

Contribución al Estudio del Derecho Civil Uruguayo

Saúl D. Cestau

CAPITULO V

Límites de la Eficacia de las Normas Civiles

Sumario:

1) Causas que precisan el ámbito de las normas. 2) Límites de la eficacia de las normas en relación con el tiempo. 3) Comienzo de la vigencia de las normas. 4) Sistemas a distinguir. 5) Concepto de ley en el artículo 1 del Código Civil. 6) Momento desde el cual son obligatorias las leyes. 7) Término de vigencia de las normas. 8) Derogación de las leyes. 9) Principios generales a que se ajusta la derogación. 10) Clases de derogación. 11) Dificultades que suscita la derogación tácita. 12) Requisitos necesarios para que corresponda admitir la voluntad derogatoria. 13) De la doctrina y jurisprudencia nacional en cuanto a los requisitos exigidos en la derogación tácita, y en cuanto hace a sus efectos. 14) Cuestiones especiales. 15) Imposibilidad de derogar por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesadas el orden público y las buenas costumbres. 16) El orden público. 17) Las buenas costumbres. 18) Normas de transición. 19) Del régimen de transición seguido por el Código Civil. 20) De la irretroactividad de la ley. 21) Valor del principio de irretroactividad. 22) Carácter del principio de irretroactividad. 23) Alcance y aplicación del principio contenido en el artículo 7 del Código Civil. 24) Doctrina o teorías respecto a lo que debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley. 25) Agrupamiento de las doctrinas. 26) Reagrupamiento de las doctrinas. 27) De quienes han sostenido cada una de las distintas doctrinas. 28) Doctrinas clásicas, del derecho adquirido y subjetivas. 29) Doctrinas modernas, del hecho jurídico realizado y objetivas. 30) Valoración crítica de las doctrinas y conclusiones. 31) Excepciones a la no retroactividad de la ley. 32) Límites de la ley con relación al espacio.

1) CAUSAS QUE PRECISAN EL AMBITO DE LAS NORMAS.

Las leyes, se han dicho, no son omnipotentes y tienen límites intrínsecos. Al estudiar las causas que precisan el ámbito de las normas los autores destacan estas dos:

- I) límites de la ley en relación con el tiempo y,
- II) límites de la ley en relación con el espacio.

Hablar de límites de la ley en relación con el tiempo, equivale a hablar de los límites temporales de las leyes o de los conflictos que engendra la sucesión de leyes que rigen en tiempos diversos.

Hablar de límites de la ley en relación con el espacio, equivale a hablar de la aplicabilidad de las leyes extranjeras o de los conflictos que engendra la coexistencia de leyes contemporáneamente vigentes en distintos países.

2) LIMITES DE LA EFICACIA DE LAS NORMAS EN RELACIÓN CON EL TIEMPO.

Estudiaremos aquí diversas cuestiones. Entre ellas:

- I) comienzo de la vigencia de las normas;
- II) término de vigencia de las normas y,
- III) normas de transición.

3) COMIENZO DE LA VIGENCIA DE LAS NORMAS.

Las normas adquieren fuerza obligatoria desde que entran en vigor. A los efectos de su aplicación es imprescindible fijar el momento de su entrada en vigencia. Cuando la ley dice en qué momento entrará en vigencia no hay cuestiones; pero éstas surgen cuando la ley guarda silencio sobre el momento de su

entrada en vigor. Para evitar las cuestiones que ese silencio trae aparejadas, es que los códigos de casi todos los países establecen desde qué momento adquieren vigor las leyes mando en las mismas nada se dispone sobre el punto.

4) SISTEMAS A DISTINGUIR.

Pueden distinguirse tres grandes sistemas: sistema de la aplicación, inmediata y simultánea; sistema de aplicación sucesiva y sistema de la vacatio legis.

Sistema de la aplicación inmediata, y simultánea. - Desde que la ley es promulgada comienza su vigencia en todo el país. Es el sistema seguido en Inglaterra. **Ventajas:** simplicidad, rapidez y aleja el peligro de fraudes. **Inconvenientes:** -la ley se aplica a los que no han tenido posibilidad de conocerla.

Sistema de la aplicación, sucesiva. - La ley adquiere vigencia a medida que se la va aplicando en los distintos lugares. Este sistema fue impuesto por la Revolución Francesa en ley del 4 de octubre de 1795. **Ventajas:** la ley sólo obliga a quienes tuvieron posibilidad de conocerla. **Inconvenientes:** durante un cierto tiempo existe desigualdad jurídica en los distintos territorios de un mismo Estado.

Sistema de la aplicación aplazada o de la vacatio legis. - La ley no entra a aplicarse -hasta pasado un cierto plazo, el que en cada país se ha considerado suficiente para asegurar el conocimiento de su contenido. Este sistema puede combinarse con los anteriores y se nos presenta, por tanto, bajo dos aspectos:

a) países donde la ley no entra a aplicarse hasta pasados ciertos plazos, variables según la lejanía de los lugares y,

b) países donde la ley no entra a aplicarse hasta pasado un cierto plazo, único para todo el país.

Ventajas: a) la ley sólo obliga a quienes tuvieron posibilidad de conocerla y,

b) mantiene igualdad jurídica en los distintos territorios de un mismo Estado.

Inconvenientes: la ley nueva a pesar de ser conocida, no comienza a aplicarse hasta transcurrido un cierto plazo.

Nuestro Código Civil sigue el sistema de la aplicación aplazada y simultánea ya que en su artículo 1, dispone: "Las leyes sólo son obligatorias en virtud de su promulgación por el Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo determinará la forma de la promulgación; y desde que ésta pueda saberse, las leyes serán ejecutadas en todo el territorio de la República. La promulgación se reputará sabida diez días después de verificada en la Capital. (Artículos 68 y 69 de la Constitución)".

De otra forma de agrupar los sistemas.

Algunos autores los agrupan en la forma siguiente sucesivo, uniforme y mixto.

Sucesivo. - Cuando se fija el término a partir del cual la ley es obligatoria en la Capital del país y a ese plazo se le agrega otro variable según sea la distancia desde la Capital. Es decir, se gradúa el período de vacatio en proporción a la mayor distancia de las regiones con el lugar donde se efectuó la publicación (sistema seguido en Francia).

Uniforme, sincrónico o instantáneo. - Cuando se fija un término a partir del cual la ley es obligatoria en todo el territorio de la nación. Es decir, se admite un periodo único de vacatio y al expirar el cual la ley adquiere obligatoriedad en todo el territorio del Estado (sistema seguido en Italia, en España, en Alemania y en el Uruguay).

Mixto. - Cuando la ley es obligatoria en la Capital del país desde el vencimiento de un cierto plazo contado desde la publicación y varios días después (plazo único) en el resto del territorio del Estado (sistema seguido en la Argentina).

5) CONCEPTO DE LEY EN EL ARTÍCULO 1 DEL C. CIVIL.

Reputamos que en este artículo la palabra ley está tomada en su sentido material y comprende, por tanto, a todas las decisiones generales y abstractas sancionadas por los órganos competentes. Así, por ejemplo: si una Constitución, un decreto-ley o un reglamento no traen plazo especial de vigencia, corresponde aplicarles en nuestro concepto, la regla contenida en el artículo 1 del C. Civil. Es lógico y justo que así sea, pues a nadie puede exigirse el cumplimiento de las normas que desconoce. Guardan relación

con lo que estamos tratando el artículo 317 de la Constitución y el decreto del 3 de diciembre de 1917.

La Constitución dispone: que los actos administrativos pueden ser impugnados dentro del término de diez días, a contar del día siguiente de su notificación personal, si correspondiere, o de su publicación en el "Diario Oficial". El decreto del 3 de diciembre de 1917 establece: que la publicación en el "Diario Oficial" de los actos gubernativos y administrativos equivale a la comunicación en forma oficial para las autoridades que deben cumplirlos o hacerlos cumplir.

6) MOMENTO DESDE EL CUAL SON OBLIGATORIAS LAS LEYES.

Generalidades. - Dentro de nuestra organización jurídica el Poder Legislativo está ampliamente facultado para determinar la fecha de vigencia de las leyes.

El artículo 1 del C. Civil, en cuanto fija la fecha de vigencia de las leyes, es derogable. El legislador uruguayo tiene amplia libertad para fijar la fecha de vigencia de cualquier ley.

El artículo 1 del C. Civil sólo recibe aplicación ante el silencio del legislador, es decir, tratándose de leyes que nada expresan en cuanto a su entrada en vigencia.

La fecha de vigencia de una ley puede ser fijada en un momento anterior o posterior al conocimiento que de ella pueda tenerse.

Es así que recorriendo nuestra Colección Legislativa se encuentran leyes en que se dispone: que esa ley rige desde fecha anterior a su sanción; o que esa ley se aplicará "de inmediato" (expresión que entre nosotros ha dado lugar a opiniones y fallos encontrados); o que esa ley se aplicará a partir del cúmplase; o que esa ley se aplicará desde tal fecha (indicando una muy posterior a los diez días de su publicación).

Para saber, pues, desde cuando rige una ley determinada, hay que investigar, recuerda don Eugenio J. Lagarmilla, la voluntad del legislador que la dictó, voluntad que puede manifestarse, agrega, tanto expresa como tácitamente.

Expresa, cuando en la misma ley se dice expresamente desde cuando regirá.

Tácita, cuando sin fijar la ley la fecha de su vigencia no puede aplicarse la regla general del artículo 1 del C. Civil, "porque, por la propia naturaleza del contenido legal se demuestra que otra ha sido la intención legislativa. Así, por ejemplo: una ley que decreta honores fúnebres a una persona fallecida, aunque no diga que debe ejecutarse de inmediato, la propia razón de ser de la ley, indica cual es la fecha de su ejecución, aun cuando deba ser esa ejecución anterior a la publicación propiamente dicha" (E. J. Lagarmilla).

Fecha de vigencia de las leyes. - Pero, volviendo al punto de partida, tratándose de leyes que nada disponen expresa o implícitamente en cuanto a su entrada en vigencia, ¿cuándo entran en vigencia?

Entre nosotros se han sostenido **cuatro criterios distintos**. Sintéticamente los expondremos y escuetamente anotaremos los argumentos en que cada uno de ellos se apoya

l) Las leyes sólo son obligatorias diez días después de su publicación en el Diario Oficial.- (Criterio de E. J. Lagarmilla, de De María, de Del Campo, de E. Sayagués Laso, de L. Varela y que ha sido recogido en varios fallos).

Los resultados a que conduce la aplicación de este criterio los veremos a través de dos ejemplos:

Primer ejemplo: practicada la primera publicación de una ley el 12 de abril, los diez días empezarán a correr el 13 de dicho mes inclusive (argumento de los artículos 1439 del C. Civil y 604 del C. de P. Civil) y vencerán al expirar el día 22 de abril, día que hace parte del término y que, por lo tanto, debe correr por completo para que el término venza (argumento del artículo 1438 del C. Civil);

Segundo ejemplo: (tomado de De María) una ley cuya primera publicación se efectúa el 26 de octubre de 1922 recién es aplicable el día 6 de noviembre del mismo año.

