

Ninguna parte de esta publicación, incluido el diseño de la cubierta, puede ser reproducida, almacenada o transmitida en manera alguna ni por ningún medio, ya sea eléctrico, químico, mecánico, óptico, de grabación o de fotocopia, sin permiso previo del editor.

ARTURO ALESSANDRI R.
MANUEL SOMARRIVA U.
ANTONIO VODANOVIC H.

TRATADO DE DERECHO CIVIL

PARTES PRELIMINAR Y GENERAL

EXPLICACIONES BASADAS EN LAS VERSIONES DE CLASES
DE LOS PROFESORES DE LA UNIVERSIDAD DE CHILE
ARTURO ALESSANDRI R. Y MANUEL SOMARRIVA U., REDACTADAS,
AMPLIADAS Y ACTUALIZADAS POR ANTONIO VODANOVIC H.

TOMO PRIMERO

© ANTONIO VODANOVIC H.

© EDITORIAL JURIDICA DE CHILE
Av. Ricardo Lyon 946, Santiago

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 104.257, año 1998
Santiago - Chile

Se terminó de imprimir esta primera edición de Editorial Jurídica de Chile
(sexta de la obra) de 2.200 ejemplares en el mes de julio de 1998

IMPRESORES: Impreandes Presencia S. A.

IMPRESO EN COLOMBIA/PRINTED IN COLOMBIA

ISBN obra completa 956-10-1210-3
ISBN 956-10-1211-1

EDITORIAL JURIDICA DE CHILE

EFICACIA DE LA LEY EN EL TIEMPO

A. NOCIONES PREVIAS

298. LA EFICACIA DE LAS NORMAS JURÍDICAS ESTÁ LIMITADA
EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

La esfera normal de aplicación de las normas jurídicas la determina, por una parte, el territorio sobre el cual impera la autoridad soberana que las dicta; por otra, el tiempo que media entre el día en que la ley comienza a regir y aquel en que cesa su fuerza obligatoria. "Y éstos son los límites naturales fijados a la eficacia de sus preceptos, no pudiendo ellos, por regla general, regir relaciones formadas en un tiempo anterior o en el territorio de otra organización estatal sometida a diversa soberanía. Pero estos límites no 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 interna exigen que a las relaciones constituidas bajo el imperio de una norma se apliquen retroactivamente los preceptos de otra posterior".¹

"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. 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

299. TERMINOLOGÍA

Los autores estudian bajo diversos títulos los problemas que engendra la sucesión de las leyes en el tiempo. Algunos hablan de "colisión de las leyes en el tiempo", otros de "retroactividad e irretroactividad de las leyes", y otros, en fin, de "efectos de la ley en el tiempo".

¹ RUGGIERO, obra citada, tomo I, pp. 164 y 165.

² *Ibíd.*, p. 165.

Lo mismo acontece con las cuestiones que plantea el contacto de leyes de diversos Estados. La doctrina sistematiza su estudio a la sombra de diversas denominaciones, como las de "colisión de las leyes en el espacio", "efectos de la ley en cuanto al territorio", "límite jurisdiccional de la ley", etc.

Primero se tratarán los efectos de la ley en cuanto al tiempo, y después, en cuanto al territorio.

B. GENERALIDADES SOBRE EFECTOS DE LA LEY EN CUANTO AL TIEMPO

300-311. DISTINCIÓN DE TRES PERÍODOS

Respecto a la vigencia y obligatoriedad de la ley, pueden distinguirse tres períodos:

- a) El que media entre su entrada en vigor y su derogación;
- b) El anterior a su entrada en vigor, y
- c) El posterior a su derogación.

312. a) APLICACIÓN DE LA LEY ENTRE EL DÍA DE SU ENTRADA EN VIGOR Y EL DE SU DEROGACIÓN

Normalmente, una ley se hace obligatoria y comienza a aplicarse desde el día de su entrada en vigor, o sea, desde la fecha en que se publica o desde una posterior que la misma ley establece, y su vigencia dura hasta que es derogada por otra ley o hasta que acaece el hecho que fija su extinción. La ley rige indudablemente todos los actos y hechos que se realizan durante este período.

313. b) APLICACIÓN DE LA LEY DESDE EL DÍA DE SU ENTRADA EN VIGOR. PRINCIPIO DE LA NO RETROACTIVIDAD

Los hechos, relaciones o situaciones jurídicas que han surgido y producido todos sus efectos bajo el imperio de la ley antigua, no son, naturalmente, alcanzados por la nueva norma. Pero el problema se presenta con respecto a los hechos, relaciones o situaciones que han nacido al amparo de los preceptos de una ley y por una razón cualquiera vienen a desarrollarse o a producir todos o algunos de sus efectos cuando dicha norma ya no rige y tiene imperio otra. En estos casos, ¿qué ley debe aplicarse?, ¿la antigua o la nueva?

El artículo 9º de nuestro Código Civil contiene al respecto un principio universalmente aceptado: "La ley —dice— puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo".

Este texto, afirman Colin y Capitant, encierra en realidad dos reglas:

- 1) la ley dispone para el porvenir: rige todos los actos y situaciones que se produzcan en adelante;
- 2) la ley nada dispone sobre los hechos que han pasado, que se han realizado con anterioridad a su entrada en vigor.

De estas dos normas contenidas en el artículo 9º, la segunda es la que constituye el principio de la no retroactividad de las leyes.³

314. EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY Y EFECTO INMEDIATO

La distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato es fundamental. Ha sido brillantemente precisada y desenvuelta por Roubier.

Cuando la ley nueva alcanza con sus efectos al tiempo anterior a su entrada en vigor, penetrando en el dominio de la norma antigua, se dice que tiene efecto retroactivo, porque la ley vuelve sobre el pasado.⁴

La definición de la retroactividad es muy sencilla. Consiste en la prolongación de la aplicación de la ley a una fecha anterior a la de su entrada en vigor. Es como ha dicho Valette, una ficción de preexistencia de la ley.⁵

Solo la ley nueva, desde su entrada en vigor, rige el porvenir. Aquí hablamos de efecto inmediato: la ley nueva no permite más la subsistencia de la ley antigua, ni siquiera para las situaciones jurídicas nacidas en el tiempo en que esta última regía; los efectos de ellas producidos *después* de la entrada en vigor de la nueva norma, quedan sujetos a ésta, en virtud del efecto inmediato.⁶

El efecto inmediato debe considerarse como la regla general. La ley nueva se aplica desde su promulgación a todas las situaciones que se produzcan en el porvenir y a todos los efectos, sea que emanen de situaciones jurídicas nacidas antes de la vigencia de la nueva ley, o después. Por lo tanto, en principio, la ley nueva debe aplicarse inmediatamente desde el día fijado para su entrada en vigencia, de acuerdo con la teoría de la promulgación de las leyes. Dicho día determina la separación de los dominios de las dos leyes.⁷

315. JUSTIFICACIÓN DE LA IRRETROACTIVIDAD

Las razones que han determinado el establecimiento de este principio, son muy sencillas. Ninguna seguridad y confianza tendrían los particulares si su fortuna, sus derechos, su condición personal y los efectos de sus actos y contratos fueran a cada instante puestos en discusión, modificados o suprimidos por un cambio de parecer del legislador. El interés general, que no es aquí sino la resultante de los intereses individuales, exige, pues, que lo hecho regularmente bajo una ley, sea considerado válido y, en consecuencia, inamovible, a pesar del cambio de legislación.⁸

³ COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo I, pp. 112 y 113.

⁴ PAUL ROUBIER, "Les conflits de lois dans les temps", tomo I, p. 7.

⁵ *Ibidem*, p. 8.

⁶ *Ibidem*, p. 9.

⁷ *Ibidem*, p. 9.

⁸ PLANIOL, obra citada, tomo I, p. 100.

316. JUSTIFICACIÓN DEL EFECTO INMEDIATO PRODUCIDO POR LA LEY NUEVA

Todo el mundo se halla de acuerdo en que el principio de la no retroactividad se justifica por razones de seguridad jurídica. Pero las divergencias surgen cuando se trata de señalar el fundamento del efecto inmediato.

Algunos lo justifican diciendo que la ley nueva debe necesariamente reputarse mejor que la antigua y, por lo tanto, aplicarse inmediatamente; otros lo basan en la simple voluntad legislativa; no faltan, en fin, quienes lo justifican por las dificultades prácticas que traería la sobrevivencia ilimitada de la ley antigua. Paul Roubier propone otra explicación que parece ser más acertada. "Nosotros vivimos, dice, 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. El efecto inmediato se justifica también, pues, por una necesidad de seguridad jurídica".⁹

317. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD ANTE EL LEGISLADOR

Como hemos visto, el principio de irretroactividad se halla consagrado entre nosotros, en el Código Civil, y no en la Constitución Política. Por lo tanto, no puede obligar al legislador, ya que éste sólo está subordinado a la Carta Fundamental.

Esto por lo que atañe a materia civil; pero en cuanto a materia penal, el legislador no puede dictar leyes retroactivas, porque la Constitución se lo impide, al decir: "Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada *con anterioridad* a su perpetración a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (art. 19, N° 3, penúltimo inciso).

Hay también, en materia civil, una prohibición indirecta, en lo que se refiere al *derecho de propiedad*, que impide al legislador dictar leyes retroactivas. En efecto, "la Constitución asegura a todos los habitantes de la República, el derecho de propiedad en sus diversas especies... Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dicho tribunal. A falta de acuerdo, la indemnización deberá ser pagada en dinero efectivo al contado" (art. 19, N° 24).

Ahora bien, la circunstancia de que una ley que atente contra el derecho de propiedad constituido regularmente bajo el imperio de otra, sea inconstitucional, hace que el legislador no pueda dictar leyes retroactivas con respecto al derecho de propiedad.

⁹ ROUBIER, obra citada, tomo I, pp. 558 y siguientes.

En resumen, el legislador es libre para dictar leyes retroactivas; pero, excepcionalmente, no lo puede hacer en materia penal y en cuanto al derecho de dominio.

318. JUSTIFICACIÓN DE LAS LEYES RETROACTIVAS

Por lo general, el legislador no dicta leyes retroactivas, pues comprende la gravedad de éstas. Pero muchas veces el progreso y la evolución de la vida social, exigen normas retroactivas. Sin ellas, la abolición de la esclavitud, de los derechos señoriales y feudales, no habría sido posible.

319. LEYES RETROACTIVAS DICTADAS EN CHILE

En nuestro país se han dictado diversas leyes retroactivas, la mayor parte por razones de justicia social.

En 1924 se promulgó la Ley sobre Empleados Particulares. Estableció la indemnización por años de servicios, no sólo a contar desde su fecha, sino también por el tiempo servido con anterioridad.

La Ley 5.001, de 13 de noviembre de 1931, dispuso en su artículo 1°, que la renta de arrendamiento de los predios urbanos y rústicos debía ser pagada, durante su vigencia, con una rebaja de un 20 por ciento con relación a la que el mismo arrendatario pagaba el 1° de enero de 1931. De manera que la situación establecida por los contratos de arrendamiento, con anterioridad a la promulgación de la ley, vino a ser modificada.

Hay muchas más; pero por vía de ejemplo bastan las anteriores. En todo caso, van en aumento por razones de rapidez de los cambios.

320. EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD ANTE EL JUEZ

El artículo 9° del Código Civil es, como toda ley, obligatorio para el juez. Este, en virtud de su mandato, no puede aplicar una ley con efecto retroactivo. Naturalmente que si el legislador dicta una ley con efecto retroactivo, el juez debe aplicarla con ese efecto; el artículo 9° no sería un obstáculo, porque su prescripción es para el caso en que el legislador no dicte una ley retroactiva.

321. LA RETROACTIVIDAD DEBE SER EXPRESA

El principio de irretroactividad, como ya lo hemos manifestado, sólo liga al juez, pero no al legislador. La regla del artículo 9° del Código Civil constituye una ley ordinaria que puede ser derogada por otra ley. Pero esta derogación debe ser cierta y formalmente decretada por el legislador; de otro modo, el artículo 9° mantiene su imperio. En efecto, dice Roubier, es evidente que si se desea que el artículo 9° tenga algún sentido, o sea el de ligar al juez, esto no se conseguiría si pudiera el magistrado dejar de aplicar dicha norma bajo el pretexto, más o menos demostrado, de una intención tácita del legislador. En este caso, como la disposición legal a nadie comprometería, ni al juez ni al legislador, bien podría estimarse borrada de nuestra legislación. En vano se nos opone,

continúa Roubier, la gran autoridad de ciertos juriconsultos clásicos como Aubry y Rau, que han aceptado en forma premeditada una retroactividad tácita o "implícita" del legislador, pues estos autores, colocándose en el terreno de la doctrina de los derechos adquiridos, definen de tal manera la retroactividad que sólo introducen la simple aplicación inmediata de la ley. Y de ahí resulta, entonces, que se ven naturalmente arrastrados a aceptar que esta aplicación inmediata puede tener lugar a base de una voluntad tácita del legislador.¹⁰

Pero si se define la retroactividad en su estricto sentido, como la acción de volver sobre hechos consumados, el legislador puede imponerla sólo en forma expresa. Y ello, porque dicha retroactividad es contraria a la función del juez, que es simplemente declaratoria del derecho: la misión del juez es buscar y determinar los efectos jurídicos producidos en el pasado, lo cual no puede hacer sino a la luz de la ley vigente en el día en que tales efectos se produjeron.¹¹

Si el legislador no ha decretado expresamente el efecto retroactivo de la ley nueva, debe el juez estudiar esta última y aplicarla de modo que no produzca dicho efecto.

322. LA RETROACTIVIDAD ES DE DERECHO ERICTO

La jurisprudencia ha tenido ocasión de declararlo. Así nuestra Corte Suprema ha dicho "que la disposición de la Ley N° 6.020 que estableció la retroactividad para los efectos del aumento de sueldos, es una *regla de excepción*, que debe interpretarse y aplicarse en forma *restrictiva*, esto es, conforme a sus propios términos y, como se refiere a sueldos, no puede alcanzar a los sobresueldos provenientes de horas extraordinarias trabajadas".¹²

323. DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Muchas veces el legislador dicta las llamadas *disposiciones transitorias*, mediante las cuales previene los conflictos entre la ley antigua y la nueva al determinar los efectos precisos que ésta debe producir en las relaciones o situaciones anteriores. Antes de aplicar la ley de efecto retroactivo que existe entre nosotros, es preciso ver si la ley nueva contiene disposiciones transitorias y sólo si no existen o si las que hay presentan vacíos, se aplican las normas de la ley de efecto retroactivo.

324. TEORÍAS SOBRE LA DETERMINACIÓN DEL EFECTO RETROACTIVO

Cuando no existen disposiciones transitorias en la nueva ley, es el juez el llamado a precisar los límites de la nueva norma con respecto a los hechos pasa-

¹⁰ ROUBIER, obra citada, tomo II, "Conclusión", pp. 753 y 754.

¹¹ *Ibidem*, p. 754.

¹² Corte Suprema, 24 de agosto de 1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XL, Santiago, 1943, segunda parte, sección primera, p. 147; Corte Suprema, 19 de agosto de 1942, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XL, Santiago, 1943, segunda parte, sección primera, p. 145.

dos. Y ha de hacerlo, según el artículo 9°, de tal modo que no le dé efecto retroactivo. ¿Qué principios, qué criterios le servirán de guía para lograr este objetivo? Innumerables teorías se empeñan en señalar el camino.

