

LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY CIVIL: LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS

Marco Antonio Sepúlveda Larroucau

Profesor de Derecho Civil y de Derecho Inmobiliario y Registral
Magíster en Economía y Gestión
Universidad Gabriela Mistral

EL DERECHO TRANSITORIO O INTERTEMPORAL

Los cambios de legislación en el tiempo plantean la interrogante en cuanto a determinar cual es la ley que debe aplicarse a las situaciones jurídicas que han nacido y realizado sus efectos bajo el imperio de una ley anterior y, muy especialmente, a aquellas que deben producir o seguir produciendo sus efectos en el tiempo que la ley precedente ya no rige. De aquí surgen conflictos que es necesario solucionar.

Los españoles acostumbran llamar a esta materia Derecho Transitorio y los alemanes Derecho Intertemporal.

José Castán Tobeñas lo define como "el conjunto de reglas destinadas a determinar la eficacia de la ley en el tiempo, o, lo que es igual, a resolver los conflictos que puedan ocurrir entre la ley nueva y la anterior derogada por ella, adaptando los preceptos de la ley nueva a los estados de derecho nacidos al amparo de la ley anterior"¹.

Por su parte, Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón explican que las llamadas normas de transición o de Derecho Transitorio son normas de carácter formal, en cuanto no regulan ellas mismas de una manera directa la realidad, sino que son normas de colisión que tratan de resolver conflictos intertemporales. "Son por consiguiente, normas

¹ Castán Tobeñas, José; *Derecho Civil español, común y foral*; reimpresión de la duodécima edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos; 1988, Reus S.A.; Madrid - España; tomo I; volumen I; página 613.

de remisión a otras normas. Esto es, normas indicativas de las normas que deben ser aplicables”².

CRITERIO SEGUIDO POR EL CÓDIGO CIVIL.

Nuestro Código Civil, recogiendo el principio general heredado del Derecho Romano y luego seguido por el Derecho Canónico, en el inciso 1º de su artículo 9, dispone lo siguiente: “La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

Carlos Ducci Claro, al igual que toda la doctrina nacional, destaca que “la disposición citada es un simple precepto legal y no constitucional. Por lo tanto, no alcanza a obligar al legislador mismo. Si el legislador puede derogar una ley puede dictar también leyes retroactivas”³.

Luego, en el inciso 2º de la misma norma, se agrega: “Sin embargo, las leyes que se limiten a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas⁴; pero no afectarán de manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio”.

² Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; Sistema de Derecho Civil; Editorial Tecnos S.A.; Madrid - España; quinta edición, 1984; segunda reimpresión, 1986; volumen I; página 119.

³ Ducci Claro, Carlos; Derecho Civil. Parte general; Editorial Jurídica de Chile; cuarta edición; 2005; página 68. Lo mismo da a entender el artículo 2.3 del Código Civil español: “Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”.

⁴ “Uno de los ejemplos más citados de ley interpretativa en nuestro país es el de la ley de 27 de julio de 1865, que determinó el sentido del artículo 5º de la Constitución de 1833, sobre libertad de cultos” (Vodanovic H., Antonio; Curso de Derecho Civil. Parte general y los sujetos de derecho. Primera parte. Explicaciones basadas en las clases de los profesores de la Universidad de Chile Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga. Redactadas, ampliadas y puestas al día por Antonio Vodanovic H.; cuarta edición; 1971; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; página 146).

David Stitckin Branover llega a la conclusión de que la nueva redacción del inciso 2º del artículo 135 del Código Civil, dada por la Ley N° 18.802 de 1989, es aplicable a todo matrimonio celebrado en el extranjero, cualquiera sea la época de su celebración y la época en que los cónyuges hubieron pasado a domiciliarse en Chile, concluyendo que esta ley, respecto de dicho artículo, constituye una ley interpretativa (véase Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio; Derecho de Familia y su evolución en el Código Civil; Metropolitana Ediciones; Santiago - Chile; 2000; 1ª edición; páginas 72 a 75).

La redacción definitiva de este artículo 9 es la que se le dio en el Proyecto Inédito⁵.

Anteriormente, en el Proyecto de 1853, se contenían las siguientes disposiciones:

- "Art. 9. Aunque las leyes sean puramente explicativas o se limiten a declarar el derecho vigente, no afectarán de modo alguno las decisiones judiciales pasadas en autoridad de cosa juzgada, ni se aplicarán a causas pendientes". En notas de don Andrés Bello a este artículo se lee lo siguiente: "Art. 9. Portalis, Memoria sobre el Código de Cerdeña, presentada a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, y reimpressa al frente de dicho Código; París, 1844, págs. LXII y siguientes. En orden a las causas pendientes, no se ha seguido la opinión de Portalis, que, según él mismo dice, ha sido vivamente atacada. En Chile, pudiera producir el efecto de transportar al seno del Cuerpo Legislativo las afecciones y pretensiones de las partes"⁶.
- "Art. 9 a. La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo". Este artículo tiene la siguiente nota de don Andrés Bello: "C.L. 8, y todos los otros códigos"⁷.

En un sentido similar a lo dispuesto en el texto definitivo del artículo 9, se puede leer lo siguiente en el discurso preliminar del Código Civil francés, redactado por Jean Etienne Marie Portalis (1746 - 1807)⁸: "En general, las leyes no producen efectos retroactivos. El principio es incontrovertible. Sin embargo, lo hemos limitado a las leyes nuevas; no lo hemos extendido a las que se reducen a referirse a las

⁵ En el Proyecto Inédito se lee la siguiente nota: "Art. 9, Ley 7, C., De Legibus" (Andrés Bello; Obras completas; tomo quinto; Proyecto de Código Civil, tercer tomo (último del proyecto de Código Civil); edición hecha bajo los auspicios de la Universidad de Chile; Editorial Nascimento; Santiago - Chile; 1932).

⁶ Obras completas de don Andrés Bello; Proyecto de Código Civil (1853); volumen XII; impreso por Pedro G. Ramírez; edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública en cumplimiento de la ley de 5 de septiembre de 1872; Santiago de Chile; 1888; página 5.

⁷ "C.L." es la abreviatura utilizada en ob. cit. 6 para "Código de la Luisiana".

⁸ La Comisión nombrada por el Gobierno Consular, además, estaba integrada por Tronchet (1726 - 1806), Bigot de Prémeneu (1750 - 1825) y Maleville (1741 - 1828).

antiguas y aclararlas. Los errores o los abusos cometidos entre una y otra ley no hacen Derecho, a menos que en el intervalo hayan sido consagradas por transacciones, por juicios sin apelación o por decisiones arbitrales pasadas en autoridad de cosa juzgada”⁹.

PROBLEMA DEL VERDADERO SIGNIFICADO JURÍDICO DE LA EXPRESIÓN RETROACTIVIDAD.

Nicolás Coviello, muy justificadamente, advierte que “esta máxima (“la ley no tiene fuerza retroactiva”), que a primera vista parece un axioma de sentido común y de evidencia intuitiva, tanto que aun los profanos en derecho la repiten frecuentemente, es, sin embargo, una de las más oscuras de la ciencia jurídica; hasta el punto de que ha habido quien haya preferido desterrarla de la ciencia jurídica, y algunos códigos modernos se han guardado bien en reproducirla (“así lo ha hecho el Código Civil alemán”), apartándose así de la antigua tradición. Esto deriva principalmente del significado equívoco de la palabra retroactividad”¹⁰.

