



EL ARTICULO NOVENO DEL CODIGO CIVIL Y LOS EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO. EL CAMBIO LEGISLATIVO

CARLOS ALVAREZ NUÑEZ
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. INTRODUCCION

La regla del artículo 9º, inciso primero del Código Civil, consagra el principio básico en materia de efectos de la ley en el tiempo (“la ley dispone para el futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo”).

A partir del principio que establece el precepto legal recién citado (irretroactividad de la ley) se examinarán las principales cuestiones que suscita esta regla en los casos de cambio de legislación.

El trabajo comprende las cuestiones de mayor trascendencia que surgen de los temas antes enunciados, mirados en la perspectiva de la doctrina y la legislación comparada (en especial, Francia, España y Argentina).

Incluye un estudio general de la ley chilena sobre efecto retroactivo de las leyes (L.E.R.), de sus características y soluciones en aquellos tópicos más relevantes que regulan sus disposiciones, con los aportes de la doctrina y jurisprudencia nacionales.

Finaliza con un resumen y conclusiones acerca de los distintos aspectos que comprende el tema, sin perjuicio de una consideración final en orden a una futura revisión de la actual legislación chilena en esta materia.

2. PRINCIPIO Y VIGENCIA DE LA LEY

Lo normal es que la ley rija y se aplique a los actos que se produzcan desde que ésta entra en vigor (promulgada y publicada mediante su inserción en el

Diario Oficial; arts. 6° y 7° del Código Civil) hasta que cesan sus efectos, por regla general, con su derogación¹.

Hay casos en que la propia ley difiere la época de su entrada en vigencia a una fecha determinada (distinta a la de su publicación en el *Diario Oficial*). Este periodo –que media entre la publicación y su entrada en vigor– se conoce como el de *vacancia de la ley*².

3. LOS EFECTOS DE LA LEY EN EL TIEMPO

Se formula tradicionalmente la siguiente distinción:

a) El *efecto inmediato*: La ley nueva se aplica desde el día de su entrada en vigor a las relaciones jurídicas por nacer en el futuro (pero también alcanza a las nacidas antes y cuyos efectos se producen durante la vigencia de la ley nueva). Ya no se preocupa más de los hechos pasados³;

b) El *efecto retroactivo*: La ley produce efectos antes de su entrada en vigencia; alcanza a hechos o actos ya ocurridos en el pasado (consumados bajo la ley antigua)⁴;

c) *Supervivencia de la ley antigua* (también se conoce como efecto ultra-activo de la ley): La ley no obstante ser derogada continúa rigiendo todas las situaciones nacidas bajo su imperio⁵.

¹ El art. 2° del Código Civil español dispone que "las leyes entrarán en vigor a los 20 días de su completa publicación en el Boletín Oficial del Estado, si en ellas no se dispone otra cosa".

² Se ha entendido que durante el período de vacancia debe continuar aplicándose la ley antigua por cuanto sería la *única ley vigente*, puesto que la nueva no está rigiendo (en este lapso, por tanto, no puede plantearse un conflicto de leyes).

El tema tiene especial relevancia en materia penal, que admite como criterio válido aplicar los preceptos legales nuevos más benignos desde la promulgación de la ley nueva y no de la época de su vigencia. Tal interpretación se sustenta en la regla constitucional del art. 19 N° 3 inciso 7° y art. 18 del Código Penal que utiliza en el vocablo promulgada. Esta solución concuerda con el "espíritu general de la legislación" a que alude el art. 24 del Código Civil que se manifiesta, por ejemplo, en los arts. 99 y 100 del Código Penal, entre otros. El principio mencionado, por lo demás, es aceptado y reconocido universalmente.

³ Es el verdadero sentido y alcance que tiene el efecto inmediato de la ley.

⁴ Se incluyen los hechos o actos pasados ya *extinguidos* (un pago válidamente efectuado bajo la ley antigua que la ley nueva declare ineficaz).

⁵ Sobre la eficacia de las normas derogadas (supervivencia de la ley antigua) cabe señalar lo siguiente: por el efecto inmediato de la ley nueva las situaciones en curso, pendientes a la época de su entrada en vigor, se deberían someter a las disposiciones de esta última. No obstante, el principio de supervivencia de la ley antigua conduce a que tales situaciones sigan rigiéndose por la antigua. Esto significa que las *leyes derogadas* poseerían, entonces, una eficacia normativa ulterior a su derogación puesto que coexistirían con la ley nueva durante cierto período.

Para Roubier el principio de supervivencia de la ley antigua se aplica "donde la intención del legislador sería bastante clara o que debería ser presumida conforme a la naturaleza de las cosas". Lo acepta en los contratos patrimoniales (*en particular aquellos que aún no se han cumplido o que se cumplan en el tiempo*), en que "quedan excluidos el efecto inmediato y el efecto retroactivo" (*Le droit transitoire. Conflits des lois dans les temps*; París, 1960, págs. 178-180).

Lo normal es el efecto *inmediato* de la ley. Es excepcional que la ley nueva produzca efectos antes de su publicación y vigencia y, del mismo modo, que prosigan los efectos de una ley que ha sido derogada.

La prevalencia del efecto inmediato se funda en que si el legislador dicta una ley nueva es porque quiere innovar o modificar la situación existente y, por consiguiente, lograr cuanto antes su plena aplicación; ello favorece claramente *la unidad* de la legislación aplicable respecto de una misma materia o institución, despejando las incertidumbres y dificultades que ocasiona *la dualidad* de legislaciones. Se añade además, que toda nueva ley realiza un progreso respecto de la antigua y que parece razonable someter a su imperio todas las situaciones jurídicas preexistentes. Por ejemplo, sería deplorable que el estatuto legal de los contrayentes fuese diferente si el matrimonio se hubiese celebrado antes o después de la vigencia de la nueva ley de matrimonio civil N° 19.947 de 17 de mayo de 2004.

Con todo, por otro lado, habrá otros que persistirán en la conservación de la antigua ley, o sea, quienes lo hicieron al amparo de la ley anterior⁶.

En otras palabras, el dilema consistirá en decidir hasta dónde se admitirá que profundice la ley nueva y hasta dónde mantendrá sus raíces la antigua.

4. EL CAMBIO LEGISLATIVO. PROBLEMAS QUE PLANTEA

Los problemas del cambio legislativo se presentan entre la ley nueva y la antigua porque existen hechos que se encuentran en el límite de la aplicación de ambas leyes. Por ejemplo, la prescripción que ya ha comenzado a correr, cuando sobreviene una nueva ley que alarga o acorta los plazos ¿qué ley se aplicará? ¿Se

Hay quienes sostienen que en ocasiones como éstas "el sistema jurídico permite temporalmente y de manera excepcional la aplicación de normas que *ya no están vigentes*, esto sería posible porque la derogación no afecta la *pertenencia* de un precepto a un sistema jurídico determinado, *sino su vigencia*" (Carla Huerta Ochoa, "Artículos transitorios y derogación", *Boletín mexicano de Derecho Comparado*, septiembre-diciembre, 2001, pág. 817).

⁶ Roubier señala que frente al problema de los efectos de la ley y el cambio legislativo dos soluciones son posibles: admitir que las situaciones en curso al momento del cambio quedan sometidas aún respecto de sus efectos futuros a la ley anterior (supervivencia de la ley antigua), o bien que ellas quedan sometidas a la ley nueva desde el momento de su entrada en vigencia (efecto inmediato de la ley nueva), agrega que ambas hipótesis son concebibles en la legislación. Sin embargo, lo que a su juicio en principio es condenable es el *efecto retroactivo* en la ley nueva, *porque no es esta una manera de solucionar los conflictos del cambio legislativo*. Estima que en el efecto retroactivo *no hay un tercer medio* de acción de la ley que el legislador pueda utilizar, sino por el contrario, hace ver que la razón y la experiencia la desaconsejan (en los casos excepcionales que el legislador recurra a ella debe hacerlo con mucha prudencia). Concluye su reflexión en que la regla de la irretroactividad es un límite al efecto de la ley en el tiempo. Es un principio impuesto al legislador como regla científica (ob. cit., pág. 177).

mantendrá la vigencia de la antigua o aplicaremos la nueva ley? ¿O será posible alguna solución intermedia? Si la mayoría de edad que en nuestro Código Civil es de 18 años se elevara a 21, ¿volverán a ser menores los que ya eran mayores por haber cumplido los 18? Si la ley nueva incorpora como medio de prueba uno que era inadmisibles de acuerdo a la antigua, ¿se podrá utilizar este medio en el litigio?

No hay en la doctrina ni en la legislación comparada una respuesta concluyente frente a casos como los enunciados. Ello se explica porque el concepto mismo de retroactividad carece de uniformidad sobre su exacto sentido y significado. En oportunidades el concepto resulta poco claro, incluso es confusa la distinción entre el denominado efecto inmediato y efecto retroactivo, que son nociones fundamentales a utilizar por el intérprete en la solución de los problemas que se plantean en materia de conflictos de leyes en el tiempo⁷.

Esta no es una cuestión que interese exclusivamente al Derecho Civil pues alcanza a todas las ramas del derecho. La falta de una disciplina específica que se aboque a su estudio y desarrollo ha traído como consecuencia que se estudie dentro de la parte general del Derecho Civil, probablemente por razones históricas y atendido el carácter de derecho común, general y supletorio que revisten los principios y normas de este derecho.

Ahora bien, el problema central del cambio legislativo se origina, principalmente, porque habiendo situaciones, hechos y efectos que tienen una duración suficientemente larga como para vivir antes y después de un cambio de legislación, éstos no pueden ser siempre tajantemente cortados en dos períodos, sometidos unos a la antigua norma y otros a la nueva.

De otra parte, tampoco es posible someterlos en su totalidad a una o a otra, ya que la norma nueva –que pretende organizar las cosas de cierta forma– no estima conveniente que lo comenzado bajo la antigua siga rigiéndose por ella hasta su completo agotamiento; y por otro, no resulta justo que sin más distinciones, las innovaciones que introduzca la ley nueva alcancen a dejar sin efecto las situaciones que se crearon bajo la ley anterior, aplicando los criterios de la ley nueva; ello provocaría enorme inseguridad jurídica y graves perjuicios.

⁷ La dificultad se atribuye en gran parte a la preponderante importancia que ha tenido históricamente la doctrina de los derechos adquiridos.

Paul Roubier relata que ya bajo la Revolución Francesa se incurrió en esta confusión. Cita un discurso de Robespierre en que por desgracia él llama efecto inmediato en vez de retroactivo al caso de una ley que ordenaba la restitución de una propiedad legítima y que era verdaderamente retroactiva. Este mismo autor, refiriéndose al derecho posterior a la Revolución, connota que "él está hipnotizado por la doctrina de los derechos adquiridos" (ob. cit., pág. 177).

Como sostiene José Castán Tobeñas: “La fundamental cuestión del derecho transitorio es la de discernir si la ley nueva ha de aplicarse incluso a las relaciones jurídicas nacidas bajo las normas de la ley antigua (principio de la retroactividad) o ha de respetarse el estado jurídico creado con anterioridad (principio de la irretroactividad)” (*Derecho Civil Español Común y Foral*. Introducción y Parte General, T. I., V. I, pág. 589)⁸.

5. DOCTRINAS EN MATERIA DE CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO

Es variada la gama de teorías que pretenden entregar soluciones al conflicto de leyes en el tiempo, entre otras, la más tradicional y antigua es la de los derechos adquiridos y las posteriores a ella entre las cuales cabe mencionar la de Bonnetcase (situación jurídica abstracta y situación jurídica concreta), la del hecho cumplido, la de Laurent seguida por Huc y, la más reciente, de las situaciones jurídicas cuyo autor es Paul Roubier, que constituye un estudio completo sobre el tema.

Anticipemos que las doctrinas más modernas surgen, en gran parte, como reacción a la doctrina de los derechos adquiridos que la estiman insuficiente y con soluciones contradictorias en algunos casos. Aún más, observan que entre sus propios seguidores no hay acuerdo en ciertos tópicos⁹.

Desarrollaremos con mayor profundidad la teoría de los derechos adquiridos y la de las situaciones jurídicas en atención a que la primera es la que sigue la ley chilena y, la segunda, representa la versión moderna que cuenta con mayor aceptación en la doctrina jurídica actual.

⁸ No obstante cabe precisar que la aplicación de la ley nueva a relaciones jurídicas anteriores a ésta, pero producidas después de la entrada en vigor de la nueva ley, serían consecuencia del efecto inmediato de la ley nueva, por lo que propiamente no habría retroactividad (según la teoría de Paul Roubier).

⁹ Así, la *mayoría de edad es sólo una capacidad* y, por tanto, entra en la categoría de facultad legal, solamente los actos realizados por terceros, por quienes según la ley antigua habían alcanzado la mayoría de edad, no serían afectados por la nueva ley, porque tales constituyen para él y los terceros *derechos adquiridos* (Demolombe, *Cours Droit Civil*, tomo I, pág. 45). Según otros constituye un *derecho adquirido*: el estado personal, una vez adquirido se convierte en derecho intangible (E. Gabba, *Teoría della retroattività delle leggi*, 1891, pág. 80); en el mismo sentido (Aubry et Rau, *Cours Droit Civil*, tomo I, pág. 180). Otro autor sostiene “que son preponderantes los motivos en favor de conservar la mayoría de edad siendo desventajoso hacer volver al estado de menor edad a los que de ella salieron, menos perjudicial es que por un cierto tiempo hayan personas de edad diversa que sean todas mayores de edad” (“Instituciones de Derecho Civil”, Roberto de Ruggiero, T. I, 3ª edición, s.f., Madrid, pág. 175).

Respecto de la *capacidad*, Rogrón manifiesta que “está siempre bajo el dominio de la ley, en efecto resulta del estado civil de los ciudadanos, y como éste atañe al interés general, debería corresponder siempre al legislador cambiarlo o modificarlo”, un individuo capaz no tiene jamás un derecho adquirido para conservar ulteriormente la capacidad de que hoy goza (citado por Manuel E. Ballesteros; “Una cuestión sobre el efecto retroactivo de la ley”; *Revista Forense Chilena* año II, 1886, N° 7, págs. 429 y 487). En cambio la ley chilena asigna a la *capacidad de ejercicio* la condición de derecho adquirido (art. 8°).

A. Teoría de los derechos adquiridos

Según algunos el origen de esta doctrina se remonta a los glosadores. Más adelante se desarrolla y perfecciona por juristas como Laurent, Merlin, Demolombe, Delvincourt y Francesco Gabba, entre otros.

Sostiene en síntesis que si se aplican las nuevas normas a hechos o actos ya ocurridos que se incorporaron al patrimonio de la persona, serían retroactivas; en cambio no tendrían tal carácter si sólo afectarían facultades legales o meras expectativas.

En consecuencia, distingue entre derechos adquiridos, facultades legales y meras expectativas; los primeros siempre deben regirse por la ley antigua.

Por derechos adquiridos entiende esta doctrina aquellos “que se han incorporado al patrimonio de un sujeto por haberse cumplido todos los requisitos exigidos para esa incorporación por la ley vigente al momento de la misma, aunque la ocasión para hacerlos valer se presente bajo el imperio de una nueva ley”; por facultades legales “el supuesto para la adquisición de derechos y la posibilidad de tenerlos y ejercerlos (la capacidad de ejercicio, la facultad de testar); y por meras expectativas “las esperanzas de adquisición de un derecho fundado en la norma vigente y aún no convertidas en derecho por falta de alguno de los requisitos objetivos exigidos por la ley” (la expectativa del presunto heredero para suceder a su causante)¹⁰.

Más conciso, Merlin señala que una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un derecho adquirido bajo el imperio de la ley anterior. No lo es, en cambio, si aniquila una facultad legal o una simple expectativa¹¹.

En resumen, el fundamento de la irretroactividad para esta teoría reside en la protección que brinda a las relaciones jurídicas y hechos ya realizados que consisten en derechos subjetivos que se incorporan al patrimonio de la persona que no pueden ser afectados por las disposiciones de una nueva ley.

¹⁰ Tales conceptos aparecen en la obra de Francesco Gabba, *Teoría della retroattività delle leggi*, 1891.