Argumentos: a) las leyes sólo son obligatorias en virtud de su promulgación y ésta se reputa sabida a los 10 días de publicada la ley;

b) el término promulgación utilizado en el artículo 1 del C. Civil quiere decir publicación;

c) nuestra ley no hace depender la fuerza ejecutiva de la ley del hecho incierto de que ésta pueda saberse (como parecería resultar del inciso 2º del artículo 1 del C. Civil), sino que fija el plazo de 10 días, contados desde su promulgación en la Capital, vencido los cuales se reputa sabida y por lo tanto comienza a ser obligatoria;

d) es la solución que mejor armoniza con el principio consagrado en el artículo 2 del C. Civil y según

el cual la ignorancia de la ley no sirve de excusa.

II) Las leyes son obligatorias diez días después de su promulgación, independientemente de la fecha en que fueron publicadas en el Diario Oficial. - (Criterio admitido por Guillot y Pérez Martínez y en varios fallos que pueden verse: en Revista de Derecho Público y Privado t. XIX, p. 173; en revista La Aduana Uruguaya, t. XXX, p. 826 y La Justicia Uruguaya, t. XVI, caso 2552).

Argumentos: a) la letra del artículo 1 del C. Civil que habla de que las leyes son obligatorias en virtud de su promulgación por el Poder Ejecutivo;

b) la promulgación es un acto de publicidad, aunque imperfecta;

c) admitiendo este criterio no se deja al arbitrio de los particulares el fijar la fecha en que una ley ha de comenzar a regir.

III) Las leyes son ejecutables, deben ser cumplidas y puede requerirse su ejecución desde el momento en que sea sabida sus promulgación, expresa o tácita, siempre que en ellas no se dispusiere otra cosa. - (Criterio sostenido por Julio César Mourigán en Revista de Derecho Público y Privado, t. XIV, p. 323 (1945), por otros profesionales y que ha sido recogido en algunos fallos).

Argumentos: a) desde que la ley puede saberse, debe ser ejecutada en todo el territorio de la República -art. 1 C. Civil;

b) la promulgación no equivale a publicación, y debe entenderse que cuando en el artículo 1 del C. Civil el legislador habla de promulgación se refiere al acto de autoridad que conforme a la Constitución convierte el proyecto en ley;

c) en tanto la ley no se publique y venza el plazo de diez días, cabe, en general, la excusa de ignorarla; pero quien la sabe debe cumplirla y requerir su cumplimiento y no cabe admitir la eximente de ignorancia si se le prueba que conocía la ley;

d) para que una ley deba ser ejecutada no es imprescindible que se la haya publicado en el Diario Oficial, basta con que su existencia haya sido conocida.

IV) La cuestión relativa a desde cuando obligan las leyes no tiene una solución única. - (Criterio de Julio Herrera y Obes).

Debe distinguirse:

a) según se trate de los Poderes Públicos y de los particulares y,

b) según se trate de leyes permisivas o de leyes prohibitivas.

Conforme a este criterio, tenemos:

I) las leyes son obligatorias desde el día de su sanción:

a) para los Poderes Públicos y,

b) para todos los habitantes de la República, si es que se trata de leyes permisivas;

II) en cambio, las leyes sólo obligan a los particulares a los diez días de publicadas en la capital, siempre que de leyes restrictivas se trate.

Argumentos: a) la sanción es un acto emanado de la soberanía del Estado y no pueden ignorarlo los representantes de éste;

b) las leyes permisivas son ampliatorias de la libertad individual y, por lo mismo, cabe decir que el derecho que reconocen existía latente en los individuos desde antes de su sanción y,

c) con las leyes restrictivas ocurre justamente lo contrario.

7) TERMINO DE VIGENCIA DE LAS NORMAS.

Aclaración. - La ley adquiere fuerza obligatoria desde el momento de su entrada en vigencia y despliega su obligatoriedad hasta que es derogada o extinguida por otra ley.

No trataremos ahora de la cesación temporal, sino de la definitiva; no trataremos tampoco, de la cesación por causas internas, sino de la cesación por causas externas.

Lo que con anterioridad hemos expuesto respecto a la cesación temporal y a la producida por causas internas es, a los fines perseguidos con estos apuntes, suficiente.

No volveremos, por último, a referirnos a la eficacia derogatoria del Código Civil. Lo que en su oportunidad expusimos sobre dicha cuestión lo reputamos, también, suficiente.

Trataremos, sí, de la cesación definitiva y por causas externas, es decir, entraremos a estudiar la

derogación de las leyes.

8) DEROGACIÓN DE LAS LEYES.

Concepto. - Se llama derogación de la ley a la abolición o modificación de una norma a virtud de otra nueva.

La derogación importa un cambio querido por el legislador, de las normas que nos rigen.

La derogación de las leyes es un fenómeno frecuente, irremediable y cuyo ejercicio consciente es saludable e impide el estancamiento del Derecho.

Disposiciones que la rigen. - El Código Civil dispone:

Art. 9. - "Las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes; y no valdrá alegar, contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario.

Art. 10. - "La derogación de las leyes puede ser expresa o tácita.

Es expresa, cuando la nueva ley dice expresamente que deroga la antigua.

Es tácita, cuando la nueva ley contiene disposiciones que no pueden conciliarse con las de la ley anterior.

La derogación tácita, deja vigente en las leyes anteriores, aunque versen sobre la misma materia, todo aquello que no pugna con las disposiciones de la nueva ley.

La derogación de una ley puede ser total o parcial".

Art. 11. - "No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres".

9) PRINCIPIOS GENERALES A QUE SE AJUSTA LA DEROGACIÓN.

I) **Toda ley puede ser derogada, en cualquier momento, por otra ley.** Quien ha tenido facultad para dictarla debe tener la de limitar su eficacia en el tiempo.

Las prohibiciones de modificar la ley no obligan al legislador. En cambio, creemos con Castán Tobeñas, que cabe legalmente que se prescriban para la derogación de una ley requisitos que harán más difícil su modificación, ya que el Derecho "regula los requisitos y formas de la legislación".

Quien tiene el poder de dictar una norma tiene el poder de suprimirla. Es por ello, que una ley puede ser derogada por otra y que un reglamento puede ser derogado por otro.

Conviene tener en cuenta

a) que la ley interpretativa no deroga la ley interpretada, sino que simplemente la interpreta y,

b) que la ley ampliatoria no deroga la ley ampliada, sino que simplemente la extiende y completa.

II) **La derogación ha de ser practicada por una norma que no tenga rango inferior al de la derogada.** En otros términos, la norma modificatoria debe ser de igual o superior jerarquía que la modificada. En el párrafo primero del artículo 9 nuestro codificador reconoce "la superioridad jerárquica de la ley y su inmunidad frente a los ataques de fuentes de rango inferior" (De Castro y Bravo).

Los reglamentos son, pues, impotentes a derogar las leyes. Así ha tenido que reconocerlo en muchas oportunidades nuestra jurisprudencia, frente a decretos, cada día más frecuentes, que alteraban el sentido de las leyes.

Hubiera sido suficiente con el párrafo que dispone que "las leyes no pueden ser derogadas, sino por otras leyes". Pero el codificador sintió la necesidad de abrogar expresamente viejas reglas y dijo: "y no valdrá alegar, contra su observancia, el desuso ni la costumbre o práctica en contrario".

Desuso.- No uso o desuso significan lo mismo: que la norma ha dejado de aplicarse. En el Derecho consuetudinario el desuso tuvo eficacia derogatoria de las leyes.

Alguna jurisprudencia nuestra tiene resuelto: que las leyes no caen en desuso y que lo que ocurre es que cuando no se cumplen se están violando.

Costumbre.- Las Partidas admitían la eficacia de la costumbre contra la ley. Entre nosotros la costumbre no es fuente formal del Derecho y por lo mismo no puede tener prioridad sobre la ley.

Práctica en contrario.- Si la realización de actos contrarios a la ley tuviera la virtud de derogarla, llegaríamos al absurdo, dice Guillot, de que la misma ley estaría autorizando su violación.

III) Es permitido a los particulares derogar, en los convenios que lleven, a cabo, las leyes en cuya observancia no están interesados el orden público y las buenas costumbres -art. 11.-

10) CLASES DE DEROGACIÓN

Se las agrupa **por la forma** y **por sus efectos**.

Por la forma: atendiendo a la forma en que se la práctica, la doctrina distingue tres clases de derogación:

I) **expresa:** cuando en una de las disposiciones de la nueva ley se determina de un modo concreto la ley o disposición que se deja sin efecto. Es decir, cuando la nueva ley menciona expresamente las leyes o disposiciones anteriores que deja sin efecto. Por ejemplo: cuando en la nueva ley se dice que se deroga la ley número tal o el artículo tal de la ley de tal fecha.

No hay términos sacramentales para practicarla y es la mejor forma de derogar, pues al par que confiere seguridad jurídica aleja el peligro de controversias;

II) **tácita:** cuando la nueva ley no menciona las leyes o disposiciones anteriores que deja sin efecto, pero contiene disposiciones que son inconciliables o incompatibles con las de las leyes precedente. "Tácita, decía Narvaja, cuando la innovación total o parcial se revela como una consecuencia implícita y virtual".

Se trata de un sistema muy cómodo para el legislador; pero causa frecuente de conflictos, ya que deja libradas al intérprete la apreciación de las incompatibilidades.

Digamos, antes de proseguir, que según algunos códigos, por ejemplo el italiano, hay también derogación tácita cuando la nueva ley regula íntegramente la materia regulada por la ley anterior. Entre nosotros y aun en ausencia de un texto semejante, el profesor Pérez Fontana ha sostenido que en ese caso tiene lugar la derogación tácita;

III) **mixta:** cuando es expresa por su forma y tácita por sus efectos. Son los casos de derogación indeterminada llevada a cabo a través de una fórmula general. Por ejemplo: cuando en un artículo de la nueva ley, por lo común en el último, se dice: deróganse las disposiciones que se opongan a la presente ley. Esta fórmula es muy usada por nuestro legislador; pero es superflua y ociosa, ya que usada o no usada la nueva ley derogará a las precedentes en lo que tengan con ella de inconciliable. Para algunos autores es un caso de derogación tácita (opinión de Baudry-Lacantinerie); para otros es un caso de derogación expresa (opinión de De Ruggiero); para otros, por último, es un caso de derogación mixta (opinión de Guillot).

Por sus efectos: atendiendo a sus efectos se distinguen dos clases de derogación:

I) **total:** cuando la nueva ley deroga totalmente una ley o disposición precedente;

II) **parcial:** cuando la nueva ley deja subsistente ciertas disposiciones de la ley o disposición precedente.

11) DIFICULTADES QUE SUSCITA LA DEROGACIÓN TÁCITA.

En los casos de derogación expresa no hay dificultades para el intérprete. Todo lo resolverá aplicando la regla *lex posterior derogat anterior*.