Nosotros limitaremos nuestra atención a la "teoría de los derechos adquiridos y de las simples expectativas", llamada "clásica" y a la teoría de Paul Roubier. Estudiaremos la primera, por constituir el centro de todas las demás y por estar en ella fundada nuestra Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes. Y nos referiremos brevemente a la segunda, por ser una de las más modernas y completas.

325. TEORÍA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS Y DE LAS SIMPLES EXPECTATIVAS

Su origen hállase 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'effet 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 ya 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* ("Teoría della retroattività delle leggi").

La teoría clásica, hasta principios del presente siglo, contaba con la adhesión casi unánime de los autores y la jurisprudencia. Pero desde entonces innumerables ataques se le han hecho, dando lugar, como resultado, a la formulación de nuevas teorías que tratan de llenar sus vacíos.

Si bien los partidarios de la teoría clásica coinciden en el fondo de sus afirmaciones, demuestran, sin embargo, cierta diversidad de criterio en muchos puntos. Y por esto, y en vista de la imposibilidad de consultar todos los pareceres, nos atendremos en nuestra exposición a las conclusiones del autor que ha conducido a la teoría del derecho adquirido a la máxima perfección científica posible, Gabba.

La teoría que nos ocupa puede enunciarse así: una ley es retroactiva cuando lesiona intereses que para sus titulares constituyen derechos adquiridos en virtud de la ley antigua; pero no lo es cuando sólo vulnera meras facultades legales o simples expectativas.

El juez no debe, en una controversia que recae sobre un derecho adquirido bajo la ley precedente, aplicar la ley nueva; pero puede hacerlo si el juicio versa sobre un hecho que bajo la ley antigua sólo constituía una mera facultad legal o una simple expectativa.

Se entiende por *derechos adquiridos*, según la más precisa definición de Gabba, 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, sin que importe la circunstancia de que la ocasión de hacerlos valer se presente en el tiempo en que otra ley rige.¹³

Los derechos adquiridos entran en el patrimonio por un hecho o acto del hombre (por ejemplo, el derecho de crédito que nace en virtud de un contrato) o directamente por ministerio de la ley, aquellos que se obtienen "ipso jure".

Las *facultades legales* 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.

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; por ejemplo, la expectativa a la sucesión del patrimonio de una persona viva.¹⁴

Ahora bien, la ley nueva no puede lesionar, si el legislador no le ha dado efecto retroactivo, los derechos adquiridos; pero sí puede vulnerar las facultades legales y las simples expectativas, porque ni aquéllas ni éstas constituyen derechos que hayan entrado definitivamente a formar parte del patrimonio de una persona. Y de aquí se deriva una consecuencia importante: puesto que en el patrimonio no entran sino los derechos privados, toda una serie de derechos se substraen al principio de la irretroactividad como son los que derivan de normas de carácter puramente político o administrativo, que no pueden dar lugar a derechos adquiridos.¹⁵

326. CRÍTICAS A LA TEORÍA CLÁSICA

1) Desde luego, hay incertidumbre sobre el significado del principio en que se funda. La intangibilidad del derecho adquirido ¿significa sólo respeto de su existencia, o también de las consecuencias que constituyen sus varias manifestaciones? En otras palabras, ¿son estas últimas simples expectativas o derechos adquiridos? Los partidarios de la teoría opinan en forma contradictoria.

2) Muchas veces, y precisamente en los casos más graves, resulta imposible distinguir de un modo indudable si una determinada situación jurídica es derecho adquirido o mera expectativa o abstracta facultad legal y si, por lo tanto, la nueva norma tiene o no con respecto a ella efecto retroactivo.¹⁶

Un ejemplo típico de esta incertidumbre lo ofrecen los conflictos de leyes en materia de mayor edad. Si la nueva norma eleva de dieciocho a veinte 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 dieciocho años? 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 las facultades legales; solamente los actos

¹³ GABBA, *Teoría della retroattività delle leggi*, tercera edición, Turín, 1891-1898, tomo I, p. 191.

¹⁴ RUGGIERO, obra citada, tomo I, p. 174.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ *Ibidem*, p. 175.

realizados con los terceros, por quienes, según la ley antigua habían alcanzado la mayor edad, no serían afectados por la nueva ley, porque tales actos constituyen para él y los terceros derechos adquiridos. A juicio de otros, como Gabba, Savigny y Regelsberger, constituye un derecho adquirido la mayor edad en cuanto que el estado personal, una vez adquirido, se convierte en derecho intangible.¹⁷

A pesar de todas las definiciones es, pues, en muchos casos imposible dar un criterio único y seguro para distinguir los derechos adquiridos de las simples expectativas.

3) La teoría clásica no resuelve el problema de la retroactividad con respecto a los derechos que no forman parte del patrimonio, como son los de familia, puesto que considera como elemento característico del derecho adquirido el entrar a formar parte del patrimonio. No considera, 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 a los patrimoniales.

327. DEFENSA DE LA TEORÍA CLÁSICA

Los vacíos de la teoría clásica determinaron su rechazo por calificados autores y la elaboración de otras que tienden a corregir sus defectos. Sin embargo, entre los autores contemporáneos la ha defendido el profesor francés Louis Josserand. Según éste, afirmar, como lo han hecho algunos, que la distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas es inaplicable y desprovista de significación práctica, resulta una exageración. Indudablemente, agrega, que es preciso renunciar a la fijación de un criterio uniforme para distinguir los derechos adquiridos y las simples expectativas; pero no puede sostenerse que este criterio constituya sólo una quimera. En realidad, la distinción que tanto se combate es cuestión de tacto, de sentimiento, 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, ocurrir lo que ocurra. Todo lo demás, excepto lo dicho, es simple esperanza, más o menos fundada, que el legislador puede destruir a voluntad.¹⁸

Concebida así, termina Josserand, la regla de irretroactividad se torna más concreta, positiva y práctica.¹⁹

328. TEORÍA DE PAUL ROUBIER

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*

¹⁷ RUGGIERO, obra citada, tomo I, p. 175.

¹⁸ LOUIS JOSSERAND, obra citada, tomo I, edición de 1938, pp. 59, 60 y 63.

¹⁹ *Ibidem*, p. 60.

tiempo (2 tomos, París, 1929-1933; 2ª edición refundida en 1 tomo, París, 1960), considerada como uno de los mejores trabajos modernos sobre el problema de la retroactividad.

El sistema de Roubier, que aquí sólo nos limitaremos a insinuar, reposa sobre la distinción entre efecto retroactivo, que es la aplicación de la ley en el pasado, y efecto inmediato, que es su aplicación en el presente.

El problema 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 noción de situación jurídica es, en concepto de Roubier, superior al término derecho adquirido, porque no entraña forzosamente como éste un carácter subjetivo, pudiendo aplicarse a situaciones como las del menor, interdicto, pródigo, etc., en las cuales no puede siquiera hablarse de derechos adquiridos; no puede decirse que el estado de interdicción, de menor edad, de pródigo, es un derecho adquirido, pero sí que es una situación jurídica. También es superior a la noción de relación jurídica, tan usada en la ciencia contemporánea, y que presupone una relación directa entre dos personas, lo que no ocurre con la situación jurídica, que puede ser unilateral y oponible a todos.²⁰

La teoría del profesor lionés parte de la observación de que toda situación jurídica puede ser sorprendida por la nueva ley en diversos momentos, ya sea en el de su *constitución*, o en el de su *extinción*, o en el momento en que *produce sus efectos*.

La ley nueva tiene *efecto retroactivo* si ataca a las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas o a los elementos ya existentes que forman parte de la constitución o de la extinción de una situación jurídica en vías de constituirse o extinguirse.²¹

Por el contrario, la ley nueva sólo produce *efecto inmediato* si rigen, desde su entrada en vigor, los *efectos* de las situaciones jurídicas anteriormente establecidas, así como su *extinción* y la *constitución* de situaciones jurídicas *nuevas*.²²

El efecto inmediato es la regla; pero hay que considerar una excepción tradicional y muy importante, que Roubier justifica en virtud del mismo fundamento de la regla. El efecto inmediato de la ley, que tiende a asegurar la unidad de la legislación, no afecta a los contratos, los cuales constituyen, por su esencia, instrumentos de variedad jurídica. Las leyes nuevas no producen efectos sobre los contratos vigentes. Pero la excepción sólo tiene lugar en la medida en que los contratos representan instrumentos de diferenciación, o sea, en la medida en que su contenido queda entregado a la voluntad creadora de los individuos; los que no tienen otro efecto que provocar la aplicación de un estatuto legalmente establecido, quedan sometidos a la nueva ley desde su en-

²⁰ ROUBIER, obra citada, tomo I, p. 378.

²¹ Resumen sobre la teoría de Roubier, expuesto en la obra de CH. BEUDANT, *Cours de Droit Civil Français*, tomo I, edición de 1934, p. 218.

²² CH. BEUDANT, obra citada, tomo I, p. 218.

trada en vigor. Así sucede con los contratos del Derecho de Familia: matrimonio, adopción, etc.; la ley nueva que modifica los efectos o los modos de disolución del matrimonio, se aplica inmediatamente a los matrimonios anteriormente celebrados.²³

C. RETROACTIVIDAD DE LAS LEYES INTERPRETATIVAS

329. CONCEPTO SOBRE LAS LEYES INTERPRETATIVAS

Leyes interpretativas son aquellas mediante las cuales el legislador se propone determinar el sentido dudoso, oscuro o controvertido de una ley anterior.²⁴

¿Cómo saber si una ley es o no interpretativa? Para cerciorarnos, debemos atender a dos características que le son inherentes:

1) La ley nueva viene a fijar el sentido incierto de la antigua; y

2) Adopta una solución que podría haber consagrado la jurisprudencia, pues en este caso el legislador se transforma, por un momento, en mero intérprete del Derecho, a la manera del juez.

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.²⁵ Y aun, supongamos que una ley diga expresamente que es interpretativa, ¿basta esta declaración para darle esa fisonomía, pensando que el legislador es soberano para hacer lo que le plazca? No, dice Roubier, porque no está en la mano del hombre transformar la naturaleza de las cosas; no puede el legislador hacer que una cosa sea lo que no es.²⁶

Y si al juez se le presenta una ley que manifiesta ser interpretativa y si de su estudio el magistrado concluye que no lo es, deberá decir que está falsamente calificada de interpretativa; pero, por cierto, le dará todos los efectos que el legislador le dio. Y si éste, mediante el subterfugio de la interpretación, quiso darle efecto retroactivo, el juez debe dárselo, porque su misión es aplicar la ley.

330. JURÍDICAMENTE EN EL DERECHO CHILENO LAS LEYES INTERPRETATIVAS NO PUEDEN ESTIMARSE RETROACTIVAS

Para que el problema de la retroactividad surja, es menester la coexistencia de dos leyes de diversas fechas. Tratándose de las leyes interpretativas, esto no ocurre, porque, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 9º del Código Civil, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras, se entienden incorporadas en éstas, es decir, las leyes interpretativas se consideran que forman parte de las interpretadas.

²³ CH. BEUDANT, obra citada, tomo I, pp. 218 y 219.

²⁴ COLIN y CAPITANT, obra citada, tomo I, p. 126.

²⁵ Así lo ha entendido acertadamente nuestra jurisprudencia: *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, sección primera, p. 93; tomo XXVII, sección primera, p. 150, tomo XXI, sección primera, p. 317; *Gaceta de los Tribunales*, año 1932, p. 302, sentencia 83.

²⁶ ROUBIER, obra citada, tomo II, "Conclusión".

Por una ficción se supone que la ley interpretativa forma un solo todo con la interpretada, porque "al decir cómo debe entenderse la ley anterior, el legislador se limita a reiterar su voluntad ya existente, no a hacer una nueva declaración de su voluntad". De ahí que tenga base lógica dicha ficción.

Al expresar el artículo 9º que las leyes interpretativas se entenderán incorporadas en las interpretadas, quiere decir que deben aplicarse desde la fecha de estas últimas leyes, y al aplicarse en esta forma no producen efecto retroactivo, porque éste entraña un conflicto de dos leyes de diversas fechas. Sin embargo, según hemos visto antes, en doctrina la ficción es atacada y algunos autores, como Roubier, afirman que en la realidad hay verdadera retroactividad.

331. LÍMITES DE LA FICCIÓN QUE SUPONE QUE LA LEY INTERPRETATIVA FORMA UN SOLO TODO CON LA INTERPRETADA

Dice el artículo 9º, en su inciso 2º:

"Sin embargo, las leyes que se limitan a declarar el sentido de otras leyes, se entenderán incorporadas en éstas; pero *no afectarán en manera alguna los efectos de las sentencias judiciales ejecutoriadas en el tiempo intermedio*".

Supongamos que haya una ley que exija la concurrencia de cinco testigos para reconocer validez a una clase de testamentos, pero no precise si aquéllos deben ser hombres o si también pueden ser mujeres. Si más tarde una ley interpretativa determina que todos los testigos deben ser varones, quiere decir que los testamentos otorgados entre la primera y segunda ley y que no cumplan con este requisito, serán nulos, porque esta exigencia se entiende existir desde la fecha de la primera ley, en virtud de la primera parte del inciso 2º del artículo 9º. Pero si en el tiempo intermedio se hubiere discutido judicialmente la validez de algún testamento otorgado con la concurrencia de testigos mujeres, y una sentencia ejecutoriada lo declaró válido antes de dictarse la ley interpretativa, ésta no afectará en manera alguna los efectos del fallo, es decir, los derechos que hubiere declarado. Ese testamento, judicialmente declarado válido, seguirá siéndolo en virtud de la segunda parte del inciso 2º del artículo 9º.

Pero, nótese bien, que si en el momento de dictarse la ley interpretativa el litigio se encuentra pendiente, se fallará con arreglo a las disposiciones de esta última ley, porque la excepción sólo rige tratándose de sentencias *ejecutoriadas* en el tiempo intermedio.

La razón en virtud de la cual las sentencias ejecutoriadas quedan inamovibles aunque se hallen en desacuerdo con la verdadera voluntad del legislador, expresada en la ley interpretativa, radica en que, ejecutoriada el fallo, ya no es posible volver a abrir el pleito, pues se opone la autoridad de la cosa juzgada.

332. EN EL HECHO, LAS LEYES INTERPRETATIVAS TIENEN EFECTO RETROACTIVO, SALVO FRENTE A SITUACIONES RECONOCIDAS POR UNA SENTENCIA EJECUTORIADA

Como lo demuestra el ejemplo relativo a los testamentos, del número anterior, si una ley interpretativa declara que un acto debe celebrarse con tal requisito y

el acto se realiza con otro que parecía exigir la ley interpretada, ese acto es nulo, porque el requisito exigido por la ley interpretativa se considera que lo exigía la ley interpretada, a causa de la ficción que supone incorporada aquélla en ésta. Jurídicamente la ley interpretativa existía desde la fecha de la ley interpretada y de ahí que se estime que la alteración que ella provoca de las situaciones jurídicas constituidas al amparo del sentido que se daba a la ley interpretada, no importa efecto retroactivo. Pero, como se comprenderá, en el hecho ese efecto entraña, ya que la ley interpretativa se aplica a situaciones jurídicas constituidas antes de su entrada en vigencia.

Sólo escapan a este efecto retroactivo de hecho, las situaciones reconocidas por una sentencia judicial ejecutoriada, dictada antes de la promulgación de la ley interpretativa por oponerse la autoridad de cosa juzgada.