Según José Clemente Fabres las meras expectativas tienen las siguientes características:

1° No tiene una obligación correlativa que sea exigible, y no produce en consecuencia utilidad alguna actual; 2° No es transferible por contrato ni transmisible por causa de muerte; es esencialmente personal; 3° No habilita por sí sola para ejecutar acto alguno con efectos civiles, salvo los conducentes a convertirla en derecho adquirido, y la facultad de exigir providencias conservatorias en los casos expresamente previstos por la ley; 4° Desaparece por sí sola, sin acto alguno de nuestra parte y sin dejar efecto alguno, desde que no se verifiquen las circunstancias que según la ley pueden convertirla en derecho adquirido. Pero estos caracteres no son tan peculiares de la expectativa que alguno de ellos no pueda encontrarse en un derecho adquirido; pero jamás ocurrirá el caso de que todos ellos se reúnan en aquella clase de derechos (*Instituciones de Derecho Civil Chileno*, Obras Completas, T. IX y X, Santiago, 1912, pág. 196).

¹¹ Citado por Eduardo García Maynez *Introducción al estudio del derecho*, pág. 388.

Objeciones a la teoría

a) Con frecuencia se incluyen indistintamente dentro del concepto de derecho adquirido todas las prerrogativas que una persona pueda tener conforme a la ley preexistente. Sin embargo, ello no es así en atención a que respecto de esas prerrogativas unas constituyen derechos pero otras no tienen esa calidad.

En efecto, los derechos de índole patrimonial quedan claramente comprendidos dentro del concepto, mas no ocurre lo mismo con las disposiciones sobre otras aptitudes o condiciones de las personas (principalmente de naturaleza extrapatrimonial). Así las referidas a la facultad de las personas para ejercer derechos (capacidad), las que organizan la familia y establecen el estatuto de las personas. Indudablemente no pueden ser objeto de un “derecho subjetivo”, en el sentido técnico de la palabra (por ejemplo, los “derechos” que tienen su fuente en el estado civil de las personas; patria potestad, derechos y obligaciones personales entre marido y mujer, y padres e hijos, derecho de alimentos).

En este orden de consideraciones el concepto de derecho adquirido resulta insuficiente para dar cabida a este conjunto de “derechos” que no tienen carácter patrimonial. Luego, una de las principales críticas a esta teoría dice relación con el hecho de no proporcionar soluciones que sean satisfactorias desde el punto de vista jurídico, a los asuntos extrapatrimoniales: decir, por ejemplo, que el estado civil o la mayoría de edad cumplida constituyen derechos adquiridos que se incorporan al patrimonio de la persona resulta casi un absurdo jurídico¹².

Creemos que frente a los denominados derechos extrapatrimoniales el problema no consiste en averiguar si se tiene o no un derecho adquirido, ya que no existe como un derecho subjetivo; su origen y fundamento está en la ley y no

¹² Carbonnier sostiene que “estas fórmulas (refiriéndose a la teoría en comento), casi siempre elaboradas con vistas a los derechos patrimoniales, suscitan una delicada cuestión de transferibilidad a los *derechos extrapatrimoniales* y, singularmente, a los derechos familiares. No parece justo –dice el autor– que un derecho otorgado al individuo, no en provecho propio, sino en provecho de otro o en interés social (por ejemplo, patria potestad, tutelas) pueda oponerse a una ley invocando su calidad de derecho adquirido” (Carbonnier, Jean, *Derecho Civil*, T. I, Vol. I, 1960, págs. 119-120).

Laurent, decidido partidario de la teoría clásica, introduce un matiz para explicar casos como los ejemplos citados; señala que matrimonios celebrados bajo el imperio de una ley deben ser mantenidos, no porque el estado de cónyuge sea *un derecho adquirido que resulte de un contrato*, él concierne al estado de las personas y, es imposible que ese estado sea un derecho adquirido, sino porque el interés de la sociedad aconseja mantener lo que ya ha sido hecho, y anulando los matrimonios el legislador vendría a perturbar las relaciones civiles. De acuerdo a la opinión de este autor el estado civil constituido bajo la ley anterior no tendría como fundamento la condición de derecho adquirido sino el principio que quiere que el legislador mantenga los actos ejecutados legalmente; como dice Laurent: “No es el derecho del individuo el que decide, es el de la sociedad” (*Principes de Droit Civil Français*; Tit. Preliminar, Cap. III, pág. 141).

en la voluntad de las partes. Así, de acuerdo a la ley chilena esos “derechos” representan meras facultades legales y, por consiguiente, pueden verse afectados por la ley nueva sin retroactividad (art. 3° inciso 1°, L.E.R.).

b) En ocasiones resulta difícil distinguir si estamos en presencia de un derecho adquirido, facultad legal o mera expectativa y si por tanto, la nueva ley tiene o no efecto retroactivo¹³.

c) El concepto de derecho adquirido es aparentemente claro, pero en su aplicación pierde precisión. Entendemos que ello se debe a que esta teoría centra su esfuerzo en proteger el “derecho”, que no puede ser alterado por la nueva ley. Efectivamente, pone al resguardo el derecho en su “existencia”, pero surge la interrogante, ¿incluye las consecuencias o efectos que constituyen las variadas manifestaciones de ese derecho? En otras palabras, estas últimas ¿son simples expectativas o derechos adquiridos? Si tales efectos o facultades son meras expectativas la ley podría llegar a restringirlas en términos de llegar a amenazar el derecho mismo en su *contenido* sin ser calificada de retroactiva¹⁴.

La debilidad de la doctrina en este punto la remarca Gény cuando sostiene “en muchos casos, la solución se alcanza por un sentimiento intuitivo más bien que por razonamiento. Esto equivale a reconocer su fracaso en el mundo jurídico”¹⁵.

d) En este orden de cosas el concepto de derecho adquirido –a veces– lo utilizan y entienden mejor los profanos que los juristas: si alguien sostiene “tener un derecho adquirido” se sabe bien lo que quiere expresar, se trata de un derecho que pertenece a esa persona del cual es titular y que está incorporado a su patrimonio definitivamente¹⁶.

Parece, entonces, no ser imprescindible la determinación del concepto de derecho adquirido sino más bien saber cuáles son los derechos adquiridos que las leyes nuevas no pueden afectar. En otras palabras, se trata de que las personas

¹³ Cabe consignar al respecto la opinión de Louis Josserand (*Derecho Civil*, T. I. Vol. I, 1952, pág. 77), quien señala textualmente lo siguiente: “Pero las dificultades aparecen cuando se trata de precisar los términos de la distinción; son tan graves que han determinado a autores calificados a rechazar la distinción misma, como inaplicable y desprovista de significación práctica”.

¹⁴ De acuerdo al *tenor literal* de las disposiciones de la ley chilena de 1861, una ley nueva podría –sin que en principio se le pudiera motejar de retroactiva– modificar el contenido, por ejemplo un derecho real adquirido o constituido conforme a la ley preexistente (art. 12), o suprimir el derecho de alimentos (art. 3° inciso 1°).

¹⁵ Citado en George Ripert-Jean Boulanger, *Tratado de Derecho Civil (según el Tratado de Planiol)*, tomo 1°, parte general, 1956, pág. 222.

¹⁶ Graficando la dificultad que presenta el concepto, decía León Duguit “hará medio siglo que estudio Derecho y no sé todavía qué es un derecho adquirido. Sé lo que es un derecho y aún no estoy muy seguro, pero jamás he sabido lo que es un derecho adquirido. O se tiene un derecho o no se lo tiene”.

sepan qué derechos deben ser respetados y tendremos la seguridad de que estamos en presencia de un derecho adquirido.

No obstante los fuertes embates que ha sufrido la noción de derecho adquirido por parte de la doctrina moderna, se ha dicho –y no sin razón– que “dejando de lado la redundancia que encierra la expresión, puesto que el derecho si no ha sido adquirido no es derecho, el concepto *ha sido útil* para mostrar elementalmente el funcionamiento de los efectos de la ley en el tiempo”¹⁷.

B. Teoría de las situaciones jurídicas (Paul Roubier)

Según Carbonnier la obra de este autor “ha remozado la contemplación del problema” (ob. cit., pág. 120).

Esta doctrina prescinde de la noción de derechos adquiridos (derechos subjetivos) y la reemplaza por la de *situaciones jurídicas*. El primero se asocia necesariamente al concepto de derecho subjetivo incorporado al patrimonio de la persona (por ejemplo el derecho de propiedad que adquiere el comprador de una cosa, el crédito del acreedor que ha facilitado dinero al deudor), pero, en verdad, no todos los hechos o actos que ejecutan o celebran las personas entrañan derechos subjetivos; así, la mayoría de edad cumplida, la interdicción por prodigalidad, el ejercicio de tutela o curaduría, la adquisición de un determinado bien civil, no dan lugar a derechos adquiridos, pero sí constituyen situaciones jurídicas.

La expresión situación jurídica (posición que ocupa una persona frente a una norma de derecho o una institución) ha sido elegida a propósito dice Roubier, la estima *más amplia* que el derecho adquirido pues comprende tanto hechos o actos de los que nacen derechos subjetivos cuanto otros que provienen de la ley, que sin duda no constituyen derechos de esa naturaleza. Así, el concepto puede aplicarse a situaciones como las del menor, el interdicto, el pródigo, entre otros. Al mismo tiempo la juzga igualmente *superior* al concepto de relación jurídica en cuanto ésta implica una relación directa entre dos personas en circunstancias que la situación jurídica puede ser unilateral y oponible a toda persona quien quiere que fuese. De esta manera el número de situaciones jurídicas es infinito y el rol de las diversas ramas del derecho es determinarlas y definir con ello sus efectos¹⁸.

¹⁷ Jorge Joaquín Llambías *Interpretación y Aplicación del Derecho*, pág. 137.

¹⁸ Roubier señala los siguientes ejemplos: en el derecho de las personas, la situación del marido, la del divorciado, las distintas incapacidades, etc; en el derecho de los bienes la del propietario, del usufructuario, del titular activo o pasivo de una servidumbre; en el derecho de las obligaciones, la del acreedor o del deudor, la del comprador o del vendedor, la del arrendador o del arrendatario, la del autor de la víctima de un daño; en el derecho sucesorio, la del heredero legítimo, la del heredero con beneficio de inventario, la del coheredero (ob. cit., pág. 179).

Para esta teoría la base fundamental de la ciencia de los conflictos en el tiempo reside *en la distinción entre el efecto inmediato y el efecto retroactivo*. Ello constituye una premisa muy simple en esta doctrina: el efecto retroactivo en la aplicación de la ley al pasado; el efecto inmediato, aplicación de la ley al presente. En síntesis distingue dos momentos en la vigencia de la ley. Si se pretende aplicarla a hechos *consumados* (facta praeterita), ella es retroactiva; si se pretende aplicarla en situaciones en *curso* (facta pendencia), se deberá establecer una separación entre las disposiciones *anteriores* al cambio legislativo, las que no podrían ser afectadas sin retroactividad, y las disposiciones *posteriores* a las cuales sí debe aplicarse la ley nueva, respecto de las cuales no tendrá más que un efecto inmediato; y, por último, respecto de los hechos *futuros* (facta futura), es claro que la ley *jamás puede ser retroactiva*.

Agrega que las expresiones *facta praeterita*, *pendencia* y *futura* se encuentran en los textos romanos, sin embargo nunca se elaboró una doctrina clara, ni por los juristas romanos ni por los de la Edad Media, tocante a la distinción entre efecto inmediato y efecto retroactivo¹⁹.

Volviendo al tema de las situaciones jurídicas, éstas pueden encontrarse en distintos momentos frente al cambio de legislación, ya sea en la etapa de "constitución, extinción o de producción de efectos".

Situación jurídica *constituida* sería la de una persona que llegó a la mayoría de edad; la interdicción por prodigalidad decretada por sentencia firme o ejecutoriada, el dueño que adquiere el dominio sobre una cosa conforme a la

¹⁹ Recuerda las palabras de un discurso de Robespierre, quien al referirse a una nueva ley que disponía la restitución de una propiedad –para evitar el reproche de retroactividad– la califica como de efecto inmediato, no obstante que la ley era retroactiva (ob. cit. pág. 177).

Roubier enfatiza que la confusión en que incurre la doctrina de los derechos adquiridos dice relación con los dos modos de acción de una nueva ley en el tiempo. En efecto, sostiene que si la retroactividad consiste en que ésta vulnera derechos adquiridos, sin ninguna duda la aplicación inmediata de ella también pudiera afectar situaciones jurídicas existentes. En consecuencia –sostiene este autor– se debería condenar por igual el *efecto inmediato y el efecto retroactivo y la única solución correcta sería la sobrevivencia de la ley antigua*, para todas las situaciones en curso (págs. 178 y sgtes.).

Rechaza tal posibilidad: el efecto inmediato de una ley es una cosa distinta que el efecto retroactivo. Sobre el punto cita la obra de Francesco Gabba, quien intitula su gran obra como "teoría de la retroactividad" y no "teoría de la irretroactividad"; agrega que este mismo autor bajo el nombre de retroactividad habla en realidad de dos cosas diferentes: leyes que son retroactivas *por voluntad del legislador* (que Gabba califica como *verdaderamente retroactivas*), las que a juicio del autor citado se salen del marco de su obra que, precisamente, versa sobre la retroactividad y las otras que denomina "*de influencia retroactiva*", en las que este último incluye aquellas que tienen influencia sobre *las consecuencias posteriores de hechos y relaciones jurídicas que se produjeron antes de la vigencia de la nueva ley* (F. Gabba, ob.cit., págs. 10, 12 y 40).

Aquellas que Gabba califica (*de influencia retroactiva*) corresponden a lo que Roubier proclama como efecto inmediato de la ley, por cuanto en su tesis *sobre hechos futuros jamás puede hablarse de retroactividad*.

legislación en vigor. Situaciones jurídicas “extinguidas”: una prescripción extintiva cumplida bajo la ley anterior; una deuda que ha sido condonada durante la vigencia de la ley antigua.

De producción de efectos: si se dicta una nueva legislación de arrendamiento de inmuebles, determinar sus efectos sobre los contratos que se están cumpliendo mes a mes; o si el cambio se refiere al contrato de mutuo y modifica los intereses que deba pagar el deudor. Si cambia la ley de matrimonio civil (como aconteció en Chile con la nueva ley de matrimonio civil de 2004 que estableció nuevos derechos y obligaciones para los cónyuges, ¿afectará a quienes se casaron bajo la ley antigua?).

Roubier hace ver que frente a las *situaciones en curso* (de producción de efectos) los intérpretes confunden ambos efectos (el inmediato con el retroactivo), si hay cambio legislativo. Califican como retroactivos los efectos futuros de hechos ocurridos en el pasado pero que se producen durante la vigencia de la nueva ley. Dice que tal razonamiento es erróneo por cuanto las circunstancias que dichos efectos se rijan por las disposiciones de la ley nueva, no es más que una consecuencia del efecto inmediato de ésta (principio general aplicable a toda ley), sin que jamás la ley haya retrocedido a una época anterior a su entrada en vigencia y sin que se afecte ningún derecho adquirido²⁰.

El autor hace una *importante excepción* respecto de los contratos que aún no se han cumplido o se van cumpliendo sucesivamente en el tiempo (de tracto sucesivo). Admite, aun sin texto formal expreso, que ellos continúen rigiéndose por la ley vigente a la época de celebración del contrato (*supervivencia de la ley antigua*). En otras palabras, acepta que se prolonguen los efectos de la ley anterior a pesar de su derogación. Justifica esta excepción en que tratándose de contratos de esta naturaleza hay una razón jurídica suficiente para dejar de lado la regla común del efecto inmediato, cual es el respeto a la voluntad de los contratantes, a la palabra empeñada y la mantención del equilibrio del contrato.

Sin embargo, en cierto tipo de contratos, especialmente en el ámbito del Derecho de Familia u otros que tienen su estatuto jurídico propio, íntegramente regulado por la ley (en que la voluntad de los contratantes sólo es necesaria para

²⁰ La ley que fijara un tope máximo a las rentas de arrendamiento de bienes raíces e hiciera aplicable sus preceptos a los contratos en curso, en rigor no podría sostenerse que es retroactiva respecto de los contratos celebrados bajo la ley preexistente. Es cierto que los derechos de los arrendadores se verán afectados en el futuro, pero ello como una consecuencia del efecto inmediato de la ley nueva, y no porque ésta tenga efecto retroactivo ya que sólo se ocupa del porvenir. Sería retroactiva si dispusiera, por ejemplo, que los arrendadores quedaran obligados a restituir las sumas ya percibidas por sobre el tope máximo que dispuso la ley nueva.

que nazcan a la vida jurídica), se someterán a las disposiciones de la ley nueva; en otros términos, recobra vigencia la regla general del efecto inmediato de la ley nueva.

