derecho público, salvo limitaciones que tienen lugar cuando de tal ley derive al particular un derecho patrimonial o no, que sea posible respetar, sin menoscabo del fin público a que la nueva norma tiende. Se aplica la irretroactividad a las leyes de Derecho privado y más en las relaciones de carácter patrimonial, donde predomina la autonomía individual (salvo limitaciones impuestas por razones de orden público); excepto en las relaciones familiares donde predomina el interés general.

Parte la otra teoría (3) de la fundamental consideración que la ley gobierna y rige los hechos todos que se producen bajo su imperio, es apta para regular también sus efectos y las consecuencias que de ellos derivan, y no sólo los que se producen durante su vigencia, sino también los que se producen después de su derogación. Estas consecuencias deben hallarse, con respecto al hecho que las produce en relación de causa a efecto, y no hay que distinguir si el hecho es una exteriorización de la voluntad de la persona o independiente de ésta, ni se trata de materia de Derecho público o de Derecho privado. La ley vigente en el tiempo en que el hecho se produjo regulará todos sus efectos, cualquiera que sea el momento en que éstos se produzcan, porque deben considerarse virtualmente en el hecho. El principio que de ello surge es el de la irretroactividad, en el sentido de que la nueva ley no puede extenderse a los hechos ocurridos anteriormente a

(1) Ob. cit., pág. 360 y siguientes.

(2) Vid. Supra., pág. 51 y siguientes.

(3) Con formulación diversa mantiénela Regelsberger, Pand. I, página 184 y siguientes; Vareilles Sommiéres, *Une nouv. theorie sur la retroactiv. passim*, Chironi y Abello, Tratt. I, pág. 85 y siguientes; Coviello, Man. I, pág. 107 y siguientes.

su aparición. Pero a tal principio deben hacerse algunas excepciones en cuanto que (prescindiendo, naturalmente, de una declaración expresa de retroactividad por parte del legislador) hay consecuencias de hechos realizados ya que se sujetan a la nueva ley, así en lo que se relaciona con las instituciones jurídicas en las cuales se fundan derechos perpetuos, una nueva ley que suprime éstos o que introduzca alteraciones en la configuración política de los mismos, actúa sobre hechos ya realizados, suprimiendo o transformando los derechos adquiridos; y no todos los efectos dependientes del hecho realizado deben ser regidos por la ley del tiempo en que éste se produjo, sino sólo aquellos que dependan y deriven de él de un modo absoluto, pues los otros caen bajo el imperio de la nueva ley.

En nuestra opinión, la mejor es la que funde armónicamente los principios de ambas teorías y saca de una y otra los criterios directivos para la resolución de toda controversia en materia de conflictos entre normas sucesivas. No hay propiamente una regla general de irretroactividad, de la cual constituya una excepción la retroactividad, sino que hay dos principios paralelos, de los cuales uno implica que la ley antigua continúe—aunque derogada—rigiendo los hechos que se verifican bajo la ley nueva; el otro, que la ley nueva actúe en el pasado, apoderándose de los hechos que en el pasado se produjeron para regularlos total o parcialmente en forma nueva. El hecho realizado en sí y en los efectos futuros que de él deriven debe ser regulado en algunas materias (preferentemente en aquellas en que predomina la autonomía de la voluntad privada y el interés particular) por la ley que regía al tiempo en que se verificó; pero con haberse verificado bajo el imperio de una norma diversa, no excluye el que, por el contrario, sea regido en otras materias (especialmente en las que predomina el interés del Estado y el orden público) por la ley nueva. En la racional conciliación de ambos principios y en la determinación de la relación existente entre el hecho realizado y sus consecuencias, y en la naturaleza de la norma, se debe hallar el criterio para resolver si la norma derogada debe ser prolongada en su eficacia normativa.

Abandonando, por ahora, toda indagación particular en or-

den a cada una de las relaciones y a las instituciones jurídicas, y prescindiendo de las normas positivas, eventualmente deformes por razones oportunistas o de equidad, que nuestro legislador ha establecido en las disposiciones transitorias para el Código civil (normas a las cuales se debe recurrir preferentemente en los casos de conflicto), los principios generales y directivos deben fijarse del modo siguiente (1):

a) *Derechos de las personas y de familia.*—La capacidad de obrar resulta regida en cada momento por la ley imperante. Recibe, por tanto, inmediata aplicación la ley nueva, ya restrinja, suprima o amplíe la capacidad concedida o negada por la ley anterior, de modo que, perdida por quien la poseía, la adquiere inmediatamente quien se hallaba privado de ella. Y por eso precisamente que resulta regulada por la ley del tiempo en que se ejerce, no se retrotrae la nueva norma a los actos realizados anteriormente y son éstos válidos si se realizaron por quien tenía la capacidad, según la ley anterior. Lo mismo puede decirse de los derechos de familia, en los que prevalece el interés público sobre el privado; la nueva ley se apodera de las relaciones ya constituidas y las regula, cualquiera que sea la disciplina de la norma anterior. Las relaciones personales entre cónyuges, el carácter del vínculo matrimonial, con la posibilidad o no de disolverlo (divorcio, separación de los cónyuges), relaciones personales entre padres e hijos, ejercicio de la patria potestad y del poder marital, tutela, curatela, etc., caen bajo el imperio de la nueva ley, de modo que el matrimonio, por ejemplo, que antes era disoluble, se convierte en indisoluble por la prohibición posterior; la patria potestad o la tutelar, que antes era más amplia, se restringe luego. Pero también aquí los hechos que se realizaron rigiendo la vieja ley no pueden ser afectados por la nueva; el matrimonio realizado en observancia de las normas de aquélla, el estado de paternidad y de filiación adquiridos bajo su imperio