D. LA NO RETROACTIVIDAD EN LAS LEYES DE DERECHO PRIVADO

333. LEY SOBRE EL EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES

La Ley sobre el efecto retroactivo de las leyes, de 7 de octubre de 1861, tiene por objeto, como lo dice su artículo 1º, decidir los conflictos que resulten de la aplicación de las leyes dictadas en diversas épocas.

Partiendo del principio consagrado en el artículo 9º del Código Civil, no hace más que deducir sus consecuencias.

Se funda en la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas, pero en algunos puntos se aparta de sus soluciones y establece otras que han parecido más justas y adecuadas al legislador.

Comenzaremos su estudio con las disposiciones que se refieren al problema de la no retroactividad con respecto a las leyes sobre el estado civil de las personas.

E. LEYES SOBRE EL ESTADO CIVIL

334. GENERALIDADES

El estado civil es la calidad permanente que ocupa un individuo en la sociedad en orden a sus relaciones de familia.

Hay estado civil de casado, viudo, de hijo legítimo o ilegítimo, etc.

Para estudiar el problema de la retroactividad con respecto a las leyes que rigen el estado civil, es preciso distinguir:

- a) entre el estado civil adquirido y el que aún no lo ha sido, y
- b) entre el estado civil mismo y las consecuencias que de él derivan.

335. ESTADO CIVIL ADQUIRIDO

Dice el artículo 3º de la Ley sobre efecto retroactivo: "El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza...".

Por esto todas las personas casadas antes de 1884, fecha en que regía el Derecho Canónico en todo lo relativo a la celebración del matrimonio, se consideran válidamente unidas aun después de ese año en que se promulgó la Ley de Matrimonio Civil.

La mayor parte de los autores partidarios de la teoría clásica no puede explicar satisfactoriamente el respeto de la nueva ley por el estado civil adquirido, ya que considera como carácter esencial del derecho adquirido su incorporación a un patrimonio, y el estado civil no es un derecho patrimonial.

En cambio, es lógica y satisfactoria la explicación que fluye de la teoría de Roubier. El estado civil adquirido conforme a una ley, es una situación jurídica constituida que, por lo tanto, la nueva ley no puede desconocer sin caer en la retroactividad.

336. ESTADO CIVIL NO ADQUIRIDO AÚN AL TIEMPO DEL CAMBIO DE LEGISLACIÓN

El estado civil que todavía no ha sido adquirido en el momento del cambio de legislación, sólo puede serlo de acuerdo con las nuevas leyes, según se desprende del artículo 2º de la Ley sobre efecto retroactivo, que dice:

“Las leyes que establecieron para la adquisición de un estado civil, condiciones diferentes de las que exigía una ley anterior, prevalecerán sobre ésta desde la fecha en que comiencen a regir”.

La teoría clásica justifica esta norma diciendo que si el estado civil no se ha adquirido aún, su adquisición es una mera expectativa que queda sujeta a la ley posterior, la cual, al condicionar de otro modo su adquisición, no produce efecto retroactivo.

Para Roubier, el hecho de que no se haya adquirido aún el estado civil significa que no se ha constituido la situación jurídica y, por ende, la nueva ley puede, sin ser retroactiva, regular en otra forma su constitución.

337. CONSECUENCIAS QUE DERIVAN DEL ESTADO CIVIL

Dijimos que es preciso distinguir entre el estado civil mismo y las consecuencias que de él derivan, es decir, los derechos y obligaciones que trae aparejados.

Sabemos que el estado civil mismo debe ser respetado por la ley nueva si no se quiere caer en la retroactividad; pero sus consecuencias se subordinan de inmediato a la ley nueva, sin que esto importe retroactividad. Por eso el artículo 3º de la Ley sobre efecto retroactivo dispone:

“El estado civil adquirido conforme a la ley vigente a la fecha de su constitución, subsistirá aunque ésta pierda después su fuerza; pero los derechos y obligaciones anexos a él, se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos”.

La doctrina clásica justifica la aplicación de su principio razonando así: “El estado tiene una existencia propia que se manifiesta por hechos de un carácter permanente, al paso que la capacidad de obrar ligada a él necesita ser ejercitada especialmente para poder revelarse. El estado puede constituir por eso un

derecho adquirido, mas no las facultades o aptitudes no ejercidas que puedan emanar del mismo estado; ellas son meras facultades abstractas que reposan en el interior de nuestro ser, y el individuo que goza de ellas obra a manera de mandatario, usando del poder que la ley le ha delegado para la ejecución de ciertos actos. Natural es, por consiguiente, que ese poder desaparezca, cuando el que lo confirió juzgue conveniente revocarlo”.²⁷

De acuerdo con la teoría de Roubier, los derechos y obligaciones anexos al estado civil son situaciones legales, es decir, establecidas por la ley, y susceptibles, consiguientemente, de ser modificadas por ella, en cualquier momento.

338. APLICACIÓN DE LOS ANTERIORES PRINCIPIOS

La misma Ley sobre efecto retroactivo contiene en su artículo 3º, incisos 2º, 4º, 5º y 6º, aplicaciones de todos los principios anteriores relativos al estado civil.

El primero de los mencionados preceptos, refiriéndose a los efectos del estado civil, dice: “En consecuencia, las reglas de subordinación y dependencia entre cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores y pupilos, establecidas por una nueva ley, serán obligatorias desde que ella empiece a regir, sin perjuicio del pleno efecto de los actos válidamente ejecutados bajo el imperio de la ley anterior”.

Conviene insistir en la última parte de esta disposición, la cual deja a salvo e intocables los actos positivos que se hubieren realizado en uso de las facultades concedidas por la ley, ya que en este caso tales actos han pasado a formar derechos adquiridos, como dice la teoría clásica, o situaciones jurídicas constituidas, como expresa Roubier. Y si, por ejemplo, una ley quita al padre la facultad de administrar los bienes del hijo, que le daba una ley anterior, los actos de administración que aquél hubiere efectuado antes de la vigencia de la nueva norma legal, permanecerán válidos.

El artículo 4º manifiesta que “los derechos de usufructo legal y de administración que el padre de familia tuviere en los bienes del hijo, y que hubieren sido adquiridos bajo una ley anterior, se sujetarán en cuanto a su ejercicio y duración, a las reglas dictadas por una ley posterior”.

Dice el artículo 5º: “Las personas que bajo el imperio de una ley hubiesen adquirido en conformidad a ella el estado de hijos naturales, gozarán de todas las ventajas y estarán sujetas a todas las obligaciones que les impusiere una ley posterior”.

Finalmente, el artículo 6º prescribe que “el hijo ilegítimo que hubiese adquirido derecho a alimentos bajo el imperio de una antigua ley, seguirá gozando de ellos bajo la que posteriormente se dictare; pero en cuanto al goce y extinción de este derecho se seguirán las reglas de esta última”.

“Lo dispuesto en este artículo debe mirarse como una excepción del principio fundamental consignado en el artículo 3º. La calidad de hijo simplemente ilegítimo es un estado civil y los alimentos que la ley le otorga es un derecho

²⁷ Mensaje con que se acompañó el proyecto de Ley sobre efecto retroactivo de las leyes, y LUIS CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, pág. 74.

anexo a ese estado. Si los derechos anexos al estado civil ya adquiridos se sujetan a la nueva ley, es decir, si pueden ser disminuidos o aumentados por la nueva ley, era lógico que, si la nueva ley no otorga al hijo ilegítimo el derecho de alimentos, los hijos de esta clase que por la ley anterior estaban gozándolo, debían ser privados de él desde la promulgación de la nueva ley".

"Sin embargo, el legislador no ha querido llevar adelante el rigor lógico, y ha formado una excepción al principio. Si se suprimen todos los derechos y obligaciones del estado civil, desaparece éste; y como el estado civil de hijo simplemente ilegítimo no produce otro efecto, según el Código Civil, que el de alimentos, quitando este derecho desaparecía el estado".²⁸

Las palabras *goce* y *extinción* del texto legal que comentamos, han provocado dudas.

Tomado el artículo 6° de la Ley sobre efecto retroactivo, dice su comentarista, "en su sentido literal, encierra una contradicción: el hijo ilegítimo —expresa—, que hubiese adquirido derecho a alimentos bajo el imperio de una antigua ley, *seguirá gozando* de ellos bajo la que posteriormente se dictare". Y luego agrega: "pero en cuanto al *goce* y *extinción* de este derecho, se seguirán las reglas de esta última". Si por necesidad subsiste el derecho de alimentos bajo el imperio de la nueva ley, ¿cómo puede depender de ésta su *goce*? Evidentemente, el legislador se puso en el caso de que ese derecho siguiera siendo reconocido, y así se comprende cómo su *modo de ejercicio* y *extinción* puedan hallarse subordinados a la nueva ley".²⁹

En cuanto a la palabra *extinción*, "ella contraría la disposición misma que asegura al hijo ilegítimo el derecho a alimentos que tenía ya adquirido, es decir, declarado o reconocido a su favor bajo el imperio de la ley antigua; se ha querido hablar tal vez de la extinción del derecho o de las causas extrañas a la adquisición misma del derecho que puedan ocasionar su pérdida".³⁰

339. APLICACIÓN DE LAS REGLAS DEL ESTADO CIVIL DE LAS PERSONAS NATURALES A LAS PERSONAS JURÍDICAS

La existencia y los derechos de las personas jurídicas se sujetan a las mismas reglas que respecto del estado civil de las personas naturales prescribe el artículo 3° de la Ley sobre efecto retroactivo (artículo 10).

Las personas jurídicas deben establecerse en virtud de una ley o mediante aprobación del Presidente de la República con acuerdo del Consejo de Estado, decía el antiguo texto del artículo 546 del Código Civil. Pero la intervención que este artículo daba al Consejo de Estado ha quedado sin efecto como consecuencia de haber sido suprimido dicho organismo por la Constitución Política de 1925.

En consecuencia, y aplicando el artículo 3° de la Ley sobre efecto retroactivo, hoy basta para el establecimiento de las personas jurídicas la aproba-

²⁸ JOSÉ CLEMENTE FABRES, *Instituciones de Derecho Civil*, tomo I, edición de 1893, Santiago de Chile, p. 195.

²⁹ *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, p. 64.

³⁰ CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 75.

ción del Presidente de la República. Pero si durante el imperio de las antiguas disposiciones se hubiere constituido una de esas entidades con la sola aprobación del Presidente, sin acuerdo del Consejo de Estado, esa entidad no sería persona jurídica, porque le faltaría un requisito exigido por la ley vigente a la fecha de su constitución, que es la ley a la cual debe subordinarse la persona jurídica en cuanto a su existencia, según lo dispuesto en el artículo 10 de la Ley sobre efecto retroactivo relacionado con el artículo 3° de la misma ley.

Los derechos y obligaciones de las personas jurídicas se rigen por la ley nueva (artículo 10 en relación con el 3°). Y así, por ejemplo, antes, de acuerdo con el artículo 556 del Código Civil, las personas jurídicas no podían, sin permiso especial de la legislatura, conservar, por más de cinco años, la posesión de los bienes raíces que hubieran adquirido. Pues bien, la Ley N° 5.020, de 30 de diciembre de 1931, suprimió esa traba, y en conformidad al artículo 10, en relación con el 3° de la Ley sobre efecto retroactivo, todas las personas jurídicas, tanto las establecidas con posterioridad a esa ley del año 1931 como las establecidas con anterioridad, pueden conservar libremente los bienes raíces adquiridos, porque el citado artículo 3° nos dice que los derechos y obligaciones anexos al estado civil, "se subordinarán a la ley posterior, sea que ésta constituya nuevos derechos u obligaciones, sea que modifique o derogue los antiguos".

F. LEYES SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

340. CONCEPTO DE LA CAPACIDAD

Capacidad es la aptitud legal de una persona para adquirir derechos y para ejercerlos por sí sola.

Es de dos clases: de *goce* o *adquisitiva* y de *ejercicio*, llamada también de *obrar*. La primera constituye la aptitud legal de una persona para adquirir derechos, para poder ser su titular. La segunda es la aptitud legal de una persona para ejercer por sí sola sus derechos, sin el ministerio o autorización de otra.

341. LEY QUE RIGE LA CAPACIDAD SEGÚN LA DOCTRINA

Si una nueva ley eleva de dieciocho a veintiún años la edad necesaria para adquirir la plena capacidad jurídica, ¿se aplicará ella también a las personas que cumplieron los dieciocho años durante el imperio de la ley antigua, volviendo a ser incapaces hasta alcanzar los veintiún años?, ¿o la nueva ley debe estimarse inaplicable a dichas personas?

En este punto es grande la desorientación de los autores de la teoría clásica.

Hay quienes piensan que la nueva ley debe aplicarse sin que puedan objetar algo los que vuelven a ser incapaces, porque la capacidad no forma derecho adquirido, es sólo presupuesto para la adquisición de derechos, una facultad legal; sólo los actos ya realizados por los que fueron capaces, no deben ser

tocados por la nueva norma, porque tales actos constituyen para ellos y los individuos con quienes contrataron, derechos adquiridos.³¹

Para otros, la capacidad constituye derecho adquirido, porque una vez obtenida esa situación personal, se convierte en derecho intangible y no puede ser alterada por la nueva ley.³²

Finalmente, algunos estiman que la nueva norma no debe aplicarse a los que ya obtuvieron la capacidad pero no porque ésta forme derecho adquirido, sino por una simple razón de equidad.

Roubier afirma que la nueva ley no puede aplicarse sin caer en la retroactividad, a los que ya adquirieron la capacidad bajo el imperio de la ley antigua. Llega a esta conclusión ateniéndose a la regla general de su teoría. Cumplida cierta edad, dice, se extingue una situación jurídica, la de minoridad, y la nueva norma no puede regir sin retroactividad las situaciones ya extinguidas. Mirando ahora desde otro ángulo: el cumplimiento de determinada edad produce la constitución de una situación jurídica, la de mayor, y la nueva ley no puede alcanzar sin ser retroactiva las situaciones ya constituidas.³³

342. LEY QUE RIGE LA CAPACIDAD SEGÚN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Nuestro legislador distingue entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio.

a) *Capacidad de goce*. Queda ella sometida a las nuevas leyes. Si una persona, de acuerdo con una ley, tiene aptitud para adquirir derechos, la pierde si se dicta otra ley que niega esa aptitud o exige otras condiciones para constituirlos. Es el principio que fluye del inciso 2° del artículo 7° de la Ley sobre efecto retroactivo.

"Las meras expectativas —dice— no forman derecho".

"En consecuencia, la capacidad que una ley confiere a los hijos ilegítimos de poder ser legitimados por el nuevo matrimonio de sus padres, no les da derecho a la legitimidad, siempre que el matrimonio se contrajere bajo el imperio de una ley posterior, que exija nuevos requisitos o formalidades para la adquisición de ese derecho, a menos que al tiempo de celebrarlo se cumpla con ellos".

Y así, por ejemplo, para que un hijo sea legitimado, excepto los casos en que el matrimonio posterior de sus padres produce ipso jure la legitimación, es necesario que sus padres designen por instrumento público que le confieren este beneficio. Dicho instrumento debe otorgarse a la fecha de la celebración del matrimonio o con posterioridad a éste (Código Civil, artículo 208). Si una nueva ley exige otro requisito distinto, un pronunciamiento judicial, pongamos por caso, el hijo ilegítimo que bajo la antigua norma podía ser legitimado sin este requisito, no podrá serlo ahora si no se cumple con él.