El mérito de la teoría de Roubier radica principalmente en su aporte en dos cuestiones fundamentales: por una parte, se precisa con absoluta nitidez la *distinción de efecto inmediato y efecto retroactivo* y, por otra, se introduce el *concepto de situación jurídica*, que viene a disipar las dudas que planteaba la noción de “derecho adquirido”, muchas veces difícil de aplicar en la práctica por su marcado apego a la noción de derecho subjetivo y, por ende, eminentemente patrimonial.

C. Otras teorías

Entre otras que se han preocupado de la materia mencionaremos las siguientes:

a) Doctrina de la situación jurídica concreta: Bonnetcase distingue entre situación jurídica abstracta y situación jurídica concreta. La primera es la manera de ser eventual o teórica de cada uno frente a una ley determinada; la segunda es, por el contrario, una manera de ser frente a la ley, concretamente derivada, para una persona determinada, de un hecho o acto jurídico. La situación jurídica abstracta no es sino el marco (por ejemplo, parentesco dentro de cierto grado, es decir, vocación hereditaria) dentro del cual puede producirse la situación jurídica concreta (calidad de heredero) en virtud de un hecho (muerte del causante). El principio de la irretroactividad de la ley obliga únicamente al mantenimiento de las situaciones jurídicas concretas. Por ejemplo: si una ley nueva priva a ciertas personas de la calidad de herederos potenciales que les confería la ley anterior, esa ley nueva puede aplicarse, sin ser retroactiva, a todas las sucesiones aún no iniciadas, pues la calidad de esos herederos es una situación jurídica abstracta, que recién se convierte en concreta con la muerte del causante.

b) Teoría de Laurent y Huc: Entienden que el criterio adecuado es distinguir ‘el derecho’ del ‘interés’.

Según este punto de vista la ley sólo es retroactiva cuando afecta algún derecho que alguien tiene constituido a su favor, pero no lo es cuando destruye o lesiona un interés.

Talvez por la dificultad de definir con precisión ambos conceptos esta concepción no ha suscitado mayor eco en el pensamiento jurídico.

c) Teoría de los hechos consumados: Se conoce con este nombre un grupo de doctrinas que han adoptado un criterio diferenciador de la clásica (derechos adquiridos), no en base al concepto de los 'derechos' sino de los 'hechos' (principalmente autores alemanes y que se conocen como *'teorías de los hechos consumados'*).

Lo que importa según estos autores es indagar *no si un derecho ha sido adquirido sino si un hecho ha sido cumplido*. Descansan sobre una regla única y precisa que se formula sencillamente así (*tempus regit factum*), significa ello que todo hecho jurídico está regulado tanto por sus condiciones de fondo cuanto por lo que se refiere a sus efectos pasados, presentes y futuros, por la ley del tiempo en que el hecho fue jurídicamente cumplido, a menos que la ley nueva excluya, en mayor o menor grado, la eficacia de la ley antigua²¹.

6. AUSENCIA DE UN DERECHO TRANSITORIO DE CARACTER GENERAL

Dos elementos limitan los efectos de la ley: el tiempo y el territorio.

En efecto, hay una cierta simetría de los problemas que plantea determinar la legislación aplicable entre varios ordenamientos jurídicos de distintos países en un caso concreto para resolver, en definitiva, cuál es la ley aplicable al caso y lo que ocurre con la determinación de la norma a aplicar entre distintos preceptos que se suceden en el tiempo y que han sido dictados en diferentes épocas dentro de un mismo país. Los primeros, pertenecen a la disciplina del Derecho Internacional Privado y los otros al denominado Derecho Transitorio (o también *Derecho Intertemporal*; Borda, Castán Tobeñas, Díez-Picazo, Rotondi, entre otros).

El Derecho Internacional Privado ha construido una sólida disciplina, sistematizada, con normas y principios arraigados en el pensamiento jurídico (los criterios de territorialidad, personalidad, nacionalidad, domicilio del sujeto, etc.), son elementos que utilizan los países para resolver las competencias legislativas entre ellos.

Siendo, en cierto modo, análogos los problemas que surgen del cambio legislativo a los que se observan en el Derecho Internacional Privado, la realidad jurídica nos muestra que el Derecho Transitorio carece de los principios y elementos antes mencionados con que sí éste cuenta para encontrar soluciones a los conflictos de competencia entre los países.

²¹ Se critican estas teorías porque hacen sobrevivir exageradamente la ley antigua y que no tienen en cuenta suficientemente que para la solución del conflicto de leyes *no importan tanto los hechos como las consecuencias jurídicas* que derivan de ellos.

El Derecho Transitorio consiste en general en un conjunto de principios y reglas destinadas a determinar la eficacia de la ley en el tiempo, vale decir, a resolver los conflictos que pueden ocurrir entre la ley nueva y la preexistente derogada por ella.

La doctrina reconoce esta falta de sistematización de este derecho. A ello contribuye la extrema variabilidad que muestran las políticas legislativas de los países.

Los autores concluyen en la complejidad de encontrar una solución única al problema de conflictos de leyes en el tiempo y que, a lo más, se podrían señalar algunos *principios directivos*, pero será el legislador de cada país quien soberanamente decidirá sobre la conveniencia o inconveniencia de aplicar tales principios. En este sentido es difícil concebir un Derecho Transitorio que goce de un grado de autonomía, reglas y principios en general, con capacidad de proporcionar soluciones frente a toda clase de conflictos, cualquiera sea el campo de aplicación de la norma, naturaleza de la institución o la configuración especial de la relación jurídica cuyo conflicto se trata de dirimir^{22 y 23}.

²² De Ruggiero reconoce que la ciencia jurídica no ha logrado su elaboración como una disciplina autónoma, dotada de principios generales y directivos que permitan con claridad determinar la eficacia de la ley en el tiempo en el caso de producirse cambios legislativos. En otras palabras, un Derecho Transitorio que pudiera dar una respuesta uniforme a los problemas que se suscitan entre la ley nueva que entra en vigencia y la antigua que ha sido derogada. Dice textualmente que "la teoría del Derecho Transitorio es hoy, por su carácter arduo y por lo rico de su literatura, una de las más interesantes de las ciencias jurídicas" (ob. cit.).

A juicio de Borda, una de las cuestiones más debatidas en un intento de formular un derecho transitorio de carácter general y autónomo es el que atañe a los *derechos reales y a los contratos sucesivos*. En cuanto al primer problema manifiesta que puede considerárselo superado, al menos en la doctrina; según él ya no se discute que la ley nueva pueda afectar el *contenido de los derechos reales* aunque hayan sido adquiridos al amparo de una ley que fijaba un contenido distinto. Asevera que la dificultad subsiste en el caso de los contratos sucesivos como el de arrendamiento, mutuo, en el sentido de si una vez dictada una ley mientras el contrato está ejecutándose debe aplicársele de inmediato (Guillermo Borda, *Tratado de Derecho Civil*, Parte General, 1980, 7ª Edición, pág. 181).

De Castro y Bravo manifiesta una opinión muy singular en relación a esta cuestión; él no se detiene en los reproches que se hacen los autores sobre las contradicciones o insuficiencias que presentan los diversos sistemas propuestos por ellos; añade que tales soluciones en su momento fueron útiles, pero lo que importa ahora es preguntarse, ¿cabe construir un sistema a priori de Derecho Transitorio?, hay quienes están de acuerdo en ello; sería el único método científico admisible para determinar la eficacia temporal de una ley. Se muestra contrario a tal proposición. Se pregunta de nuevo, ¿de donde se obtendrían los pretendidos principios científicos? Sostiene que no podría ser del derecho vigente porque entonces variarían al cambiar la ley y, por tanto, carecerían de valor a priori. Si nacen desconectados del derecho vigente –concluye él– sus soluciones serían adivinatorias o arbitrarias. En consecuencia, para este autor, si no hay normas que regulen el cambio legislativo continuará siendo éste un problema de *interpretación jurídica* en que habrá que tener en cuenta ambas leyes (antigua y nueva), considerar los principios formulados o no en el ordenamiento jurídico de que se trate, el mayor o menor respeto concedido a la situación nacida bajo la norma derogada. *En suma, niega toda autoridad a los sistemas de Derecho Transitorio de los teóricos* (Federico de Castro y Bravo, *Compendio de Derecho Civil*, Introducción al Derecho Civil; 4ª Edición; Madrid, 1968, pág. 176).

²³ En lo que atañe a los *principios generales y directivos* a que alude De Ruggiero, señala que prescindiendo

7. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DE UNA LEY

Se definen como “normas particulares que tratan de conciliar y contemporizar la aplicación simultánea o sucesiva del derecho nuevo con el derecho antiguo, sin atenerse rigurosamente a los principios de la retroactividad o irretroactividad” (Castán Tobeñas, ob.cit., pág. 594).

Una buena técnica legislativa aconseja dotar de disposiciones transitorias *claras y completas* a la nueva ley cada vez que se deroga o modifica una ley que se reemplaza por otra. Sin duda que ello facilita el tránsito de la ley antigua a la que la sucede y soluciona los eventuales conflictos que suscita el cambio de legislación.

Si no hay este tipo de normas o éstas son incompletas se deberá acudir a los principios y reglas especiales existentes sobre la forma de solucionar los conflictos de leyes en el tiempo. (En nuestro país, la L.E.R. de 1861 que complementa el principio del artículo 9° inciso 1° del Código Civil²⁴).

de toda indagación particular de cada una de las relaciones e instituciones jurídicas y normas positivas, se pueden citar las siguientes (págs. 181-183):

- *derechos de las personas*: aplicación inmediata de la ley nueva, ya suprima, amplíe o restrinja la capacidad negada o concedida por la ley antigua. Lo mismo dice de los derechos de familia, en que prevalece el interés público sobre el privado, con la única limitación que los hechos que ya se realizaron bajo la ley preexistente no podrán ser afectados por la nueva.

- *derechos reales*: el régimen de la propiedad y otros derechos inmobiliarios tienen un interés social y público, no pueden sustraerse a la nueva norma, pero los derechos ya adquiridos bajo la ley anterior subsisten y la validez de su adquisición deben juzgarse según las reglas de aquella, mas el interés social puede conducir al desconocimiento de adquisiciones hechas si una forma de propiedad u otro derecho real fuere contrario a los principios en que se inspira la ley posterior (redención de censos, fideicomisos).

- *derechos de obligación*: la capacidad de obligarse y la eficacia de la obligación ya nazcan del contrato o de otras fuentes, su transmisibilidad, anulación, extinción y todos los efectos que derivan de la obligación se regulan por la ley del tiempo *en que se constituyó el vínculo*, salvo que motivos de orden público prohiban el reconocimiento de vínculos obligatorios que se estiman inmorales o ilícitos.

- *sucesiones*: tanto a la sucesión intestada como a la testada se le aplica la ley vigente a la época de la apertura de la sucesión.

- *medios de prueba*: por regla general se rigen por la ley vigente al tiempo en que surgió el derecho que se pretende probar, a menos que por razones de orden público un medio admitido por la ley anterior lo prohíba la nueva de un modo absoluto, en tal caso no se podría utilizar.

²⁴ Las normas transitorias tienen por objeto *regular la aplicación de otras normas*, a diferencia de lo que ocurre con la generalidad de las leyes que norman conductas humanas. En un sentido estricto tales preceptos reciben el nombre de “normas de conflicto”, puesto que su objeto fundamental es dirimir si se aplica la antigua o nueva ley; o bien en qué medida cada una de estas leyes.

Este tipo de disposiciones no se presentan como reglas de principios de *derecho transitorio*, con autoridad sobre un número indeterminado de conflictos, como ocurre con la regla del art. 9° inc. 1° del Código Civil. Normalmente, se encuentran al final de cada nueva ley en que se establecen disposiciones destinadas a resolver los problemas que se pudieran presentar en su aplicación con las de la ley anterior.

Además, es posible que algunas de estas disposiciones transitorias *contemplen una regulación específica diferente tanto de la antigua como de la que establece la nueva ley* respecto de las situaciones en curso a la época del cambio legislativo. Estas ya *no son normas de conflicto* en sentido técnico, sino que establecen

8. LA RETROACTIVIDAD DEBE SER EXPRESA

El legislador es quien debe valorar si le concede o no el efecto retroactivo a una ley. De otro modo la ley será irretroactiva.

En consecuencia se requiere que la nueva ley disponga expresamente la retroactividad. Lo exige su carácter excepcional. Se debate si el juez está facultado para inferir el carácter retroactivo de un precepto legal aunque el texto de la ley no lo señale expresamente²⁵.

La doctrina considera además que cierto tipo de leyes por su naturaleza se estiman dotadas de retroactividad²⁶.

un régimen especial respecto de situaciones intermedias que comprenden un número posible de situaciones no indefinido, que a su vez pueden generar nuevos problemas temporales de aplicación de las leyes. Se les denomina "leyes de transición" (Luis María Díez-Picazo, *La derogación de las leyes*, pág. 185; Paul Roubier, ob. cit., pág. 146).

²⁵ Ya Andrés Bello dejaba de manifiesto su opinión contraria a dotar a los jueces de esta facultad: "hay jueces (se dice) que se creerían autorizados por el artículo a examinar si la ley contiene o no disposiciones retroactivas, y que, creyendo encontrarlas, se dispensarían de darle cumplimiento. Pero ¿es ese el sentido del artículo, cuando se refiere a los jueces?, ¿se ha podido entender jamás que se les concediese el privilegio de proceder a semejante examen y obrar en consecuencia? Ese es el objeto peculiar del legislador; al juez sólo toca hacer ejecutar las leyes, sean cuales fueren, considerando el tiempo en que han nacido las controversias y las leyes bajo cuyo imperio está comprendido ese tiempo" (Amunátegui, Miguel Luis, "Nuevos Estudios sobre don Andrés Bello", Santiago, 1902, pág. 165).

Se sostiene mayoritariamente que "no hay retroactividad posible sino en virtud de una cláusula legislativa expresa; no hay retroactividad tácita; si el legislador no ha insertado una cláusula formal, el intérprete no está autorizado a obtener una intención tácita o presumida del legislador que resultaría por ejemplo de los trabajos preparatorios o de las circunstancias de que la ley ha sido dictada, o de las conclusiones favorables de su aplicación retroactiva" (Roubier, ob. cit., pág. 180). En el mismo sentido, Manuel Albaladejo (*Derecho Civil*, Vol. I, 1980, pág. 202); Borda (ob. cit., pág. 190); Ripert-Boulanger (ob. cit., pág. 239).

Según Roubier el juez podría llegar a la conclusión que la ley produce efecto inmediato pero *jamás* que pudiese ser retroactiva (ob. cit., pág. 180).

En sentido contrario, esto es, el juez podría concluir en que la norma es retroactiva a pesar que ello no esté declarado expresamente; De Ruggiero (ob. cit., pág. 640). Este último manifiesta que "olvidamos que los motores que determinan la fuerza retroactiva de una regla jurídica están en el contenido social y político de las disposiciones en contacto con la voluntad reformadora o restauradora que determina su finalidad"; en el mismo sentido (Castán Tobeñas, ob. cit., pág. 597): "No es preciso que revista forma expresa; bastará que el sentido y finalidad de la ley resulte patente del propósito del legislador".

Estimamos que las opiniones de estos últimos autores no las podrían utilizar los jueces chilenos para atribuirle efecto retroactivo a un precepto determinado si éste no lo señala expresamente sin vulnerar abiertamente el art. 9º, inciso 1º del Código Civil.

²⁶ Autores como De Castro y Bravo (ob. cit., pág. 179) y Albaladejo (ob. cit., pág. 199) mencionan cierto tipo de leyes que por su mismo carácter y naturaleza implican un "tácito" efecto de retroactividad. Citan como ejemplo, las leyes interpretativas, las que tengan por objeto establecer un régimen general y uniforme; leyes complementarias, en cuanto están destinadas a desarrollar desde un principio la disposición principal; disposiciones prohibitivas cuando son de urgente aplicación y persecutorias de anteriores fraudes; y leyes de carácter procesal, ordenadoras del proceso.