El mismo autor señala que tal máxima, “jurídicamente, podría tener los siguientes significados: “1° la nueva ley no toca las controversias definitivamente resueltas con anterioridad; 2° la nueva ley no es aplicable a las controversias relativas a hechos anteriormente realizados, aún cuando estén pendientes en el momento que la misma ley entra en vigor o surjan después; y 3° la nueva ley no regula los hechos nuevos que tienen lugar bajo su imperio, si están en relación con hechos verificados antes”¹¹.

Precisamente, los diversos significados que se pueden atribuir a la palabra retroactividad han hecho que la doctrina la clasifique en grados o tipos. Así, por ejemplo, Díez-Picazo y Gullón nos dicen que “la retroactividad puede ser de esta manera:

⁹ Portalis, Jean Ettienné Marie; Discurso preliminar del proyecto de Código Civil francés; traducción, prólogo y notas: Manuel de Rivacoba y Rivacoba; Edeval; 1978; Valparaíso - Chile; páginas 50 y 51.

¹⁰ Coviello, Nicolás; Doctrina General del Derecho Civil; cuarta edición italiana revisada por el profesor Leonardo Coviello; traducción de la edición italiana Dottrina Generale del Diritto Civile; Rodamillans S.R.L.; Librería El Foro; Buenos Aires, República Argentina; página 108.

¹¹ Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; página 109.

Retroactividad de grado máximo.- La ley nueva se aplica a la relación o situación básica, creada bajo el imperio de la ley antigua, y en cuanto a todos sus efectos, lo mismo consumados que no consumados (por ejemplo, intereses ya pagados o actos de disposición ya ejecutados).

Retroactividad de grado medio.- La ley nueva se aplica a situaciones creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero sólo en cuanto a los efectos nacidos con anterioridad, que no se hayan todavía consumado o agotado (por ejemplo, intereses devengados, pero aún no pagados; actos de disposición convenidos pero no ejecutados).

Retroactividad de grado mínimo.- La nueva ley se aplica a situaciones jurídicas creadas bajo el imperio de la ley antigua, pero sólo respecto de los efectos futuros, es decir, de los efectos que se produzcan con posterioridad a la entrada en vigor (por ejemplo, intereses devengados después de la promulgación, actos de disposición realizados después de la entrada en vigor)¹².

Por su parte, José Puig Brutau cita la siguiente sentencia de los tribunales españoles: "Que las leyes pueden aplicarse, o simplemente a los hechos que ocurran a partir del momento en que entran en vigor, en cuyo caso carecen de retroactividad, o a la regulación de hechos ocurridos con anterioridad a ese momento, y entonces son retroactivas, retroactividad que a su vez puede ser de primer grado o débil, cuando se aplica la nueva ley a los efectos producidos después de ella por consecuencia de un hecho anterior a la misma, y de segundo grado o fuerte, cuando se aplica la nueva ley a los efectos de un hecho pasado producidos antes de entrar en vigor esta última"¹³.

OTROS PROBLEMAS QUE SE PRESENTAN EN TORNO A LA RETROACTIVIDAD

Al problema de la retroactividad o irretroactividad de las leyes contribuye, además del significado equívoco de estas expresiones, según hemos visto, la variedad de los criterios particulares de cada legislador (por ejemplo, razones de oportunidad, equidad, prudencia, etc.), unido a la naturaleza misma de cada institución jurídica.

¹² Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; página 127.

¹³ Puig Brutau, José; Compendio de Derecho Civil; Bosch, Casa Editorial S.A, Barcelona - España; 1987; primera edición, volumen I; página 124.

Evidentemente, ello hace muy difícil la formulación de principios generales.

En tal sentido Ruggiero afirma que, "ni la ciencia está en grado de dar una solución única al problema de los conflictos de leyes en el tiempo, pudiendo sólo señalar algunos principios directivos, ni el mismo legislador, a quien soberanamente corresponde decidir sobre los límites de la eficacia de la propia norma, puede suministrarla con una simple ordenación universal que tenga la pretensión de disciplinar toda clase de conflictos, cualquiera que sea el campo de la norma o la naturaleza del instituto o la configuración especial de la relación"¹⁴.

Otro aspecto que en esta materia también ocasiona problemas es el de la denominada "retroactividad tácita".

Entre nosotros Antonio Vodanovic H. sostiene que la derogación por parte del legislador de la regla establecida en el artículo 9 inciso 1° del Código Civil, "debe ser cierta y formalmente decretada por el legislador: de otro modo, el artículo 9 mantiene su imperio"¹⁵. En este mismo sentido Ducci Claro expresa que, como una ley retroactiva "contraría el principio general y afecta la seguridad jurídica, constituye un acto excepcional cuyo carácter, en consecuencia, debe ser expresa. Además, su carácter de excepción impone para tales preceptos una interpretación y aplicación restrictiva; son, usando una expresión consagrada, de derecho estricto"¹⁶.

En cambio, otros autores, "entre ellos Duvergier, Dalloz y Laurent, sostienen que cuando el legislador no ha manifestado expresamente

¹⁴ Citado por Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; página 614.

¹⁵ Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 181; quien agrega lo siguiente: "En efecto, dice Roubier, resulta evidente, si se desea que el artículo ..., tenga algún sentido, que debe ligar al juez, lo que no se conseguiría si éste pudiera dejar de aplicarlo bajo el pretexto, más o menos demostrado, de una intención tácita del legislador".

"El legislador para romper el principio de irretroactividad de las leyes y establecer una situación excepcional, como lo es la retroactividad, debe hacerlo en forma explícita e inequívoca, empleando términos formales y claros". "C. Suprema, 20 julio 1989. R., t. 86, sec. 1°, p. 96" (citada en Repertorio de legislación y jurisprudencias chilenas. Código Civil y leyes complementarias; Editorial Jurídica de Chile; 1996; tercera edición; tomo I; página 71; n° 6).

¹⁶ Ducci Claro, Carlos; ob. cit. 3; página 69.

su voluntad de dar efecto retroactivo a la ley, debe, sin embargo, aplicarse retroactivamente cuando el interés general lo exija”¹⁷.

La doctrina española señala que basta con que del sentido y finalidad de la ley resulte evidente el propósito del legislador¹⁸. Incluso, se citan disposiciones que, por su carácter, implican normalmente un tácito efecto retroactivo; así, por ejemplo, De Castro cita las siguientes:

“1.- Las disposiciones interpretativas, que se consideran vigentes desde la misma fecha que la ley interpretada por ellas”¹⁹.

2.- Las disposiciones complementarias o ejecutivas, estimadas como mero desarrollo de la ley principal²⁰.

3.- Las leyes y disposiciones de estricto carácter procesal, las cuales, como adjetivas y creadoras del proceso, se aplican, normalmente a los procedimientos en curso²¹.

¹⁷ Citados por Claro Solar, Luis; Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado; Editorial Jurídica de Chile; 1978; volumen I; tomo primero; pág. 62; quien agrega que, tal “doctrina que ha sido adoptada por la jurisprudencia francesa, exagera y desnaturaliza algo los poderes del juez, como dice Baudry-Lacantinerie, y lo expone a desconocer el pensamiento legislativo” (Claro Solar, Luis; ob. cit. 17, pág. 63).