La derogación tácita obliga, en cambio, a una delicadísima tarea interpretativa, puesto que la nueva ley, ha dejado vigente en las anteriores todo aquello que no pugne con sus disposiciones. La derogación tácita impone, pues, el deber de averiguar cuales disposiciones de la ley precedente han quedado derogadas y cuales han quedado vigentes.

La derogación tácita resulta de la oposición, de lo inconciliable de dos disposiciones que habiéndose dictado en distintos momentos se contradicen. Siendo irrealizable su aplicación simultánea, es preciso, como recuerda Josserand, optar entre ellas y la elección se ejerce a favor de la más reciente, que se presume mejor.

La derogación tácita, dice el citado Josserand, "no obra sino en la medida más estricta, es decir, en la de la contradicción entre ambos textos; la ley antigua subsiste en la medida en que no es contradicha por la ley nueva". Ya decía el viejo principio que posteriores *leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint*. Es por ello, agrega, que una ley general no abroga tácitamente una ley especial contraria más antigua; mientras que una ley especial más reciente abroga, en la medida de sus disposiciones, la ley general anterior.

12) REQUISITOS NECESARIOS PARA QUE CORRESPONDA ADMITIR LA VOLUNTAD DEROGATORIA.

Según De Castro y Bravo para que corresponda admitir la voluntad derogatoria de la nueva disposición respecto a otra anterior, se requieren los siguientes requisitos:

- a) igualdad de materia en ambas leyes;
- b) identidad de los destinatarios de sus mandatos y,
- c) contradicción e incompatibilidad entre los fines de sus preceptos.

13) DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL EN CUANTO A LOS REQUISITOS EXIGIDOS EN LA DEROGACION TACITA Y EN CUANTO HACE A SUS EFECTOS.

Echando una ojeada sobre la doctrina y jurisprudencia nacional encontramos que han sido sostenidas las siguientes ideas:

I) para que una ley derogue tácitamente a otra es necesario que ambas rijan el mismo orden jurídico, que las disposiciones de ambas sean inconciliables o que la posterior regule toda la materia que regía la anterior (sentencia de P. Lago);

II) para que entre a juzgar el concepto de derogación tácita es imprescindible que las leyes confrontadas sean de la misma materia (opinión de F. Pittaluga);

III) en principio no hay incompatibilidad real entre las disposiciones diferentes de dos leyes, cuando una de ellas es general y la otra regla una materia especial; del dominio de la primera es excluido el de la segunda, y las dos pueden respectivamente aplicarse a la vez (opinión de Robaina);

IV) mucho se ha discutido sobre el concepto de "materia" a una se refiere el artículo 10 del C. Civil. El -profesor Pérez Fontana tiene dicho: "El concepto de "materia" disciplinada por la ley es difícil de precisar mediante reglas rígidas; se la puede definir coma "un complejo orgánico de actividades y de relaciones" (Lessona) o como "un complejo orgánico de institutos" o "como un complejo orgánico de normas". A pesar de las dificultades (me ofrece la determinación del concepto de "materia" existe un principio seguro y es que aquí no vale el principio topográfico; en cualquier lugar en que esté colocada la norma anterior, cesa de tener vigencia cuando la materia a que se refiere es regulada ex novo por una ley posterior".

14) CUESTIONES ESPECIALES.

Hay varias cuestiones especiales y la mayoría de ellas fueron contestadas, hasta hace relativamente poco tiempo, con máximas o aforismos, más o menos acertados, más o menos verdaderos. De entre esas cuestiones destacaremos las siguientes:

I) ¿la ley general posterior deroga tácitamente a la ley anterior especial?. En general se contesta que no la deroga, pues la existencia de una excepción no es incompatible con la de una regla general. De esta opinión era Narvaja quien se gobernaba con el principio de que *lex specialis* por *generalem* non abrogatur;

II) ¿la ley especial posterior deroga tácitamente la ley general anterior? En general se contesta que la deroga en la medida de sus disposiciones;

III) ¿la nueva ley, al derogar tácitamente la anterior, deroga también a todas las disposiciones dependientes o accesorias del principio abolido, aun cuando resulten de leyes diversas? Ferrara y Pérez Fontana sostienen que las derogan;

IV) ¿las leyes derogadas renacen por el hecho de que sean derogadas las que a ellas les hicieron perder vigencia? "En general se contesta que no. De Ruggiero afirma que la derogación de una norma que abroga otra anterior no restablece esta última, ni siquiera en el caso de no haber sido dictada una norma nueva. La cesación de un precepto, agrega, no es por sí sola capaz de conceder vigencia a uno precedente que había perdido ya todo valor. Para ello sería preciso, al menos es nuestra opinión, que el legislador lo declarare expresamente, (dictando una ley restablecedora o restauradora) o que la nueva ley tuviere precisamente por objeto la anulación de la alteración que produjo en la legislación la ley que se deroga.

En realidad, le asiste profunda razón a De Castro y Bravo, cuando tratando de estas cuestiones especiales, afirma: que es imposible dar reglas generales y que hay que atenerse al estudio particular de las disposiciones que en cada caso, parezcan estar en conflicto.

En otros términos, son cuestiones, decimos, que habrán de resolverse indignado en cada caso, la voluntad del legislador.

15) IMPOSIBILIDAD DE DEROGAR POR CONVENIOS PARTICULARES LAS LEYES EN CUYA OBSERVANCIA ESTÁN INTERESADOS EN ORDEN PÚBLICO Y LAS BUENAS COSTUMBRES.

La prohibición se halla contenida en el artículo 11 del C. Civil. Ella nos obligará a referirnos al orden público y las buenas costumbres.

Reputamos que al tratar dichas cuestiones es imposible, prescindir del documentado trabajo que sobre las mismas publicó, hace muy poco, el profesor Bernarde Supervielle. Nosotros seguiremos en los aspectos más importantes, las ideas expuestas por el doctor Supervielle.

16) EL ORDEN PÚBLICO.

Dispone el artículo 11 del C. Civil: "No pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres".

Concepto de orden público. - Para conceptualizar el orden público se han propuesto diversas fórmulas. Recordando las principales, anotemos:

I) **equiparación con el derecho público.** - Algunos autores, principalmente los viejos comentaristas franceses, vinculan la noción de orden público al derecho público.

Las leyes de orden público son, dicen, leyes de derecho público y por lo mismo se trata de leyes que por su propia naturaleza se imponen a la voluntad de los particulares;

II) **organización social.** - Según una concepción preconizada a fines del siglo XIX y comienzos del XX el orden público está vinculado a la organización social. Son de orden público; dicen los sostenedores de esta posición, todas aquellas leyes que necesariamente deben, darse para que exista y se mantenga la organización social de una colectividad determinada;

III) **intuición del intérprete.** - No faltan autores, por último, que partiendo de la imposibilidad de distinguir las relaciones jurídicas de orden público y las que no lo son, dicen: la única guía para discriminar unas relaciones de las otras es la intuición. El orden público, ha dicho Moulon, más que definirse se siente.

Definiciones del orden público. - Tomando por base las definiciones que del orden público han dado profesores extranjeros y uruguayos, podemos decir: que es el conjunto de valoraciones de carácter político, social y económico propios de una comunidad determinada, en un momento también determinado, y sin las cuales aquélla no podría subsistir y menos aun tutelar los derechos individuales y colectivos.

De lo que disponen otros códigos. - El principio sentado en nuestro artículo 11 del C. Civil lo encontramos, con ligeras variantes, en los proyectos de Acevedo y de García Goyena y en los códigos de Francia, Portugal y España.

El Código Alemán y el Código Suizo han suprimido la noción de orden público, argumentando sus redactores: que por ser una noción general y abstracta podría resultar peligrosa al ser aplicada por los jueces.

Procedimientos seguidos para determinar si una relación jurídica es o no de orden público. - En la práctica se sigue alguno de estos dos caminos:

I) determinar, en forma apriorística, las condiciones de la noción de orden público y luego confrontar la norma en estudio para decidir si encaja o no dentro del concepto de orden público;

II) examinar diversas leyes, extrayendo del contenido de las mismas el sentido del orden público.

Una vez extraído ese sentido se lo confronta a la relación en estudio.

Prevalencia del orden público frente a los principios de libertad jurídica y de autonomía de la voluntad. Entre nosotros son de recibo estos dos principios:

I) **el de la libertad jurídica.** - Este principio está sentado en el artículo 10 de la Constitución de 1952 en cuarto establece que "ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni

privado de lo que ella no prohíbe" y en el artículo 8 del C. Civil que prohíbe la renuncia general de las leyes y la especial de las leyes prohibitivas.

Podemos, pues, ejecutar los actos ordenados (caso de leyes imperativas); omitir los actos prohibidos (caso de leyes prohibitivas) y ejecutar u omitir lo que no está prohibido ni ordenado (caso de leyes supletivas);

II) el de la autonomía de la voluntad. - Conforme a este principio el hombre puede darse la norma mediante la cual ha de juzgarse su propia conducta. Este principio está consagrado en el inciso 1° del artículo 1291 del C. Civil que dispone: "Los contratos legalmente celebrados forman una regla a la cual deben someterse las partes como a la ley misma".

El orden público prevalece sobre la libertad jurídica y la autonomía de la voluntad, ya que el artículo 11 del C. Civil dispone: que por convenios particulares no pueden derogarse las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

De como debe entenderse el artículo 11 del C. Civil.

Siguiendo de cerca lo que recientemente han expuesto dos profesores argentinos, pensamos puede afirmarse debe entenderse el artículo 11 en la forma siguiente:

a) significa que por una convención no pueden crearse reglas individuales que prevalezcan sobre la regla legal que se refiere al mismo punto, cuando se trata de relaciones de orden público;

b) que dicho artículo, a pesar de su letra, más que a la derogación de las leyes, se refiere a la prescindencia de ellas en el caso individual.

Normas que integran el orden público. - Los autores suelen ofrecer enumeraciones amplísimas de las materias generalmente consideradas de orden público. Nos bastará recordar las siguientes:

I) leyes que versan sobre la organización política. - Ejemplos: las que tratan de la nacionalidad y de la calidad de extranjeros;

II) leales que tratan de la organización judicial. - Ejemplos: las que fijan la competencia de los tribunales;

III) leyes que tratan de la organización de la familia. - Ejemplos: las que fijan edad para casarse y prohíben, el matrimonio entre parientes próximos;

IV) leyes de orden económico. - Ejemplos: las que fijan el interés máximo; las que prohíben la transferencia de impuestos y las que fijan plazos mínimos y máximos a los arrendamientos.

Orden público legislativo. - Es frecuente entre nosotros, ahora más que antes, que el legislador establezca que determinado artículo o que tal ley o que determinadas cláusulas contractuales, son de orden público.