9. LA RETROACTIVIDAD ES UNA REGLA DE EXCEPCION Y DEBE INTERPRETARSE RESTRICTIVAMENTE

De este modo, por ejemplo, las disposiciones que imponen *penas* deben interpretarse restrictivamente. Al respecto se ha planteado el problema de determinar si las *multas* en materias que no alcanzan a constituir delitos constituyen una sanción civil o penal; si entendemos la alternativa “penal” no podrán dictarse leyes con efecto retroactivo que impongan multas; por el contrario, si las calificamos como sanciones civiles en conductas que no constituyan delitos es factible la retroactividad. La tendencia mayoritaria de la jurisprudencia chilena es calificarlas como sanciones penales para evitar la inseguridad jurídica de los particulares.

10. LEYES INTERPRETATIVAS Y RETROACTIVIDAD

Se denomina ley interpretativa a la dictada para aclarar el significado oscuro o contradictorio de otra precedente (el Código Civil chileno en los arts. 3º, incs. 1º y 9º, inc. 2º legisla sobre este tipo de leyes).

La ley interpretativa no constituye una norma nueva, sino que se confunde en ese carácter con la norma que emana de la ley interpretada, y forma un todo con ella. Hasta puede decirse que es la misma ley antigua la que se sigue aplicando, si bien con el sentido que le ha impreso la ley aclaratoria. De ahí que algunos autores hayan sostenido que la retroactividad de estas leyes es sólo aparente, pues si ellas no introducen ningún cambio legislativo no puede hablarse de una efectiva retroactividad: lo que es declarado por la ley interpretativa ya existía como régimen imperante desde la sanción de la ley interpretada.

En otros términos, este tipo de leyes obedecerían a una *ficción legal* (ficción en cuanto se pretende borrar el espacio de tiempo entre las dos leyes, y ficción que la ley interpretativa se incorpora a la ley interpretada).

Sin embargo, la tesis de la ficción legal –que pudiera ser exacta desde un punto de vista teórico– no resulta aceptable por cuanto en la realidad siempre hubo un período de dudas y vacilaciones sobre su verdadero sentido, fenómeno del cual es imposible abstraerse. Precisamente la ley interpretativa aporta necesariamente *algo nuevo a ella*, por cuanto no se legisla para la nada, y ese elemento nuevo es justamente *el sentido que ella consagra* (Roubier, ob.cit., pág. 215)²⁷.

²⁷ La doctrina se inclina mayoritariamente por la retroactividad de las leyes interpretativas; así, entre otros, Colin y Capitant señalan lo siguiente: “La idea que la ley interpretativa presenta un carácter no solamente retrospectivo, sino retroactivo, ya no se discute hoy (*Curso Elemental de Derecho Civil*, 1952, pág. 141); en el mismo sentido Emilio Betú, *Interpretación de la ley y de los actos jurídicos*, 1971, págs. 181 y 183; Ripert-Boulanger, ob. cit., pág. 239).

Se discute si la calificación de “interpretativa” dada a una ley por el legislador es susceptible de revisión por los tribunales. El legislador se sirve a veces del subterfugio de una ley para disimular el carácter retroactivo de ella²⁸.

11. LEGISLACION COMPARADA. COMENTARIOS (FRANCIA, ESPAÑA Y ARGENTINA)

Un sucinto resumen del estado actual de la legislación en cada uno de estos países y, además, una breve síntesis de los principales criterios utilizados en su aplicación.

A. Francia:

Disposición legal: “La ley no dispone más que para el porvenir, no tiene efecto retroactivo” (Art. 2º Código Civil francés de 1804).

Comentario: No hay otras normas que se refieran a la materia en estudio. No define –al igual que en el caso chileno– lo que se entiende por retroactividad.

En una primera época es notoria la influencia de la doctrina clásica (la primera regla transitoria que acompaña la entrada en vigencia del Código Civil francés dice que se deben respetar los derechos adquiridos). La orientación del derecho francés cambia principalmente a partir de la publicación de la obra de Paul Roubier (1929).

La doctrina y jurisprudencia francesa exhiben hoy un sistema coherente, con ciertos criterios comunes que aplican en los casos de cambio de legislación:

1. El principio general es el de irretroactividad de la ley, salvo voluntad contraria del legislador, claramente expresada.
2. Aunque no haya sido decretada por el legislador, frente a necesidades de

²⁸ La opinión predominante es mayoritaria. Los jueces podrían investigar si la ley interpretativa –que así fuere denominada por el legislador– corresponde efectivamente a esa naturaleza. Se ha sostenido que “ni el legislador ni el juez tienen autoridad para atribuir a las palabras empleadas en el estatuto un sentido contrario al que gramaticalmente corresponde”. (Raymundo Salvat, *Tratado de Derecho Civil Argentino*, tomo I, 1951, pág. 209); En el mismo sentido (Roubier, ob. cit., pág. 251). En contra (Guillermo Borda, ob. cit., pág. 168).

A nuestro entender, para decidir si una ley es interpretativa o modificatoria de otra anterior es menester comparar ambas; si la segunda amplía o restringe la primera, no podría ser retroactiva y, por tanto, *sólo producirá efectos hacia el futuro*.

En nuestro país el legislador acude con cierta frecuencia a conceder la calificación de “interpretativas” a leyes que no tienen esa calidad. En consecuencia es importante reconocerle al juez la posibilidad de revisar si en realidad se está o no en presencia de una norma interpretativa.

“un orden público imperioso” la han aplicado respecto de efectos futuros de contratos que están en curso. (No se pueden hacer valer derechos adquiridos en oposición al orden público, Jossierand, ob.cit., pág. 81). En todo caso han sido rigurosos en su aplicación, por cuanto se puede afectar la seguridad de los contratantes (han aplicado este concepto a contratos anteriores, por ejemplo: en materia laboral, leyes monetarias, leyes que reprimen la usura, entre otras).

Los tribunales franceses han aclarado que en casos como los mencionados *no es que a la ley se le atribuya efecto retroactivo* sino que simplemente la ley nueva se aplica a relaciones jurídicas que normalmente deberían quedar fuera de su competencia, precisamente por razones de orden público. (En este sentido, Jossierand, ob.cit., pág. 81; Roubier, ob.cit., pág. 41).

3. La doctrina y jurisprudencia francesa distinguen entre *el procedimiento mismo o condiciones de adquisición o constitución del derecho* (que siempre dependerá y se regirá por la ley bajo la cual se realizó el hecho o acto) y el *derecho creado*, que no son otra cosa que los derechos que resultan de esa situación ya constituida. De este modo, por ejemplo, distinguen entre el derecho personal y el contrato del cual nacen estos derechos; el derecho de los herederos de la muerte del causante, que es el hecho jurídico; la compraventa y el derecho de propiedad que se adquiere en virtud de ella; la paternidad del estado civil de padre o hijo que se genera.

4. Las condiciones de adquisición o constitución de la situación jurídica no se ven afectadas por una nueva ley que establezca condiciones diferentes para adquirirla o constituirla; en cambio los *derechos* que nacen de esas situaciones (ya constituidas), sean derechos reales o personales, se rigen por la nueva ley (por el efecto inmediato de ésta), salvo el caso de los contratos, en que el derecho personal no puede *disociarse* del contrato, por lo que prosiguen rigiéndose por la ley antigua.

5. El *ejercicio* de los mismos derechos también deben someterse a las normas de la ley nueva.

6. La *extinción* de tales derechos se sujeta a la misma solución y principios que se mencionaron para su adquisición (la ley nueva no podría sin retroactividad hacer revivir derechos que se han extinguido; por ejemplo, suprimir el efecto extintivo de un pago válidamente efectuado bajo la ley preexistente).

7. La doctrina francesa ha complementado esta materia con otras distinciones: a) *situaciones no contractuales* (que estén produciendo efectos), éstos se determinan por la ley nueva por cuanto no dependen de la voluntad de las partes y por consiguiente pueden ser modificados por la ley (la situación de cónyuge

o padre y la posibilidad por ejemplo, de impetrar el divorcio que establezca una nueva ley o la patria potestad del hijo que le reconoce la nueva legislación). Como separan el *derecho creado del acto creador* también incluyen bajo este acápite la situación del dueño o del poseedor a quienes cabe aplicarles las nuevas leyes que modifican el contenido de los derechos reales en forma inmediata; y b) *situaciones jurídicas contractuales*, los efectos futuros de los contratos concluidos anteriormente continuarán regulados por la ley bajo la cual se concluyeron, sin verse afectado por las normas de la ley nueva. Sería inadmisibile que uno de los contratantes se encontrara que una ley sobrevenida en el periodo de ejecución del contrato liberará al otro de las obligaciones contraídas regularmente a la época de su celebración.

8. Los tribunales franceses han resuelto firmemente que la ley que rige el día de la celebración del contrato es el que determina las causas de extinción de la obligación, el pago, las causales de resolución y la extensión de la responsabilidad contractual del deudor para los efectos de calcular los perjuicios civiles que pudieran derivarse del incumplimiento.

9. De la misma manera se comprenden en la legislación del día del contrato las disposiciones legales supletorias vigentes a esa época.

10. No obstante las severas críticas a la teoría de los derechos adquiridos por parte de la doctrina francesa, los autores llaman la atención que los tribunales de ese país en algunas sentencias aún mantengan la terminología de la doctrina clásica y califiquen como expectativas los efectos de *situaciones jurídicas no contractuales* y derechos adquiridos a los *efectos contractuales*, lo que en opinión de juristas como los hermanos Mazeaud “oscurece esta distinción”²⁹.

11. En materia de leyes interpretativas: un sector importante de la doctrina francesa acepta que el intérprete (juez) pueda indagar si la ley es verdaderamente interpretativa. De esta forma, por más que el legislador las calificara como tal, el juez podría concluir en que no lo es y podría así declararlo. Por muy soberana que sea la ley, ella ‘no podría decir que una cosa sea lo que no es’³⁰.

B. España:

Disposiciones legales: “Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario (art. 2º, N° 3, Código Civil español de 1889).

Además se debe considerar la regla constitucional que dice lo siguiente “la Constitución garantiza que no se establecerá la retroactividad de las disposiciones

²⁹ Mazeaud Henri León y Jean, *Lecciones de derecho civil*, 1959, vol. I, pág. 228.

³⁰ Roubier, ob. cit., pág. 215.

sancionatorias no favorables o restrictivas de derechos individuales” (art. 9º Nº 3, Constitución).

Es importante señalar que el Código Civil español estatuyó una *norma preliminar transitoria* al momento de su entrada en vigor que dispuso lo siguiente: “Las variaciones que perjudiquen derechos adquiridos no tendrán efecto retroactivo”. A pesar de la claridad de los términos de este precepto, autores como Castán Tobeñas, sostienen que el legislador español optó por un *sistema mixto, por estimar peligrosa la definición abstracta de los derechos adquiridos*; según este mismo jurista ello explicaría que lo acompañen otras 13 disposiciones transitorias destinadas a dar aplicación concreta al citado precepto y que en varias de ellas se utilicen conceptos y soluciones que participan de los planteamientos de las otras doctrinas existentes sobre la materia (como la de los hechos cumplidos).

Comentario:

1. El principio general es la *irretroactividad de la ley*, a menos que se establezca su retroactividad.

2. La Constitución prohíbe la retroactividad de las disposiciones ‘sancionatorias no favorables o restrictivas de los derechos individuales’; en cambio las sancionatorias favorables (que alivian la situación del destinatario de la sanción) sí deberían tenerlo.

3. La oración “derechos individuales” que utiliza la Constitución ha suscitado dudas en cuanto al alcance y significado que debe tener. Se sostiene que si dentro de éstos se comprenden los “derechos subjetivos” se extiende desmesuradamente el concepto. Se discute además si sólo alcanza a los derechos fundamentales que proclama la Constitución Española o si también pueden incluirse otros derechos que no lo estén (por ejemplo, ciertos derechos de la personalidad no mencionados en la Carta Fundamental).

4. En general, exigen que la retroactividad este formalmente decretada por la ley; sin perjuicio de la retroactividad tácita que le atribuyen a cierto tipo de leyes.

5. Utilizan un criterio bastante pragmático en las soluciones jurisprudenciales. En algunos fallos acogen en parte los principios de la teoría de los derechos adquiridos pero, al mismo tiempo, en otros acuden a las soluciones de la teoría de los hechos cumplidos u otras que se han comentado en el curso de este trabajo.

6. Si una ley nueva presenta carácter retroactivo y no está claro en ella el grado de retroactividad con que debe aplicarse, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que el juez puede determinar el grado a que se refiere la ley.

Al respecto distinguen tres tipos o grados de retroactividad:

1º Retroactividad de grado mínimo: La nueva ley se aplica sólo a los efectos de la relación creada bajo la antigua, que se produzcan después de regir aquéllas.

Por ejemplo, una ley que fije un tope al interés en el mutuo de dinero (5%). Los intereses que en el *futuro* devenguen los préstamos hechos con anterioridad, aunque se hubieren pactado superiores, se reducirán al 5%.

2º Retroactividad de grado medio: La nueva ley se aplica también a los efectos producidos antes de dictarse aquélla, aún no *consumados*. Así, en el caso anterior, los intereses devengados, pero aún no pagados antes de la nueva ley, *no podrán reclamarse* en lo que exceda del 5%.

3º Retroactividad de grado máximo: La nueva ley admite que los efectos *producidos y consumados* bajo la antigua se les aplique los preceptos de la nueva y se rehagan al tenor de esta última. Así, los intereses ya pagados bajo la antigua se deben reducir al 5%, pudiendo el deudor que los pagó reclamar lo que pagó demás³¹.

C. Argentina:

Disposición legal: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley en ningún caso podrá afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

A los contratos en curso de ejecución no son aplicables las nuevas leyes supletorias” (art. 3º Código Civil argentino).

Comentario:

1. El precepto antes citado es producto de la reforma del citado Código en 1968, reemplazó la norma anterior que disponía lo siguiente: “Las leyes disponen para lo futuro; no tienen efecto retroactivo, ni pueden alterar los derechos adquiridos”.

2. Esta nueva disposición se inspira claramente en la doctrina de las situaciones jurídicas. Se abandonó la teoría de los derechos adquiridos.

3. La regla general continúa siendo la irretroactividad de la ley, *esté o no*

³¹ Autores como Albaladejo, De Castro y Bravo y Castán Tobeñas comparten la solución de graduar la retroactividad.

comprendido el orden público, a menos que se establezca expresamente que la norma es retroactiva.

4. Se mantiene el principio que los contratos sucesivos se rigen por la legislación vigente a la época de su celebración. Es interesante destacar que la nueva norma del Código Civil argentino señaló expresamente que las nuevas *normas supletorias* no serían aplicables a los contratos en curso, respetando de esta manera firmemente la voluntad de los contratantes que podrían quedar a merced del cambio legislativo de normas supletorias nuevas, en perjuicio de sus derechos.

5. Los autores argentinos están de acuerdo en general que la retroactividad sea expresamente declarada por el legislador.

6. Son partidarios de dar a la ley nueva la máxima extensión en su aplicación, incluyendo los efectos de ésta a los hechos que se originaron al amparo de la ley anterior y cuyos efectos se producen estando en vigor la nueva ley.

7. En general las soluciones que proponen son muy similares a las que plantea la doctrina y la jurisprudencia francesas, en particular, la distinción entre situaciones jurídicas contractuales y no contractuales.

8. En la doctrina argentina también se ha planteado el problema (al igual que en España) en orden a saber, en caso de leyes retroactivas, cuáles son los derechos amparados por las garantías constitucionales a que alude la nueva disposición del Código Civil argentino.

12. EL DERECHO CHILENO. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

El principio consagrado en la regla del artículo 9 del inciso 1° del Código Civil señala que “la ley sólo podrá disponer para el futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo”. Como señala Federico de Castro y Bravo, el principio de irretroactividad es una “regla de buena política, máxima de prudencia y exigencia de equidad” (ob. cit., pág. 175)³².

³² En el proyecto 1841-1845 del Código Civil no aparecía en el inciso 1° la oración final “y no tendrá jamás efecto retroactivo”. Sólo aparece en el proyecto inédito que es la redacción definitiva que quedó del texto aprobado por el Congreso el 14 de diciembre de 1855.