¹⁸ Así, por ejemplo, Castán Tobeñas, José (Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; páginas 621 y 622.); quien, además, cita a Albaladejo y a De Castro. También, Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; páginas 127 y 128.

Diego Espín Cánovas, luego de comentar que la doctrina y jurisprudencia española acepta la retroactividad tácita deducida del contexto y finalidad de la ley, señala que “el principio de la no retroactividad ... habrá que contrastarlo en cada caso con la finalidad de la ley, para deducir de ella si, no obstante no existir una disposición expresa, la ley debe ser retroactiva, y todavía, en caso afirmativo, el intérprete tendrá que graduar el efecto retroactivo” (Espín Cánovas, Diego; catedrático de Derecho Civil en la Universidad Complutense de Madrid y magistrado del Tribunal Supremo; Manual de Derecho Civil español; Editorial Revista de Derecho Privado; Madrid – España; 1979; séptima edición; volumen I: parte general; páginas 183 y 184).

¹⁹ Antonio Vodanovic H. afirma que, “jurídicamente en el Derecho Chileno las leyes interpretativas no pueden estimarse retroactivas” (Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 189).

²⁰ “No obstante, entendemos que los actos realizados con anterioridad en base a la disposición que se complementa o desarrolla no pueden quedar afectados por las normas de este tipo, si no los reconocen o regulan de otra manera (*tempus regit actum*)” (Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; página 128).

²¹ “Sin embargo, en este punto conviene hacer una salvedad. Es cierto que las normas de carácter procesal son tácitamente retroactivas en el sentido de que a los procedimientos o trámites por ellas establecidos han de someterse los actos de ejercicio de derechos, aunque éstos hayan nacido con anterioridad al momento de dictarse la ley procesal en cuestión. Sin embargo, no hay una verdadera retroactividad

4.- Las disposiciones que condenen como incompatibles a sus fines, morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas. Se supone este significado en las disposiciones prohibitivas, derogatorias, urgentes y persecutorias de anteriores fraudes.

5.- Las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme; en cuanto sólo concediéndoseles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta”²².

Coviello piensa distinto, ya que afirma que “cualquiera ley puede ser retroactiva por voluntad del legislador; pero ninguna por su propia índole”. Sin embargo, agrega que “la voluntad del legislador puede no ser sólo expresa, sino también tácita. No existe un criterio general para inferir la voluntad tácita; y es erróneo el sacado de la naturaleza de la norma, la que, según algunos, en caso de duda debería presumirse retroactiva, si es de orden público; no retroactiva, si es de interés privado. Aquí, como en cualquiera otra cuestión de interpretación, hay que investigar por todos los medios posibles y concluyentes cuál fue la efectiva intención del legislador, y, cuando ésta no resulte, es de creerse que la excepción no existe; por lo que vale el principio general de la no retroactividad, que comprende dentro de sí todas las leyes de orden público o privado”²³.

de la ley procesal en cuanto al procedimiento mismo, que es materia directa de su reglamentación, pues si estuviera ya iniciado, deberá seguir tramitándose con arreglo a los trámites de la ley antigua o bien ajustarse sólo en su continuación a los trámites de la ley nueva, pero ni en uno ni en otro caso puede hablarse de una verdadera retroactividad. En el primer supuesto, porque se sigue aplicando la ley antigua a todo el procedimiento. En el segundo, porque si el proceso se va desarrollando a través de una serie de actos, éstos deben conformarse a la ley existente en el momento de su realización, sin perjuicio de respetar los efectos jurídicos nacidos de actos procesales ya completos, cuando se pone en vigor la nueva legislación” (Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; página 128).

²² Citado por Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; páginas 621 y 622. En este mismo sentido, la sentencia precedentemente citada por Puig Brutau agrega que, “el mandato de retroactividad no ha de revestir forma expresa, bastando, por tanto, que resulte del sentido de la ley, debiendo tenerse en cuenta a este respecto la importancia que para la ética y el bien común tiene la nueva ley, implicando un tácito efecto retroactivo las disposiciones que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme, en cuanto sólo concediéndoles efectos retroactivos se puede conseguir la uniformidad propuesta” (Puig Brutau, José; ob. cit. 13; página 124).

²³ Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; página 127.

En el mismo sentido Claro Solar, quien acepta que la voluntad del legislador puede estar manifestada expresa o tácitamente, pero “si no es expresa, debe estar netamente establecida para que el juez pueda estar autorizado a considerarla tal, pues se comprende fácilmente que, aunque la ley repose en consideraciones de

TEORÍAS SOBRE EL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES.

No obstante todo lo que hemos indicado anteriormente, la ciencia jurídica ha formulado diversas teorías que pretenden definir los límites de la retroactividad o de la irretroactividad. Entre ellas se suelen destacar las siguientes:

1. Teoría de los derechos adquiridos²⁴.

El fundamento de esta teoría y, a la vez, el límite de la retroactividad, es la inviolabilidad de los *derechos adquiridos*: la ley nueva no puede nunca violar derechos adquiridos con anterioridad. En cambio, si pueden resultar afectadas las *facultades legales* y las *simples expectativas*.

Demolombe da la siguiente definición de derecho adquirido: "...es el que debidamente ha llegado a ser nuestro, del que estamos investidos, que nos hemos apropiado, y que un tercero no puede arrebatarlos, y también, es la consecuencia de un hecho realizado bajo la antigua ley, el cual es principio generador, causa eficiente y directa de aquella"²⁵.

Según Gabba, derechos adquiridos son "todos aquellos derechos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona,

orden público, no deba regir el pasado en el pensamiento de aquéllos que la han hecho" (Claro Solar, Luis; ob. cit. 17; páginas 62 y 63).

²⁴ Antonio Vodanovic H. explica que tiene su origen "en la teoría de Blondeau, expuesta en su obra "Ensayo sobre el llamado efecto retroactivo de las leyes" ("Essai sur ce qu'on appelle l'effect retroactif des lois"), publicada en 1809. Pero no es este autor, como se cree generalmente, el primero que expuso en forma clara la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas; antes que él, Portalis, uno de los principales redactores del Código Civil Francés, al discutirse la redacción del artículo 2 de ese cuerpo legal, había hecho tal distinción.

Más tarde, dio a la teoría una sólida construcción orgánica Lasalle, en su libro "Sistema de los derechos adquiridos" ("System des erworbenen Rechts").

Su último brillante defensor y elaborador más perfecto, ha sido el italiano Gabba, con su obra "Teoría de la retroactividad de la ley" ("Teoria della retroattività delle leggi"); (Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 183).

²⁵ Citado por Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; página 112.

sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige”²⁶.

“Las facultades legales constituyen el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos, ...

Las simples expectativas son las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la ley vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos exigidos por la ley...”²⁷.

Entre los autores contemporáneos que ha defendido esta teoría, está el profesor francés Louis Josserand, quien sostiene que, “indudablemente, es preciso renunciar a la fijación de un criterio uniforme para distinguir los derechos adquiridos y las meras expectativas; pero no puede sostenerse que este criterio constituya sólo una quimera. En realidad, la distinción que tanto se ataca es cuestión de tacto, de sentimientos, de matices; puede dar margen a opiniones divergentes, pero, no obstante, es capaz de prestar útiles servicios en el problema de la irretroactividad, sobre todo si se tiene presente el fundamento de ésta, cual es el de procurar la confianza de los particulares en el legislador. Decir que la ley debe respetar los derechos adquiridos, significa que la ley no debe burlar la confianza que en ella depositamos y que las situaciones establecidas, los actos realizados bajo su protección deben permanecer intactos, ocurra lo que ocurra. Todo lo demás, excepto lo dicho, es simple esperanza, más o menos fundada, que el legislador puede destruir a voluntad”²⁸.