Ejemplos:

I) en materia de derecho de familia. - El Código Civil ha considerado de orden público: la facultad de pedir el divorcio -art. 188; apuntes cuestiones relacionadas con el reconocimiento de los hijos naturales -arts. 227 y 239; la condición de no casarse, de abrazar un estado incompatible con el matrimonio, de casarse con determinada persona, etc. -art. 1409; los derechos conferidos a cada cónyuge por el título de la patria potestad -art. 1939; el estado civil de las personas -art. 2154;

II) en materia de servidumbres. - En el Código Civil la constitución y adquisición de servidumbres está vedada siempre que con ellas se dañe al orden público -art. 621.

III) en materia sucesoria. - El Código Civil juzga de orden público: los fideicomisos -arts. 865 y 866; la formación del testamento -art. 782; el derecho de todo legítimo a su legítima futura -art. 888; el derecho a pedir el cese de la indivisión hereditaria -art. 1115; el derecho a suceder por causa de muerte a una persona viva -art. 1285;

IV) en materia de prescripción. - El Código Civil reputa de orden público la renuncia a la prescripción no consumada -art. 1189;

V) en materia de contratos. - En el Código Civil tenemos: en cuanto al objeto de los contratos, los artículos 1284, 1285 y 1286; en cuanto a la causa de los contratos, el artículo 1288; en cuanto a la renta vitalicia, el artículo 2185; en cuanto al préstamo, el artículo 2306; en cuanto a la hipoteca, el artículo 2333.

El contrato de arrendamiento es uno de los que más ha padecido el "dirigismo" contractual. Ya el Código Civil traía para el arrendamiento de obra una disposición que impedía obligar los servicios personales sin limitación de tiempo -art. 1836.

Leyes posteriores, tratándose del arrendamiento de cosas, han agudizado la protección de la parte presumiblemente más débil. Ejemplos: en el artículo 18 de la ley 8.153 del 16 de diciembre de 1927 se declaró nulas, por contrarias al orden público, a ciertas cláusulas; el artículo 45 de la ley 11.921 del 24 de marzo de 1953 reputó de orden público lo dispuesto en el artículo 1819 del C. Civil; el artículo 52 de la ley 12.100 del 27 de abril de 1954 reputó de orden público las disposiciones de dicha ley;

VI) en materia de impuestos. - La ley de recursos 11.924 del 27 de marzo de 1953 declaró, en su artículo 77, nulos por contrarios al orden público, los desplazamientos o traslados del impuesto universitario a personas distintas del sujeto determinado por la ley y calificó de orden público -art. 87- a la disposición que ponía el impuesto a los prestamistas hipotecarios de 1953 consagró, en su artículo 47, la nulidad de las cláusulas contractuales que impusieron al arrendatario a cargo del acreedor; la ley 11.921 del 24 de marzo el pago de gravámenes que las leyes u ordenanzas pusieron a cargo del propietario; el artículo 28 de la ley de recursos número 12.367 del 8 de enero de 1957 prohibió el traslado del impuesto que grava a ciertas prendas sin desplazamiento.

Sanción da las normas fundadas en el orden público. - El apartamiento de dichas normas da lugar a nulidades -art. 1559 y siguientes del C. Civil.

17) LAS BUENAS COSTUMBRES.

Hemos visto que de conformidad con el artículo 11 del C. Civil no pueden derogarse por convenios particulares, las leyes en cuya observancia están interesadas las buenas costumbres.

No creemos del caso tener que detenernos a señalar las diferencias que existen que existen entre el Derecho y la Moral. Seános suficiente apuntar que en general, se sostiene que los deberes morales no son tomados en cuenta por la ley.

Por excepción es dable hallar entre nosotros algunas nociones jurídicas fundadas exclusivamente en la moral. Un ejemplo nos lo da el artículo 11 al referirse a las buenas costumbres. Otro ejemplo nos lo da el artículo 2306 al referirse a las disposiciones que afecten la moral.

Concepto de las buenas costumbres. - Nuestro código -lo mismo ocurre en los otros códigos que nos son conocidos- no definen lo que debe entenderse por buenas costumbres.

La doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera han arribado, luego de muchas vacilaciones, a estas dos conclusiones:

- a) las buenas costumbres no importan un principio teórico y abstracto de moralidad determinado por un ideal religioso o filosófico;
- b) las buenas costumbres corresponden a la conciencia pública de una comunidad en el momento dado.

Tomando en cuenta las conclusiones a que hemos hecho referencia podemos dar de las buenas costumbres una definición aproximada, diciendo: que importan un concepto jurídico, variable en el tiempo y en el espacio, referido a criterios de moralidad pública dominantes en una colectividad en un momento dado y cuya preservación interesa a esa colectividad.

Contenido de las buenas costumbres. - Se trata de una cuestión muy controvertida. Pueden señalarse, como fundamentales, los siguientes criterios:

I) en opinión de algunos autores el concepto de buenas costumbres, está referido directamente a la ley.

Las buenas costumbres, dicen los sostenedores de este criterio, son los hábitos en práctica en una comunidad; pero esos hábitos sólo obligan al recto comportamiento, cuando han recibido la consagración del legislador.

II) para otro grupo de autores es el juez quien debe apreciar recurriendo a la moral admitida por la conciencia pública, si el convenio sometido a su decisión se opone o no al ideal común de la colectividad de que forma parte.

El juez, dentro de la posición, opera como órgano e intérprete de la conciencia pública.

El juez, se ha dicho, sirve de intermediario entre las exigencias éticas admitidas en el círculo de los vinculados al convenio convenio y la ley;

III) para otros autores, por último, las buenas costumbres dicen relación a una regla superior de mo-

ral.

Se ha atentado contra las buenas costumbres, dicen los sostenedores de este tercer criterio, siempre y cuando las partes, en la convención, se han propuesto una finalidad inmoral.

Al juez sólo interesa la investigación del fin inmoral que las partes tuvieron en vista al celebrar el convenio sometido a su decisión.

Interpretación a darse al artículo 11. - Se pueden señalar estas dos:

I) en opinión de algunos no pueden derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesadas las buenas costumbres.

Los partidarios de esta interpretación parten del concepto de que la noción de buenas costumbres no es autónoma. Por tanto, dicen: lo que no puede derogarse son las leyes en cuya observancia están interesadas las buenas costumbres;

II) en opinión de otros -de los que toman principalmente en cuenta lo que la ley ha dispuesto sobre objeto y causa ilícitos- es ilícito lo que se opone a la ley y además lo que contradice a las buenas costumbres.

Para éstos el concepto de buenas costumbres es autónomo y, por lo mismo, no sólo es ilícito lo que se opone a las leyes en cuya observancia están interesadas las buenas costumbres, sino que es ilícito, también, lo que se opone a las buenas costumbres.

Casos en que el Código Civil ha tenido en cuenta la conducta inmoral. - Los ejemplos son numerosos.

1) art. 285, numeral 6º - Los padres pueden perder la patria potestad cuando por sus costumbres depravadas o escandalosas pudieren llegar a comprometer la Seguridad, la salud o la moral de sus hijos;

2) art. 352, numeral 9º. - Es incapaz de tutela el que notoriamente tiene costumbres inmorales;

3) art. 960. - No vale la disposición cuando el hecho que constituye el modo es contrario a las buenas costumbres;

4) art. 1284. - Son moralmente imposibles -y por lo mismo no pueden servir de objeto a un contrato- los hechos contrarios a las buenas costumbres;

5) art. 1288. - En los contratos la causa es ilícita cuando contraría las buenas costumbres;

6) art. 1408. - La condición contraria a las buenas costumbres es nula e invalida la convención que de ella pende;

7) art. 1412. - La condición de no ejecutar un acto contrario a las buenas costumbres, anula la obligación;

8) art. 2051. - Los negocios contrarios a las buenas costumbres no pueden ser objeto del mandato;

9) art. 2217. - Es prohibido prestar cualquier cosa, para un uso contrario a las buenas costumbres;

10) art. 2306. - En los contratos de préstamo no se considera legal lo convenido por las partes contratantes, cuando por sus disposiciones afecten la moral.

Sanción de las normas fundadas en las buenas costumbres. - La sanción no es única y como alguien ha recordado; en nuestro derecho oscila:

a) a veces importa la pérdida de una potestad;

b) a veces importa un impedimento a ejercer un cargo;

c) a veces aparea la remoción de un cargo que se viene desempeñando;

d) a veces anula la disposición y,

e) a veces, por último, anula la convención.

18) NORMAS DE TRANSICIÓN.

Generalidades. - El cambio de las normas de Derecho, aparea, si es que en ellas nada se dispone en contrario, el cambio de todas las situaciones Jurídicas existentes.

Más, como el Derecho tiene entre sus fines el de conferir seguridad jurídica, es que se ha reclamado, en todos los lugares y en todos los tiempos, que las situaciones que se forjaron al amparo de las viejas normas no se alteren por la presencia de las nuevas.

Ese reclamo ha sido la causa de las normas de transición. Es decir, cuando unas normas son sustituidas por otras, se establece, en las nuevas, qué disposiciones han de regir las relaciones jurídicas

existentes al producirse el cambio legislativo.

Las normas de transición pueden adoptar, recuerda De Castro y Bravo, dos formas o tipos:

- a) el de disposición especial, contenida en la nueva, ley delimitando su aplicación a las circunstancias creadas por la legislación anterior y,
- b) el de regla amplísima erigida para suplir o prevenir la falta en la nueva ley de la disposición especial transitoria, y que fija, de un modo general, el valor concedido en las nuevas leyes a las situaciones que nacieron al amparo de la ley derogada.

El primer tipo, disposición especial, integra el grupo de las llamadas propiamente disposiciones transitorias.

El segundo tipo, regla general, integra el grupo de las disposiciones sobre la retroactividad.

En el Código Civil tenemos ejemplos de los dos tipos:

- a) los artículos 1787, 1231, 1259 y 2391 son ejemplos del primer tipo y,
- b) el artículo 7 es ejemplo del segundo tipo.

19) DEL REGIMEN DE TRANSICION SEGUIDO POR EL CODIGO CIVIL.

Repetiendo y ampliando los conceptos que expusimos al tratar de la eficacia derogatoria del Código Civil debemos anotar ahora, que Narvaja, en artículos publicados en "La Tribuna", sostuvo que el sistema del Código Civil, en materia de retroactividad, era el siguiente:

I) que, los artículos 1187, 1231, 1259 y 2391 configuraban disposiciones transitorias tendientes a reglar la situación -creada por el tránsito de la vieja legislación a la nueva;

II) que las disposiciones citadas, al decidir sobre las antiguas relaciones de derecho, tenían en cuenta y distinguen dos situaciones:

- a) si la ley vieja era clara y la jurisprudencia anterior cierta y,
- b) si la ley vieja era oscura o dudosa y si la jurisprudencia anterior era incierta.