Como fuentes de esta norma se mencionan los códigos de la Louisiana, el francés, el austríaco y un estudio de Portalis denominado “Memoria sobre el Código Sardo”, presentado en la Academia de Ciencias Políticas y Morales de Francia.

Miguel Luis Amunátegui Reyes agrega una nota de Andrés Bello en que éste manifiesta haber tenido a la vista en la redacción de dicho inciso la ley 7 del Codex (Código de Justiniano, Libro Primero, Título XIV, Ley 7), cuyo texto es el siguiente: “Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis,

El precepto recién citado sólo obliga al juez mas no al legislador cuya acción debe enmarcarse en los límites de la Carta Fundamental, razón por la cual puede, en casos excepcionales, dictar leyes retroactivas.

Luego, el principio de irretroactividad de la ley no lo establece la Constitución³³. Aun más, la Carta Fundamental no contempla una prohibición expresa para dictar leyes retroactivas. Empero, hay dos garantías constitucionales respecto de las cuales, sin discusión, se concluye que no se pueden dictar este tipo de leyes.

La *primera*, en *materia penal* (art. 19 N° 3, inc. 7ª Constitución Política, principio de igualdad ante la ley, y art. 18 del Código Penal), “ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a

non ad facta praeterita revocare, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit”, cuya traducción es la siguiente: “Es cierto que las leyes y las constituciones dan forma para los negocios futuros, y que no se retrotraen a los hechos pasados, a menos que expresamente se haya determinado, tanto del tiempo pasado, como de los negocios todavía pendientes”.

El autor antes nombrado se preguntaba: ¿por qué no consignó don Andrés Bello la excepción contemplada en la parte final de la regla? A juicio de Amunátegui Reyes fue porque Andrés Bello estimó innecesario hacerlo ya que la voluntad soberana puede siempre modificar o derogar las leyes anteriores en la forma que estime conveniente, “sin que sea preciso que se indique tal reserva”. Este mismo autor señala más adelante que Andrés Bello admitía categóricamente que el legislador podía, en circunstancias extraordinarias, dictar una ley a que se dé efecto retroactivo.

En cuanto al uso del adverbio “jamás” que emplea el citado inciso 1º, dice que “peca por demasiado absoluto” y “no tiene el alcance que se le atribuye” y concluye indicando que la regla del artículo 9º inciso 1º “habla no tanto con el legislador como con el juez. Puede ser una advertencia para el primero; pero de seguro un mandato para el segundo” (ob. cit., M.L. Amunátegui R., págs. 162 y 163).

En verdad mucho más racional habría sido que el precepto dijera simplemente que la ley sólo puede producir efectos para el futuro, con lo que implícitamente quedaba excluido el efecto retroactivo. Tal vez influyó el precedente histórico de la regla del Código Civil francés de 1804 (similar a la chilena) “la ley no dispone más que para el porvenir, no tiene efecto retroactivo”. En efecto, durante la Revolución se produjeron lamentables experiencias de leyes retroactivas. La Convención hizo aplicables a todas las sucesiones abiertas después del 14 de julio de 1789 las nuevas leyes sucesorias que descansaban sobre la idea de *igualdad*. Fue necesario volver a hacer particiones. Pero se produjo un desorden tan grande, ocasionó tantas protestas que debieron tomarse medidas de *contra-retroactividad*. Luego no es sorprendente que nuestros legisladores se hayan preocupado de dictar una ley en términos similares a que lo hiciera el codificador francés.

³³ El establecimiento del principio de la irretroactividad en las constituciones conduce a una rigidez que no se aviene con las necesidades jurídicas, políticas y económicas de una sociedad, como asimismo tampoco se condice con la necesidad de incorporar transformaciones legislativas que fueren necesarias para el desarrollo de la misma.

No obstante, nos encontramos con la realidad de que varios países, sobre todo latinoamericanos, han dispuesto la *irretroactividad* en sus textos constitucionales: México (1917), Costa Rica (1949), Panamá (1972), Honduras (1982), El Salvador (1983), Guatemala (1985), Nicaragua (1987), Paraguay (1992), Bolivia (1995), República Bolivariana de Venezuela (1999). Tales constituciones disponen, en general, que las leyes no tendrán efecto retroactivo, salvo en materia penal cuando favorezcan al afectado. Borda connota que en alguno de los países antes mencionados los tribunales han concluido declarando que esos preceptos se dirigen al *juez y no al legislador*, soslayando de ese modo la norma constitucional, con lo cual esas naciones han podido proseguir dictando leyes con efecto retroactivo (ob. cit., págs. 193, 194).

su perpetración, *a menos que una nueva ley favorezca al afectado*” (“retroactividad benigna”); y *la segunda*, garantiza el *derecho de propiedad* sobre toda clase de bienes corporales e incorporeales (art. 19 N° 24 de la Constitución Política, especialmente su inciso 3°), “nadie en caso alguno, puede 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 la ley general o especial que autorice la expropiación por las causales que indica la ley, reconociendo la Constitución, además, el derecho expropiado a reclamar de la legalidad del acto y a ser siempre indemnizado”.

Según algunos, cuando se dicta una ley retroactiva se deroga tácita y parcialmente el artículo 9° inciso 1° del Código Civil por ser inconciliables ambas normas (arts. 52 y 53 del citado Código); en opinión de otros, corresponde resolver este asunto conforme al principio de la especialidad, prevaleciendo por tanto la norma retroactiva que es *especial*, por sobre la *general* del artículo 9° inciso 1° ya citado (arts. 4° y 13 del Código Civil). Esta última conclusión –a nuestro juicio correcta– se basa en que la derogación tácita supone que ambas normas fueren inconciliables de manera absoluta, es decir, que la ley presuntamente derogada (artículo 9° inciso 1°) *no pudiere seguir subsistiendo*, pero no es el caso del art. 9° inciso 1° en que ambas pueden continuar vigentes sin ningún reproche o dificultad.

Otra cosa distinta es que el legislador conceda efecto retroactivo a la ley, en cuyo caso el juez está obligado a aplicarla de ese modo.

El principio de irretroactividad de la ley ha sido recogido por casi todos los códigos antiguos y nuevos y, en ciertos casos por las constituciones. Por otra parte, la inmensa mayoría de los tratadistas son partidarios de dicho principio, concediéndole a éste un carácter general y universal³⁴.

En la práctica se traduce en la seguridad y confianza en las personas en el sentido que sus actos ejecutados bajo el imperio de una ley sean reconocidos como válidos bajo el imperio de otra que la reemplaza, ya que de no ser así serían graves los trastornos que ello traería para la sociedad. Nadie podría estar seguro de sus derechos válidamente adquiridos bajo una ley, así como de los actos por él ejecutados.

Lo anterior explica que la retroactividad no sea generalmente aceptada porque, sin duda, afecta la seguridad jurídica.

³⁴ El principio cubre no sólo el ámbito de Derecho Privado, también el campo del *Derecho Público* (Constitucional o Administrativo) que comprende *derechos subjetivos públicos* e intereses legítimos que deben considerarse (especialmente si se trata de su relevancia patrimonial) como un límite a la retroactividad.

Pero si bien es cierto que los derechos válidamente adquiridos deben respetarse, no es menos cierto que el interés privado no puede sobreponerse al interés social y, por consiguiente, es menester reconocer siempre la potestad del legislador para armonizar los derechos individuales con los de la sociedad. En efecto, las leyes nuevas van incorporando mayores beneficios o derechos para las personas, lo que exige ampliar la esfera de acción de las nuevas leyes. En consecuencia, se justifica que el legislador –sobre todo si el interés social lo exige– pueda darle efecto retroactivo en circunstancias excepcionales.

Con todo, el legislador no debe olvidar que las leyes retroactivas son excepcionales y siempre deberán dictarse con la prudencia y tino que exige la equidad.

13. LA LEY CHILENA SOBRE EFECTO RETROACTIVO DE LAS LEYES. CARACTERÍSTICAS, COMENTARIOS SOBRE MATERIAS RELEVANTES Y JURISPRUDENCIA CHILENA

La L.E.R. entra en vigor al poco tiempo de promulgarse el Código Civil chileno. Se dicta en 1861 y declara en su art. 1° que tiene por finalidad resolver “los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en distintas épocas”.

Es necesario aclarar que no todos los conflictos que se produzcan con motivo del tránsito de la ley antigua a la nueva quedan bajo el dominio de esta ley. Los problemas del cambio legislativo pueden estar solucionados por la propia ley nueva, en sus disposiciones transitorias. De modo que sólo si no hay normas transitorias que legislen sobre el cambio de una ley a otra, o si éstas son incompletas se podrá acudir a los preceptos legales de la ley en comento.

Andrés Bello aparentemente no participó en su redacción o, en todo caso, su intervención habría sido menor, en razón, probablemente, de su avanzada edad a esa época y de serios problemas de salud que lo afectaban.

Sin embargo, el tema era motivo de preocupación de Bello, según relata Amunátegui Reyes³⁵.

³⁵ Luis Amunátegui Reyes (ob. cit., pág. 167); relata que “don Andrés Bello, aún antes de la promulgación del Código Civil, comentaba ya la necesidad de dictar una ley que viniera a subsanar estos inconvenientes”. Destaca que en un trozo que se conserva inédito y que, según parece, debió agregarse a la conclusión del Mensaje con que fue presentado al Congreso el proyecto del Código Civil, decía al respecto: “Restará todavía un complemento indispensable, una ley de transición que facilite la observancia del Código. Que la ley no debe tener efecto retroactivo es un principio que él mismo sanciona, y que parece tan evidente como justo. Pero su aplicación no es tan fácil. Muchos casos podrán presentarse en que la aplicación de esa regla ocasionaría divergencia de opiniones, como se ha visto en todos los países en que

Comentaremos sus características y aquellos aspectos más relevantes, *sin entrar en el detalle pormenorizado y exegético de cada una de sus disposiciones*. Al mismo tiempo, incluiremos casos jurisprudenciales que muestran el criterio que han seguido los tribunales al aplicar los principios y disposiciones de este cuerpo legal.

CARACTERÍSTICAS Y COMENTARIOS DE ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY

Características

a) Es un cuerpo legal *casuístico*. Carece de reglas generales que abarquen todas las disciplinas del derecho. Sólo proporciona soluciones en materias específicas de Derecho Civil, salvo un par de disposiciones de carácter procesal³⁶.

Se explica por razones históricas. La ley es contemporánea al Código Civil. De las palabras del propio Andrés Bello y de las intervenciones de los parlamentarios de la época en la discusión en el Congreso, se concluye, sin lugar a dudas, que se dictó precaviendo los posibles conflictos que suscitaría la entrada en vigor del citado Código.

Su contenido se refiere fundamentalmente a las materias civiles que trata el Código Civil chileno, aunque no a todas (por ejemplo, no hay regla sobre prelación de créditos, responsabilidad contractual, entre otras). No obstante, los tribunales chilenos han conocido y resuelto una variedad de casos haciendo aplicación de los principios que la informan.

b) *Sus normas se inspiran en la doctrina de los derechos adquiridos*. Sin embargo algunas de las soluciones que establece la ley se apartan de esta doctrina.

Entre los casos más notorios cabe citar la *capacidad de ejercicio*: la ley la considera un derecho adquirido siendo que de acuerdo a la teoría clásica es una facultad legal abstracta (art. 8º). Esta norma le asegura un derecho adquirido a quien obtuvo capacidad de ejercicio; no obstante, en los hechos tal calidad resulta ilusoria dado que la misma disposición reglamenta que “en el ejercicio y

un cuerpo de leyes ha sido reemplazado por otro. Es necesario distinguir de los derechos adquiridos, las meras expectativas; de la sustancia, las formas”.

³⁶ En la discusión del proyecto el diputado por Valparaíso señor Hurtado criticaba esta característica con las siguientes palabras: “Una ley no es un diccionario de casos sino un precepto que tienen por objeto resolver un gran número de casos....” (Sesión de 13 de agosto de 1861, Cámara de Diputados).

continuación de ese derecho deberá sujetarse a las reglas de la ley posterior". En definitiva, sólo le mantiene el título de capaz, pero deberá someterse siempre a las normas de la ley nueva para ejercer su capacidad.

En el caso de *prescripción* (adquisitiva y extintiva), en que debiendo prevalecer los plazos de la ley nueva (el prescribiente sólo tendría una mera expectativa), el art. 25 le reconoce a éste un derecho de opción a elegir entre el plazo de la ley antigua y el de la nueva. Pero si opta por la última el plazo no empezará a contarse sino desde la fecha en que aquélla hubiese empezado a regir.

Es una solución ecléctica que cautela principalmente los derechos del titular (dueño o acreedor, en su caso), quien confiado en el plazo de la ley antigua pudiera ver extinguido su derecho por el solo transcurso del tiempo si la ley posterior redujera los plazos de prescripción.

En cuanto a la *posesión*, el art. 13 dice lo siguiente: "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 señaladas en ésta".

Luego, si una ley posterior establece nuevos requisitos o nuevos medios o acciones para proteger la posesión, ¿se aplican de inmediato sus disposiciones a los que antes eran poseedores válidamente constituidos?

Con la afirmación que la posesión es un "hecho" y no un "derecho" podría pensarse que el poseedor está sometido a la ley nueva por cuanto éste no tendría un "derecho adquirido". En este sentido se ha sostenido que "la retención de la posesión, por lo medios que la ley reconoce, es una simple expectativa y no un derecho que la nueva ley altere, desconozca o suprima, esto es, que no obraría con retroactividad" (Luis Claro Solar, *Explicaciones de Derecho Civil y Comparado*, Santiago, T.I, segunda edición s.f., págs. 73 y 75).

Nos parece que el precepto no es terminante para concluir que distingue entre *constitución y efectos*. La solución más natural sería que frente al cambio legislativo el poseedor se mantiene en su posesión pero, en cuanto al ejercicio de las "acciones posesorias", se regirían por la ley posterior (corresponderían a derechos y obligaciones anexos a la institución jurídica denominada posesión).

En materia probatoria, no resulta claro que el art. 23 se ciña estrictamente a los principios de la teoría, de acuerdo a lo que se dirá más adelante al estudiar las normas probatorias.

c) Presenta contradicciones que no han sido resueltas en forma satisfactoria.

Una de las contradicciones más evidentes es la que se produce con la utilización del vocablo "extinción" (art. 6º, alimentos del hijo simplemente ilegítimo, y art. 12º, derechos reales).

En el caso de los *derechos reales*, nos encontramos frente a una flagrante contradicción (algo similar ocurre con el art. 6°), puesto que por una parte el art. 12° dice que “el *derecho real adquirido* en conformidad a la ley vigente a su adquisición *subsiste bajo el imperio de otra* que la modifique pero que en cuanto a sus goces y cargas y en lo tocante a su *extinción* prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”. *Precisamente la extinción es lo opuesto a la subsistencia del derecho*³⁷.

En lo tocante al derecho de dominio, deberá vincularse, necesariamente, con lo dispuesto por el art. 19° N° 24 de la Constitución que lo incluye dentro de las garantías constitucionales.

d) La falta de cuidado en la redacción de sus normas, lo que a menudo hace difícil la correcta interpretación de sus normas. Son los casos, por ejemplo, de la errónea mención que se hace en los arts. 16 y 17 de las “servidumbres naturales” en circunstancias que la referencia debió hacerse a las “servidumbres legales”; sin perjuicio que la primera de ellas incluye a las “servidumbres voluntarias”, situación que genera otro problema de interpretación³⁸. Se pueden agregar los casos del art. 18 inc. 1° que alude a las solemnidades “externas” de los testamentos, lo que carece de sentido en atención a que todas las solemnidades tienen esa calidad y el problema del art. 20 inc. 2° en que se confunde el derecho de representación con el de substitución.

MATERIAS RELEVANTES

a) Contratos. La norma legal dice lo siguiente: “En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración”. Esta es la fórmula que utilizó el legislador chileno.

El contrato no se puede separar o disociar de los *derechos personales* que engendra. Sería contrario a la naturaleza de las cosas, considerando que los derechos y obligaciones fueron *creados y moldeados* por los contratantes al amparo de la ley que presidió la formación del contrato, incorporándose inmediatamente tales derechos al patrimonio de los contratantes.