2. Teoría de Savigny²⁹.

Distingue dos clases de normas: “todas aquellas que se refieren a la *adquisición de derechos*, o lo que es igual, a la conjunción de una facultad con una persona (por ejemplo, la ley exige para la adquisición de la propiedad la tradición, modificando una ley anterior que estimaba suficiente el consentimiento). De otro lado están las que atañen a la *existencia o inexistencia de una institución jurídica* (por

²⁶ Citado por Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 184.

²⁷ Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 184.

²⁸ Citado por Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 186.

²⁹ Se menciona esta teoría como una variante la Teoría de los derechos adquiridos; así, por ejemplo, en Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; páginas 122 y 123; y en Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; páginas 111 y 112.

ejemplo, una ley que suprima la esclavitud), o bien su modo de ser o su duración. A las primeras se aplica el principio de la no retroactividad, en el sentido de que la ley nueva no despliega acción ninguna ni sobre el hecho pasado ni sobre las consecuencias posteriores del mismo, y ello por el respeto debido a la seguridad de las relaciones jurídicas. A las segundas, por el contrario, se aplica el principio de la retroactividad, en el sentido de que con la abolición de la institución no sólo se hace posible la creación de relaciones nuevas, sino, además, quedan destruidas las relaciones constituidas al amparo de la ley anterior; y esto por la razón de que el Estado no puede consentir que perduren relaciones jurídicas que estiman contrarias al orden público o a su nuevo ordenamiento jurídico que se tiene por mejor que el antiguo”³⁰.

Diez-Picazo y Gullón comentan que el mismo Savigny advertía que “el límite que separa las dos clases de normas no está siempre bien señalado, y con frecuencia se puede dudar a qué pertenece tal o cual regla. Estas dudas sólo pueden resolverse con un estudio atento del sentido y de la intención de las nuevas leyes”³¹.

3. Teoría del hecho jurídico cumplido o realizado.

“Como reacción contra las teorías clásicas que centran en la consideración de los derechos la solución del problema de los conflictos de leyes en el tiempo, ha surgido un grupo de doctrinas que centran dicha solución en la consideración de los hechos”³².

Según Coviello, la “Teoría del hecho cumplido o del *factum praeteritum*”, “es muy sencilla y consiste en sostener que el principio de la no retroactividad no importa otra cosa sino que la nueva ley no puede regular hechos ya realizados bajo el imperio de la antigua. Pero varía es la extensión que se da a esta teoría. Algunos la conciben dentro de límites muy restringidos, considerando que la nueva ley no puede regular los hechos pasados, y las consecuencias ya verificadas, pero que bien puede aplicarse a los efectos futuros; otros, en cambio, y son los más, la amplían hasta excluir del imperio de la ley nueva aun

³⁰ Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; páginas 615 y 616.

³¹ Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2, página 122.

³² Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; página 617. Este mismo autor agrega que, “iniciada esta orientación en Alemania, a mediados del siglo XIX, por von Scheurl, ha llegado a tener una gran difusión...”.

las consecuencias de los hechos pasados que se realizan bajo su vigencia, y todavía entre éstos hay alguno que no hace ninguna distinción entre las consecuencias nuevas de los hechos pasados, y quien cree oportuno distinguir”³³.

Ferrara, precisamente, entiende que la irretroactividad no sólo deja intactos los efectos ya desplegados o que se están desplegando en el momento de entrada en vigencia de la ley nueva, sino aún aquellos que se producirán después³⁴.

4. Teoría de Paul Roubier³⁵.

Esta teoría descansa en la distinción entre el *efecto inmediato* de la ley y el *efecto retroactivo* de la misma.

“El efecto retroactivo está prohibido por el Código Civil (art. 2º del Código francés); por el contrario, el efecto inmediato constituye el derecho común. Se podrá decir que la ley tiene efectos retroactivos cuando afecta a hechos pasados y a efectos pasados de hechos pasados. Por el contrario, la ley tiene efecto inmediato, pero no retroactivo, cuando afecta a efectos futuros de hechos pasados. Por excepción, y a virtud del respeto a la autonomía de la voluntad, Roubier excluye el efecto inmediato de la nueva ley sobre los contratos en curso”³⁶.

³³ Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; páginas 116 y 117.

³⁴ Citado por Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; página 618.

³⁵ “M. Paul Roubier, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lyon, expuso la teoría de que es autor en su obra “Los conflictos de las leyes en el tiempo” (2 tomos, París, 1929-1933; 2 edición refundida, 1 tomo, París, 1960), considerada como uno de los mejores trabajos modernos sobre el problema de la retroactividad” (Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 3; página 186).

³⁶ Castán Tobeñas, José, ob. cit. 1; página 620.

“Según Roubier, hay que considerar la tercera posición que puede tomarse para aplicar una ley, la de prolongar su aplicación en el porvenir más allá de su derogación. Es el efecto diferido, y entraña la supervivencia de la ley antigua, que se produce cuando la ley nueva permite que se aplique la antigua a todos los efectos jurídicos del porvenir derivados de un hecho anterior a la promulgación de la ley más reciente. ... La supervivencia de la ley antigua, como modo de aplicación de una ley en el tiempo, no ha sido considerada por el Código Civil; luego, en tanto el intérprete está ligado por el artículo 2º del Código Civil francés ... en lo que concierne a la regla de no retroactividad, y jamás puede hacer remontar el efecto de una ley nueva en el pasado, puede, por el contrario, a juicio de Roubier, admitir, sin texto formal, la

El aspecto central de de esta doctrina “radica en determinar la acción de la ley frente a las *situaciones jurídicas*, amplio término que constituye una de las bases de la teoría, y que puede definirse como “la posición que ocupa un individuo frente a una norma de derecho o a una institución jurídica determinada”; la cual puede ser sorprendida por la ley nueva en algunos de los siguientes momentos: en su *constitución, en su extinción o en el que produce sus efectos*³⁷.

Diez-Picazo y Gullón destacan que esta doctrina es una variante de la Teoría del hecho jurídico realizado y agregan que, “en realidad, su eje no es más que la sustitución de conceptos: el de hecho realizado, por el de *situación jurídica*, y el de *retroactividad por el de efecto inmediato*”³⁸.

En general, ninguna teoría ha estado exenta de dificultades y de críticas. En este sentido De Castro observa que, “se han levantado pequeños, grandes y hasta monumentales sistemas dogmáticos sobre el alcance de la retroactividad. Todos adolecen de igual defecto en su mismo punto de partida: creer que el único método apto para determinar la eficacia temporal de una ley está en la calificación que obtenga dentro de una clasificación abstracta de tipos de normas y olvidar que los motores que determinan la fuerza retroactiva de una regla jurídica están en el contenido social y político de las disposiciones en contacto, en la voluntad reformadora o restauradora que determina su finalidad” ... “Nuestra doctrina y jurisprudencia -añade- no se han adscrito a ninguno de los sistemas dogmáticos inventados por los distintos autores extranjeros, y con gran sentido realista coinciden en partir del fin propuesto por la ley”³⁹.

supervivencia de la ley antigua, supuesto que haya una razón jurídica suficiente para derogar la regla común del efecto inmediato de la ley. ... (Roubier, Paul, *Le Droit Transitoire. Conflits des lois dans le temps*, 2ª edic., París, 1960, N° 3, pp 9 y siguientes); (citado en Repertorio...; ob. cit 15; página 70).