Cuando la ley antigua era oscura o dudosa o la jurisprudencia incierta, debía seguirse, al juzgar la antigua relación de derecho, las disposiciones del nuevo código: en cambio, si la ley antigua era clara y la jurisprudencia cierta, debía seguirse, al juzgar la antigua relación de derecho, las disposiciones de la ley vieja;

III) que con los artículos 1187, 1231, 1259 y 2391 se quiso evitar el dejar libradas a la doctrina y al arbitrio judicial la solución de las cuestiones transitorias;

IV) que para salvar, en las innovaciones, los derechos adquiridos y hasta las esperanzas legítimas, es que se consignaban los artículos 1187, 1231 y 1259;

V) que la mayoría de las disposiciones del Código Civil carecían de efecto retroactivo, ya que en su casi totalidad eran copia del derecho antiguo o interpretación del mismo. Por tanto, cuando el artículo 2391 prescribía la aplicación de las disposiciones del nuevo, código a los asuntos pendientes, no le daba efecto retroactivo;

VI) que era sólo frente a una ínfima parte de las disposiciones contenidas en el Código Civil -a las puramente derogatorias del antiguo régimen, a las que importaban verdaderas innovaciones- que tenía cabida la cuestión del efecto retroactivo. Y que aún cuando dichas disposiciones constituían la excepción en el plan del Código se había creído conveniente consignar, como así se hizo en el artículo 2391, que ellas dejarían de aplicarse a los asuntos pendientes cuando "en el mismo Código se encuentre prescripción expresa en contrario";

VII) que el artículo 7 del Código Civil importaba pura y simplemente una regla de interpretación para el Juez, que a pesar de las leyes nuevas aisladas o especiales que se dictaren, deberá respetar los efectos que ya tuvieren el estado de derechos adquiridos, toda vez que el legislador no hubiere dicho formalmente lo contrario.

20) DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

Planteamiento de los conflictos de leyes en el tiempo. - En principio toda ley tiene eficacia desde que es puesta en vigor hasta que es derogada y rige todos los hechos ocurridos durante el lapso de su vigencia.

Cuando un hecho jurídico ha nacido y producido todos sus efectos bajo la vigencia de una norma, ningún problema se presenta porque se dicte una nueva norma para tales hechos (hechos pasados o definitivamente cumplidos).

Cuando un hecho jurídico no ha nacido o no ha comenzado todavía cuando la nueva ley entra en vigencia, tampoco se presenta problema alguno porque se dicte una nueva norma para los hechos que habrán de ocurrir en el futuro (hechos futuros).

Pero, en cambio, cuando un hecho nace y comienza a producir efectos bajo una norma y luego debe continuar produciendo efectos bajo una norma sustancialmente distinta, entonces sí se presenta un problema difícil: el de adaptar los preceptos de la ley nueva a las situaciones nacidas al amparo de la ley antigua (hechos pendientes). Diciéndolo de otro modo: para que se presente el conflicto de leyes en el tiempo es necesario estar ante una situación, que nacida con anterioridad a la nueva ley, continúa produciendo sus efectos con posterioridad a la vigencia de dicha ley. Son situaciones que entroncan en el pasado (bajo el imperio de la vieja ley) y se proyectan en el porvenir (cuando ya rige la nueva ley).

Frente a este único caso se pregunta: si la nueva ley debe o no aplicarse incluso a las relaciones jurídicas nacidas bajo el imperio de la antigua ley.

Si les aplicamos la nueva ley aceptamos el principio y la retroactividad; si no les aplicamos la nueva ley aceptamos el principio de la irretroactividad.

A fin de aclarar parte de lo que llevamos dicho pongamos tres ejemplos:

I) la ley vigente fija la mayor edad en los 21 años cumplidos -art. 280 C. Civil. Supongamos que se dicta una nueva ley fijando la mayoría de edad en los 23 años cumplidos. Al entrar en vigencia la nueva ley ¿cuál es la situación de los que teniendo 21 años no alcanza a los 23? Si les aplicamos la nueva ley, si, aceptamos el principio de retroactividad, habrá que decidir que dejaron de ser mayores de edad; si no les aplicamos la nueva ley, si aceptamos el principio de la irretroactividad, habrá que decidir que siguen siendo mayores de edad;

II) dos personas se unieron en matrimonio con anterioridad a la ley número 10.783, del 18 de setiembre de 1946, es decir, en una época en que la mujer, casada era incapaz de ejercer sus derechos por sí sola. Dicha ley dispuso que la mujer y el hombre tienen igual capacidad civil, ¿La ley 10.783 rige la situación de aquellos esposos o sólo se aplica a los casados con posterioridad a su vigencia? ¿La ley 10.783 confirió validez a los actos otorgados por las mujeres casadas antes de la vigencia de dicha ley, actos que eran nulos en razón de su incapacidad?;

III) dos personas celebraron un contrato de préstamo el 1° de mayo de 1954, por el plazo de 10 años y con un interés del 12 por ciento anual. Entra en vigencia el 1° de mayo de 1957 una nueva ley fijando para los préstamos un interés máximo del 10 por ciento anual. ¿Cómo se resuelve la situación? y hasta el 30 de abril de 1964 el préstamo seguirá devengado el interés del 12 por ciento, o el interés se rebajará. al 10 por ciento a partir del 1° de mayo de 1957, o el interés será del 10 por ciento a contar del 1° de mayo de 1957 y el acreedor tendrá que devolver al deudor la diferencia entre el 10 y el 12 por ciento calculada sobre el tiempo que media entre el 1° de mayo de 1954 y el 1° de mayo de 1957?

Cuestiones que deben precisarse previamente.

Antes de continuar conviene detenerse en la consideración de estas dos cuestiones:

a) valor del principio de irretroactividad y; b) carácter del principio de irretroactividad.

21) VALOR DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.

La sanción de la nueva ley pone en juego los siguientes intereses;

I) de un lado razones de seguridad, de libertad civil, de lógica y de equidad, reclamando que se reduzca lo más posible la aplicación en el tiempo de la nueva ley. Si una persona ajustó su conducta a las normas vigentes a fin de que sus actos jurídicos fueran válidos, si al realizarlos cumplió con las disposiciones entonces en vigencia, no debe resultar sancionada como consecuencia de que la nueva ley imponga otros requisitos;

II) del otro lado razones de justicia hacen urgente la aplicación de la nueva ley y su comprensión del mayor número de situaciones. La nueva ley se supone mejor que la antigua y debe, por lo mismo, eliminar

las situaciones que condena.

Concretando, en cuanto al valor del principio de irretroactividad se han sostenido y sostienen los siguientes criterios:

a) para algunos se trata de un principio que no debe ser violado por el legislador, pues se impone por la razón, la justicia y la equidad;

b) para otros se trata de un principio del cual puede y debe separarse el legislador, pues las leyes nuevas, presumiblemente más justas que las abrogadas, no deben verse trabadas en sus alcances por los obstáculos acumulados por las leyes viejas;

c) para otro, por último, se trata de un principio de prudencia. En general, el legislador debe limitarse a legislar para el futuro; pero en casos excepcionales, cuando el interés público así lo exija, el legislador debe extender los efectos de la nueva ley a las situaciones anteriores.

Nosotros compartimos esta tercera posición. El principio de irretroactividad debe tener el valor de un consejo de prudencia para los legisladores y de regla inviolable para los jueces.

El legislador debe cuidarse de no dar retroactividad a las leyes que dicta. El principio de irretroactividad debe ser su norma, pues si con frecuencia se aparta de él aniquila la confianza que los hombres deben tener en el orden jurídico; pero no debe empeñarse en favor de la irretroactividad, pues de hacerlo estanca el Derecho y prolonga las situaciones de injusticia.

A los jueces, en cambio, debe estarles vedado el poder darle retroactividad a las leyes que deben aplicar.

22) CARACTER DEL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD.

Su carácter es variable y corresponde hacer con los ordenamientos jurídicos tres grupos:

I) países donde el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo figura en las constituciones. Tal ocurre en los Estados Unidos y en Méjico. En esos países el principio de irretroactividad obliga por igual a los legisladores y a los jueces y la ley que se dicta con efectos retroactivos es inconstitucional;

II) países donde el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo figura en los códigos civiles, es decir, en una ley ordinaria. Es lo que ocurre en la mayoría de los países que nos son más conocidos. Por ejemplo: en Francia, en Italia, en Portugal, en España, en Chile, en la Argentina y en el Uruguay. En estos países el principio de irretroactividad obliga a los jueces y a los llamados a reglamentar la ley (vale decir, es un principio que rige el proceso de aplicación de la ley); pero no obliga a los legisladores, que pueden apartarse de él siempre y cuando lo juzguen conveniente (es decir, es un principio que no rige en oportunidad de dictarse la ley);

III) países donde el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo no está contenido ni en las constituciones, ni en los códigos civiles, ni en ley alguna. Tal ocurre en Alemania y en Suiza, mas conviene recordar que los redactores de los códigos civiles alemán y suizo dieron el principio por supuesto.

23) ALCANCE Y APLICACION DEL PRINCIPIO CONTENIDO EN EL ARTICULO 7 DEL CODIGO CIVIL.

A esta altura juzgamos útil precisar el alcance que entre nosotros se ha dado al principio sentado en el artículo 7 del C. Civil y recordar las aplicaciones que del mismo se han hecho:

I) dicho artículo se ha entendido, siguiendo a Guillot, como si dijera: "Las leyes no tienen efecto, retroactivo (artículos 2390, 2391 y 2392), salvo que el legislador disponga lo contrario";

II) el principio, dado que está contenido en el Título Preliminar del Código Civil, alcanza, en general, a todas las materias (más adelante veremos las excepciones a la no retroactividad de la ley);

III) el principio obliga al juez y al reglamentador, pero no al legislador. Es decir, se trata de un principio que rige en oportunidad de aplicar la ley, pero no en oportunidad de dictarla;

IV) es un principio que se aplica a los reglamentos, pues éstos se consideran una prolongación de las leyes que les sirven de base;

V) se trata, en general, de un principio de muy difícil aplicación; pero en la práctica, por suerte, esas dificultades suelen verse alejadas debido a que el legislador, cuando dicta una nueva ley, sobre todo si es

de importancia (por ejemplo, cuando sanciona un código), arbitra expresamente la solución, fijando su alcance sobre las situaciones pendientes;

VI) el artículo 7 del C. Civil sienta un principio, el de la irretroactividad de la ley, pero no define lo que debe entenderse por efecto retroactivo. Por ello, cuando la nueva ley no establece el criterio a seguir, corresponde a los jueces resolver el problema de la incidencia de la nueva ley con las situaciones nacidas al amparo de la vieja.

¿Qué criterio debe seguir en tales casos el juez? A darle ese criterio responden las teorías y doctrinas que expondremos de inmediato.

24) DOCTRINAS O TEORIAS RESPECTO A LO QUE DEBE ENTENDERSE POR APLICACION RETROACTIVA DE UNA LEY.

Generalidades. - Hemos visto que para que surgiera el llamado conflicto de leyes en el tiempo era necesario que la vida de una relación tocara "dos momentos diversos en que tengan vigor sucesivamente normas de contenido sustancialmente distinto" (De Ruggiero).

Cuando eso ocurre se presentan, dice García Maynez, dos cuestiones a resolver:

- a) determinar lo que debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley y,
- b) determinar en que casos debe una ley aplicarse retroactivamente.