³¹ DEMOLOMBE, *Cours de Droit Civil*, tomo I, N° 45; WINDSCHELD, *Pandectas I*, p. 90, N° 4; GIANTURCO, *Sistema di Diritto civile italiano*, vol. I y único, p. 136.

³² GABBA, obra citada, tomo II, p. 80; CHIRONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, tomo I, segunda edición, Turín, 1912, p. 22.

³³ ROUBIER, obra citada, tomo II, p. 299.

Doctrinariamente, se explica la solución legal en esta forma: la capacidad de goce constituye una abstracta *facultad legal*, o sea, un supuesto para la adquisición del derecho. Y bien sabemos que las facultades legales no constituyen derecho adquirido; de ahí que la ley nueva pueda aplicarse sin entrañar retroactividad.

b) *Capacidad de ejercicio*. 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. Y si alguien hubiere adquirido la capacidad de ejercicio de acuerdo con la antigua norma y no reúne las condiciones que para ello exige la nueva, pierde su capacidad de ejercicio.

Sin embargo, nuestro legislador, en este punto, como en otros, se apartó de los estrictos principios doctrinarios, y estableció en el artículo 8° de la Ley de efecto retroactivo que "el que bajo el imperio de una ley hubiese adquirido el derecho de administrar sus bienes, no lo perderá bajo el de otra, aunque la última exija nuevas condiciones para adquirirlo; pero en el ejercicio y continuación de este derecho, se sujetará a las reglas establecidas por la ley posterior".

Si una nueva ley fija la mayor edad a los veintiún años, el que la hubiere adquirido a los dieciocho en conformidad a la norma antigua, no pierde su capacidad, aun cuando en el momento de dictarse la nueva ley no haya cumplido los veintiuno.

La capacidad de ejercicio, pues, de acuerdo con nuestra legislación, subsiste bajo el imperio de la nueva ley, aunque ésta exija condiciones diversas para su adquisición que la anterior; pero su ejercicio, sus efectos, se rigen por las disposiciones de la norma nueva. Indudable es que éstas no alcanzan a los actos ejecutados con anterioridad a su vigencia.

G. LEYES RELATIVAS A LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS

343. LEYES SOBRE LOS GUARDADORES

El Código comprende bajo la denominación de "guardadores" a los que ejercen la tutela o curaduría, y llama "pupilo" al que se halla sujeto a una u otra.

"Los guardadores —dice el artículo 9° de la Ley de efecto retroactivo—, válidamente constituidos bajo el imperio de una legislación anterior, seguirán ejerciendo sus cargos en conformidad a la legislación posterior, aunque según ésta hubieren sido incapaces de asumirlos; pero, en cuanto a sus funciones, a su remuneración y a las incapacidades, o excusas supervinientes, estarán sujetos a la legislación posterior".

Ejemplo: por la ley vigente en la actualidad no es incapaz para desempeñar el cargo de guardador la persona que ejerce el cargo de Presidente de la República; supongamos que venga una nueva ley que establezca esta incapacidad: si al tiempo de la promulgación de esta ley el Presidente estaba desempeñando una tutela o curaduría, continuará desempeñándola; la nueva incapacidad creada por la ley posterior no le afecta. Pero si el tutor o curador, que estaba ejerciendo su cargo al tiempo de la promulgación de la nueva ley,

es elegido Presidente de la República, cesa en su cometido, porque le afecta esta incapacidad sobreviniente.³⁴

En cuanto a la pena, dice el inciso 2º del mismo artículo 9º, en que, por descuidada o torcida administración hubieren incurrido los guardadores, se les sujetará a las reglas de aquella de las dos legislaciones que fuese menos rigurosa a este respecto; las faltas cometidas bajo la nueva ley se castigarán en conformidad a ésta.

Esta disposición sigue la regla general corrientemente admitida de que, cuando el delito y la conclusión del juicio tienen lugar bajo distintas legislaciones, se aplica la pena menos severa al respecto.³⁵

344. LEYES SOBRE EL PRIVILEGIO DE LA RESTITUCIÓN "IN INTEGRUM"

La restitución *in integrum*, en el estado de evolución que alcanzó antes de la dictación de nuestro Código Civil, consistía en un privilegio de ciertas personas (menores, incapaces, personas jurídicas) que estaban facultadas por la ley, atendiendo razones de equidad, para pedir la anulación de un acto o contrato legítimamente celebrado, pero que les había reportado un daño o menoscabo en sus bienes, y para lograr, consecuentemente, ser reintegradas a la misma situación patrimonial que tenían con anterioridad al acto lesivo.

La institución dio margen para abusos y, a la postre, se volvió contra los mismos privilegiados, porque nadie quería contratar con ellos ante la posibilidad de perder después los derechos adquiridos; por eso el Código Civil la suprimió de raíz.

Ahora bien, según el artículo 11 de la Ley de efecto retroactivo, "las personas naturales o jurídicas que bajo una legislación anterior gozaban del privilegio de la restitución *in integrum*" no podrán invocarlo ni transmitirlo bajo el imperio de una legislación posterior que lo haya abolido".

La restitución *in integrum* no ejercida, dice el señor Claro Solar, no es un derecho sino una expectativa que existe mientras la voluntad del legislador quiere mantenerla.³⁶

H. LEYES RELATIVAS A LOS BIENES

345. PRINCIPIO

Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecen las disposiciones de la nueva ley (Ley de efecto retroactivo, artículo 12).

Bajo la legislación española no se requería escritura pública para la transferencia de los bienes raíces; tampoco era menester cumplir con requisitos que

dieran publicidad al dominio. Pero nuestro Código Civil dispuso que el contrato de compraventa de bienes raíces sólo puede celebrarse por escritura pública, y que la tradición debe efectuarse por la inscripción en el Conservador de Bienes Raíces. A pesar de esto, las propiedades adquiridas con anterioridad a la vigencia del Código y en conformidad a las leyes españolas, subsistieron sin sufrir modificaciones bajo el imperio de la nueva legislación, porque "todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra".

Pero en cuanto a los goces y cargas del derecho, la nueva ley tiene aplicación inmediata. Y así, por ejemplo, si una ley autoriza imponer servidumbres legales, el dueño del predio sirviente no podría alegar que había adquirido el dominio bajo una ley que no autorizaba imponerlas.

346. JUSTIFICACIÓN DEL PRINCIPIO

El derecho en sí mismo, afirman los partidarios de la teoría clásica, permanece intangible porque, incorporándose al patrimonio por un título propio, es decir, por virtud de la actividad de una persona, constituye derecho adquirido; pero no así las facultades anexas: éstas entran al patrimonio por un título general, la ley. Por eso, pues, puede la nueva norma, sin caer en retroactividad, someter dichas facultades a su imperio.

347. LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES SOBRE DERECHOS REALES, ¿ES SÓLO APARENTE EN NUESTRO PAÍS?

Dice el artículo 12 de la Ley de efecto retroactivo: "Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su *extinción*, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley, sin perjuicio de lo que respecto de mayorazgos o vinculaciones se hubiere ordenado o se ordenare por leyes especiales".

Bajo apariencia irretroactiva, dicen los comentaristas, el artículo 12 otorga a las leyes efectos retroactivos, pues, al decir que un derecho adquirido en conformidad a una ley se extinguirá por los medios que señale una posterior, afecta directamente al derecho.

"Si el derecho real adquirido, dice Claro Solar, bajo el imperio de una ley subsiste bajo el imperio de otra que estableciere nuevos requisitos para su adquisición, es porque esta última ley tendría efecto retroactivo si lo sometiera a su imperio. ¿Cómo pueden entonces prevalecer *en lo tocante a su extinción* las disposiciones de la nueva ley? La extinción del derecho, ¿no es precisamente lo contrario de su subsistencia? En éste como en otros artículos la ley se ha apartado, pues, de los principios que ella misma consagra".³⁷

En realidad, el precepto en comento, analizado a la luz de la teoría del derecho adquirido, resulta de efecto retroactivo; pero juzgado de acuerdo con los principios de la teoría de Roubier, su alcance no sería tal; no tendría efecto

³⁴ FABRES, obra citada, tomo II, p. 200.

³⁵ PAULINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, p. 67.

³⁶ Obra citada, tomo I, p. 78.

³⁷ Obra citada, tomo I, p. 78.

retroactivo la ley que estableciera nuevas formas de extinción de una situación existente, pues al aplicarse la nueva norma no entraría a regir el pasado.

Al ordenar el legislador que "un derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra", se está refiriendo, afirma un autor, "al caso que la nueva ley imponga nuevos requisitos para la *constitución del derecho real*, la que no recibirá aplicación tratándose de un derecho anteriormente constituido; pero no ha querido indicar que éste sea perpetuo y, por el contrario, expresamente establece que los nuevos medios de extinción creados por la ley se aplican a tal derecho";³⁸ la circunstancia de aplicarse la nueva ley en lo tocante a la extinción del derecho, no produce retroactividad, porque no se ataca a una situación constituida o extinguida, sino a una que se halla en curso.

348. LAS LEYES SOBRE EL DERECHO DE PROPIEDAD SON IRRETROACTIVAS

Sabemos que nuestra Constitución asegura a todos los habitantes de la República el derecho de propiedad en sus diversas especies. Y ya vimos (Nº 317) que, conforme a la Carta Fundamental, toda ley que imponga un medio de extinción del dominio y no sea de expropiación, envuelve una privación ilegítima de la propiedad. De ahí que con respecto a la extinción de este derecho, ninguna ley nueva tiene efecto retroactivo; la disposición constitucional se opone.

349. LEYES SOBRE LA POSESIÓN

La posesión constituida bajo una ley anterior no se retiene, pierde o recupera bajo el imperio de una ley posterior, sino por los medios o con los requisitos señalados en ésta (Ley de efecto retroactivo, artículo 13).

La misma crítica que se hace a la disposición que trata sobre los derechos reales, aplícase aquí: la irretroactividad de las leyes sobre la posesión sólo sería ilusoria.

Si adquirida la posesión de una cosa bajo el imperio de una ley, no puede conservarse bajo otra posterior, sino por los medios que esta última señala, es indudable que no puede hablarse de irretroactividad. Así, según la ley vigente, para adquirir la posesión de una cosa basta con la tenencia de ella con ánimo de señor y dueño. Si cierta persona ha adquirido la posesión de esta manera y viene una ley posterior que exige para conservarla o retenerla una declaración por la prensa, pongamos por caso, el que antes adquirió la posesión, para no perderla, veríase obligado, en virtud del artículo 13 que estudiamos, a hacer dicha declaración; debería conformarse al mandato de la nueva ley. Y esto está demostrando que las leyes sobre la posesión son retroactivas.

³⁸ C. RIVEROS RAMÍREZ, *Retroactividad de la ley*, Memoria de Prueba, Santiago, 1937, p. 73, "in fine".

350. DERECHOS DEFERIDOS BAJO CONDICIÓN

Los derechos deferidos bajo una condición que, atendidas las disposiciones de una ley posterior, debe reputarse fallida si no se realiza dentro de cierto plazo, subsistirán bajo el imperio de ésta y por el tiempo que señalare la ley precedente, a menos que este tiempo excediese del plazo establecido por una ley posterior contado desde la fecha en que ésta empiece a regir, pues en tal caso si dentro de él no se cumpliera la condición, se mirará como fallida (Ley de efecto retroactivo, artículo 14).

351. PROHIBICIÓN DE USUFRUCTOS, USOS, HABITACIONES Y FIDEICOMISOS SUCESIVOS

Siempre que una nueva ley prohíba la constitución de varios usufructos sucesivos, ya expirado el primero antes de que ella empiece a regir, hubiese empezado a disfrutar la cosa alguno de los usufructuarios subsiguientes, continuará éste disfrutándola bajo el imperio de la nueva ley por todo el tiempo a que le autorizare su título; pero caducará el derecho de los usufructuarios posteriores si los hubiere. La misma regla se aplicará a los derechos de uso o habitación sucesivos, y a los fideicomisos; sin perjuicio de lo que se haya dispuesto o se dispusiere por leyes especiales relativas a mayorazgos y vinculaciones (Ley de efecto retroactivo, artículo 15).

"Según la legislación española que nos regía al tiempo de la promulgación de nuestro Código Civil, podía haber dos o más usufructos sucesivos, cosa que ahora está prohibida. La persona que al tiempo de la promulgación de dicho Código estaba gozando de un usufructo tenía un "derecho adquirido", aun cuando fuese el tercero o cuarto usufructuario de una misma propiedad; y como la ley posterior sólo afecta a las meras expectativas, mas no a los derechos adquiridos, era lógico que el usufructuario a que se refiere este artículo 15 siguiera gozando del usufructo".³⁹

Pero el derecho de los usufructuarios posteriores se desvanece en virtud de la nueva ley. ¿Por qué? ¿Constituyen ellos meras expectativas? Si las constituyen, quiere decir que el artículo 15 no hace más que aplicar la regla general al hacer caducar los usufructos posteriores. Pero si no forman meras expectativas, significa que dicha disposición se ha apartado del principio general, pues la nueva ley alcanzaría a derechos adquiridos. Don Luis Claro Solar está por esta opinión.⁴⁰

Sea como fuere, el hecho efectivo es que los usufructos posteriores al de la persona que disfruta de la cosa a la época del cambio de legislación, caducan, por expreso mandato de este artículo 15 de la Ley de efecto retroactivo, y corresponde aplicar la norma del artículo 769 del Código Civil, que dice: "Se prohíbe constituir dos o más usufructos sucesivos o alternativos. Si de hecho se constituyeren, los usufructuarios posteriores se considerarán como substitutos, para el caso de faltar los anteriores antes de deferirse el primer usufructo.

³⁹ FABRES, obra citada, tomo I, p. 204

⁴⁰ Obra citada, tomo I, p. 80.

El primer usufructo que tenga efecto hará caducar los otros; pero no durará sino por el tiempo que le estuviere designado".

352. LEYES SOBRE SERVIDUMBRES

Las servidumbres *naturales* y *voluntarias* constituidas válidamente bajo el imperio de una antigua ley se sujetarán en su ejercicio y conservación a las reglas que estableciere otra nueva (Ley de efecto retroactivo, artículo 16).

Este artículo se refiere a las servidumbres *naturales* y *voluntarias*, pero omite las servidumbres *legales*. Resulta evidente que la palabra *voluntaria* está de más, ya que las servidumbres voluntarias "son establecidas en virtud de un contrato y naturalmente quedan fuera del alcance de la ley, que en esta materia deja a los particulares en entera libertad de constituir las servidumbres que quieran".⁴¹

Tratando de la misma materia, dice el artículo 17 de la Ley de efecto retroactivo: "Cualquiera tendrá derecho de aprovecharse de las servidumbres *naturales* que autorizare a imponer una nueva ley; pero para hacerlo tendrá que abonar al dueño del predio sirviente los perjuicios que la constitución de la servidumbre le irrogare, renunciando éste por su parte las utilidades que de la reciprocidad de la servidumbre pudieran resultarle; a las cuales podrá recobrar su derecho siempre que restituya la indemnización antedicha".

Hay aquí un error manifiesto: el artículo habla de servidumbres naturales; pero la verdad es que resulta claro que se refiere a las servidumbres legales. Servidumbres naturales son, según el artículo 831 del Código Civil, las que provienen de la natural situación de los lugares. Entonces, es lógico, que el legislador no haya tenido en la mente referirse a estas servidumbres, porque ellas no son impuestas por la ley; dependen de factores naturales. La misma redacción del precepto confirma esta inteligencia al decir: "...servidumbres naturales que autoriza a imponer una nueva ley".