³⁷ Vodanovic H, Antonio; ob. cit. 4; página 187.

³⁸ Picazo-Diez, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; página 123.

De Castro, “concretamente hace notar... que la distinción de Roubier queda, de hecho, abandonada por su autor cuando para los contratos excluye el efecto inmediato de la ley, identificándolo con el efecto retroactivo, y cuando admite que los hijos naturales nacidos antes de la vigencia de la nueva ley pueden pedir que se les reconozca, según ella, su filiación y sus derechos sucesorios” (citado por Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; página 620).

³⁹ Citado por Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; página 615. En el mismo sentido Diez-Picazo y Gullón advierten que, “en realidad, ninguna teoría permite resolver con carácter general el problema de la transición. Toda solución dogmática y apriorística

LEY SOBRE EL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES.

Entre nosotros, se suele destacar que la denominada "Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes", de 7 de octubre de 1861, se fundamenta en la "Teoría de los derechos adquiridos"⁴⁰, lo cual no resulta para nada extraño, ya que era la más importante y difundida en el siglo XIX⁴¹. En este mismo sentido Díez-Picazo y Gullón explican que, "puede considerarse como la posición doctrinal clásica en esta materia, muy difundida y considerada como indiscutida, sobre todo en el momento histórico de la codificación"⁴².

Por lo demás, basta leer lo dispuesto en el inciso 1º de su artículo 7 ("Las meras expectativas no forman derecho"), para percatarse cual fue la tesis que inspiró a esta ley⁴³.

del mismo está llamado al fracaso. En rigor, es una facultad del legislador el determinar la retroactividad o irretroactividad de la ley que dicta y su poder, en este sentido, no encuentra otros límites generales de validez legitimidad que los de su poder como legislador. Que en ocasiones la aplicación retroactiva de una ley puede ser injusta es algo que no ofrece duda, pero igualmente injusto puede ser el mandato concebido sólo para adelante. El legislador, pues, puede señalar un efecto retroactivo o irretroactivo a su mandato, sin otra limitación que la de la validez y legitimidad de su mandato mismo" (Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; página 123).

⁴⁰ Así lo destacan, por ejemplo; Claro Solar, Luis; ob. cit. 17; página 65; Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; páginas 183 y 191; y Ducci Claro, Carlos; ob. cit. 3; páginas 71 y 72.

⁴¹ El Código Civil español, que comenzó a regir el 1º de mayo de 1889, "sólo contenía en esta materia una generalísima disposición, colocada como inciso del artículo 1976, que decía así: las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo. Se puso en las Cámaras de manifiesto la insuficiencia y vaguedad de esta declaración, y la Comisión de Códigos, reconociendo lo razonable de la censura, añadió, en la edición reformada del Código (que se publicó por Real decreto de 24 de julio de 1889), trece reglas transitorias destinadas a desenvolver el principio general citado" (Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; página 624).

Cabe hacer notar que el párrafo 1º de tales disposiciones transitorias prescribe lo siguiente: "Las variaciones introducidas por este Código, que perjudiquen derechos adquiridos según la legislación civil anterior, no tendrán efecto retroactivo".

⁴² Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; página 120.

⁴³ "Llamase derechos adquiridos aquellos que son consecuencia de un hecho apto para producirlos bajo el imperio de la ley vigente al tiempo en que el hecho se ha realizado, y que han entrado inmediatamente a formar parte del patrimonio de la persona. Fluye de lo dispuesto en el artículo 7º de la Ley de Efecto Retroactivo, que existirá derecho adquirido cuando la facultad legal ha sido ejercida; si ello no ha ocurrido, estamos frente a una mera expectativa, como la del imponente que a la fecha de la promulgación de las normas incorporadas por el artículo 3º del Decreto

Ducci Claro estima engañosa la denominación de la ley, ya que “cuando una ley es retroactiva debe aplicarse como tal y no existe un conflicto que resolver. El problema se produce precisamente cuando cambia la legislación y la nueva ley no es o no puede ser retroactiva. Es necesario determinar aquí hasta donde llega el ámbito de la ley antigua y hasta que punto las situaciones que ella regulaba deben adaptarse y desaparecer o ser modificadas por la nueva legislación”⁴⁴.

Nos parece que una denominación más acorde con la materia que trata (según su artículo 1º, “los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas se decidirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley”) sería, por ejemplo, “Ley sobre aplicación de leyes en el tiempo” o “Ley sobre solución de conflictos de aplicación de leyes en el tiempo” o, simplemente, “Ley sobre normas de Derecho Transitorio”.

CRÍTICAS A LA TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.

Dado que, como se ha visto, se trata de la teoría que ha sido acogida por nuestro ordenamiento jurídico, a continuación indicaremos las *principales críticas de que ha sido objeto*:

1. Hay incertidumbre sobre el significado del principio en que se funda. “¿La intangibilidad del derecho adquirido significa respeto de su existencia únicamente, o también de las consecuencias que constituyen sus varias manifestaciones?”⁴⁵ No hay acuerdo entre los varios partidarios de esta teoría.

2. Dificultad para determinar el concepto de derecho adquirido⁴⁶ y su diferencia con las simples expectativas⁴⁷. A este respecto, podemos dar los siguientes ejemplos:

Ley N° 2.448, del año 1979, no había adquirido derecho a jubilar”. “C. Santiago, 3 agosto 1984. R., t. 81, sec. 2º, p. 68” (Repertorio...; ob. cit. 15; página 71; n° 7).

⁴⁴ Ducci Claro, Carlos; ob. cit. 3; página 71.

⁴⁵ Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; página 111.

⁴⁶ Se pueden consultar diversas definiciones en Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; páginas 112 y 113.

⁴⁷ “Mientras resulta clara la distinción entre derecho adquirido y facultad jurídica, en el sentido de capacidad para adquirir el derecho, se presenta oscura y enigmática la distinción entre derecho adquirido y facultad jurídica, en el sentido de consecuencia implícita en un derecho, pero que no tiene los caracteres de derecho adquirido”. “No es de maravillar, por lo mismo, que en las aplicaciones prácticas algunas

A. Según se desprende de los artículos 2 a 6 de la Ley sobre efecto el efecto retroactivo de las leyes, el estado civil adquirido conforme a la ley antigua es un derecho adquirido (también se consideran subsistentes los actos válidamente ejecutados bajo la ley anterior), a diferencia de los derechos y obligaciones que surgen de él, los que al igual que un estado civil no adquirido aún, serían meras expectativas.

Sin embargo, hay quienes piensan que "el estado de las personas es esencialmente de interés público y está, por lo mismo, en el dominio del legislador; no puede ser un derecho adquirido"⁴⁸.

B. Conforme al artículo 8 de la citada ley, la capacidad de ejercicio sería un derecho adquirido, pero su ejercicio, sus efectos, constituiría mera expectativa.