³⁷ Luis Claro Solar, ob. cit. “En éste como en otros artículos se ha apartado, pues, de los principios que ella misma consagra”, pág. 73; en el mismo sentido A. Alessandri y M. Somarriva, *Curso de Derecho Civil*, T. I, vol. I, 1961, pág. 197). Los senadores Torres y Cerda eran partidarios de suprimir la frase “en lo tocante a su extinción” (art. 12), en razón que según ellos “contravenía la Constitución” (Sesión de 12 de junio de 1861, Senado).

³⁸ Como las servidumbres voluntarias tienen su fuente en el contrato deberían regirse por el artículo 22 y no por el 16. Otros estiman que sería una norma especial frente a la regla general del art. 12 en materia de derechos reales y en consecuencia preferiría frente a aquella en virtud del principio de la especialidad (arts. 4 y 13 del Código Civil).

De modo que una primera afirmación sobre esta materia es la siguiente: *los derechos contractuales* (que nacen de los contratos) constituyen *derechos adquiridos* que una ley nueva no puede afectar so pena de ser retroactiva.

En la expresión “leyes vigentes al momento de su celebración” se comprenden las que regulan los elementos esenciales, requisitos de validez y derechos y obligaciones que nacen del contrato. También se incluye la *legislación supletoria* del contrato (que representa lo que normalmente habrían estipulado los contratantes)³⁹.

El principio antes enunciado, esto es, que el contrato se rige por la ley vigente al tiempo de su celebración, adquiere gran importancia en los contratos que *no han sido todavía cumplidos o que deban ser objeto de una ejecución sucesiva (o de tracto sucesivo)*. Los efectos de estos contratos se continúan rigiendo por la ley antigua (la del momento de su celebración, según se ha explicado). Si se pretendiere aplicar la ley nueva a esos contratos en curso serían retroactivos por afectar derechos adquiridos por los contratantes⁴⁰.

Una cuestión que amplió notablemente el ámbito de aplicación del art. 22 es el de la *propiedad* que tendrían los contratantes sobre los *derechos personales* que nacen del contrato. En efecto, éstos son bienes incorpóreos sobre los cuales se tiene propiedad (arts. 565 y 583 del Código Civil), quedarían amparados por la garantía constitucional del art. 19 N° 24 de la Constitución que protege las diversas formas que puede revertir el dominio (en este caso, propiedad sobre bienes incorpóreos). Con estos elementos la jurisprudencia chilena ha dejado prácticamente intocables los contratos en curso frente a futuras modificaciones legales⁴¹.

La propiedad sobre los derechos personales que nacen del contrato ha devenido en que la pretensión de aplicar nuevas modificaciones legales a contratos en curso no sólo atentaría contra la regla del art. 22, *confundiéndose con la vulneración de la propia norma constitucional del art. 19 N° 24*, por lo que procedería el recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley.

La tesis de la propiedad de derechos personales es discutida por autores

³⁹ Recordemos lo extensivo que han sido los tribunales franceses al interpretar este punto: incluyen las causales de extinción de las obligaciones, la resolución del contrato y las reglas sobre indemnización de perjuicios contractuales, entre otras.

⁴⁰ La solución es la misma en la doctrina de Roubier; la justificación jurídica es enteramente diferente, rige la ley anterior por el principio de supervivencia de la ley antigua.

⁴¹ “*La propietarización de los derechos*”; se ha extendido por la jurisprudencia a otras situaciones que no son de origen contractual en las que se esgrime como argumento la vulneración del derecho personal protegido por la Constitución asilándose en el derecho de propiedad que garantiza al art. 19 N° 24 (principalmente por vía del recurso de protección en materias como “la condición de alumno”, la “pertenencia a una lista en una justa electoral estudiantil”, entre otras).

como Vittorio Pescio y Jorge López Santa María. Argumentan de la siguiente manera: a) en el Derecho Romano la propiedad sólo recaía sobre cosas corporales y, de admitirse que se tiene dominio sobre tales derechos, también habría que aceptar la posesión sobre los mismos, lo que es rechazado en el Derecho chileno; b) que el titular de un derecho personal al ejercitar las facultades que le corresponden de acuerdo al contrato lo hace en su calidad de acreedor y no porque sea dueño de un bien incorporal; y c) concluyen en que la tesis de la propiedad de estos derechos conduce al absurdo que el propietario tiene a su vez la propiedad sobre el derecho de propiedad que tiene sobre la cosa⁴².

Las razones que invocan estos autores son plausibles, de acogerlas sería posible modificar contratos en curso, no obstante el riesgo de incertidumbre jurídica a que podría conducir una práctica constante de legislar de esa manera.

Por lo demás, es un principio *universalmente aceptado* que los contratos en ejecución siempre deben regirse por la ley vigente al tiempo de contratar, cualquiera sea la corriente doctrinaria que se siga para resolver los conflictos de leyes en el tiempo⁴³.

El art. 22 consagra dos excepciones:

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

2º. Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en

⁴² V. Vittorio Pescio, *Manual de Derecho Civil*, "Tomo III, 1978, págs. 295-296; Jorge López Santa María, artículo "¿Modificará el legislador chileno en los años venideros contratos vigentes o en curso de ejecución?", publicado en *Contratos*, Edit. Jurídica de Chile, Santiago, 1991, págs. 147-157.

⁴³ Sin embargo, autores como Borda estiman que es posible aplicar a los contratos en curso las modificaciones que pongan en vigencia nuevas leyes; en efecto él sostiene que es inútil buscar argumentos ingeniosos y sutiles para demostrar que los contratos en curso de *ejecución no pueden ser tocados* por las nuevas leyes; quienes podremos de momento sentirnos atraídos por ellos en el terreno de la especulación abstracta. Pero *la realidad jurídica impone otra solución*. Añade que es un mal sendero apartarse de la realidad jurídica viva. Subraya que no significa justificar cualquier ley o cualquier tendencia legislativa, pero si la realidad se encuentra apoyada en una razón de justicia se puede aplicar una ley que va reemplazando a la preexistente; considerando que se le presume mejor y más justa, por lo que en principio deberá aplicarse con la mayor amplitud posible y hacerle *producir sus efectos de modo inmediato*. Sostiene que los nuevos conceptos jurídicos, morales y sociales hacen inaceptable mantener por ejemplo una tasa de interés de los mutuos en que se han reducido los montos por la ley y que una persona "no puede por un acto o un contrato cualquiera asegurarse un derecho sino cuando lo permitan las leyes y en la medida que ellas lo hagan". Estima además que sería válida una cláusula contractual según la cual lo estipulado se mantiene durante el tiempo que la legislación lo estime admisible (ob. cit., págs. 186 a 191).

Otros tratadistas sostienen que la *regla o principio* que el contrato se gobierna por la ley vigente al momento de su celebración, no está en pugna con el hecho que en un mismo territorio *puedan coexistir dos leyes en materia contractual* (Josserand, ob. cit., pág. 81; Carbonnier, ob. cit., pág. 125). Connotan estos autores que el límite del alcance de aquella regla o principio sería su inaplicabilidad frente a *leyes de orden público*; asevera este último que es "frecuente decir que no cabe hablar de derechos adquiridos en contradicción con el orden público".

ellos; pues ésta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

La primera es un precepto de carácter procesal que concuerda con la regla del art. 24 que dispone la vigencia inmediata de este tipo de normas.

La segunda dispone que las reglas que señalan penas en caso de infringirse las estipulaciones de los contratos serán castigadas con arreglo a las disposiciones de la ley bajo la cual se hubieren cometido. Es pacífico que la disposición se refiere a las penas o sanciones legales (nulidad, resolución, inoponibilidad u otras de carácter civil); se excluyen las contractuales (que pudieren acordar las partes), que se rigen por la ley en vigor a la época de convenirse, o sea, conforme al principio del inciso 1º del art. 22⁴⁴.

b) Derechos reales

A ellos se refiere el art. 12 de la ley: “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 hubiese ordenado o se ordenare por leyes especiales” (la situación del derecho real de servidumbre la comentamos anteriormente).

Algunas premisas básicas sobre este acápite:

– Esta norma significa que una ley nueva no puede afectar un derecho de propiedad u otro derecho real ya existente (por ser un derecho adquirido incorporado al patrimonio del titular), so pena de retroactividad.

– Respecto de los demás derechos reales (que no sean el dominio) se tiene propiedad sobre ellos (arts. 565 y 583 del Código Civil), por su calidad jurídica de bienes incorporales.

– En cuanto al dominio –según lo anticipamos– la interpretación de la regla del art. 12 debe ajustarse hoy día a la norma constitucional del art. 19, N° 24 de la Constitución (garantía constitucional).

– De lo anterior podemos extraer las siguientes conclusiones:

b.1. La existencia del *derecho mismo* (una vez adquirido por el titular),

⁴⁴ Se ha resuelto que independientemente de lo que hayan convenido las partes antes de modificarse la Ley de Protección del Consumidor por infracciones a dicha ley originadas en gastos de cobranza superiores a lo que fija la citada ley modificatoria, corresponde aplicar las *multas* que establece la nueva ley y no lo que hubieren estipulado las partes, ya que se trata de un asunto comprendido dentro de la excepción del N° 2 del art. 22 (Identificador Lexis Nexis 23037; Corte Apelaciones Rancagua; Sentencia 10/08/2000).

El fallo asimila las multas por infracción a las normas de dicha ley a las *penas legales* desechando la sanción estipulada por las partes. Cabe recordar al respecto, que la tendencia jurisprudencial chilena considera las multas como sanciones penales.

está amparada por la garantía constitucional. Esta protección se extiende a la exigencia de *nuevos requisitos para su adquisición o constitución*.

b.2. Las facultades esenciales del dominio (usar, gozar y disponer) *forman un solo todo* con el derecho mismo y, por ende, gozan de igual protección constitucional (art. 19, N° 24 inc. 3° de la Constitución)⁴⁵.

b.3. El amparo constitucional alcanza además a la propiedad de los demás derechos reales ya adquiridos o constituidos bajo la ley anterior.

b.4. El ejercicio del derecho de propiedad ("goces y cargas") queda sujeto a la ley posterior, la que podrá establecer *nuevas formas o modalidades* para su ejercicio (se trataría de facultades legales que según la teoría clásica pueden ser modificadas por la ley nueva). Más aún, la Constitución autoriza al legislador para establecer "*limitaciones y obligaciones* que deriven de su función social" en los casos que indica el art. 19, N° 24, inciso 2° de la regla constitucional.

b.5. Estas nuevas modalidades, limitaciones u obligaciones no podrán afectar al derecho en su *esencia* (art. 19, N° 26 de la Carta Fundamental).

b.6. En cuanto a su *extinción*, ya enunciamos el problema interpretativo que origina este vocablo. Analizando a la luz de la doctrina clásica el precepto resulta retroactivo. No respeta el derecho adquirido si la ley posterior rige su extinción.

Por otro lado, la regla constitucional es clara al establecer la expropiación por causa de utilidad pública como único medio de extinguir el dominio con los resguardos que ella misma establece (ley expropiatoria e indemnización del daño patrimonial efectivamente causado).

En el marco descrito no parece posible que el legislador chileno pueda crear nuevas causales de extinción de los derechos reales al margen de la regla constitucional.

No obstante (asilándose en el texto del art. 12 que admite a la "ley posterior" regir su "extinción") se sostiene que el legislador podría crear nuevas causales de extinción de los derechos reales no contemplados en la legislación anterior. Se aduce que no se puede pretender que tales derechos no sean *perpetuos*⁴⁶, y que no

⁴⁵ La actual regla constitucional no permite la sutil distinción –que se formulaba por algunos autores– entre el "derecho mismo" y las "facultades" que él confiere, de acuerdo a lo cual estas últimas se convertirían en derechos adquiridos sólo cuando se ejerzan, antes son meras expectativas o facultades legales abstractas subordinadas a la ley posterior (Véase memoria de prueba "Ley de 07 de octubre de 1861 sobre L.E.R." Ismael Ibarra Léniz, 1960, págs. 138 y siguientes).

⁴⁶ En la doctrina, ya José Clemente Fabres, siguiendo el pensamiento de Portalis, sostenía que no se puede pretender que tales derechos fueren perpetuos (ob. cit., pág. 205); Roubier: "El legislador jamás ha garantizado a los particulares el goce indefinido de los derechos que se poseen en un momento determinado" (ob. cit., pág. 224); en el mismo sentido Ripert–Boulanger (ob. cit., pág. 224); Borda (ob. cit., pág. 190); también en Ibarra Léniz (ob. cit., pág. 141).

habría retroactividad puesto que estas nuevas causales no regirían hechos o situaciones del pasado⁴⁷.

c) Prueba de los actos y contratos

Una afirmación previa: Los conflictos de leyes en el tiempo en el ámbito probatorio surgen cuando el cambio de legislación tiene lugar *después* que acontece el acto y *antes* de rendirse la prueba, en el proceso derivado de aquél⁴⁸.

Los artículos 23 y 24 de la ley distinguen entre reglas sustantivas probatorias y adjetivas o procesales.

c.1. Sobre las procesales o adjetivas (art. 24)

Dispone lo siguiente: "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"⁴⁹.

Los nuevos preceptos procesales rigen de inmediato (*in actum*). Todas las situaciones del proceso se someten a la ley procesal nueva con las excepciones que indica la norma citada (plazos que ya estén corriendo al entrar en vigor la nueva ley y actuaciones o diligencias ya iniciadas en ese momento).

No se justifica demorar su aplicación si no existen derechos adquiridos de los particulares que pudieren verse comprometidos. Por el contrario, se supone que la aplicación inmediata de las nuevas normas procesales contribuye a una mejoría en la substanciación de los procesos.

⁴⁷ En Ibarra Léniz, ob. cit., págs. 143 y siguientes, se menciona esta alternativa claramente inspirada en la doctrina de las situaciones jurídicas.

En todo caso, creemos que la norma constitucional tantas veces citada hace inviable esta tesis en Chile por lo menos en lo que concierne al derecho de propiedad (puede verse sobre este punto Jorge Baraona González); "Irretroactividad de la ley e intangibilidad contractual. A propósito de la deuda subordinada del sistema bancario", págs. 52 y siguientes, en "Derecho de los contratos", Cuadernos de Extensión Jurídica N° 6, U. de Los Andes, 2002.

⁴⁸ Sobre el cambio legislativo en materia probatoria se puede consultar: "La prueba en materia sustantiva civil. Parte general", Daniel Peñailillo Arévalo, Editorial Jurídica de Chile, 1993; págs. 103 a 119.

Respecto del alcance de los vocablos "actuaciones y diligencias", véase Peñailillo Arévalo, ob. cit., pág. 112. Dentro de las excepciones que menciona el art. 24 deben incluirse las actuaciones o diligencias de *carácter probatorio* del art. 23, si los plazos estuvieren en curso o las diligencias ya iniciadas (Peñailillo Arévalo, ob. cit., págs. 112 y 113).

⁴⁹ El precepto se aplica también a los asuntos de *jurisdicción voluntaria* y a las reglas procesales penales ("Estudio crítico de la jurisprudencia de la ley sobre efecto retroactivo de las leyes". Artículos 18 al 26, José Luis Gómez Angulo, memoria de Prueba, 1962, págs. 100 y 110).

La norma guarda armonía con los artículos 22 N° 1 y 23, parte final, de la misma ley.

c.2. Sobre las substantivas probatorias (art. 23)

La disposición señala lo siguiente: “Los actos o 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 está subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere”.

Ahora bien, son normas de este tipo las que determinan el peso de la prueba, cuáles son los medios de prueba, su admisibilidad o inadmisibilidad; el valor probatorio de los mismos y el objeto de la prueba.

El precepto citado solamente se refiere a los *medios de prueba* concediendo una *opción* a quien debe probar o quiere allegar alguna probanza al litigio para escoger entre los medios de la antigua o de la nueva ley (el texto dice “podrán probarse”).

No es claro si esta opción permite la elección “medio a medio” (tanto medios de la antigua como de la nueva) o se debe hacer como conjunto (el conjunto de medios de la antigua o el conjunto de medios de la nueva). Es preferible la primera alternativa (medio a medio), la otra implicaría una limitación no justificada (Peñailillo Arévalo, ob. cit., pág. 112).

Con todo, la elección de un medio de prueba de la antigua ley que es suprimido por la posterior puede ser meramente teórica si no existe la norma de procedimiento que permita utilizarlo en el litigio.