(1) Ver la obra citada de Gabba; Gianturco, Sist. I, §§ 13-17, página 136 y siguientes; Pacifici, Ist. I, n. 30-68, pág. 135 y siguientes; Crome, Par. gen., pág. 60 y siguientes; Aubry et Rau, *Cours de Dr. civ. fr.*, I, § 30, página 98 y siguientes; De Amicis y Osti, *Irretroatività delle leggi* (en Código civ. anm., Vallardi 1, pág. 37 y siguientes).

por el nacimiento de matrimonio legítimo, reconocimiento, legitimación o adopción, subsisten íntegros, no obstante el cambio efectuado en la legislación (1). Son, por el contrario, las relaciones patrimoniales familiares las que resultan sometidas, ya a la vieja, ya a la nueva ley, según que en ellas predomine o no la autonomía de la voluntad de los particulares; así continúan reguladas por la primitiva ley las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, ya hayan sido reguladas por el contrato de matrimonio o ya por las normas dispositivas o supletorias vigentes entonces; por el contrario, se aplica la ley nueva al usufructo legal correspondiente al padre sobre los bienes de los hijos.

b) *Derechos reales*.—La condición jurídica de las cosas está sometida a todas las variaciones que se efectúen en la legislación y cambia con el cambio de las normas; la que, por ejemplo, era inmueble por destino o comerciable se convertirá en mueble o no comerciable si la nueva ley le priva de la condición jurídica que la anterior le atribuía. Adquieren vigor inmediatamente las leyes que se refieren a los Derechos reales (propiedad, límites legales, servidumbres y otros *jura in reali*): el régimen de la propiedad y de otros derechos menores, especialmente de los inmobiliarios, tiene un interés social y público, y no puede subsanarse a la nueva norma. Los derechos ya adquiridos bajo el imperio de la legislación anterior subsisten, y de la validez de su adquisición debe juzgarse según las reglas de aquélla. Mas el interés social puede conducir al desconocimiento de las adquisiciones ya hechas cuando una forma de propiedad o de otro Derecho real sea considerada contraria a los principios en que se inspira la legislación posterior (abolición de feudos, fideicomisos, redención de enfiteusis, censos, etc.) (2).

c) *Derechos de obligación*.—El principio que domina en éstos es que la capacidad de obligarse e idoneidad de la causa, eficacia de la obligación, ya nazca del contrato, ya del delito, la

(1) Véase Gabba, *Del riconoscimento e dei Diritti successori di figli adulterini nati rigendo il Dir. civile austriaco* (en *Quest. Dir. civ.*, 2.ª ed., 1919, I, pág. 77 y siguientes).

(2) Brugi, *Degli oneri reali e delle c. d. servitutes in faciendo nel Dir. transitorio italiano* (en Glück Pand, VIII, pág. 169 y siguientes).

transmisibilidad o intransmisibilidad, la resolución o la anulación, con relación a terceros, la extinción y todos los efectos que de la obligación derivan se hallan regulados por la ley del tiempo en que se constituyó el vínculo. Pero la irretroactividad de la nueva ley puede sufrir limitaciones cuando motivos de orden público inspiren la nueva norma y prohiban el reconocimiento de los vínculos obligatorios que se consideren inmorales o ilícitos.

d) *Sucesiones*.—Tanto en la sucesión intestada, como en la testamentaria, se aplica la ley imperante al tiempo de la apertura de la sucesión, ya sea en lo que respecta al orden de suceder, como a la cuantía de los derechos sucesorios, ya por lo que respecta a la capacidad de testar o de adquirir *mortis causa*, a límites de la facultad de testar, admisibilidad de las disposiciones, etcétera. En lo que a la sucesión testamentaria se refiere, si el testamento fué hecho bajo el imperio de la ley que ya no rige, cuando la sucesión se abre se debe tener en cuenta tal ley para juzgar sobre la validez de la forma empleada al dictar la disposición de última voluntad y sobre cuálquiera otro requisito no substancial.

e) *Forma de los actos y medios de prueba*.—Finalmente, por lo que respecta a la forma de los actos y medios de prueba, rige el principio general de que a aquélla se aplica la ley del tiempo en que se crearon, de modo que serán válidos o nulos según que hayan sido o no observadas las normas a la sazón vigentes; para éstos se aplica, por regla general, la ley vigente al tiempo en que surgió el derecho que se debe probar, salvo las limitaciones que deriven de razones de orden público por las que un medio de prueba admitido por la ley anterior sea prohibido por la nueva de un modo absoluto; por tal motivo no sería posible su empleo en el nuevo régimen.