I. LEYES RELATIVAS A LAS SUCESIONES

353. PRINCIPIO

Las sucesiones se rigen por la ley vigente al tiempo de su apertura, esto es, por la ley que impera en el momento de la muerte del causante.

Por consiguiente, dicha norma determina la capacidad e incapacidad de los asignatarios, todo lo relativo a la desheredación, al derecho de transmisión y a la representación; y en conformidad a ella debe hacerse la repartición de bienes.

Rige las sucesiones la ley vigente al tiempo de fallecer el causante, porque es entonces cuando nace el derecho de los herederos; antes sólo tenían meras expectativas.

⁴¹ CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 81.

354. SUCESIÓN TESTAMENTARIA

Para estudiar con la debida claridad el problema de la retroactividad en materia de sucesión testamentaria, es preciso distinguir en todo testamento:

a) requisitos externos o solemnidades que la ley exige para la validez del testamento y para su prueba;

b) requisitos internos, que dicen relación con la capacidad y la libre y espontánea voluntad del testador; y

c) disposiciones, o sea, las manifestaciones de voluntad en que el testador deja herencia o legados.

a) *Solemnidades*. Las solemnidades externas de los testamentos, dice el artículo 18 de la Ley de efecto retroactivo, se rigen por la ley coetánea a su otorgamiento.

El Mensaje con que fue presentada la ley que tratamos, justificando este precepto, dice en una de sus partes: "Pero las solemnidades externas del testamento, más ligadas a la prueba de su existencia que a lo substancial del derecho transmitido por él, parece natural que deban subordinarse a la ley que regía al tiempo de su otorgamiento". Tal es la regla que ha prevalecido como tradición inconcusa desde los romanos hasta nuestros días, y a este respecto dice un célebre jurisconsulto: "La estabilidad de los actos jurídicos es uno de los fundamentos primordiales de la sociedad civil, y el principio de la no retroactividad de las leyes no puede reposar sobre bases más sólidamente establecidas, que cuando se le aplica en lo concerniente a la forma exterior de esos actos".

b) *Requisitos internos*. El artículo 19, que comentamos, guarda silencio sobre este punto.

Nuestros comentaristas dan soluciones contradictorias.

Don José Clemente Fabres afirma que la capacidad y libre voluntad del testador se rigen por la ley vigente al tiempo de la muerte del mismo. Porque el testamento es un simple proyecto que no cobra eficacia sino con la muerte del testador, y si el legislador cree que no está perfecta la voluntad sino con el nuevo requisito, es natural que lo exija para todos aquellos que mueren después de promulgada la ley que lo establece.⁴² La ley, corrobora otro autor, dice expresamente que las "disposiciones" contenidas en el testamento están subordinadas a la ley vigente a la época en que fallece el testador. Ahora bien, las disposiciones del testamento no son sino el efecto de la capacidad y de la libre voluntad del testador; luego, es necesario que tales capacidad y voluntad hayan existido a la fecha en que esas disposiciones se entienden dictadas, y para decidir si efectivamente han existido o no, debe atenderse a las precauciones que esa misma ley establecía para garantizar la perfección de la voluntad. Esas precauciones son el objeto de los requisitos internos; en consecuencia, éstos se rigen por la ley vigente a la fecha de la muerte del testador.⁴³

⁴² Obra citada, tomo I, pp. 208 y 209.

⁴³ PATIÑO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, p. 73.

Don Luis Claro Solar opina que "los requisitos internos del testamento, esto es, la capacidad y libre voluntad del testador, afectan a la validez del testamento en el día de su confección y en el día de la muerte del testador: es necesario, por lo tanto, agrega, que éste sea capaz, según la ley en vigor a la fecha del testamento, y además según la ley que existía cuando ha muerto. Hasta esta última fecha el testamento era un simple proyecto que una ley nueva puede reducir a la nada, quitando a su autor la capacidad que le pertenecía hasta entonces. Pero al mismo tiempo es indispensable que este proyecto haya sido regularmente formado el día de su confección porque la nueva ley no podría validar un acto nulo en su origen".⁴⁴

A juicio del señor Alessandri, dentro de nuestra ley, lo más aceptable es que los requisitos internos del testamento se rijan por la ley vigente al tiempo de su otorgamiento.

En realidad, dice, la Ley sobre efecto retroactivo, no es lo suficientemente clara a este respecto; pero el texto del artículo 18 deja ver que tiene asidero nuestra interpretación: porque al oponer las "solemnidades externas" a las "disposiciones", es claro que quiso incluir en la primera expresión todo lo relacionado con el otorgamiento.

Y si alguna duda queda, ella desaparece leyendo el artículo 1006 del Código Civil, que a continuación del 1005, que señala las personas inhábiles para testar, manifiesta: "El testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas de inhabilidad expresadas en el artículo precedente es nulo, aunque posteriormente deje de existir la causa. Y, por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad".

Este precepto, pues, nos da la pauta para conocer la intención del legislador: establece que la capacidad del testador, es decir, uno de los requisitos internos del testamento, se rige por la ley vigente al tiempo de otorgarse el acto.

A la misma solución, pero por otra vía, llega el profesor Alfredo Barros Errázuriz. Aplica, en el silencio de la ley, los principios generales. Conforme a ellos, la capacidad y la manifestación de voluntad del autor de un acto jurídico se rigen por la ley vigente al tiempo de celebrarse éste.⁴⁵

c) *Disposiciones*. Las disposiciones del testamento, o sea, su contenido, están sujetas a la ley vigente al tiempo de la muerte del testador, según expresamente lo dice el artículo 18 de la ley que estudiamos, al manifestar que "las solemnidades externas de los testamentos se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento; pero las *disposiciones* contenidas en ellos estarán subordinadas a la ley vigente a la época en que fallezca el testador. En consecuencia, prevalecerán sobre las leyes anteriores a su muerte las que regulan la incapacidad o indignidad de los herederos o asignatarios, las legítimas, mejoras, porción conyugal y desheredaciones".

La razón por la cual las disposiciones del testador se rigen por la ley vigente a su muerte, estriba en que se reputan dictadas en ese mismo momento,

como que antes el testamento es esencialmente revocable, y sólo desde entonces produce sus efectos, esto es, pueden hacerse efectivos los derechos y obligaciones que de él proceden.⁴⁶

"El derecho del heredero o legatario nace con la muerte del testador, al momento en que se le defiende, y es entonces cuando debe ser capaz de recoger su asignación. Si lo era, una ley nueva no puede quitarle su derecho, que ya se ha incorporado a su patrimonio y que puede transmitir a su vez a sus herederos lo mismo que sus demás bienes; pero si la ley se ha dictado antes de la muerte del testador, ella afectará al asignatario y al afectarlo no producirá efecto retroactivo, porque sólo destruirá una mera expectativa".⁴⁷

Como consecuencia de los principios anteriores, el artículo 19 estatuye que "si el testamento contuviera disposiciones que según la ley bajo la cual se otorgó, no debían llevarse a efecto, lo tendrán sin embargo, siempre que ellas no se hallen en oposición con la ley vigente al tiempo de morir el testador".

Y así, por ejemplo, si hoy en día un testador deja todos sus bienes a un extraño y no respeta, por lo tanto, las asignaciones forzosas (es decir, las que es obligado a hacer a ciertas personas por mandato de la ley), y si antes de su fallecimiento se dicta otra ley que suprime las asignaciones forzosas, sus disposiciones tendrán pleno efecto, conforme al artículo 19 que transcribimos.

355. SUCESIÓN ABINTESTATO

La misma regla que el artículo 18 sienta sobre las disposiciones, se aplica a la sucesión abintestato, la cual no está contemplada por dicho precepto; pero es evidente su procedencia. Así lo confirma también el Mensaje de la Ley de efecto retroactivo, al decir: "Siendo constante que los derechos hereditarios no se transmiten sino a la muerte de su autor, el Proyecto establece que en cada sucesión, testamentaria o *abintestato*, el derecho de los llamados a ella sea definido por la ley vigente a la época de su delación o transmisión".

De manera, pues, que el que era incapaz, según el derecho antiguo, puede recibir la asignación, si a la apertura de la sucesión lo considera capaz una nueva ley. Por el contrario, el que era capaz de suceder bajo el antiguo derecho no podrá recoger la herencia si en el instante de su delación (actual llamamiento de la ley a aceptar o repudiar la herencia o legado), que es el de la muerte del causante, resulta incapaz con arreglo a la nueva ley.

356. EL DERECHO DE REPRESENTACIÓN

El derecho de representación es una ficción legal que supone que una persona tiene el lugar y, por consiguiente, el grado de parentesco y los derechos

⁴⁴ Obra citada, tomo I, p. 83.

⁴⁵ *Curso de Derecho Civil*, tomo V, Santiago, 1932, N° 61, p. 129.

⁴⁶ PAULINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, p. 72.

⁴⁷ CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 84.

hereditarios que tendría su padre o madre, si éste o ésta no quisiera o no pudiese suceder (Código Civil, artículo 984, inciso 2°).

Ejemplo: si en la sucesión de Pedro hay un hijo vivo y otro que murió antes que Pedro, todos los descendientes del premuerto, hasta el infinito, heredarán en lugar del ascendiente común. Y si la herencia consistiera en 100, 50, corresponderían al hijo vivo del causante y el resto debería repartirse entre los hijos del premuerto.

Ahora bien, la Ley de efecto retroactivo dice que "en las sucesiones forzosas o intestadas el derecho de representación de los llamados a ellas se regirá por la ley bajo la cual se hubiere verificado su apertura" (artículo 20, inciso 1°).

Y así, por ejemplo, si mañana se dijera por una ley que el derecho de representación sólo tiene cabida hasta el segundo grado de parentesco en línea recta y no hasta el infinito, como ocurre ahora, y si la sucesión se abre bajo el imperio de la última ley, los bisnietos del causante, que en conformidad a la ley antigua podían heredar por derecho de representación, ahora no lo podrán, porque son ellos parientes en tercer grado del causante.

El segundo inciso del mismo artículo 20 expresa: "Pero si la sucesión se abre bajo el imperio de una ley, y en el testamento otorgado bajo el imperio de otra se hubiere llamado voluntariamente a una persona que, faltando el asignatario directo, suceda en todo o parte de la herencia por decreto de representación, se determinará esta persona por las reglas a que estaba sujeto ese derecho en la ley bajo la cual se otorgó el testamento".

Ejemplo: el testador instituye heredero a Patricio y si llega a faltar, a las personas que tienen derecho a representarle. En tal caso, dice la ley, para la determinación de esas personas se atenderá a la ley vigente a la fecha en que se otorgó el testamento. Y esto es lógico, porque el testador tuvo en vista para referirse al derecho de representación la ley vigente a la época en que hizo el testamento, la cual le era conocida.

Cabe advertir que aquí las personas suceden, no por derecho de representación, como podría inferirse de una lectura descuidada del artículo, sino en virtud del expreso llamamiento del testador, pues aquel derecho no tiene lugar en la sucesión testada. Lo que ocurre es que el testador manifiesta su voluntad remitiéndose al derecho de representación que la ley consagra para las sucesiones intestadas.

357. ADJUDICACIÓN Y PARTICIÓN DE HERENCIA O LEGADO

En la adjudicación y partición de una herencia o legado deben observarse las reglas que regían al tiempo de la delación (Ley de efecto retroactivo, artículo 21).

Esta disposición es clara y cobra interés tratándose de contribuciones de herencia. Con arreglo a ella, si una sucesión es deferida en 1997, bajo determinada ley de contribución de herencia, y la partición se realiza en 1998, bajo otra ley de ese carácter, la herencia será afectada por la contribución de la ley antigua.

J. LEYES RELATIVAS A LOS CONTRATOS

358. REQUISITOS DE LOS CONTRATOS

En todo contrato se distinguen los requisitos internos o condiciones de fondo y las solemnidades por una parte, y los efectos, por otra. Los primeros, enumerados en el artículo 1445 del Código Civil, son:

- a) consentimiento no viciado;
- b) capacidad de las partes;
- c) objeto lícito, y
- d) causa lícita.

Las solemnidades son las formalidades prescritas por la ley para la existencia de ciertos actos o contratos. Los efectos de los contratos son los derechos y obligaciones que crean.

359. LEY QUE RIGE LOS REQUISITOS INTERNOS Y LOS EFECTOS DE LOS CONTRATOS

"En todo contrato, —dice el artículo 22, inciso 2°, de la Ley de efecto retroactivo—, se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración".

En lo que concierne a las condiciones de fondo requeridas para su validez, los contratos son regidos por la ley existente a la época de su celebración. Un contrato, en efecto, crea derechos, adquiridos desde el momento de su perfeccionamiento, puesto que la aptitud que la ley concede para celebrarlo así, ha sido ejercida y estos derechos no deben, por consiguiente, recibir ataque alguno de una ley nueva que cambiara las condiciones de validez exigidas por la ley que regía al tiempo de su celebración.

Del mismo modo, los efectos del contrato son regidos por la ley en vigencia a la época de su perfeccionamiento, y están al abrigo de un cambio de legislación. Ellos dependen exclusivamente de la voluntad de los contratantes, aunque esta voluntad no se haya manifestado en forma expresa, pues la ley la suplente o la interpreta, en el sentido de que cuando las partes no han determinado completamente los efectos que el contrato debe producir, se considera que han querido referirse a la ley en este punto y no podría ser otra ley que aquella que existía a la época del contrato. Hacerlos regir por una nueva ley, que los contratantes no han podido tener en vista al contratar, sería substituir una nueva convención a la que las partes han celebrado, y despojarlas, al mismo tiempo, de derechos adquiridos.

La aplicación en esta forma del principio de la no retroactividad tiene una importancia práctica considerable, pues sólo ella puede dar una confianza absoluta en la eficacia de los contratos, confianza indispensable para la seguridad de las transacciones civiles a que está vinculado el progreso y el perfeccionamiento social.

Estas son las ideas que expresa el artículo 22, al decir que en todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Forman un solo cuerpo con el contrato, porque ellas determinan tanto los requisitos necesarios a la validez del contrato como el alcance de los derechos y

obligaciones a que el contrato da lugar. La nueva ley no puede aplicarse a ellos sin producir efecto retroactivo".⁴⁸

360. APLICACIÓN DE LA REGLA DE LA IRRETROACTIVIDAD A TODOS LOS ACTOS

Al discutirse el proyecto de la Ley sobre efecto retroactivo, la Cámara de Diputados aprobó una indicación tendiente a redactar el inciso 1° del artículo 22 en los siguientes términos: "La validez de un acto o contrato y los derechos u obligaciones que de ello resulten, se regirán por las leyes vigentes al tiempo en que hubieren tenido lugar".

Pero, ¿qué sucedió? En la transcripción que el Presidente de la Cámara de Diputados hizo al Senado de las modificaciones introducidas en el Proyecto, no se incluyó la del artículo 22.

El Senado, en sesión de 13 de septiembre de 1861, las aceptó por unanimidad, y envió al Ejecutivo el Proyecto, quedando de consiguiente el mencionado artículo en su forma primitiva.

Las razones que tenía la Comisión de Legislación y Justicia de la Cámara de Diputados, que era la que había propuesto el cambio de la disposición, se encuentran estampadas en una parte del respectivo informe, que dice: "...Los efectos de esta ley que se trata de dictar no deben limitarse sólo a los contratos, sino que, por el contrario, deben hacerse extensivos a todos los demás actos legales capaces de constituir derechos y obligaciones de tanta fuerza como los contratos".