Claro Solar advierte que "no es esta, sin embargo, la opinión general de los autores"⁴⁹. Y Vodanovic agrega que "de acuerdo con la doctrina del derecho adquirido, la capacidad de ejercicio es también una facultad legal, el supuesto para ejercer derechos, y por eso la nueva ley debe aplicarse inmediatamente a todos"⁵⁰.

En cambio, Claro Solar estima más lógica la norma del artículo 8: "El derecho de administrar libremente sus bienes no es una mera aptitud desde el momento en que el individuo cumple los requisitos que la

consecuencias de un hecho precedente se hayan reconocido como derechos adquiridos, y que, aun presentando las mismas notas objetivas, se hayan declarado simples facultades no merecedoras de respeto. Así, por ejemplo, se considera derecho adquirido el de rescindir un contrato por lesión enorme, el de revocar la donación por causa de ingratitud; y se reputa simple facultad que no merece respeto, la que tiene el propietario de plantar o construir a cierta distancia, la que sin duda también es un desarrollo del derecho de propiedad" (Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; página 115).

⁴⁸ Así, por ejemplo, Laurent (citado por Claro Solar, Luis; ob.cit. 17; página 69).

⁴⁹ Claro Solar, Luis; ob. cit. 17; página 70.

⁵⁰ Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 197. Este mismo autor comenta que, "algunos, como Demolombe, Windscheid y Gianturco, se pronuncian por la afirmativa, 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. Para otros, como Gabba, Savigny y Regelsberger, constituye un derecho adquirido la mayor edad en cuanto a que el estado personal, una vez adquirido es derecho intangible" (Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 185).

ley exige para otorgársela, lo mismo que no es una mera aptitud el estado civil desde que ha sido efectivamente adquirido”⁵¹.

3. Coviello hace notar que la expresión “misma es defectuosa: si no puede haber en concreto un derecho subjetivo sin un hecho adquisitivo del cual derive a favor de una persona determinada un poder para con otra, lo mismo vale derecho a secas que derecho adquirido. Un derecho que no sea adquirido, en el sentido de que no quede ligado a una persona en virtud de un hecho cualquiera idóneo para producir aquel determinado poder que forma su contenido, no es derecho. Y sin embargo, los sostenedores de la teoría querrían referirse con aquella expresión, sustancialmente tautológica, a un concepto particular que ella no logra expresar: y de allí la gran diferencia de opiniones en torno al concepto sobre el cual todos deberían estar de acuerdo”⁵².

4. Cuando se concibe el derecho adquirido como un derecho privado y patrimonial se restringe en exceso su alcance. En este sentido Coviello comenta que, “el concepto de derecho adquirido se ha limitado arbitrariamente a los derechos privados; de aquí que no baste para construir la teoría general de la irretroactividad, que, por lo menos según la letra del art. 2° de las disp. prel., mira a todas las leyes. También los derechos políticos y públicos pueden entrar por su naturaleza en el concepto de derechos adquiridos. ... no, hay pues, una razón plausible para considerar los derechos públicos fuera del radio jurídico de la persona. Además, el concepto de derecho adquirido se restringe en grado sumo cuando se pone como elemento característico suyo el entrar a formar parte del patrimonio. No son, pues, todos los derechos privados, por más que en la expresión verbal se les quiera comprender a todos, los que pueden llamarse adquiridos, sino sólo los patrimoniales, ya que los personales no entran nunca a integrar el patrimonio”⁵³.

5. Finalmente, Coviello hace notar que, “en las aplicaciones no siempre se atiende al concepto único de derecho adquirido, y a su distinción, aunque elástica, de la facultad jurídica; sino que muy a menudo se recurre a criterios de equidad y aun de oportunidad, más elásticos todavía, y, lo que es peor, a criterios subjetivos. Ni dejan de ejercer aquí y allí sus influencias los conceptos de moralidad, de orden público, y hasta se tiene en cuenta la duración de un derecho;

⁵¹ Claro Solar, Luis; ob. cit. 17; página 72.

⁵² Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; página 112.

⁵³ Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; páginas 111 y 112.

así no pueden ser materia de derechos adquiridos las instituciones jurídicas por su naturaleza perpetuas, si no es en relación con los individuos que actualmente las disfrutan”⁵⁴.

CRITERIO DE LA JURISPRUDENCIA FRANCESA.

Los Mazeaud destacan que “las soluciones jurisprudenciales constituyen un sistema perfectamente coherente”⁵⁵. “Al amparo de la distinción y de la terminología clásica, la jurisprudencia ha construido, poco a poco, un sistema muy satisfactorio, que descansa sobre las siguientes ideas:

1. Es necesario distinguir el procedimiento mismo de adquisición, cuyas condiciones son regidas por la ley vigente en el momento de su realización, de los derechos que de ello resultan.
2. Los efectos de las situaciones jurídicas realizadas antes de la entrada en vigor de la ley deben ser respetadas.
3. Es necesario distinguir las situaciones jurídicas no contractuales, que la ley nueva debe alcanzar inmediatamente, de las situaciones contractuales, incluso en curso, que no podrían ser modificadas sin perturbar injustamente el equilibrio del contrato con perjuicio de uno de los contratantes.
4. Sin embargo, motivos imperiosos de orden público, pero sólo ellos, pueden conducir a someter a la ley nueva efectos que normalmente no debían alcanzar”⁵⁶.

⁵⁴ Coviello, Nicolás; ob. cit. 10; páginas 112 y 113.

⁵⁵ Mazeaud, Henri y Léon (profesores de la Facultad de Derecho de París) y Mazeaud, Jean (Consejero de la Corte de Apelación de París); Lecciones de Derecho Civil. Parte primera; traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo; Ediciones Jurídicas Europa-América; Buenos Aires - Argentina; volumen I; página 237.

⁵⁶ Mazeaud; ob. cit. 55; páginas 225 y 226.

Nuestros tribunales también han utilizado el concepto de orden público; así, por ejemplo: “El decreto ley que crea el Banco Central (Nº 486, de 22 agosto de 1925) y el que establece la unidad monetaria (Nº 606, de 14 de octubre de 1925), por las materias sobre que versan, son de orden público. En razón de este carácter deben aplicarse con preferencia a las leyes que sólo miran al interés particular, e incluso prevalecen sobre los contratos celebrados con anterioridad a la promulgación de esas leyes de orden público”. “C. Suprema, 23 noviembre 1949. R., t. 46, sec. 1º, p. 917” (citada en Repertorio...; ob. cit. 15; página 72; nº 10).

Finalmente, los Mazeaud agregan que, "esta construcción pasó inadvertida, porque los tribunales continuaron utilizando las fórmulas caducas de la escuela clásica; calificaron de derechos adquiridos los derechos que colocaban fuera del alcance de la ley nueva; y facultades o expectativas, a los modificados de esa ley"⁵⁷.

CONCLUSIONES:

El presente estudio nos permite sacar las siguientes conclusiones:

1. Como afirma Castán Tobeñas, "la Teoría del Derecho Transitorio es..., por su carácter arduo y por lo rico de su literatura, una de las más interesantes de la ciencia jurídica"⁵⁸.
2. Los conflictos de aplicación de la ley en el tiempo surgen, precisamente, en aquellos casos en que el legislador no dicta normas transitorias que fijen los límites de aplicación de la ley nueva y de la antigua, o dicta normas transitorias que resuelven parcialmente el problema⁵⁹.

En nuestro país, cuando ello ocurra con la nueva ley y la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes no solucione el conflicto, el juez deberá resolverlo teniendo presente lo dispuesto en el artículo 9 del Código Civil.