Para resolver la primera, cuestión -que está llena de dificultades- los juristas han entendido que debían seguirse un criterio teórico y sistemático "que reduzca a unidad orgánica las decisiones particulares y proporcione al Juez una norma directiva cuando la ley no contenga el criterio de transición o no lo contenga de modo suficiente" (De Ruggiero).

He ahí el origen de una serie de teorías que sólo tienen de común, en la mayor parte de las veces, el hecho de que porten de la idea, de que el Juez no debe dar efecto retroactivo a las leyes.

25) AGRUPAMIENTO DE LAS DOCTRINAS.

Es muy difícil poderlas agrupar. La dificultad proviene de que los autores, aún aquellos que decididamente se adhieren a determinada doctrina, suelen hacerlo con tales reservas que resulta penoso, al final, saber si se trata aún de la teoría a que han manifestado afiliarse o de otra totalmente distinta.

Con todo, podemos decir, que los agrupamientos más generalizados son los siguientes:

- I) hay autores que las agrupan en doctrinas clásicas y en doctrinas modernas;
- II) hay autores que las agrupan en doctrinas del derecho adquirido y en doctrinas del hecho jurídico realizado y,
- III) hay autores, por último, que las agrupan en doctrinas subjetivas y en doctrinas objetivas.

Doctrinas clásicas, y modernas. - Los autores que admiten esta clasificación, enseñan:

- 1) que por doctrinas clásicas debe reconocerse a aquellas que parten del postulado de que ha de diferenciarse el pasado en el sentido temporal y el pasado en el sentido jurídico;
- 2) que por doctrinas modernas debe reconocerse aquellas que parten del postulado de que entre el pasado jurídico y el pasado temporal no hay diferencias.

Doctrinas del derecho adquirido y del hecho jurídico realizado. - Los autores sostenedores de esta clasificación, enseñan:

I) que por doctrinas del derecho adquirido debe reconocerse a todas aquéllas que admiten que los derechos adquiridos deben ser respetados por la nueva ley que los desconoce o los regula de manera distinta;

II) que por doctrinas del hecho jurídico realizado debe reconocerse a todas aquéllas que parten del principio de que la nueva ley no puede regular los hechos ya realizados bajo la ley antigua.

Doctrinas subjetivas y objetivas. - Quienes sostienen esta clasificación, enseñan:

- I) que por doctrinas subjetivas debe tenerse a todas aquéllas que resuelven el problema de la retroactividad atendiendo a la forma en que la nueva ley afecta la situación de los individuos por ella alcanzados;
- II) que por doctrinas objetivas debe tenerse a todas aquéllas que resuelven el problema diciendo que la ley nueva debe tomar en consideración los hechos del pasado.

26) REAGRUPAMIENTO DE LAS DOCTRINAS

Prescindiendo de diferencias -a veces grandes, pero otras muchas veces de simples matices- podemos afirmar:

I) que entre las doctrinas llamadas clásicas, del derecho adquirido y objetivas, no hay mayores diferencias y responden, en lo fundamental, a las mismas ideas:

II) que entre las doctrinas llamadas modernas, del hecho jurídico realizado y objetivas, no hay mayores diferencias y responden, en lo fundamental, a las mismas ideas.

27) DE QUIENES HAN SOSTENIDO UNA DE LAS DISTINTAS DOCTRINAS.

Previa advertencia de que son muchas las diferencias que separan a los autores que colocamos como sosteniendo una misma doctrina o grupo de doctrinas, podemos decir:

I) que las ideas en que se inspira la tendencia integrada por las doctrinas clásicas, del derecho adquirido y subjetivas, han sido sostenidas por Blondeau, Medín, Savigny, Demolombe, Huc, Laurent, Zachariae, Baudry-Lacantinerie, Lasalle, Gabba, Aubry y Rau, Bonnacase, García Maynez, Valverde y Valverde;

II) que las ideas en que se inspira la tendencia integrada por las doctrinas modernas del hecho jurídico realizado y objetivas han sido sostenidas por Chironi, Vareilles-Sommières, Affolter, Roubier, Windscheid, Dernburg, Coviello, Planiol, Colin y Capitant, Carnelli.

28) DOCTRINAS CLÁSICAS, DEL DERECHO ADQUIRIDO Y SUBJETIVAS

Planteo, distinciones y postulado. - Para resolver el problema de la retroactividad atienden a la forma en que la nueva ley afecta la situación de los individuos.

Separan el pasado en el sentido temporal o cronológico o físico (según el cual puede distinguirse claramente el pasado, el presente y el futuro, siendo pasado todo lo que ya no es presente), del pasado jurídico (en el cual no siempre es posible separar el pasado, el presente y el futuro, ya que hay situaciones jurídicas que entroncan en el pasado y se proyectan en el presente y en el futuro).

Atendiendo al grado de efectividad de los derechos, distinguen entre lo que llaman derechos adquiridos, meras expectativas y facultades legales no ejercidas.

Derechos adquiridos: son todos los que han entrado en nuestro patrimonio y forman parte de él.

Meras expectativas: son las esperanzas aún no realizadas.

Facultades legales no ejercidas: son los actos simples revocables.

Los autores que admiten las distinciones y postulado que hemos expuesto, concluyen afirmando: que se aplica retroactivamente una ley siempre y cuando con esa aplicación se destruye o lesiona un derecho adquirido bajo el imperio de una ley anterior; que en cambio, no se aplica retroactivamente una ley, cuando de esa aplicación sólo resulta aniquilada o lesionada una mera expectativa o una facultad legal no ejercida.

Ejemplo: la ley vigente dispone que el hermano hereda al hermano, tratándose de sucesiones intestadas, a falta de descendientes, ascendientes legítimos o cónyuge -art. 1027-. Se dicta una ley, que suponemos lleva el número 13.000, que entra en vigencia el 1º de julio de 1957 y en la que se dispone: que cuando un sujeto fallece intestado y no deja descendientes, ni ascendientes legítimos, ni cónyuge, su herencia pasará al Estado. Una persona, llamada Diego, tenía dos hermanos, Juan y Pedro. Supongamos que Juan falleció el 5 de mayo de 1957 y Pedro el 8 de julio de 1957.

Si ambos fallecieron intestados, sin descendientes, ni ascendientes legítimos, ni cónyuges, resultará: Diego retendrá la herencia de Juan, pues al entrar en vigencia la ley número 13.000 aquella herencia ya había ingresado efectivamente en su patrimonio (derecho adquirido); en cambio, Diego no recibirá la herencia de Pedro, pues a ella sólo tenía una expectativa, una esperanza no realizada, en función de lo que se disponía en el Código Civil,

En conclusión el principio de irretroactividad conduce: a que la nueva ley no sea aplicada a la herencia de Juan, pues aplicarla sería darle efecto retroactivo; pero aquél principio no obsta a que la nueva ley sea aplicada a la herencia de Pedro, pues aplicarla no importa darle efecto retroactivo.

Críticas. - La doctrina expuesta presenta algunos puntos vulnerables. Por ejemplo:

- a) es impotente a dar una solución armónica;
- b) deja de responder a la cuestión de cuándo hay retroactividad, para plantear el problema de cuándo hay derecho adquirido y cuándo simple esperanza no realizada;
- c) da entrada a una expresión absurda, pues no hay derecho subjetivo que no sea adquirido;
- d) es poco menos que imposible ponerse de acuerdo sobre el criterio diferencial entre derecho adquirido y meras expectativas y en cuanto a las deducciones a extraerse de las diferencias que se les atribuyan y,
- e) no es verdad que haya diferencias entre el pasado temporal y el jurídico.

Virtudes: ostenta el mérito de una gran simplicidad, si bien más aparente que real.

Nuevas tendencias. - Sin apartarse, en lo fundamental, del postulado de las doctrinas expuestas, empezaron a surgir, desde hace más de un siglo, ciertas tendencias que importan variantes, a veces más terminológicas que de fondo, a las doctrinas mencionadas.

Esas nuevas tendencias son innumerables y deseamos todo intento de examinarlas en estos apuntes.

Con el doctor Carnelli podríamos decir: que son tantos y tan profundos los antagonismos que ofrecen, que resulta mayor la diferencia entre los extremos de las de la misma escala que la semejanza entre cada una de ellas y las respectivas escuelas colindantes.

Nos limitaremos a señalar:

- a) las discrepancias en cuanto a la idea a tenerse de lo que es un derecho adquirido, y
- b) la posición de dos autores, Savigny y Bonnecasse, que aunque integrantes de la enorme falange de los juristas partidarios de las doctrinas que venimos exponiendo, se han separado de ellos en aspectos fundamentales.

Discrepancias, en cuanto al concepto a tenerse de los derechos adquiridos:

I) para algunos es derecho adquirido todo el que deriva de un negocio jurídico perfeccionado bajo una ley y cuyas consecuencias o efectos no están totalmente consumados al advenimiento de otra ley (Reinhardt y Spangenberg);

II) para otros es derecho adquirido el que se ha adquirido de un modo irrevocable y proviene de un hecho concreto, háyanse o no verificado todos sus efectos a la fecha del advenimiento de la nueva ley (Bergmann)

III) no faltan autores para quienes son derechos adquiridos los que se han hecho una propiedad del que los ejercita e integran su patrimonio particular (Meyer y Merlin);

IV) hay autores, por último, para los cuales son derechos adquiridos los derechos concretos que integran nuestro patrimonio y procedan de un hecho idóneo, vale decir, hábil para producirlo según la ley vigente cuando el hecho se consumó (Gabba).

Posición de Savigny y de Bonnecasse.

Savigny.

Después de distinguir los derechos adquiridos de las meras expectativas y de las facultades abstractas, distribuyó las leyes en dos categorías:

- a) en normas concernientes a la adquisición de los derechos;
- b) en normas concernientes a la existencia o inexistencia de los derechos.

Las primeras, las que regulan la adquisición de los derechos, no son retroactivas, pues ello es imprescindible para crear seguridad a las relaciones jurídicas.

Las segundas, las que regulan la existencia o inexistencia de los derechos, deben ser retroactivas, pues ello es imprescindible a bien de que desaparezcan las situaciones contrarias al nuevo ordenamiento jurídico.

Bonnecasse.

Considera este autor que la noción de derecho adquirido es demasiado estrecha y que sólo tiende a reconocer determinadas facultades en provecho de los particulares.

Por ello trata de sustituirla por una noción más amplia, que permita al derecho privado cumplir sus fines.

Para ello Bonnacase recurre a la noción de las situaciones jurídicas.

Para él las situaciones jurídicas pueden ser concretas o abstractas.

Las primeras reemplazan los derechos adquiridos; las segundas reemplazan las meras expectativas.

Una ley es retroactiva si modifica o extingue una situación concreta; no lo es, en cambio, cuando modifica o extingue una situación abstracta.

García Maynez se afilia, en lo fundamental, a la tesis de Bonnacase. De García Maynez extraemos lo necesario para fijar lo que debe entenderse por situaciones jurídicas, por situación jurídica, abstracta y por situación jurídica concreta.