El legislador podría derogar la opción que concede el art. 23 y disponer simplemente la aplicación inmediata de medios de prueba que no existían a la época del contrato o la supresión de alguno de los existentes a ese momento.

En estos casos, ¿podrían los contratantes invocar algún derecho adquirido a regirse por los medios que existían al momento del contrato? Roubier descarta tajantemente tal posibilidad; afirma “que no habría ni siquiera retroactividad” en atención a que las leyes de este género (relativas a la prueba) sólo conciernen al juez en sí mismo (ob. cit., pág. 230).

Esta cuestión se conoce en la doctrina como el “derecho a probar”, esto es, si surge para quien adquiere un determinado derecho subjetivo, independientemente de él, un derecho a probarlo por los medios vigentes al momento de contratar. Es importante precisar que se trataría de un derecho con autonomía del derecho sustantivo que se pretende probar (no tiene por objeto el convencimiento del juez en presencia de esos medios, sino que éste los acepte, los practique y los considere en la sentencia).

En apoyo a este “derecho a probar” se podría invocar la regla del art. 22,

vale decir, que las normas probatorias se incorporarían al contrato; lo normal será que las partes tengan en consideración las pruebas de que disponen, y que éstas constituyan un elemento para alcanzar la convicción de la seguridad del contrato; es un efecto del contrato, adquirido desde el momento de su celebración⁵⁰.

Si seguimos este razonamiento cabe concluir que no era pertinente incluir la opción en el art. 23, el legislador simplemente debió mantener los medios de prueba de la ley antigua para ser fiel a los principios de la doctrina en que se inspira la ley.

Es discutible atribuir la condición de derecho adquirido al “derecho a la prueba”. En efecto, no tiene la calidad de un derecho subjetivo que pueda entenderse incorporado al patrimonio de los contratantes (aunque Davis Echandía, Hernando, lo califique como un “derecho subjetivo procesal”, citado por Peñailillo Arévalo, ob. cit., pág. 50).

Por el contrario, la aplicación de las nuevas normas probatorias substantivas a hechos o contratos anteriores se acepta por un sector importante de la doctrina. En otras palabras, indirectamente niegan la existencia de un “derecho a probar”.

En general, los procesalistas italianos están con esa posición: sostienen que las leyes de este género son normas de *naturaleza procesal* y tienen como función *formar la convicción del juez*. La sentencia es el fruto de un trabajo lógico que encuentra sus instrumentos *no en el pasado sino en el presente por los medios de pruebas idóneos del tiempo del juicio*⁵¹.

En cuanto al cambio legislativo en materias substantivas probatorias *no contempladas* en el art. 23 (por ejemplo, en la valoración de la prueba), las solu-

⁵⁰ Fabres, ob. cit., pág. 190, afirma “que el medio de prueba es una parte integrante de los actos y contratos, un derecho que se adquiere sin necesidad de estipulación expresa”. En el mismo sentido, Luis Claro Solar, ob. cit., pág. 80: “si una ley probatoria nueva modifica los medios de prueba y se aplica a relaciones contractuales preexistentes, quebrantaría la regla general de irretroactividad establecida en el art. 9º de nuestro Código Civil, por vulnerar un derecho adquirido, afectando en consecuencia la certeza jurídica indispensable para las transacciones civiles, vinculadas al progreso y perfeccionamiento social”; en el mismo sentido Pascuale Fiore, “De la irretroactividad e interpretación de las leyes: Estudio crítico y de legislación comparada”, Madrid, 1927, pág. 398. En Ripert-Boulanger, ob. cit., pág. 232, se dice que “en Francia las reglas relativas a la admisibilidad de uno u otro medio de prueba son fijadas por la ley que regía *el día en que nació el derecho*...”.

⁵¹ Entre los autores italianos podemos mencionar a Carnelutti (*La prueba civil*), a Giuseppe Chiovenda (*Ensayos de Derecho Procesal Civil*, 1949). En su obra, Chiovenda niega que el derecho “deba estar acompañado hasta la muerte por los medios de prueba cuando nació, no obstante cualquier cambio que experimente la ley. Rechaza que se tenga un derecho adquirido a la prueba. Añade que el derecho tiene vida en un momento determinado y la prueba puede tener lugar varios años después. Se pregunta este autor, entonces, “¿cómo pueden imaginar un derecho adquirido a que el juez de un futuro lejano forme

ciones dependerán fundamentalmente de la posición que se adopte en relación a la existencia de un “derecho a probar” en nuestro país (Peñailillo Arévalo, ob. cit., pág. 116)⁵².

su convicción y su sentencia en ciertos instrumentos y no en otros?” Destaca el mismo autor que el legislador no modifica las normas probatorias caprichosamente sino que ellas cambian con las condiciones de la vida social, de modo que quien invoca un derecho deberá probarlo con los medios de prueba expresados en las normas procesales vigentes. Enfatiza, que “un derecho puede remontarse a varios siglos atrás; el juez no puede ser más que de su tiempo” (Chiovenda, ob. cit., págs. 396 y siguientes).

El autor antes citado subraya que la prueba no puede considerarse como “cosa de las partes” (ob. cit., pág. 399).

Con todo, Chiovenda excluye la vigencia inmediata de las nuevas “normas procesales” la escrituración (solemnidad) de un acto cuando es condición de validez del mismo y los preceptos que establecen presunciones de derecho, por estimar las normas sustanciales y no procesales, en cuya razón continúan rigiéndose por la regla “tempus regitctum”.

Chiovenda desvirtúa el argumento que las partes *tienen en cuenta los medios de prueba* al momento de contratar. Afirma que en la mayoría de los casos las personas no se preocupan en absoluto de la prueba ni de las leyes sobre ella, *las que generalmente ignoran* (ob. cit., pág. 402).

Por su parte, Roubier también estima que este tipo de leyes (substantivas procesales) deben aplicarse a “los procesos nuevos”, en forma inmediata, “incluso aquéllos relativos a hechos anteriores” porque tienen por finalidad *formar la convicción del juez*. Más aún, descarta la opinión de autores como Lasalle, Aubry y Rau, entre otros quienes manteniéndose en el sistema de los derechos adquiridos, con matices, distinguen entre *leyes que incorporan nuevos medios* (que sí se aplican a todo nuevo litigio de inmediato) de aquellas que *suprimen un medio de prueba* (que no podrían ser aplicadas a titulares de derechos anteriores), concluyendo que resulta evidente que tanto en un caso como en el otro el legislador no puede tener otro fin que permitirle al juez cumplir con su labor que consiste en el descubrimiento de la verdad y determinar los derechos de las partes (ob. cit., pág. 232).

⁵² La Corte Suprema en una decisión del año 1975 desestimó, en forma categórica, la existencia de un “derecho a probar” (no conocemos antes ni después de esa fecha otros pronunciamientos tan directos de este alto tribunal sobre este punto). Ha expresado lo siguiente: “En caso alguno, es dable afirmar que los litigantes tengan derechos adquiridos en la prueba rendida en el pleito, ya sea en cuanto a *los medios probatorios* que la ley les concedía al iniciarlo, o bien, en relación a las normas procesales sobre la forma para hacerlos valer. La prueba no pertenece a quien la aporta al juicio, impera aquí el principio de la adquisición procesal, o sea, de que la prueba pertenece al proceso y no se incorpora al patrimonio del aportante o para su solo beneficio. Por lo demás, es sabido que en esta misma materia probatoria procesal no cabe afirmar que existan, *en rigor, derechos adquiridos*, sino que simplemente *meras expectativas* en orden a llegar a formar el convencimiento del juez respecto de los puntos de hecho en discusión (recurso de inaplicabilidad, de 05/11/1975, *Fallos de Mes*, N° 204, pág. 236).

Sin duda que este fallo se aparta claramente de los principios que inspiran a la L.E.R.

Es pertinente citar al respecto, un comentario jurisprudencial de Emilio Riosco Enríquez sobre un fallo anterior. Señala que las nuevas reglas *valorativas de la prueba* rigen *in actum*, se aplican a todo litigio o actuación probatoria futura; pero las probanzas ya rendidas y las actuaciones probatorias ya iniciadas en un juicio pendiente se deben valorar conforme a las disposiciones de la ley antigua (“La prueba ante la Jurisprudencia. Derecho Civil y Procesal Civil”; págs. 46 y 47, comentario sentencia de 11/10/1957, Corte de Apelaciones de Valparaíso, *R.D.J.*, T. 54, sec. 4ª, pág. 455).

Inferimos, aunque indirectamente, que el profesor Riosco Enríquez desestima la existencia de un “derecho a probar”, desde que hace regir inmediatamente a la nueva ley valorativa que es una *materia substantiva procesal*, con las excepciones que él indica.

JURISPRUDENCIA CHILENA

Los tribunales chilenos en general han seguido los principios de la teoría en que se inspira la L.E.R. de 1861.

– **Conceptos y definiciones:** Con frecuencia los fallos de nuestros tribunales acuden a los conceptos y definiciones sobre derechos adquiridos y meras expectativas que se contienen en la obra de Francesco Gabba (Entre otros, *R.D.J.*, C. Suprema, T. 77 año 1980, sec. 3ª, pág. 17; *Gaceta Jurídica* N° 50, año 1984, pág. 61; *Gaceta Jurídica* N° 76, año 1986, pág. 36; *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, N° 3, año 1995, págs. 535-554).

– La L.E.R. es de *carácter general* y no inhibe al legislador para dictar *normas especiales* en casos específicos a objeto de eliminar cualquier controversia entre la ley nueva y la preexistente (*R.D.J.*, T. 82, sec.1ª, año 1985, pág. 43; *Fallos del Mes*, N° 236, año 1986, pág. 914).

– En las sentencias citadas se aplicó el principio de la especialidad (arts. 4º y 13º del Código Civil), en virtud del cual prefiere la norma especial por sobre la general (L.E.R.), resolviendo que para computar los plazos de prescripción de las *acciones cambiarias* prevalecía la regla de la Ley 18.092, que es especial, sobre el art. 25 de la ley de efecto retroactivo, que sería norma general.

– **Prelación de créditos:** Las preferencias inherentes al crédito constituyen sólo una mera expectativa para el acreedor y no un derecho adquirido.

– En efecto, las preferencias generales de pago no constituyen derechos subjetivos que puedan asimilarse a un derecho real o personal, sólo importan un modo de ser de ciertos créditos que se manifiestan a la época de hacerse efectivos los créditos. En consecuencia, son una creación de la ley que otra pueda reformar mientras no se haya hecho uso de ellas (*Gaceta Jurídica* 216, año 1988, pág. 62; *Fallos del Mes* N° 353, año 1988, pág. 89. En sentido contrario: constituyen un derecho adquirido, *Gaceta* 76, año 1986, pág. 39).

– Las leyes que aumentan o disminuyen las atribuciones del *Poder Judicial* o que crean tribunales para juzgar determinadas materias se aplican de inmediato (*R.D.J.*, Corte Suprema, T. 67, 2ª parte, sección 1ª, pág. 361).

La sentencia hace aplicación del principio consignado en el art. 24 de la

L.E.R. que dispone el efecto inmediato de las normas procesales.

– La indemnización por años de servicio por despido de trabajador en materia laboral es una mera expectativa

La indemnización no se incorpora al patrimonio del trabajador sino cuando se procede al despido. Antes de ello no tenía derecho a exigir su pago (no se había incorporado a su patrimonio), en consecuencia, para calcular su monto debe estarse a la ley vigente al momento del despido y no a la que regía a la época en que se celebró el contrato de trabajo (*R.D.J.*, T. 96, año 1999, 2ª parte, secc. 3ª, pág. 23).

La sentencia hace una clara aplicación de la teoría de los derechos adquiridos, por cuanto el legislador puede, en cualquier tiempo, modificarla, variar su monto y forma de calcularla, por considerarla una mera expectativa, sin que pueda reprochársele retroactividad.

En la doctrina comparada este caso podría comprenderse dentro de aquellos en que al juez se le consideran facultades para acudir al concepto de orden público en resguardo de derechos de índole laboral.

– Ley que se incorpora al contrato:

Se ha resuelto –aplicando el art. 22 de la L.E.R.– que se entienden ***incorporadas al contrato*** de mutuo pactado de acuerdo a las disposiciones de la Ley 16.807, la regla del art. 57 de la ley citada que dispone lo siguiente: “...que el atraso de 3 cuotas mensuales consecutivas hará exigible el total de la obligación como si fuere de plazo vencido...” (*Número Identificador Lexis Nexis* 16.980, Corte Suprema, 31/05/2000).

El precepto que se entiende incorporado al contrato en este caso corresponde a una cláusula bastante usual de caducidad del plazo en materia contractual.

– Derecho de uso no constituido:

Si no hay una sentencia firme que reconozca el derecho que se reclama sólo se tiene una mera expectativa que, de acuerdo al art. 7º de la L.E.R., “no forman derecho” (*Gaceta Jurídica* 216, año 1968, pág. 62).

La sentencia se ajusta a la teoría en atención a que el derecho involucrado era “un presunto derecho de uso” sobre un vehículo sobre el cual no se había constituido legalmente y cuya entrega reclamaba uno de los cónyuges aduciendo que éste se había adquirido para “su uso y el traslado de las hijas menores del colegio y demás necesidades del hogar”.

– ***Inaplicabilidad por inconstitucionalidad y ley sobre efecto retroactivo de las leyes:*** Se trata de un problema de conflicto de leyes en el tiempo y no de inconstitucionalidad de la ley. La Corte Suprema desestimó un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la Ley 19.253 de 1993 que prohibió la ***enajenación, embargo y gravámenes*** de propiedades indígenas, viéndose afectados con las nuevas disposiciones de dicha ley los derechos de los acreedores hipotecarios cuyas hipotecas se habían constituido válidamente bajo la ley anterior. La Corte Suprema adujo que se estaba en presencia de un conflicto de leyes en el tiempo que debía resolverse en el juicio respectivo y no de un vicio de inconstitucionalidad de la ley (***Lexis Nexis*** 18.187, Corte Suprema, 25/03/2001).

Nos parece que en este caso, si bien no se afectaba directamente la propiedad sobre el derecho real de hipoteca –que era lo reclamado por los acreedores hipotecarios–, lo cierto es que el contenido de este derecho se ve seriamente perturbado; en efecto, dichos acreedores quedaron prácticamente impedidos de perseguir sus acreencias sobre los bienes hipotecados para pagarse de sus créditos por medio del remate en pública subasta. No se trata que la norma posterior simplemente modifique el ejercicio del derecho en cuestión, ya que tal modificación, en definitiva, vino a alterar el contenido del mencionado derecho, por cuanto los acreedores hipotecarios quedaron privados de los elementos esenciales que comprende la hipoteca como caución o garantía real. Aparentemente el derecho real de hipoteca se vio afectado “en su esencia” y bien pudo ser la garantía del art. 19, N° 26 de la Carta Fundamental la regla a considerar por el tribunal para decidir acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones de la nueva ley.

– ***Reajustabilidad de pensiones de retiro:*** Se ha resuelto casi uniformemente que los sistemas de reajuste de pensiones automático (“pensiones perseguidoras”) no constituyen un derecho adquirido que haya ingresado al patrimonio del titular pues sólo representan una mera expectativa de serlo, siempre que se cumplan con las condiciones de su procedencia (***R.D.J.***, T. 78, sección 3ª, pág. 127; ***Gaceta Jurídica*** 142, año 1992, pág. 63, entre otras). Siendo una mera expectativa la ley puede modificarla, suprimirla o dejarla sin efecto, sin que con ello se contravenga la garantía constitucional del art. 19, N° 24 de la Constitución.

Nos parece que el fallo sigue el principio de la L.E.R. en el sentido que el goce de los derechos queda sujeto a las disposiciones de la ley nueva. La pensión se mantiene inamovible, como derecho adquirido, pero las modalidades inherentes al goce y ejercicio del derecho a la pensión deben regirse por la nueva ley (Alejandro

Silva Bascuñán ha criticado las decisiones jurisprudenciales en esta materia y ha sostenido que la pensión permite al jubilado gozar de ella en el marco de su estatuto y, si ese estatuto consagra reajuste o beneficios, "tal facultad constituye evidentemente un derecho adquirido", citado por Baraona González, Jorge, art. cit., pág. 57; Borda, en Argentina, en términos parecidos en relación a las leyes de jubilaciones; ob. cit., págs. 179-180).