Podríamos, pues, a falta de artículo expreso, aplicar el mismo principio de irretroactividad que rige los contratos a todos los demás actos legales, invocando el espíritu del legislador y del aforismo según el cual "donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición".

361. LEYES RELATIVAS A LA FORMA DE LOS ACTOS O CONTRATOS

La validez de un acto o contrato, en cuanto a su forma o a los requisitos externos de que debe estar revestido, ha de apreciarse según la ley que regía a la fecha de su otorgamiento. Ya lo dice el antiguo adagio: *tempus regit actum*. De modo que los actos o contratos serán válidos o nulos según que hayan sido o no observadas las normas a la sazón vigentes.

El principio que estudiamos se explica por sí solo: no puede pedirse a las personas que celebren actos o contratos en otra forma que la prevista por la ley en vigencia, y tienen, por lo mismo, un derecho adquirido a que sean respetados cuando esta conformidad existe, ya que han hecho uso de una facultad ajustándose al mandato de una ley. Si, por el contrario, el acto es nulo en la forma de acuerdo con la ley existente a la época de su otorgamiento, quedará tal aunque no adoleciere de ese defecto, atendidas las prescripciones de la nueva ley.⁴⁹

⁴⁸ CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, pp. 85 y 86; edición de 1942, pp. 79 y 80.

⁴⁹ CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 89.

Si bien no se halla consagrado expresamente el principio que sostenemos, queda de manifiesto que el legislador lo acepta, al aplicarlo en los artículos 18 y 23. El primero, refiriéndose a ese acto que se llama testamento, dice que las *solemnidades externas* se regirán por la ley coetánea a su otorgamiento. Las solemnidades son precisamente los requisitos externos. Nótese que hay un pleonismo en la expresión "solemnidades externas", pues las solemnidades son por naturaleza externas. El artículo 23 dispone que los actos o contratos *válidamente celebrados* (es decir, otorgados de acuerdo con las formalidades impuestas por la ley) bajo el imperio de una ley, podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación.

362. EXCEPCIONES A LA REGLA QUE CONSIDERA INCORPORADAS AL CONTRATO LAS LEYES VIGENTES AL TIEMPO DE SU CELEBRACIÓN

El mismo artículo 22 contiene dichas excepciones, y son:

"1° Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, y

"2° 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".

La primera excepción la trataremos al hablar de las leyes de procedimiento.

En cuando a la segunda, hay que advertir que se refiere a las penas que por la infracción del contrato *impongan las leyes*; no a las que hayan estipulado las partes voluntariamente, porque éstas quedan sujetas a lo dispuesto en el inciso 1°, esto es, se rigen por las leyes vigentes al tiempo de celebrarse el contrato. La razón es que los contratantes en virtud de la estipulación expresa han *adquirido* el derecho de que la pena estipulada se aplique indefectiblemente, llegado el caso de contravención; la pena entra entonces en la categoría de los efectos accidentales (efectos que pueden faltar o no en un contrato y que cuando existen es exclusivamente por acuerdo de las partes) del contrato, que, como sabemos, se rigen por la ley vigente a la fecha de la celebración de éste.⁵⁰

Así, pues, la excepción se refiere a las penas que impone la ley. Ejemplo: por la ley vigente al tiempo de la celebración del contrato, se sancionaba su infracción con la indemnización de perjuicios, comprendiéndose en éstos no sólo el daño emergente, sino también el lucro cesante; si viene una nueva ley que dice que en la indemnización de perjuicios por la infracción de ese contrato sólo se comprenderá el daño emergente, las infracciones que se efectúan bajo el imperio de la antigua ley obligarán al lucro cesante a más del daño emergente; pero sólo obligarán a este último las infracciones verificadas bajo el imperio de la nueva ley.⁵¹

Don Luis Claro Solar dice, con toda razón, que no parece justificada la excepción que aquí tratamos, "porque las penas que llevan consigo la infracción

⁵⁰ PAULINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, p. 75.

⁵¹ FABRES, obra citada, tomo I, p. 212.

de lo estipulado en un contrato, o son una parte integrante del contrato mismo o una indemnización de los perjuicios inferidos a uno de los contratantes por la falta de cumplimiento del otro".

363. LEYES RELATIVAS A LA PRUEBA DE LOS ACTOS

Las pruebas, o sea, los diversos medios de demostrar la realidad o irrealdad de un hecho o un acto, se hallan sujetas a leyes substantivas y adjetivas: a las primeras, en cuanto a su procedencia o admisibilidad, y a las segundas, por lo que atañe a la manera como deben producirse en el juicio.

EL Código Civil dice que "no se admitirá prueba de testigos respecto de una obligación que haya debido consignarse por escrito" y que "deberán constar por escrito los actos o contratos que contienen la entrega o promesa de una cosa que valga más de dos unidades tributarias" (arts. 1708 y 1709, inciso 1º). Esta es una regla de derecho substantivo, porque se refiere a la admisibilidad o inadmisibilidad de un medio de prueba; en cambio, las leyes que determinan la manera de interrogar a los testigos, las que fijan los plazos dentro de los cuales deben presentarse listas de testigos en el juicio, son disposiciones adjetivas, de Derecho Procesal, porque se refieren a la manera como debe producirse la prueba en el juicio.

La parte substantiva de la prueba se rige por la ley vigente a la época de la celebración del acto o contrato que se trata de probar; pero su parte adjetiva queda sometida a la ley bajo la cual se rindiere la prueba. Así lo establece el artículo 23 de la Ley de efecto retroactivo, que dice: "Los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente en el tiempo en que se rindiere".

Ejemplo: si bajo el imperio de una ley se pueden probar por testigos determinados actos, pero conforme a la nueva ley sólo se pueden probar por instrumento público, los actos celebrados bajo la primera, podrán, no obstante, justificarse con testigos durante el imperio de la segunda, aunque los que se celebren durante la vigencia de ésta no lo puedan ser sino con instrumento público.

A la inversa, antes de que el Código de Procedimiento Civil entrara en vigor, la prueba de testigos era secreta; pero dicho cuerpo legal abolió este sistema. Y si un acto ejecutado con anterioridad a la vigencia del Código de Procedimiento Civil, que podía probarse con testigos, se deseara probar ulteriormente recurriendo a dos testigos, no habría inconveniente, pero la prueba debería rendirse públicamente, porque la parte adjetiva de la prueba queda subordinada a la nueva ley.

Don José Clemente Fabres, comentando el artículo 23 de la Ley de efecto retroactivo, justificaba el diverso temperamento adoptado por el legislador respecto de la parte substantiva y la adjetiva de la prueba, en los siguientes términos:

"Es natural, decía, que las partes al celebrar un contrato tomen en cuenta los medios de prueba que establecen las leyes vigentes al tiempo de su cele-

bración; esto pertenece, por consiguiente, a la *naturaleza* del contrato (artículo 1444 del Código Civil), es un derecho que se adquiere sin necesidad de estipulación expresa. Con la regla contraria podría suceder que se defraudase el derecho de uno de los contratantes por no poder probarlo por el medio con que contó el tiempo de adquirirlo. El medio de probar el contrato es, por consiguiente, una parte integrante del contrato y es, por lo tanto, un derecho adquirido".

"No sucede lo mismo con la forma en que debe rendirse la prueba. Esto es materia de orden público, y no hay peligro de que se deje de probar el derecho o el acto porque se varíe la forma en que debe rendirse la prueba, puesto que siempre la ley tratará de garantirla".⁵²

364. POSIBILIDAD DE VALERSE DE UN MEDIO DE PRUEBA QUE LA ANTIGUA LEY NO RECONOCÍA

Se ha observado que "el artículo 23 no habla de que los actos o contratos *deberán* probarse, sino que *podrán* probarse en conformidad a la ley de su otorgamiento, lo que quiere decir que en concepto del legislador es admisible valerse de un medio de prueba que la antigua ley no reconocía o prohibía".

"En principio, sin embargo, no parece tan clara la cuestión en el caso en que el medio de prueba que la nueva ley establece fuera prohibido por la ley antigua".⁵³

K. LEYES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO JUDICIAL

365. LEY QUE RIGE

Vimos que el artículo 22 de la Ley de efecto retroactivo establece como excepción a la regla que entiende incorporadas a los contratos las leyes vigentes al tiempo de su celebración, las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos. El artículo 24 reitera la misma idea, al decir: "Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación".

366. JUSTIFICACIÓN

Dice el Mensaje con que el Proyecto de Ley sobre efecto retroactivo fue presentado al Congreso: "En orden a las leyes relativas al sistema de enjuiciamiento, el Proyecto establece que tengan inmediato efecto desde el instante de su

⁵² FABRES, obra citada, tomo I, p. 212.

⁵³ CLARO SOLAR, obra citada, tomo I, p. 89.

promulgación. Las leyes de esta naturaleza jamás confieren derechos susceptibles de ser adquiridos; por consiguiente, nada hay que pueda oponerse a su inmediato cumplimiento. Para salvar los embarazos que pudieran resultar de los cambios súbitos en la ritualidad de los juicios, basta que los trámites pendientes se lleven a término con arreglo a la ley bajo cuyo imperio se hubieren iniciado".

Roubier justifica la aplicación inmediata de las leyes de procedimiento diciendo que el proceso mismo constituye una situación actual y pendiente, que nada tiene que ver con las situaciones pasadas que se debaten dentro del pleito. De ahí que sea lógico aplicar la nueva ley. Y, por el contrario, la norma nueva no puede aplicarse, sin caer en la retroactividad, a los actos de procedimiento anteriores a los plazos ya cumplidos.⁵⁴

367. APLICACIÓN DE LA REGLA DEL ARTÍCULO 24 POR LA JURISPRUDENCIA

a) La Corte de Santiago pronunció en 1927 una sentencia relacionada con el mérito ejecutivo de la letra de cambio e hizo aplicación de los artículos 22 y 24 de la Ley de efecto retroactivo. La doctrina de dicho fallo es la siguiente:

"El decreto ley N° 778, de 19 de diciembre de 1925, al prescribir que tienen mérito ejecutivo, sin necesidad de reconocimiento previo, las letras de cambio, pagarés a la orden o cheque respecto del obligado cuya firma aparezca autorizada por notario, ha modificado el mérito probatorio de tales documentos, equiparándolos a los mencionados en el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil; equivalente que no se altera por la circunstancia de haber sido suscritos en una fecha anterior a dicho decreto ley, si el ejercicio del derecho que de ellos emana se pone en práctica durante la vigencia del referido precepto, ya que, según el artículo 22 de la Ley de efecto retroactivo, deben entenderse incorporadas en todo contrato las leyes vigentes al tiempo de su celebración, salvo aquellas que conciernen al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos, las cuales, conforme al artículo 24 de esa ley, por referirse a la substanciación y ritualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores, desde el momento en que deben empezar a regir".

"Siendo las disposiciones que el decreto ley N° 778 incorporó al Código de Procedimiento Civil una aplicación o modificación al modo como este Código reglamenta la manera de reclamar en juicio el pago de una obligación, debe considerarse que esa manera o modo se aplica a los contratos o actos de voluntad en el momento en que se hagan valer en juicio o se ejerciten las acciones que de ellas se desprenden".⁵⁵

b) Si se traba embargo sobre un determinado bien y una ley posterior declara que ese bien es inembargable, la norma nueva no afecta al bien embargado, porque el embargo ya trabado constituye derecho adquirido.⁵⁶

⁵⁴ Obra citada, tomo II, p. 692.

⁵⁵ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Sentencia 25 de julio 1927, tomo XXV, sección segunda, p. 47.

⁵⁶ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, sección primera, p. 146.

c) En materia de recursos, rigen los que existían según la ley vigente al tiempo de dictarse la sentencia; si después de pronunciada ésta una nueva ley establece otros recursos o suprime los existentes, las disposiciones de la nueva ley no se aplican.⁵⁷ Tanto los partidarios de la doctrina clásica⁵⁸ como Roubier⁵⁹ están de acuerdo en que la forma y efectos de la sentencia se determinan por la ley vigente al momento en que se dicta. Esta fija su fuerza ejecutoria, los recursos que pueden deducirse, la autoridad de la cosa juzgada respecto de las partes y de los terceros.

L. LEYES DE PRESCRIPCIÓN

368. NOCIÓN PREVIA SOBRE LA PRESCRIPCIÓN

La prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas, o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto espacio de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales.

369. CUÁNDO HAY CONFLICTO

Si una prescripción ha corrido íntegramente bajo el imperio de una ley o si corre íntegramente bajo otra posterior, no hay cuestión: rige la ley bajo cuyo amparo la prescripción se desarrolla.

Pero el conflicto surge cuando una parte ha corrido durante la vigencia de una ley y otra nueva viene a modificar las condiciones necesarias para adquirir un derecho o extinguir una acción por la prescripción.

370. DOCTRINA SOBRE PRESCRIPCIÓN QUE ACEPTA NUESTRA LEY DE EFECTO RETROACTIVO

En materia de prescripción, nuestra Ley se apartó también de la doctrina clásica, según la cual mientras no se cumplan las condiciones necesarias para que la prescripción esté terminada, no hay derecho adquirido, pudiendo, por lo tanto, modificar la ley nueva dichas condiciones, sin que por ello se vulnere el principio de la irretroactividad.

El legislador chileno adoptó la opinión de Savigny, que da opción al prescribiente para elegir la ley antigua o la nueva en conformidad a la cual se rija su prescripción.

⁵⁷ *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, sección primera, p. 92. Véanse otros casos de jurisprudencia en FERNANDO A. DÍAZ MÜLLER, *Territorialidad y retroactividad de la ley procesal*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1958. Consúltese también el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas*, C. Civil, t. I, 3ª edición actualizada, Santiago, 1996, pp. 375 y 379 y ss.

⁵⁸ FIORE, *"De la irretroactividad e interpretación de las leyes"*, trad. castellana, pp. 523 y 524.

⁵⁹ Obra citada, tomo II, pp. 726 y 728.

371. LEY QUE RIGE LA PRESCRIPCIÓN SEGÚN EL DERECHO CHILENO

Dice el artículo 25 de la Ley de efecto retroactivo: "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra ley que la modifique, podrá ser regida por la primera o segunda, a voluntad del prescribiente, pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir".

De manera que es el prescribiente el que elige la ley que debe regir su prescripción; él verá cuál le conviene más. A veces puede resultarle más ventajoso someterse a la ley nueva, y otras, a la antigua, como queda de manifiesto en los ejemplos siguientes.

a) La ley antigua requería quince años para la prescripción, y la nueva, sólo diez. Si cuando ésta fue promulgada, iban corridos siete años, el prescribiente puede elegir la una o la otra; pero en cualquier caso, estará obligado a completar alguna. Y, como decidiéndose por la de diez, éstos empezarían a correr desde la fecha de la promulgación de la ley posterior, es indudable que optará por la de quince, ya que prescribiría con sólo ocho años más.

b) Suponiendo de diez años el plazo de prescripción de la ley antigua, y de seis el de la posterior; corridos tres a la promulgación de ésta, ¿qué prescripción será conveniente elegir? La de la ley nueva, pues en conformidad a ella el derecho prescribiría en seis años a contar desde su promulgación; en cambio, si se optara por la ley antigua, habría que esperar siete años más para prescribir con arreglo a ella.

372. JUSTIFICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN DE LA LEY CHILENA

El Mensaje con que se acompañó la Ley de efecto retroactivo, justifica la disposición del legislador en cuanto a la prescripción, en los siguientes términos:

"En materia de prescripción, el Proyecto adopta un criterio que si bien no se conforma rigurosamente a los principios teóricos que imperan sobre este punto, es empero el que mejor armoniza las expectativas de los actuales prescribientes con los derechos de aquellos contra quienes se prescribe. Resulta indudable que una prescripción no consumada no alcanza a conferir un derecho adquirido al prescribiente. La nueva ley podría, pues, cortar el curso de sus esperanzas, prolongando o disminuyendo el plazo que la anterior exigía, o aun declarando imprescriptibles las cosas sobre que versaba la prescripción. Pero de la estricta aplicación de estos principios podrían seguirse inconvenientes graves. Bien podría suceder que por consideraciones personales u otros motivos ajenos a la renuncia presunta del derecho que se prescribe, el titular de este derecho hubiese dejado de ejercerlo, contando para ello con el plazo que la ley le señalaba. Si antes de la expiración de este plazo una nueva ley viniese a redimir el término de la prescripción, su derecho quedaría súbitamente extinguido y castigada la generosidad o indulgencia que hubiese usado para con el prescribiente. Este inconveniente queda del todo removido con el temperamento que adopta el Proyecto, el cual no carece de precedentes en la legislación de otros países que también lo han adoptado con excelentes resultados. Dándose al prescribiente la facultad de elegir entre el término señalado

por la antigua ley y el que prefija la nueva, él verá por cuál de ellos más le convenga decidirse. Si prefiere la antigua ley, ninguna innovación se producirá en su condición ni en la de los derechos de la persona contra la cual esté prescribiendo. Si, por el contrario, elige la nueva, ningún agravio se inferirá a los derechos de este último, desde que todos los requisitos constitutivos de la prescripción deben realizarse después que dicha ley haya sido promulgada".

373. LEY QUE RIGE LA PRESCRIPCIÓN DE LO QUE LA NUEVA LEY DECLARA ABSOLUTAMENTE IMPRESCRIPTIBLE Y QUE LA ANTIGUA PERMITÍA PRESCRIBIR

Lo que una ley posterior declara absolutamente imprescriptible no podrá ganarse por tiempo bajo el imperio de ella, aunque el prescribiente hubiese principiado a poseerla conforme a una ley anterior que autorizaba la prescripción (Ley de efecto retroactivo, artículo 26).

Ejemplo: el Código ha declarado absolutamente imprescriptibles las servidumbres discontinuas y las inaparentes: bajo la legislación española podían adquirirse por prescripción inmemorial. Ahora bien, suponiendo que a la promulgación del Código no era aún inmemorial una prescripción de esta especie, pero que, en virtud de la regla de derecho antiguo que consideraba inmemorial la prescripción centenaria, haya adquirido después aquel carácter, no será sin embargo reconocida, aun cuando se hubiesen cumplido los cien años sólo un día después de aquella promulgación.⁶⁰

El artículo 26 hace una perfecta aplicación de la teoría de los derechos adquiridos y meras expectativas. En efecto, la prescripción iniciada, pero que no se ha consumado, se mira como simple expectativa; no es derecho adquirido, porque mientras no concurren todas las condiciones y, por consiguiente, el término completo que señala la ley, no hay adquisición. La prescripción se reputa un solo acto con varias condiciones; es un acto que se realiza en un largo transcurso de tiempo y, en consecuencia, el acto no tiene este carácter mientras no se vence el término. Esta es la razón por que es expectativa que se sujeta a la nueva ley.⁶¹

También hay que considerar que la prescripción tiene en mucha parte por fundamento el orden público, y siempre es esta consideración la que induce al legislador a declarar imprescriptible una cosa.⁶²

LL. EL PROBLEMA DE LA RETROACTIVIDAD Y LAS LEYES DE DERECHO PUBLICO

374. LEYES POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

Las leyes que pertenecen al Derecho Constitucional y al Derecho Administrativo reciben una aplicación inmediata, es decir, rigen desde su entrada en vigor

⁶⁰ PAULINO ALFONSO, *Explicaciones de Código Civil*, tomo I, p. 78, "in fine".

⁶¹ FABRES, obra citada, tomo I, p. 215.

⁶² La misma cita anterior.

tanto las *situaciones jurídicas* que nacen a partir de esa fecha como las *consecuencias* que surgen desde esa misma fecha pero de situaciones nacidas antes. Esto no significa efecto retroactivo, sino inmediato.

Roubier justifica el efecto inmediato de las leyes políticas y administrativas diciendo que el Derecho Público es un derecho institucional por excelencia y la unidad en el régimen de las instituciones públicas es imprescindible; no podrían funcionar paralelamente la legislación antigua y la nueva. De manera, pues, que el principio del efecto inmediato, que es la regla general en las leyes de Derecho Privado, se impone en las leyes de Derecho Público en forma más apremiante que en aquéllas, porque las instituciones de Derecho Privado no están sujetas a la reglamentación de los poderes.

El principio de la irretroactividad, en concepto de la doctrina clásica, no es aplicable tratándose de leyes que conceden derechos de carácter puramente político o administrativo, porque ellas no dan margen para la constitución de derechos adquiridos; sólo conceden simples facultades, aptitudes que constituyen derechos sólo cuando se ejercitan y para los que se ejercitan cada vez determinadamente. Y así, por ejemplo, si mañana se dicta una ley que concede el derecho a sufragio a los mayores de veinte años, desde el momento en que adquiere fuerza obligatoria sólo podrán ejercer el derecho a voto los que hayan cumplido dicha edad; no así los menores de veinte años, aunque bajo el imperio de la ley antigua lo hubieran podido hacer y lo hayan hecho. Pero no se anulará el voto de estos últimos ejercitado en elecciones pasadas, porque la facultad ejercitada en conformidad a la ley antigua y bajo su imperio queda intangible respecto del acto consumado.

Hay casos, sobre todo en la esfera del Derecho Administrativo, en que a la sombra de una ley vigente, se adquieren derechos inmunes a la retroactividad de una ley nueva. Así sucede cuando esos derechos están amparados por la Constitución o por una ley de rango especial, cuerpos legales a los cuales la ley nueva, por su carácter, no puede barrenar a través de su efecto retroactivo. En armonía con este principio, la Corte Suprema ha resuelto que si los funcionarios públicos que, conforme a la ley vigente, devengan una asignación de monto determinado, han adquirido derecho a ella, no puede serles arrebatada o menoscabada por el efecto retroactivo de una ley nueva, aun cuando no perciban la asignación por la negativa de la institución empleadora a pagarla. El derecho adquirido al mencionado beneficio es el de propiedad sobre un bien incorporal (el crédito), derecho que ampara y garantiza nuestra Constitución, como quiera que asegura a todas las personas el derecho de propiedad, tanto si recae sobre bienes corporales como incorporales (art. 19 número 24). Una ley posterior dirigida a suprimir o mermar retroactivamente el derecho adquirido sobre la asignación de la especie ha de declararse inaplicable en el juicio en que tal derecho se cuestione.⁶³

⁶³ Corte Suprema, 19 abril 1984. R., t. 81, sec. 5ª, p. 16. Según la tesis rechazada, los funcionarios públicos, mientras prestan servicios, están afectos a un régimen estatutario de Derecho Público, que es preestablecido unilateral y objetivamente por el Estado, y de ahí que el legislador, según sean las circunstancias generales del país, está facultado por la pro-

El autor alemán Fritz Fleiner, famoso en la primera mitad de este siglo y todavía citado con frecuencia, afirma que "en principio la regla de la no retroactividad de las normas jurídicas rige también para el Derecho Administrativo... Sin embargo -agrega-, si no existe una prohibición general, establecida por la Constitución o por una ley determinada para una materia, toda norma jurídica nueva puede ser investida de fuerza retroactiva y comprender situaciones ya existentes y consumadas. Los efectos retroactivos se obtienen sin que hayan sido dispuestos expresamente; basta que se observe esta intención en el conjunto del nuevo Derecho. Cuanto más importante sea para el bien común una norma jurídica, tanto más justificado es el poder que su autor quiso aplicarle para circunstancias ya existentes... Aun cuando una situación existente haya sido justificada o reconocida por un acto administrativo especial durante el dominio del antiguo Derecho, no por ello excusa someterse a una nueva norma jurídica con fuerza retroactiva. De esto resulta que en Derecho Administrativo se otorga a la retroactividad una extensión mucho mayor que en el Derecho Privado. De toda suerte, la interpretación debe decidir en cada caso si una nueva norma jurídica ha de tener vigencia nada más que para el futuro, o si hay que aplicarla también a situaciones ya existentes".⁶⁴

375. LEYES RELATIVAS A LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL Y A LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES

Sabemos que estas leyes pertenecen al Derecho Procesal, el cual, según cierta opinión, pertenece tanto al Derecho Público como al Derecho Privado. Pues bien, las leyes relativas a la organización judicial y a la competencia constituyen una parte del Derecho Procesal que cae dentro del Derecho Público.

Las leyes que modifican la organización judicial y la competencia de los tribunales son de Derecho Público; reciben, por lo tanto, aplicación inmediata. Pero hay discrepancia de pareceres en cuanto a las leyes de competencia relacionada con litigios pendientes.

Actualmente, los juicios de divorcio son de la competencia de los jueces de letras en lo civil; supongamos que se dicte una ley que crea un tribunal especial para conocer de estos asuntos. Si la nueva ley nada dice respecto de los juicios de divorcio pendientes, ¿pasarán éstos a conocimiento del nuevo tribunal o continuarán substanciándose ante el juez de letras? He aquí el problema.

En la doctrina, la cuestión es contradictoria.

Algunos piensan que la competencia no puede alterarse; otros estiman que las nuevas leyes de competencia pueden aplicarse a todos los asuntos que no han sido fallados definitivamente.

pia Constitución para fijar o modificar su remuneración u otros beneficios e incluso suprimir cargos (R. citada, p. 18, segunda columna, último acápite).

⁶⁴ FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, traducción del alemán, Barcelona, 1933, p. 73. Véase el estudio de Eduardo Soto Kloss *Los derechos adquiridos en el derecho público chileno*, en R., T. LXXXI, sec. Derecho, pp. 13 a 23.

Dentro de nuestro Derecho podrían tener asidero las dos opiniones. La primera, merced al artículo del Código Orgánico de Tribunales que dice: "Radicado con arreglo a la ley, el conocimiento de un negocio ante el tribunal competente, no se alterará esta competencia por causas sobrevinientes". La ley a que hace referencia este artículo es, lógicamente, la vigente al tiempo de radicarse el asunto, lo que ocurre una vez contestada la demanda, es decir, cuando está trabada la litis y reconocida implícitamente la jurisdicción del tribunal; esa ley es la que determina la competencia del juez. También se apoyan, los que creen que la competencia no puede alterarse por efecto de una ley posterior, en la segunda parte del artículo 24 de la Ley de efecto retroactivo, que manifiesta que "los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuviesen iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Pero algunos no invocan esta disposición, porque dicen que se refiere a los términos y actuaciones de procedimiento propiamente dicho, de tramitación del juicio y no a la organización y competencia de los tribunales.

Los partidarios de que la competencia del asunto debe pasar al juez que designa la nueva ley recurren también al artículo del Código Orgánico, pero le dan otra interpretación. La ley, afirman, que quiere mantener la jurisdicción del juez ante quien está radicado el juicio se refiere sólo al tribunal *competente*; y si la nueva ley priva a un tribunal de una jurisdicción determinada, ese tribunal comienza a carecer de competencia desde que la nueva ley principia a regir, porque de otra manera se arrogaría facultades no conferidas por la ley, y sus actos serían nulos en virtud de lo dispuesto en el artículo 7° de la Constitución. Por otra parte, los tribunales han considerado a menudo el Código Orgánico como una ley de procedimientos, que debe prevalecer sobre las anteriores desde el momento de su vigencia, en conformidad a la primera parte del artículo 24, que establece que "las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir".

Como vemos, los partidarios de la última opinión olvidan la segunda parte del artículo 24, que citamos más arriba, y que limita la aplicación inmediata de la ley.

Considérese, todavía, la improcedencia de recurrir al artículo 24, por tratarse de una disposición referente al procedimiento en sí mismo, abstracción hecha de todo lo relativo al tribunal.

Don Manuel Egidio Ballesteros⁶⁵ era también partidario de la última doctrina; pero por otra razón. Según él, las leyes relativas a organización y atribuciones de los tribunales rigen desde su promulgación por ser de Derecho Público; y es indudable, concluía, que una ley de Derecho Público rige desde su vigencia, cesando desde entonces las facultades que ella deroga, y adquiriéndolas desde ese momento los funcionarios a quienes las transfiere, salvo que la misma ley disponga otra cosa.

Por fin, los prosélitos de la doctrina que sostiene que el tribunal que conoce de una causa debe seguir conociéndola, a pesar de que una ley posterior

⁶⁵ *Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales*, tomo II, Santiago de Chile, 1890, p. 149, "in fine".

entregue el asunto a otro, apelan al artículo 19, N° 3° inciso cuarto de la Constitución, el cual expresa que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que le señale la ley y que se halle establecido con anterioridad por ésta". De manera que este precepto —que se arrastra desde la Constitución de 1833— impediría que el nuevo tribunal conozca de la cuestión pendiente ante otro. Y esta disposición no sólo impediría aplicar la nueva ley de competencia a los jueces, sino que también al legislador, pues se trata de un precepto constitucional que obliga a todos.

Los partidarios de la doctrina contraria comienzan por analizar el artículo. Respecto de su primera parte que dice que "nadie puede ser juzgado por comisiones especiales" no formulan observación alguna, pues todos están de acuerdo —y es lógico— que en su virtud le queda prohibido al legislador crear comisiones o tribunales *ad hoc* para fallar un pleito dado o para fallar juicios en que fueren parte o tuvieran interés una o más personas determinadas.

Todo esto es claro y se comprende a primera vista. Pero ¿qué ha querido decir la Constitución al disponer que el tribunal que juzga se halle establecido con *anterioridad* por la ley? ¿Ha querido decir, se pregunta don Jorge Huneeus, que el tribunal se halle establecido con anterioridad *al hecho* que motivare al juicio? ¿Se refiere, al emplear la palabra *anterioridad*, a la *iniciación del juicio mismo*, que bien puede retardarse hasta muchos años después de verificado el hecho que le da origen, o sea, hasta que prescribe la acción respectiva? ¿O la palabra *anterioridad* se referirá al *pronunciamiento mismo de la sentencia* que pone término al pleito, cuando durante su secuela es suprimido y reemplazado por otro el tribunal que de él estuviere conociendo?⁶⁶

No resuelve la Constitución esta dificultad, pues empleó la palabra *anterioridad* sin decirnos *a qué*, ni cuál es el *algo* a que debe preceder el establecimiento del tribunal señalado por la ley.⁶⁷

Pero, en la práctica, dice el señor Huneeus, se ha entendido que la palabra *anterioridad*, empleada tan vagamente por la Constitución, se refiere, no al *hecho* que motiva el juicio, ni a la *iniciación* de éste, sino al *pronunciamiento* de la sentencia, desde que ha habido numerosos casos en los cuales, alterado por la ley el tribunal que estaba conociendo de un asunto, ha continuado tramitándolo y lo ha resuelto el tribunal posteriormente establecido.⁶⁸

376. LEYES PENALES

La irretroactividad de la ley penal es una de las conquistas de la Revolución Francesa y significó una reacción contra la arbitrariedad judicial de los tiempos anteriores. Está consagrada, entre nosotros, fundamentalmente en la Constitución Política, que manifiesta que "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada *con anterioridad* a su perpetración, a menos que una nueva ley *favorezca* al afectado" (art. 19, N° 3°, penúltimo inciso).