3. Nos parece que el artículo 9 del Código Civil contiene reglas que no sólo están dirigidas al intérprete, sino, también, al legislador. Lo que sucede es que para el intérprete tienen el carácter de obligatorias; en cambio, al legislador le recuerdan cuales son las reglas generales en la materia dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Se trata de reglas que se basan en sólidos fundamentos, por lo que no es llegar y derogarlas:

- A. En el caso de la regla del inciso 1º, es decir, de la irretroactividad de la ley, su justificación se encuentra en los principales valores del Derecho: la justicia y la seguridad jurídica. En

⁵⁷ Mazeaud; ob. cit. 55; página 226.

⁵⁸ Castán Tobeñas, José; ob. cit. 1; página 613.

⁵⁹ Así sucedió, por ejemplo, con el artículo 1º transitorio de la Ley N° 19.585, sobre filiación, en relación con los hijos naturales que a la fecha de entrada en vigencia de la ley tenían filiación determinada (véase Sepúlveda Larroucau, Marco Antonio; ob. cit. 4; página 142).

efecto, como regla general, no resulta razonable ni justo el que una ley tenga fuerza obligatoria antes de que exista, es decir, que sea aplicable a situaciones jurídicas realizadas previamente a su dictación; sería injusto e inseguro que se le haga regir para un tiempo en que ella no era conocida por nadie.

Resulta del todo lógico que una ley, por lo general, produzca efecto hacia el futuro, no sólo porque antes no existía, sino también porque, como dice Claro Solar, sería "contrario al buen sentido y a la idea misma de promulgación y publicación de la ley"⁶⁰.

Cabe agregar que el legislador, además, tiene ciertas limitaciones constitucionales. Fuera del principio de legalidad en materia penal⁶¹, consagrado en el artículo 19 n°3 de la Constitución, en el ámbito civil se establece una importantísima limitación en el n° 24 del mismo artículo, el cual consagra la garantía fundamental del "derecho de propiedad sobre toda clase de bienes corporales o incorporales"⁶². Es decir, si una ley afecta retroactivamente al dominio o alguno de sus atributos o facultades esenciales, tal ley será inconstitucional. En definitiva, se establece una clara protección a los derechos adquiridos.

Tratándose de los derechos reales adquiridos, tal norma constitucional viene a despejar cualquier duda de interpretación que se pueda presentar en relación con el artículo 12 de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes. En efecto, se debe recordar que nuestra doctrina, al disponer este artículo que "en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley", se ha

⁶⁰ Claro Solar, Luis; ob. cit. 17; página 61.

⁶¹ "Este criterio de la irretroactividad aparece sobre todo como una exigencia de justicia cuando se trata de leyes penales o de leyes sancionadoras. Si un determinado acto no era punible en el momento que fue realizado, parece injusto que una ley ex post facto lo sancione. Esta consideración lleva, a partir de la "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano" de 1789, a considerar la irretroactividad de la ley como una consecuencia ineludible del principio de legalidad, que debe informar el Estado de Derecho, y como una especie de súper ley o de garantía constitucional a favor del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica" (Diez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio; ob. cit. 2; página 119).

⁶² El n° 24 del artículo 19 de la Constitución debe ser complementado con el n° 26 del mismo artículo: "La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio".

preguntado si la irretroactividad de las leyes sobre derechos reales es sólo aparente en nuestro país⁶³.

B. En el caso de la regla consagrada en el inciso 2º sucede lo mismo, ya que no habría seguridad jurídica alguna si por la vía de la dictación de leyes interpretativas se pudieran revisar sentencias judiciales ejecutoriadas, atentándose contra la autoridad de cosa juzgada. Ello se traduciría, además, en una infracción al principio de separación de los poderes del Estado.

Por otra parte, en esta regla debe darse cabida a la transacción, ya que conforme al artículo 2460 del Código Civil produce el efecto de cosa juzgada en última instancia.

4. Lo anterior no significa que el principio de la irretroactividad sea absoluto, ya que podría conducir a injusticias evidentes. Un clásico ejemplo que ilustra lo anterior es el de la abolición de la esclavitud: una irretroactividad absoluta conduciría a que los que fueran esclavos antes de la entrada en vigencia de la ley de abolición seguirían siéndolo hasta su muerte.

5. No cabe duda alguna de que el gran problema de la aplicación de la ley en el tiempo lo plantean aquellas situaciones jurídicas surgidas al amparo de la antigua ley y que producen o siguen produciendo efectos bajo la vigencia de la ley nueva, ya que respecto de las situaciones jurídicas que nacieron y produjeron sus efectos bajo la vigencia de la ley antigua no se necesita de grandes teorías como para concluir que, en general, deben ser respetados por la nueva ley; tal como lo hemos dicho, se trata de una cuestión evidente de justicia y seguridad jurídica.

6. Tampoco cabe duda alguna de que nuestro legislador se basó en la Teoría de los derechos adquiridos. Además, nos parece que no circunscribió el concepto sólo al ámbito de los derechos patrimoniales; ello no sólo porque el artículo 9 inciso 1º del Código Civil establece una regla general que no hace distinciones, sino también porque basta con ver algunas aplicaciones que ha hecho la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes; por ejemplo, los casos que hemos visto sobre estado civil y capacidad de ejercicio.

7. En general, un punto de encuentro entre las distintas teorías es aceptar que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración; al menos respecto de aquellos contratos que su contenido queda entregado a la voluntad de las

⁶³ Véase Vodanovic H., Antonio, ob. cit. 4, páginas 200 y 201.

partes⁶⁴. La explicación a ello la encontramos en el respeto que se brinda en el Derecho Civil al “Principio de la autonomía de la voluntad”, especialmente en el ámbito contractual.

A este respecto resulta ilustrativo lo señalado en el Mensaje del Presidente de la República, en relación con el artículo 22 de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes⁶⁵: “El que contrata no lo hace por lo regular tomando en cuenta sólo el momento en que ajusta su convención, sus cálculos abrazan además el provenir y trata de asegurarse al amparo de la ley una posición que en cuanto se pueda esté a salvo de eventualidades caprichosas. Sería, pues, contrariar hasta un punto muy peligroso la confianza en las especulaciones, si hubiera de verse expuesto en el curso del desarrollo a sufrir los cambios más o menos radicales que se originasen de la promulgación de una nueva ley. Para evitar estos inconvenientes, el proyecto sienta el principio de considerar incorporadas en un contrato las leyes que le eran aplicables al tiempo de su celebración”⁶⁶.

Claro Solar explica que “estas ideas fueron aceptadas de lleno por el Congreso, y la Comisión de la Cámara de Diputados quiso hacer aún más comprensiva esta regla del artículo 22, extendiéndola a todos los demás actos legales capaces de constituir derechos y obligaciones de tanta fuerza como los contratos y propuso sustituirlo por el siguiente: “La validez de un acto o contrato y los derechos u obligaciones que de ellos resulten, se regirán por las leyes vigentes al tiempo en que hubieren tenido lugar”.