– *Propiedad sobre derechos personales que nacen de los contratos. Derechos adquiridos*

i) La Corte Suprema acogió un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad interpuesto por una empresa (Endesa), resolviendo que dicha empresa había **incorporado a su patrimonio el derecho a exonerarse de responsabilidad civil** en el caso que la afecte un hecho constitutivo de fuerza mayor (sequía, cuando es prolongada y produce escasez o falta de fuerza hidráulica que la Corte da por establecida). Este derecho (que califica como derecho adquirido) ha ingresado al patrimonio de la empresa por tratarse de un bien incorporal de acuerdo a lo prescrito por los arts. 565 y 583 del Código Civil (*Fallos del Mes*, N° 442, año 1995, pág. 1184).

La exención de responsabilidad civil a que alude la Corte Suprema se produce frente a los clientes distribuidores de Endesa que habían contratado con ella y que la habían demandado por falta de suministro eléctrico.

La nueva ley dispuso que las empresas generadoras de energía eléctrica (como Endesa) respondían por los "déficit de generación eléctrica por fallas prolongadas o sequías...", modificando la situación anterior en que a tales empresas se les eximía de sus obligaciones (suministro de energía eléctrica) en caso de "fallas inimputables a la empresa administradora del servicio...".

La sentencia declara la inconstitucionalidad de este nuevo precepto legal por ser contrario al art. 19, N°s 22 y 24 de la Carta Fundamental.

El fallo se sostiene básicamente en la propiedad sobre los derechos personales que nacieron de los contratos de suministro eléctrico pactados por Endesa con sus clientes distribuidores que, conforme a la ley vigente al tiempo de su celebración, la eximía de responsabilidad en los casos mencionados (cuyas normas se incorporaron a los contratos en virtud de lo dispuesto por el art. 22 de la L.E.R.). En otras palabras, la **exención de responsabilidad constituía para Endesa un derecho adquirido** que, según se ha dicho, había ingresado al patrimonio de la empresa en términos que la nueva ley no podía afectarla so pena de retroactividad de esta última.

De este modo se explica que se haga lugar al recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los preceptos de la nueva ley objetados indicando como regla vulnerada el art. 19, N° 24 (que protege el dominio en sus diversas formas).

Por otro lado, el fallo permite extraer el siguiente razonamiento: si se acepta el principio que sobre los derechos personales que nacen del contrato se tiene un derecho de propiedad, la trasgresión del art. 22 de la L.E.R. queda subsumida dentro de la garantía constitucional del art. 19 N° 24; de este modo, cada vez que se contraviniera aquel precepto (que es una ley común) se estaría quebrantando la disposición constitucional recién mencionada.

ii) En nuestra jurisprudencia son numerosos los fallos que reconocen la propiedad sobre derechos corporales, especialmente en materia arrendaticia (en sentencia que aparece en *R.D.J.*, T. 68, sección 1ª, pág. 26, se analiza con detención este tema);

iii) Separadamente nos referiremos a una sentencia del Tribunal Constitucional publicada en la *Revista Chilena de Derecho*, vol. 22, N° 3, págs. 535-554, año 1995, que acogió en votación dividida un requerimiento de más de la cuarta parte de la Cámara de Diputados, en virtud del cual se solicitaba declarar inconstitucional un proyecto de ley que derogaba el inciso 4° del art. 10 de la Ley 18.401 sobre capitalización de los dividendos en los bancos “con deuda vencida o subordinada”. Dicho precepto permite que la mayoría de los accionistas preferentes pueda aprobar que no se repartan dividendos y capitalizar tales sumas en acciones preferentes con derecho al total de los dividendos que establece la ley antes citada.

– El voto de mayoría sostuvo que los accionistas preferentes tenían un *derecho adquirido incorporado a su patrimonio (que consistía en “acordar no repartir dividendos”)*, en razón del contrato de suscripción de acciones conforme al art. 22 de la L.E.R.; al mismo tiempo, indica que “el derecho de los accionistas a emitir su voto en juntas que deban originar la capitalización se incorpora a su dominio desde el momento en que adquieren las acciones”; agrega el voto de mayoría que las *reglas sobre capitalización* son de derecho privado, de carácter sustantivo, y corresponden al ejercicio de la libertad contractual *incorporándose al patrimonio* de los accionistas preferentes como un bien incorporal.

La opinión del voto de *mayoría se sustenta en la propiedad sobre los derechos incorporales que nacen de los contratos* de suscripción de acciones, constituyendo ésta, el fundamento principal para declarar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad (art. 19, N° 24 de la Constitución).

En el voto de *minoría* se pone especial énfasis en el carácter de *orden público* que tenía el proyecto de ley (el problema de la crisis económica de 1982 y la “deuda subordinada de los bancos”), específicamente, de orden “público económico”, por lo que sin incurrir en inconstitucionalidad el legislador podía establecer normas que afectaren a los accionistas preferentes en beneficio del interés general del país. Señala que el dominio de los accionistas se respeta en plenitud *pero sí se limita su ejercicio*; en ningún momento la derogación propuesta en el proyecto de ley vulneraba la garantía constitucional de dominio de esos accionistas, puesto que la propia Constitución permite –entre otros casos– dictar normas que limiten su ejercicio “cuando se encuentren comprometidos los intereses generales de la nación”; se precisa en el voto de minoría que, en todo caso, *se trataba de una limitación a uno de los atributos del dominio y no de su privación* y que tal limitación era perfectamente concordante con la función social de la propiedad. Por último, *la supresión de la capitalización de dividendos no afectaba en lo esencial la propiedad* sobre las acciones, por cuanto la posibilidad de capitalizar los dividendos *no constituía un derecho adquirido sino una mera expectativa*, puesto que se encontraba condicionada a una serie de presupuestos que podían o no acontecer, como la verificación de excedentes, que existiera acuerdo para proceder a su capitalización, entre otros, cuestiones que a juicio de los autores del voto de la minoría no se condecían con la existencia de un derecho adquirido consolidado, como son la perpetuidad, irrevocabilidad y exclusividad, sin estar sometidos a modalidad alguna o al consentimiento de terceros.

Este fallo es uno de los más importantes y completos en que se estudian los conceptos y definiciones fundamentales de la teoría y principios que sigue la ley chilena. Estimamos que la calificación de derechos adquiridos que hace el voto de mayoría es muy discutible y que, en cambio, nos parecen más adecuados los argumentos del voto de minoría, sobre todo en las consideraciones que se apoyan en los preceptos de la Carta Fundamental. También se hace una reflexión no habitual sobre la noción de orden público (orden público económico, como razonamiento para desestimar el recurso) que a nuestro juicio resulta muy pertinente en atención a las circunstancias y antecedentes que rodearon este problema (otra de las pocas sentencias que conocemos en que también se acude a la noción de orden público se encuentran en *Gaceta* N° 50, 1984, pág. 61: se señala que las normas sobre “legislación previsional son de orden público y rigen *in actum*”).

La sentencia demuestra, además, hasta dónde se puede extender el alcance del concepto de derecho adquirido. Ello hace posible soluciones tan discutibles

como las que se consignan en el voto de mayoría (similares consideraciones merece la calificación de derechos adquiridos que hace la primera sentencia comentada en este acápite).

14. RESUMEN Y PRINCIPALES CONCLUSIONES

I. El principio dominante en esta materia es el de irretroactividad de la ley, salvo que la misma establezca expresamente su retroactividad.

II. El principio lo recoge nuestra legislación en el art. 9º, inc. 1º del Código Civil y se encuentra en casi todos los códigos antiguos y nuevos e incluso en algunas constituciones; asimismo, tiene el favor de la doctrina que le concede un carácter general y universal.

III. En algunos países se le ha dado rango constitucional (principalmente latinoamericanos). No compartimos ese criterio por cuanto rigidiza las posibilidades de acudir a la retroactividad en casos que el legislador estimare necesario dictar leyes retroactivas (algunos autores connotan que en países en que se ha fijado la ley de esta manera no se ha tardado en buscar el camino para eludirlo, porque así lo han impuesto las circunstancias).

IV. Respecto de la retroactividad es previo tener claro dos cuestiones que a menudo originan confusión: una, es el concepto de retroactividad (qué es lo se entiende por tal, sobre lo cual conocemos las distintas opiniones existentes en la doctrina) y, otra diferente, es cuándo las leyes deben ser retroactivas (tarea que corresponde al legislador; por ejemplo, en asuntos atinentes a la salud, previsión, laborales, en general, cuando predomina el interés social y público).

V. La retroactividad debe ser expresa. Su carácter excepcional así lo exige. El principio de la irretroactividad es absoluto para el juez. No puede inferir la retroactividad por la vía de la interpretación. En la duda debe acudir a la regla del art. 9º, inc. 1º del Código Civil, o sea, aplicar la ley hacia el futuro.

VI. La regla de la irretroactividad obliga al juez mas no al legislador, quien, por causas que sólo a él le incumbe apreciar, puede dictar leyes retroactivas con las limitaciones constitucionales conocidas.

VII. Ahora bien, no es posible una aplicación matemática ni rigurosa del principio de irretroactividad. Para hechos o relaciones jurídicas reguladas de una vez para siempre (por ejemplo un contrato de compraventa en que se cumplen simultáneamente las obligaciones de pagar el precio y la entrega o tradición de la cosa), se aplica la ley vigente al momento del acto sin que haya lugar a volver sobre ello.

VIII. Pero, cuando se trata de hechos o relaciones jurídicas que se prolongan en el tiempo, cada modificación de la regla de derecho que las rigen plantea al intérprete el problema de saber cuál es la ley que se debe aplicar. La duda que se plantea es, ¿hasta dónde habrá de respetarse el estado jurídico creado con anterioridad y cuál será el límite al que puede llegar la ley nueva en su aplicación a esos hechos y relaciones jurídicas que nacieron bajo la ley antigua?

IX. En el cambio legislativo se enfrentan dos principios que en abstracto son muy dignos de respeto: por un lado, la seguridad jurídica, interesada en dar a la ley antigua el máximo de vigencia posible; por el otro, la justicia y el progreso en atribuir a la nueva ley un mayor campo de aplicación.

X. Los problemas que suscita el cambio legislativo se originan, principalmente, por la poca claridad acerca de los conceptos de retroactividad e irretroactividad, especialmente del primero de ellos.

XI. Lo anterior queda demostrado por la variedad de doctrinas o teorías que se han ocupado de estudiar estas materias, partiendo por la clásica que distingue entre derechos adquiridos y meras expectativas o facultades legales no ejercitadas, según la cual si la ley nueva se aplica a las últimas no hay retroactividad, pero en cambio es retroactiva si altera derechos adquiridos (doctrina que sigue la ley chilena de 1861).

XII. También ha quedado de manifiesto que los autores no han logrado asentar las bases que permitan contar con un derecho transitorio autónomo, capaz de dar respuestas a los conflictos de leyes en el tiempo con principios y reglas generales aplicables a todas las disciplinas del derecho.

XIII. Disponer de un derecho de esa naturaleza tendría consecuencias positivas y prácticas para los particulares. Estos podrían saber de antemano –en los casos de cambio de legislación– cuáles derechos les serían respetados y no contar con otros en cambio, lo que redundaría en un factor de seguridad jurídica indiscutible.

XIV. La realidad que exhibe el derecho comparado muestra que la mayor parte de los países se conforman, a lo más, con una norma general que establece el principio de irretroactividad de la ley. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han propuesto soluciones al problema del cambio legislativo (el caso de nuestro país es singular en cuanto dispone de una ley especial, separada de los códigos, aun cuando referida exclusivamente a materias propias del Código Civil, por razones históricas).

XV. No es de extrañar, entonces, que se estime suficiente por algunos autores contar con ciertos criterios o principios directrices generales que puedan guiar las soluciones en caso de conflicto.

XVI. En este orden de cosas la doctrina recomienda, como una buena medida de técnica legislativa, acompañar a cada nueva ley de disposiciones transitorias completas y adecuadas que faciliten sin grandes trastornos el tránsito de la antigua a la nueva ley.

XVII. Aunque no haya norma escrita, una larga tradición en el derecho comparado sostiene el principio que la ley antigua continúa rigiendo los contratos que no han sido todavía cumplidos o que deban ser objeto de una ejecución sucesiva (principio de supervivencia de la ley antigua). Esa misma ley se aplica a la formación del contrato.

XVIII. La doctrina y la jurisprudencia chilena aceptan en forma muy mayoritaria la propiedad sobre los derechos personales que nacen de los contratos y, por ende, esos derechos quedan incluidos en la garantía constitucional del art. 19, N° 24 de la Carta Fundamental.

XIX. Luego, cuando se afectan derechos nacidos de los contratos, la protección de tales derechos de ser simplemente legal (art. 22 de la L.E.R.) se confunde con la vulneración de la regla constitucional precitada.

XX. Algunos intentos doctrinarios que se conocen en el Derecho Comparado estiman que es viable modificar el contenido de los derechos reales con vigencia inmediata; ello no sería aplicable en nuestro país, al menos en lo concerniente al dominio, ya que se transgrediría la regla constitucional tantas veces mencionada.

XXI. La diversidad de opiniones que exhibe la doctrina en relación al tema que nos ocupa comprueba que ha perdido terreno la teoría de los derechos adquiridos frente a las visiones más modernas en materia de conflicto de leyes en el tiempo. La de mayor aceptación e influencia es la de las situaciones jurídicas de Paul Roubier.

XXII. Las enseñanzas del Derecho Comparado son útiles para promover una revisión profunda de este tema en nuestro país, examinar, en especial, si se justifica mantener la actual L.E.R. tal como fue concebida por el legislador en 1861.

CONSIDERACION FINAL

Las conclusiones precedentes confirman que es necesario un atento análisis y revisión del tema. Creemos que, en lo esencial, la doctrina de las “situaciones jurídicas” ofrece una clara opción para innovar en estas materias, por supuesto que ajustando sus proposiciones a la realidad jurídica chilena.

Aprovechar la experiencia argentina con las modificaciones al Código Civil (1967), inspiradas justamente en la doctrina de las situaciones jurídicas, modificaciones que dejaron de lado la teoría de los derechos adquiridos.

Tal revisión comprendería las siguientes premisas básicas:

1. Posiblemente una nueva ley que regule los problemas del cambio legislativo en base a la doctrina de las situaciones jurídicas, que contenga normas simples, acotadas en su número y de carácter general, o sea, que alcancen a todas las disciplinas del derecho.

2. El efecto inmediato debe ser la norma general (como efecto normal de toda ley).

3. Una clara distinción entre la adquisición o constitución de un derecho de lo que son sus efectos y el ejercicio de los mismos.

4. Las condiciones de adquisición y constitución quedarían siempre al amparo del cambio legislativo (no los afectaría la ley nueva).

5. El ejercicio de los derechos quedaría sometido a las disposiciones de la ley posterior.

6. La extinción de los derechos patrimoniales subjetivos, sean reales o personales, deberían ajustarse a las normas constitucionales.

7. Los “derechos” que tienen su origen en la ley, en su ejercicio y extinción, siempre deberán regularse por lo que disponga la ley posterior.

8. Son útiles las distinciones que hace la doctrina comparada entre “situaciones contractuales” y “no contractuales” (Francia), como, asimismo, la que posibilita graduar la retroactividad (España).

9. Las “no contractuales” se regirán por la ley nueva; en cambio, las “contractuales” por la ley de la época en que se celebra el contrato.

10. Los contratos que no han sido todavía cumplidos o que deben ser objeto de una ejecución sucesiva continuarán rigiéndose por la ley bajo la cual se celebraron (principio de supervivencia de la ley antigua).

11. Cierta tipo de contratos (que tengan un estatuto íntegramente regulado por la ley y en que la voluntad de los contratantes sólo se requiere para que nazca a la vida jurídica, como el matrimonio y, en general, los contratos de familia) deberá someterse a las disposiciones legales nuevas, vale decir, recobra vigencia el principio del efecto inmediato de la ley posterior.

12. Aceptar de la tesis que el juez está facultado para indagar si una ley es verdaderamente interpretativa en términos que si su conclusión es negativa, así poder declararlo en la sentencia respectiva; y

13. Estudiar la posibilidad que el juez pueda acudir al concepto de orden público, con cautela y en casos excepcionales, con el fin de atenuar los efectos no deseados de una irretroactividad entendida muy rígidamente.