⁶⁶ *La Constitución ante el Congreso*, tomo II, Santiago de Chile, 1880, p. 319, "in fine".

⁶⁷ HUNEEUS, obra citada, tomo II, p. 320.

⁶⁸ Obra citada, tomo II, p. 322, "in fine".

Congruentemente, el Código Penal estatuye que "ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgara otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento" (artículo 18).

La ley que elimina o disminuye la pena se aplica, pues, retroactivamente. Y tal retroactividad se justifica por la mayor parte de los autores diciendo que en este caso, "lejos de causar con ella un perjuicio, se hace una aplicación de estricta justicia, no manteniendo la ley antigua, cuando el legislador reconoce, al suavizar la pena, que se había excedido en severidad; y no hay ningún interés ni conveniencia social en aplicar una ley desproporcionada al delito".

Roubier da una base jurídica a esta misma opinión; pero sostiene, de acuerdo con su doctrina, que en este caso no hay propiamente retroactividad, y que para que ésta opere es menester que ataque situaciones jurídicas constituidas, cosa que aquí no ocurre. El Derecho Penal, sostiene el autor francés, no reconoce derechos subjetivos, sino situaciones jurídicas objetivas. Ahora bien, para que tal situación se constituya es necesario una infracción y un juicio; mientras éste no termine con la sentencia definitiva, la situación no se halla constituida: se encuentra pendiente. Y cuando la nueva ley interviene después de la infracción, pero antes de la sentencia, lógicamente se aplica a esta situación pendiente, siempre que suprima o disminuya la pena. Si, por el contrario, la nueva norma crea un hecho punible o aumenta la pena, no puede aplicarse sin caer en retroactividad. En efecto, si vigente la ley anterior un hecho es castigado, la ley nueva que obra sobre esta situación pendiente puede impedir que se constituya o disminuir sus efectos (caso de la ley más favorable al reo), pero es inoperante, en cambio, para hacer producir efectos que no podían resultar según la ley vigente, sea estableciendo una pena que no había, sea aumentando la que existía (caso de la ley más severa).⁶⁹

377. APLICACIÓN DE LA LEY PENAL MÁS BENIGNA CUANDO CONTIENE UN PLAZO PARA ENTRAR EN VIGENCIA DESPUÉS DE SU PUBLICACIÓN

Si una ley reduce la pena de determinado delito, pero entra a regir después de cierto tiempo, por ejemplo transcurridos treinta días a partir de su publicación, ¿debe ser juzgado el reo, antes de que se cumpla este plazo, conforme a la ley antigua o de acuerdo con la nueva más benigna?

Según una sentencia de la Corte Suprema del año 1953, debe aplicarse esta última, porque el Código Penal sólo exige que la nueva ley más benigna esté *promulgada*, y no también que haya vencido el plazo señalado para que empiece a regir, ya que a la letra dice: "Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se *promulgare* otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento" (artículo 18, inc. 2º). Ahora bien, la inteligencia de la palabra *pro-*

⁶⁹ Obra citada, tomo II, pp. 543-549.

mulgación, en cualquier sentido que se la tome, no implica el transcurso del plazo para que la ley entre en vigencia. *Promulgar*, en su sentido natural y obvio, es *publicar*; luego, una vez insertado el texto legal en el Diario Oficial, la ley más benigna debe aplicarse.⁷⁰ Si se considera el sentido jurídico que el Código Civil chileno da a la palabra *promulgar* en sus artículos 6º y 7º, también hay que concluir la no necesidad del transcurso del plazo señalado para su entrada en vigor, pues, conforme a esos preceptos, la promulgación se traduce en el acto por el cual el Presidente de la República, mediante decreto, certifica la existencia de la ley y ordena su publicación y ejecución. Por tanto, afirma don Arturo Alessandri Rodríguez, para que se aplique la ley más benigna, "no es menester que ésta entre en vigor, es decir, que haya vencido el plazo señalado para que empiece a regir. Basta que esté promulgada por el Presidente de la República o, a lo sumo, publicada en el Diario Oficial. El inciso 2º del artículo 18 del Código Penal habla de si se *promulgare* otra ley; no exige nada más".⁷¹

La misma tesis de la sentencia del año 1953 de la Corte Suprema y del señor Alessandri, se acepta por la Corte de Apelaciones de Santiago en un fallo de 28 de mayo de 1996.⁷²

Pensamos que la orden de ejecución de la ley que importa la promulgación supone la aplicación de la ley respectiva en los términos que ella misma establece, y si dichos términos disponen que comience a regir después de transcurrido un determinado plazo, deberá esperarse este transcurso. En consecuencia —como agregan en voto disidente dos ministros de la Corte Suprema⁷³, la *ley promulgada* de que habla el inciso 2º del artículo 18 del Código Penal se refiere a una ley que ya ha empezado a regir. Y esto, por lo demás, es lógico, pues si una ley no rige, carece de todo efecto jurídico, a nadie obliga, los jueces no tienen por qué aplicarla e, incluso, puede alegarse por todos su ignorancia (C. Civil, art. 8º, "a contrario sensu").

En sentencia de 19 de agosto de 1996 la Corte Suprema, reaccionando, se ha plegado a este último punto de vista.^{73 bis}

Nosotros estamos con la misma corriente. A continuación, exponemos nuestras razones.

1) Cuando la Constitución y el Código Penal disponen que al reo debe aplicarse una ley promulgada posteriormente al delito cometido si le es más favorable, lo hace, naturalmente, en la inteligencia de que ésta le sea aplicada en todos los términos que ella misma establece. La promulgación, además de atestiguar que un proyecto ha sido aprobado como ley, ordena que ésta se cumpla, se lleve a efecto de acuerdo con las normas establecidas por esa misma ley, y si ella prescribe que entrará en vigencia una vez transcurrido el plazo señalado posterior a su publicación, este mandato no puede eludirse y dejarlo como letra muerta.

⁷⁰ C. Suprema, 7 de septiembre de 1953, R., t. 50, sec. 4ª, p. 153.

⁷¹ Nota del señor Alessandri a la sentencia anteriormente citada.

⁷² *Gaceta Jurídica* Nº 191, Doctrina 3, p. 144.

⁷³ Voto disidente de la sentencia precitada firmado por los ministros señores Rafael Fontecilla R. y Manuel Montero M.

^{73 bis} *Gaceta Jurídica*, Nº 194, Sent. 5, p. 112.

2) Si la ley más favorable al reo debe aplicarse a los delitos cometidos con anterioridad a la fecha de su publicación o promulgación, cabe preguntarse qué ley corresponde aplicar a los delitos cometidos después de esa fecha pero antes de que transcurra el plazo fijado para que entre en vigor la ley nueva. Lógicamente habría que aplicar la ley anterior, la más severa, porque mientras no comience a regir la nueva subsiste la antigua. Resulta que en este caso respetaríamos el comienzo de la vigencia de la ley nueva y en el otro no, sin que nada justifique esta distinción. Ahora, si a todo trance se quiere que sea cual fuere la fecha de los delitos cometidos, se aplique la ley nueva desde su promulgación o publicación, resultaría que el legislador habría establecido inútilmente el mandato de que la ley entre en vigencia después de cierto tiempo de publicada. Todas estas contradicciones o inconsecuencias no surgen si la nueva ley se aplica, como ella prescribe, una vez transcurrido el lapso que ella señala, porque todos los delitos cometidos antes de vencido tal plazo caerán bajo su dominio.

3) La Constitución y el Código Penal dicen que ningún delito será castigado con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Ahora bien, supóngase que se promulgue una ley que establezca la pena de muerte para los traficantes de estupefacientes y que declare que ella comenzará a regir sesenta días después de su publicación en el Diario Oficial. Para ser consecuentes, los que sostienen que basta la promulgación de la ley más favorable al reo para ser aplicada, porque la Constitución y el Código Penal hablan de ley promulgada y nada más, deberán aceptar que en el caso propuesto correspondería aplicar la pena de muerte a los que después de promulgada la ley y antes del transcurso del plazo fijado para su vigencia se hicieran reos del delito de tráfico de estupefacientes. No podrían argüir que una misma disposición en unas líneas diera un significado a la promulgación y en otras uno distinto.

Cuando una ley dispone el transcurso de un plazo para su entrada en vigor, no es porque sí; tiene en cuenta algunos factores, como, en el ejemplo, que haya el tiempo suficiente para noticiarse de su existencia. Si no hay ningún factor que justifique el retardo de la vigencia de la ley, ésta no ordena ninguna postergación y rige desde su publicación oficial, sin más, y a veces, el legislador pone énfasis en este punto y lo declara expresamente.

Debemos concluir, pues, que en todos los casos en que una ley manda que su vigencia comience después de cierto plazo, ha de acatarse la disposición. Toda promulgación ordena el cumplimiento de la ley a que se refiere en los términos que ésta misma consigna.

378. LEYES QUE ESTABLECEN MULTAS

Partiendo de la base que estas multas constituyen verdaderamente una *pena*, la Corte Suprema declaró, bajo la vigencia de la Constitución de 1925, que todas las leyes que imponían multas eran irretroactivas, porque quedaban amparadas por los términos del artículo 11 de esa Constitución, que decía: "Nadie puede ser condenado, si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio". No se dudaba que al ha-

blar de *condenado* la disposición aludía al que lo hubiera sido a una *pena*, carácter que no se podía discutir a la multa, sea que se impusiera por la infracción de una ley propiamente penal, civil, administrativa o laboral. Por tanto, todas las leyes sobre multas eran irretroactivas.⁷⁴ Los ministros disidentes de la serie de fallos dictados en este sentido afirmaban que la disposición constitucional se limitaba a los condenados a penas como sanciones impuestas en juicio por la comisión de hechos constitutivos de *delitos de orden criminal* y, por ende, debía reconocerse irretroactividad sólo a las leyes que establecieran multas como penas de delitos de ese orden, y no por otros hechos sancionados en leyes civiles, administrativas o laborales.

La Constitución de 1980, en armonía con el artículo 18 del Código Penal, se refiere únicamente a las penas de los *delitos de orden criminal*, pues dice que "ningún *delito* se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado" (art. 19 número 3º, inciso penúltimo de este número). En consecuencia, hoy sólo las multas impuestas por *leyes propiamente penales*, están amparadas por la norma constitucional.

Pero cabe preguntarse, dejando de lado la Constitución, si no sería equitativo favorecer con la nueva ley más benigna a los afectados con una multa establecida para hechos que no son delitos de acuerdo con el Derecho Penal. Podría responderse afirmativamente, porque si se es benevolente con delincuentes, con mayor razón es necesario serlo con los que no lo son. Afortunadamente, en el hecho el problema se plantea pocas veces, porque las leyes más benignas de toda clase generalmente declaran en forma expresa su retroactividad.

Por último, creemos que no pueden estimarse más severas las leyes que se limitan a elevar el monto de las multas de acuerdo con la inflación monetaria, porque sólo equiparan valores.

378-a. BIBLIOGRAFÍA SOBRE EL EFECTO RETROACTIVO DE LA LEY

a) Obras generales

PASCUALE FIORE, *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, traducción del italiano por Enrique Aguilera de Paz, 3ª edición corregida, Madrid, 1927.

GABBA, *Teoría de la retroattività delle leggi*, Turín, 1891-1898.

JOSÉ L. GÓMEZ ANGULO, *Estudio crítico de la jurisprudencia de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes. Artículos 18 al 26*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1962 (164 pp.).

ISMAEL IBARRA LÉNIZ, *Ley de 7 de octubre de 1861 sobre efecto retroactivo de las leyes (artículos 1º al 17)*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1960 (218 páginas).

⁷⁴ Sentencias de 27 diciembre 1965, R., t. 62, sec. 3ª, p. 114; 5 julio 1966, R., t. 63, sec. 3ª, p. 88; 12 julio 1966, R., t. 63, sec. 3ª, p. 88.

PATRICE LEVEL, *Essai sur les conflits de lois dans le temps. Contribution a la théorie générale du droit transitoire*, París, 1959.

PACCHIONI, *Delle leggi in generale e della loro retroattività*, Padua, 1937.

PACE, *Il Diritto transitorio*, Milán, 1944.

CARMEN RIVEROS RAMÍREZ, *Retroactividad de la ley*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1937.

PAUL ROUBIER, *Les conflits des lois dans le temps*, 2 volúmenes, París, 1ª edición, 1929-1931; 2ª edición: *Le Droit Transitoire. Conflits des lois dans le temps*, París, 1960, 590 pp.

VAREILLES-SOMMIÈRES, *Une théorie nouvelle sur la retroactivité des lois*, París, 1893.

b) Obras especiales

MARCELO CIBIE PAOLINELLI, *Efectos de la ley penal en el tiempo*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1954, 64 pp.

FERNANDO A. DÍAZ MÜLLER, *Territorialidad y retroactividad de la ley procesal*, Memoria de Licenciado, Santiago, 1958, 140 pp.

ALBERTO DOMÍNGUEZ, *La retroactividad de la ley en el Derecho Público argentino*. Principios y jurisprudencia, Buenos Aires, 1951, 106 p.

M. APLICACION DE LA LEY A HECHOS POSTERIORES A SU DEROGACION

379. PRINCIPIO

En principio, la derogación de la ley antigua es *instantánea*, de manera que ella no puede aplicarse a los hechos nuevos, posteriores a su derogación. Y es lógico: si el pasado cae bajo el imperio de la ley antigua, de acuerdo con la regla de irretroactividad, el porvenir debe ser del dominio de la ley nueva y pertenecerle totalmente durante el tiempo de su vigencia, de acuerdo con el principio del efecto inmediato.

380. APLICACIÓN DE LAS LEYES DE DERECHO PÚBLICO

El principio de la aplicación inmediata de la ley nueva a los hechos posteriores a su promulgación, gobierna de una manera absoluta y sin excepciones tratándose de leyes de carácter puramente político o administrativo, por las razones ya vistas al hablar de la irretroactividad de las leyes.

381. APLICACIÓN DE LAS LEYES DE DERECHO PRIVADO

También por regla general reciben aplicación inmediata; pero excepcionalmente continúan rigiéndose por la ley antigua los contratos.

Sabemos que los contratos se rigen por las leyes bajo cuyo dominio se celebran y que las leyes vigentes a esa época se entienden incorporadas al contrato. De ahí que el juez, para interpretar los contratos y para solucionar cualquier

dificultad que sus efectos provoquen, debe recurrir a las leyes coetáneas a la celebración de dichos actos.

382. EL EFECTO DIFERIDO O SUPERVIVENCIA DE LA LEY POSTERIOR A SU DEROGACIÓN

Este efecto es, en general, el que prolonga la aplicación de la ley en el porvenir, más allá de su derogación. La supervivencia de la ley antigua se produce cuando la ley nueva permite que se aplique aquélla a todos los efectos jurídicos del porvenir derivados de un hecho anterior a la promulgación de la ley más reciente. Según Roubier, el juez, al revés de lo que ocurre con la retroactividad, no necesita de un texto formal para admitir la supervivencia de la ley antigua, supuesto que haya una razón jurídica suficiente para derogar la regla común del efecto inmediato de la ley.