Situación jurídica: la manera de ser de cada uno, relativamente a una regla de derecho o a una situación Jurídica.

Situación jurídica abstracta: es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada. Por ejemplo una ley rebaja entre nosotros la mayoría de edad a los 18 años. Todos los que no tienen aún 18 años si, encuentran, frente a la nueva ley, en una situación jurídica abstracta. Al cumplir los 18 años su situación jurídica abstracta se transforma en definitiva.

Situación jurídica concreta: es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o un hecho Jurídico, que pone en juego, en su provecho, las reglas de una institución jurídica, e ipso facto le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución. Por ejemplo: la ley antigua fija la mayoría de edad en los 21 años y la ley nueva en los 25. El que al entrar en vigencia la nueva ley tiene más de 21 años y menos de 25, no vuelve a ser menor hasta los 25 años, a pretexto de que la nueva ley retarda la iniciación de la mayoría.

De como se entendería el artículo 7 del C. Civil según las doctrinas clásicas, del derecho adquirido y subjetivas.

Entendiendo que cuando dice "las leyes no tienen efecto retroactivo" quiere decir "las leyes no deben lesionar los derechos adquiridos". Vale decir, al aplicar la nueva ley no deben modificarse o aniquilarse los derechos adquiridos.

Puede anotarse que nuestra jurisprudencia tiene admitido:

I) que el principio sentado en el artículo 7 del C. Civil guarda relación con los derechos adquiridos, pero no con las meras expectativas;

II) que por derechos adquiridos debe entenderse a los que han entrado a integrar nuestro patrimonio;

III) que para que haya retroactividad en la aplicación de una ley se requiere: que mude el pasado, que lo mude en perjuicio de los individuos a quienes la ley se refiere y que lesione un derecho adquirido por ellos.

29) DOCTRINAS MODERNAS DEL HECHO JURIDICO REALIZADO Y OBJETIVAS.

Planteo, distinciones y postulado. - Para resolver el problema de la retroactividad debe atenderse, únicamente al momento en que la nueva ley entre en vigencia.

Para los partidarios de estas escuelas el pasado cronológico y el pasado jurídico son una misma cosa.

Cuando se dicta una ley -si es que no se le ha dado efecto retroactivo, ni señalado momento especial de entrada en vigencia- ella empezará a regir a los diez días de su publicación (o de su promulgación, para otros) y se aplicará a todos los hechos que sobrevengan desde su entrada en vigencia en adelante, pero será inaplicable a los hechos verificados o que debieron verificarse con anterioridad a su entrada en vigor.

El jurista debe investigar si el hecho se cumplió bajo la ley vieja o bajo la ley nueva. Si el hecho se cumplió bajo la ley antigua, no puede ser regido por la nueva ley; si el hecho se cumplió bajo la ley nueva, no puede ser regido por la antigua ley.

Por ejemplo: se dicta entre nosotros una ley suprimiendo el derecho de propiedad de los aviones. Conforme a las doctrinas que venimos exponiendo esa nueva ley se aplicará desde que entre en vigencia y aún contra los que en la actualidad son dueños de aviones. Entendámonos, a los actuales propietarios de aviones no se les privará de los beneficios que obtuvieron de ellos; pero desde el día que la nueva ley entra en vigencia se les privará de los aviones que posean.

La ley antigua rige los fenómenos jurídicos cumplidos hasta el momento de entrada en vigencia de la

ley nueva y ésta los fenómenos jurídicos cumplidos con posterioridad a su entrada en vigor.

Para los partidarios de estas escuelas el principio de irretroactividad queda reducido: a que la ley nueva no afecta a los hechos verificados bajo una ley anterior.

Críticas: muchas veces es difícil desentrañar si el hecho motivo de la controversia se realizó o no bajo la ley antigua.

Virtudes: ofrece un criterio seguro y con frecuencia bastante claro.

Nuevas tendencias. - Son muchas: unas que toman en cuenta las relaciones jurídicas (tendencia de Windscheid); otras que toman en cuenta los hechos jurídicos (tendencia de Vareilles-Sommières, de Planiol, de Colin y Capitant y de Chironi); otras que sólo someten al imperio de la nueva ley los hechos totalmente nuevos; otras, por último, que someten al imperio de la nueva ley los hechos futuros siempre y cuando no sean consecuencia inmediata y directa de hechos cumplidos bajo la vieja ley.

De como se entendería el artículo 7 del C. Civil según las doctrinas modernas, del hecho jurídico realizado y objetivas.

El principio sentado en el artículo 7 significa, en puridad, para estas doctrinas

a) que la nueva ley no puede aplicarse, de modo que entre a regular hechos pasados y,

b) que la nueva ley no puede tampoco aplicarse, aunque sea en el futuro, en forma que altere los efectos ya producidos de un hecho anterior.

Doctrina de Vareilles-Sommières.

Entre los autores partidarios de las escuelas modernas del hecho jurídico realizado y objetivas, citamos en su oportunidad a Vareilles-Sommières.

Desde que nos hemos limitado a sintetizar, en forma por demás general, estas doctrinas, podríamos prescindir de referirnos en particular a alguno de sus sostenedores.

Pero hay uno de ellos, Vareilles-Sommières, cuya doctrina inspiró un fallo de nuestra Alta Corte de Justicia.

Por ello nos detendremos un poco sobre su doctrina. Este jurista francés hizo pública su doctrina en 1893, llevando un embate decisivo a los fundamentos de la doctrina clásica.

Distingue dos tipos de hechos: los que nacen y se agotan bajo una misma órbita legal; los que no se agotan dentro de una misma órbita legal.

Hechos que nacen y se agotan, bajo una misma órbita legal. - Si la ley penetra en el pasado para alterar los efectos ya cumplidos de un hecho o acto anterior, es retroactiva. Así, por ejemplo: la ley que elevando, entre nosotros, a 25 años la mayoría de edad les quitara validez a los actos localizados por quienes estaban entre los 21 y los 25 años, sería retroactiva.

Hechos que no se agotan dentro de una misma órbita legal. - Hace con ellos esta distinción:

I) cuando la nueva ley suprime o modifica para el futuro un derecho nacido en razón de un hecho pasado, es también retroactivo. Así, por ejemplo: la ley que entre nosotros hiciera perder valor a los reconocimientos de hijos naturales verificados en testamento cerrado otorgados en época en que la ley, autorizaba a ello, sería, retroactiva;

II) cuando la nueva ley suprime o modifica para el futuro un derecho, no en razón de un hecho pasado, sino en consideración a los inconvenientes que ofrece ese derecho en sí mismo, no hay retroactividad. Como ejemplo de esto último recordaremos el caso que dio lugar a que entre nosotros se aplicara, sin nombrarla, la doctrina de Vareilles-Sommières. El caso está publicado en la Colección Abadie-Santos, tomo I, número 173.

Los estudiantes de notariado estaban antes obligados a efectuar práctica de protocolo, fuera de la Facultad, durante el plazo de dos años. La ley número 2503, del 13 de julio de 1897, obligó a acreditar esa práctica mediante comunicaciones trimestrales dirigidas a la Secretaría de la Alta Corte de Justicia. Un aspirante a notaría había hecho práctica de protocolo desde el 25 de junio de 1896 hasta el 1º de febrero de 1903 y presentó como prueba de esa práctica los certificados de iniciación y término de ella; pero no se habían pasado las comunicaciones trimestrales. Llegó el momento de decidir sobre la validez de esa práctica. El estudiante sostuvo: que cuando entró en vigencia la ley número 2503 él ya había comenzado la práctica y estaba, por consiguiente, bajo el régimen de una ley que le daba derecho a probarla en la forma entonces permitida y que obligarlo a probar mediante comunicaciones trimestrales importaba darle retroactividad a la ley del 13 de julio de 1897. El fiscal don Juan Gil -y la Corte en fallo del 30 de junio de

1908, si bien con discordias- sostuvo:

- a) que la práctica anterior a la vigencia de la ley numero 2503 podía probarse con los certificados; pero la posterior a la vivencia de dicha ley sólo podía probarse con las comunicaciones trimestrales;
- b) que no era exacto que se diera con ello retroactividad a la ley del 13 de julio de 1897, pues la ley no iba a buscar en el pasado un hecho nuevo, ella lo encontraba en el presente y,
- c) que en el caso la ley sólo afectaba la situación futura a su creación y la afectaba precisamente en consideración a ella misma y no por un hecho pasado.

30) VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS DOCTRINAS Y CONCLUSIONES.

Valoración crítica:

- I) en cuanto a las doctrinas clásicas del derecho adquirido y subjetivas, cabe decir:
 - a) que si antes fueron prestigiosas hoy están siendo abandonadas por su ineficacia;
 - b) que al tener que excluir ciertas situaciones de los efectos retroactivos, han estirado tanto, unas veces, y recortado tanto, otras, el concepto de derecho subjetivo, "que en nada se parece ya al término técnico utilizado normalmente por la ciencia jurídica" (De Castro y Bravo);
- II) en cuanto a las doctrinas modernas, del hecho jurídico realizado y objetivas, cabe decir:
 - a) que parece que en ellas estuviere contenida la solución del derecho intertemporal;
 - b) que cabe reprocharles que empleen un concepto básico (hechos o situaciones) de tal extensión e indeterminación, que, "para ser utilizado es preciso una serie de cortes y recortes, y hasta moldear, en cada caso un especial ad hoc de la unidad conceptual" (De (Castro y Bravo).

Conclusiones:

Juzgamos que pueden sentarse las siguientes conclusiones:

- I) el principio del artículo 7 del C. Civil, por su generalidad y porque la expresión retroactividad es equívoca, sólo puede servir, como dice De Ruggiero, para indicar la dirección que debe seguirse para regular la transición de una norma antigua a una nueva;
- II) que ninguna doctrina puede dar una solución general, hábil para resolver todos los problemas del derecho intertemporal, puesto que las soluciones a darse dependerán, en definitiva, de múltiples factores, entre los cuales pueden contarse: la naturaleza de los institutos, la estructura especial de cada relación y la posición liberal o conservadora de los magistrados;
- III) que los problemas del derecho intertemporal deben resolverse caso a caso. atendiendo a las formas que integran cada ordenamiento jurídico;
- IV) que toda ley innovadora, máxime cuando reviste cierta importancia, debiera estar acompañada de su correspondiente disposición transitoria.

31) EXCEPCIONES A LA NO RETROACTIVIDAD DE LA LEY.

En su oportunidad dijimos, siguiendo a García Maynes, que al estudiar los límites de la ley con relación al tiempo se imponía resolver dos cuestiones:

- a) determinar lo que debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley y,
- b) fijar los casos en que una ley debe aplicarse retroactivamente, es decir consignar las excepciones al principio de irretroactividad de la ley.

La primera cuestión ya la vimos y resta ahora consignar algunas precisiones sobre la segunda.

Los Mazeaud, en un libro muy reciente, enumeran y estudian en forma muy clara y sintética las excepciones a la no retroactividad de la ley.