Al discutirse el artículo 22 del proyecto ocurrió algo curioso e inexplicable. El señor don José Miguel Barriga, miembro de la Comisión, pidió que se leyera la parte del informe en que se proponía la modificación que indicamos y la Cámara aprobó la redacción que la

⁶⁴ Según Paul Roubier, “los que no tienen otro efecto que provocar la aplicación de un estatuto legalmente establecido, quedan sometidos a la nueva ley desde su entrada en vigor. Así sucede con los contratos del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, etc.” (citado por Vodanovic H., Antonio: ob. cit. 4; página 188).

⁶⁵ Artículo 22 de la Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes al tiempo de su celebración.

Exceptúense de esta disposición:

1º. Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y

2º. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos, pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido”.

⁶⁶ Citado por Claro Solar, Luis; ob. cit. 17; páginas 80 y 81.

Comisión proponía; pero en la transcripción que el Presidente de la Cámara de Diputados hizo al Senado no incluyó esta modificación y el artículo se consideró aprobado y se promulgó en la forma que tenía en el proyecto⁶⁷.

8. En cuanto al problema de la retroactividad tácita, nos parece que no es llegar y descartarla. De hecho, los mismos autores nacionales que la descartan, al referirse, por ejemplo, a las leyes interpretativas, señalan que "poco importa que la nueva ley declare expresamente o no su carácter interpretativo; lo que sí es menester que aparezca en ella el espíritu de declarar el sentido de otra ley"⁶⁸. Lo anterior nos parece contradictorio.

También resultan contradictorios aquellos casos en que se ha utilizado el argumento de las leyes de orden público y de derecho público, ya que ello equivale a una suerte de retroactividad tácita implícita en la norma.

Una cosa muy distinta es que la retroactividad, al ser una regla excepcional, sea de derecho estricto⁶⁹, es decir, deba interpretarse y aplicarse restrictivamente. Ello no puede llevar a entender que el juez se encuentra inhibido de efectuar una labor que le es propia y esencial: interpretar la ley. En caso alguno hay una derogación a los artículos 19 a 24 del Código Civil.

El juez debe interpretar las normas vía las reglas legales de interpretación, es decir, sin efectuar otra clase de consideraciones, las cuales son propias del legislador al dictar la ley (interés general, orden público, utilidad, etc., son razones que, precisamente, el legislador tiene en cuenta al legislar), y si no llega a la convicción de que está en presencia de una excepción (que la ley es retroactiva), debe aplicar la regla general de la irretroactividad, sea cual sea el carácter de la ley interpretada. Es decir, el juez, en caso de duda debe decidirse por la irretroactividad de la ley y en caso de que, por los medios legales,

⁶⁷ Claro Solar, Luis; ob. cit. 17; página 81.

⁶⁸ Vodanovic H. Antonio; ob. cit. 4; página 188; quien agrega que "así lo ha entendido acertadamente nuestra jurisprudencia: Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XXX (sección primera, pág. 93); tomo XXVII (sección primera, pág. 150); tomo XXI (sección primera; pág. 317); Gaceta de los Tribunales, año 1932, pág. 302, sentencia 83".

⁶⁹ "Corte Suprema, 24 de agosto de 1942, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XL (Santiago 1943), segunda parte, pág. 147; Corte Suprema, 19 de agosto de 1942, Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo XL (Santiago, 1943), segunda parte, sección primera, pág. 145" (jurisprudencia citada por Vodanovic H., Antonio, ob. cit. 4; página 182).

llegue a la convicción de que la nueva ley es retroactiva, deberá aplicarla con mucha prudencia y de manera restrictiva. No se debe olvidar nunca que el principio general, consagrado de manera perentoria en el artículo 9 inciso 1° del Código Civil, es que la nueva ley "jamás" tendrá efecto retroactivo⁷⁰.

Por lo mismo que hemos expresado, no nos parece que existan normas que por su carácter impliquen normalmente un tácito efecto retroactivo. Este efecto sólo puede ser determinado por el juez vía un proceso de interpretación.

9. Finalmente, para los efectos de tener mayor claridad, habida consideración de las muchas dudas y discrepancias doctrinarias que se presentan en esta materia, coincidimos con aquellos que sostienen que la distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato de la ley es fundamental, siendo este último la regla general, según se desprende de los artículos 7 y 8 del Código Civil. Por lo tanto, el concepto de retroactividad es coincidente con su sentido natural y obvio, es decir, volver sobre situaciones jurídicas consumadas y sus efectos ya realizados; es volver sobre lo pasado^{71 - 72}.

Si la irretroactividad se interpretara en el sentido de que la ley nueva no tiene aplicación inmediata a los efectos que se producen o siguen produciéndose bajo su imperio, por estar relacionados con situaciones jurídicas surgidas bajo la vigencia de la ley anterior, se denominará retroactividad al efecto normal de la ley, es decir, que, conforme a los artículos 7, 8 y 9 inciso 1° del Código Civil, produzca efectos de inmediato y hacia el futuro a contar, por lo general, de su fecha de publicación en el Diario Oficial.

El efecto inmediato, principalmente, encuentra su justificación en que la ley nueva es dictada por la convicción de que es mejor que la reemplazada, es decir, más perfecta y justa, y, también, por razones de seguridad jurídica, ya que como señala Paul Roubier "nosotros

⁷⁰ Carlos Ducci Claro advierte que el artículo 9 "no se aplica solamente a las leyes civiles, sino a la legislación toda. Por lo tanto, es un principio general de nuestro derecho la irretroactividad de la ley" (Ducci Claro, Luis; ob. cit. 3; página 68).

⁷¹ Según el Diccionario de la lengua española (1984; vigésima edición; tomo II; Madrid - España), significa "que obra o tiene fuerza sobre lo pasado".

⁷² "No existe retroactividad en aquellos casos en que se aplica una ley nueva a los efectos futuros de situaciones existentes o de las relaciones pasadas. El efecto inmediato de la ley nueva hace que ella pase a regir tramos aún no cumplidos de relaciones o situaciones jurídicas persistentes a su vigencia". "C. Santiago, 23 enero 1984. R., t. 81, sec. 2°, p. 9" (citada en Repertorio...; ob. cit. 15; página 70; n° 1).

vivimos, ..., bajo el régimen de la unidad de legislación y no se concibe que leyes diferentes puedan regir simultáneamente situaciones jurídicas de la misma naturaleza, porque ello constituiría un peligro para el comercio jurídico”^{73 - 74}.

⁷³ Citado por Vodanovic H., Antonio; ob. cit. 4; página 180.

⁷⁴ “Toda ley nueva es hecha con la convicción de su superioridad sobre la que está llamada a reemplazar. Para el que la hace, ella regla mejor las relaciones jurídicas que organiza. El interés social exige por esto que se extienda lo más posible su eficacia a fin de agrandar el círculo de perfeccionamiento que se espera. Esta aplicación puede, sin duda, herir ciertos intereses privados, destruir ciertos cálculos, engañar ciertas esperanzas; pero el progreso se adquiere a costa de estos sacrificios de los intereses privados al interés social. Más si esta aplicación extensiva de la nueva ley puede afectar un derecho adquirido, un derecho verdadero consagrado por la antigua ley, bajo cuyo imperio ha nacido, la nueva ley no sería ya una causa de progreso social, sino de desorden, la confianza inquebrantable que los particulares deben tener en el imperio de las leyes al ejecutar los actos jurídicos necesarios para la adquisición de sus derechos, desaparecería en absoluto y con ella toda seguridad jurídica en la eficacia de las transacciones...” (Claro Solar, Luis; ob. cit. 17; página 61).