Enumeran cuatro casos de excepción. Ellos se dan entre nosotros y no son otros que los siguientes:

- I) cuando el legislador le ha dado expresamente retroactividad. - La doctrina y la jurisprudencia nacional tienen admitido:
 - a) el principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo, sentado en el artículo 7 del C. Civil, no se impone al legislador, pudiendo éste dictar leyes con efecto retroactivo;
 - b) la retroactividad puede disponerla el legislador, tanto en forma expresa (diciendo, por ejemplo, que

esa ley tendrá efecto retroactivo), como en forma tácita (atribuyéndole, por ejemplo, efecto retroactivo, pero sin decirlo);

c) el principio de no retroactividad se impone a los que deben aplicar la ley (jueces y encargados de reglamentarla);

d) cuando el legislador no ha expresado en la ley su voluntad de darle efecto retroactivo, se impone, a los que deben aplicarla, interpretar el silencio de los autores de la ley en el sentido de que se han conformado con la regla del artículo 7 del C. Civil (no retroactividad);

e) en cuanto a si cabe o no presumir que a una ley se le ha dado efecto retroactivo, no hay acuerdo entre nosotros:

A) para algunos no puede presumirse que una ley tiene efecto retroactivo, pues la voluntad expresa del legislador es la de que no haya retroactividad. La derogación al artículo 7 del C. Civil debe ser clara, inequívoca y surgir de la misma ley (criterio de De María);

B) para otros en cambio, la intención derogatoria de la regla del artículo 7 del C. Civil debe buscarse, ante todo, en la letra o en el espíritu de la nueva ley; pero si de ellos no surge claramente, puede deducirse de las circunstancias que la han precedido y de lo que surja de los trabajos preparatorios (opinión de A. Véscovi);

II) **cuando se trata de leyes interpretativas.** - No es que corresponda afirmar, entiéndase bien; que las leyes interpretativas son retroactivas. No hay, cuando de leyes interpretativas se trata, una cuestión de retroactividad. Lo que ocurre es, simplemente, que la ley interpretativa y la interpretada forman una sola y única ley. La ley interpretativa no es otra cosa que una explicación de la interpretada.

Es frecuente que el legislador pretextando dictar una ley interpretativa dicte una retroactiva. Mas, cuando de la ley no surge claro su carácter, corresponde a los jueces decidir sobre su naturaleza. En esta tarea deben los jueces ser muy restrictivos, reconociendo únicamente como interpretativas a las leyes que fuera de toda duda tienen ese carácter.

Recuérdese, por último, que si bien la interpretación legislativa tiene "efecto desde la fecha de la ley interpretada", no puede "aplicarse a los casos ya definitivamente concluidos" -art. 13 C. Civil.

III) **cuando se trata de leyes de procedimiento y de organización judicial.** - Las leyes de organización judicial, las que limitan o amplían los recursos y las que reducen los términos judiciales, se aplican de inmediato, aún a los procesos en trámite, pues ellas no lesionan ningún derecho y, por el contrario, como cabe presumir que son más perfectas, contribuyen a facilitar la acción de los litigantes.

Los actos de procedimiento anteriores, los llevados a cabo de conformidad con la ley vieja, son válidos.

El criterio que se deja expuesto ha sido admitido por nuestra jurisprudencia, fundándolo: ya en la doctrina más recibida, ya en el artículo 1360 del Código de Procedimiento Civil;

IV) **cuando se trata de leyes penales.** - El sistema de retroactividad de la ley penal se rige por principios que no son los del artículo 7 del C. Civil.

En materia penal, tenemos:

A) la ley que crea nuevos delitos o establece una pena más severa sólo es aplicable con posterioridad a su vigencia -art. 15 del C. Penal (en esto es igual a la ley civil); pero se diferencia de la ley civil en que ésta, por voluntad del legislador, puede ser retroactiva en sus efectos y en cambio, la ley penal, cuando crea nuevos delitos, no puede ser nunca retroactiva, porque se opone a ello el artículo 10 de la Constitución cuando dispone que "ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la Ley, ni privado de lo que ella no prohíbe";

B) la ley penal que suprime delitos existentes o disminuye la pena de los mismos, se rige por el principio de benignidad de la ley penal, si bien atemperado. Dispone, en efecto, el artículo 15 del Código Penal: "Cuando las leyes penales configuran nuevos delitos, o establecen una pena más severa, no se aplican a los hechos cometidos con anterioridad a su vigencia. Cuando se suprimen, en cambio, delitos existentes o se disminuye la pena de los mismos, se aplican a los hechos anteriores a su vigencia, determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso, y sólo la modificación de la pena, en el segundo, en cuanto no se hallare ésta fijada por sentencia ejecutoriada".

32) LIMITES DE LA LEY CON RELACION AL ESPACIO.

Generalidades. - El Derecho Internacional Privado se ha independizado, en gran parte, del Derecho Civil y es base en nuestra Facultad de un curso especial. En razón de lo expuesto nos será suficiente el exponer ahora algunas breves nociones, las indispensables para poner en evidencia como surge la cuestión de los llamados conflictos de leyes en el espacio.

Con anterioridad hemos visto que toda ley tiene un ámbito temporal de vigencia y que los problemas relacionados con la aplicación de leyes que tenían diferente ámbito temporal de vigencia solían llamarse conflictos de leyes en el tiempo.

Más, toda ley tiene, también, un ámbito especial de vigencia y a los problemas relacionados con la aplicación de leyes que tienen diferente ámbito especial de vigencia suele llamárseles, por imitación, conflictos de leyes en el espacio (otros le llaman concurrencia de leyes en el espacio).

La diversidad legislativa y jurisdiccional entre los distintos Estados hacen imprescindible la existencia de principios que determinen la competencia de esas distintas leyes o jurisdicciones.

Las normas que forman nuestro derecho positivo han sido sancionadas por decisión exclusiva de nuestras autoridades y tienen por finalidad el dar satisfacción a nuestras necesidades. Tales normas sólo tienen vigencia en nuestra sociedad, sólo regulan las relaciones jurídicas nacionales. Por ejemplo: un uruguayo compra mi campo ubicado en el departamento de Florida. Esa relación es nacional, pues está exclusivamente integrada con elementos nacionales y bastarán a regirla las disposiciones de nuestro Código Civil.

Pero ocurre que las sociedades nacionales no viven aisladas y que a diario se interpenetran por distintos factores. Ejemplos: un uruguayo compra una casa ubicada en Italia o contrae matrimonio en Suiza. La relación que se crea por la compra de la casa en Italia o por el matrimonio celebrado en Suiza, afecta a más de una sociedad. No se trata ya de una relación nacional, como lo era la compra por un uruguayo de un campo ubicado en el departamento de Florida, sino de una relación extranacional pues intervienen en ella elementos extranjeros.

El Derecho Internacional Privado tiene por función proveer de derecho privado a las relaciones jurídicas extranacionales. Trata, para decirlo de otra manera, de uniformar los criterios de solución para delimitar la competencia legislativa y jurisdiccional de los distintos Estados sobre las relaciones jurídicas internacionales.

Las normas de conflicto del Derecho Civil, es decir, las disposiciones del Código Civil uruguayo en materia de Derecho Internacional Privado, no son otras que las siguientes: artículos 3, 6, 36, 101, 102, 103, 104, 130, 382, 453, 828, 829, 1579, 2324 y 2393 a 2405.

No debe olvidarse que los artículos 4 y 5 del Código Civil fueron derogados por la ley número 10.084 del 3 de diciembre de 1941, ley incorporada como apéndice del Título Final de dicho código (arts. 2393 a 2405).

En nuestro país, como lo recordarán todos los que han cursado Derecho Internacional Privado se han celebrado dos congresos muy importantes:

I) Primer Congreso de Montevideo de 1888-1889, del cual surgieron ocho Tratados, entre ellos uno de Derecho Civil Internacional. Dichos Tratados entraron en vigencia en 1892 y han sido ratificados por varias naciones;

II) Segundo Congreso de Montevideo de 1939-1940, del cual surgieron también ocho Tratados, entre ellos uno de Derecho Civil Internacional. Dichos Tratados no han entrado todavía en vigencia.

Las disposiciones de la ley número 10.084 recogen y condensan la doctrina que inspira los Tratados de 1888-1889 y de 1939-1940.

Concretando; para terminar, podemos decir que las disposiciones del Código Civil uruguayo en materia de Derecho Internacional Privado, tienden, fundamentalmente:

a) a dar amparo y solución a las relaciones jurídicas que nacen o se desenvuelven en más de un Estado;

b) a eliminar toda discordancia entre la codificación civil uruguaya en materia de Derecho Internacional Privado y los Tratados internacionales suscritos por la República en 1888-1889 y 1939-1940;

c) a suprimir toda diferencia de solución fundada en el hecho de que con algunos países el nuestro tu-

viere vínculos convencionales y con otros no los tuviere. En otros términos, después de la ley número 10.084 la mayor parte de las relaciones jurídicas extranacionales tienen igual solución, ya provengan de países signatarios de los Tratados de 1888-1889 y 1939-1940 o de países no signatarios.

33) LECTURAS RECOMENDADAS PARA EL CAPÍTULO V

De Castro y Bravo, ob. cit., t. 1; Castán Tobeñas, ob. cit., t. 1; Josserand, ob. cit., t. 1, vol. 1; De Ruggiero, ob. cit., t. 1; Claro Solar, ob. cit., t. 1; Mazeaud (Henri, León y Jean), "Leçons de Droit Civil", t. 1; García Maynez, ob. cit., t. II; Lagarmilla, Eugenio J., ob. cit.; Guillot, ob. cit., t. 1; De María, ob. cit., vol. I; Gallinal Rafael, ob. cit., t. 1; Sayagués Laso, E. ob. cit., t. 1; Mourigán Julio César, "Revista de Derecho Público y Privado, t. 14, p. 323; Araújo, Arias Barbé, Cestau y López, ob. cit., notas al artículo 1; Pérez Fontana, Sagunto, Revista Sociedades Anónimas, año XI, Nº 124, p. 387; Supervielle, Bernardo, "El orden público y las buenas costumbres", en La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, año 54, p. 186 y "Retroactividad de las leyes tributarias", en Segunda Convención Nacional de Abogados; Narvaja, Tristán, "La Nación tiene Código Civil"; Memoria. "Deberes y facultades del Poder Judicial en presencia de los nuevos Códigos"; Jiménez de Aréchaga, E. ob. cit.; Véscovi, E., ob. cit.; Vaz Ferreira, E., ob. cit., Rompani, S. I., ob. cit.; Carnelli, Lorenzo, "Los derechos adquiridos", en La Ley, t. 11, Sec. doctrina; Alfonsín Quintín, "Teoría del Derecho Privado Internacional"; exposición de motivos del doctor Alvaro Vargas Guillemette, del 8 de abril de 1940, sobre los artículos 2393 a 2405 del C. Civil; Correa Meyer, Russomano, Gilda Maciel, "Conflictos de leis no espaço", en Estudios Jurídicos, en memoria de Eduardo J. Couture.