

# ALGUNAS REFLEXIONES DOCTRINARIAS EN TORNO AL PROBLEMA DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES

*Carlos A. Manavella C.*

Profesor en el Collegium Academicum  
(U.A.C.A.), Director de la Carrera  
de Derecho. Costa Rica. Abogado.



SUMARIO; I. Introducción; II. Metodología; III. La retroactividad como ficción. Presente y pasado jurídico; IV. Conflictos de las leyes en el tiempo. Planteamiento del problema; V. El problema en la doctrina: 1. Teoría de los derechos adquiridos; a) La formulación clásica. Blondeau, Merlin. b) Tesis de Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade sobre derechos adquiridos. c) El criterio de derechos adquiridos en Aubry et Rau. d) La doctrina italiana sobre derechos adquiridos. Gabba. e) El aporte de Savigny a la teoría de los derechos adquiridos. f) Crítica a la teoría de los derechos adquiridos. 2. Teoría de los hechos cumplidos. a) La doctrina italiana sobre hechos cumplidos. Ferrara. Coviello. b) Crítica a la teoría de los hechos cumplidos. 3. Teoría de las situaciones jurídicas. a) La tesis de Roubier y Planiol. b) La crítica de García Maynez a la tesis de Roubier. c) La tesis de Bonnecase; VI. Las excepciones al principio; VII. Algunas reflexiones en torno al problema doctrinario.

## I. INTRODUCCION.—

"Los "buenos tiempos pasados" — todos los tiempos cuando se han ido parecen buenos— se han ido".  
Lord Byron (La Edad de Bronce. 1823)

"Nos movemos rápidamente hacia la era del producto temporal, hecho por métodos temporales para servir a necesidades temporales".

Alfin Toffler (El shock del futuro. 1965)

"La gente muestra una tendencia permanente a proteger lo que tiene, a justificar lo que desea tener, y su tendencia es a ver bien las ideas que sirven a tal propósito. Las ideas pueden ser superiores a los intereses creados, pero también son a menudo hijas de los mismos".  
John Kenneth Galbraith. (La época de la inestabilidad. 1977)

"Según Merlín, no existe problema más complejo en la ciencia del derecho que el de la no retroactividad de las leyes. Todos los juristas del siglo XIX, en particular los civilistas, han repetido como *leitmotiv*, la fórmula de Merlín. A pesar de todo, el principio de no retroactividad de las leyes no deja de imponerse con la fuerza de una *verdad axiomática*, aportando a la omnipotencia de la ley un límite derivado de la naturaleza misma de las cosas".<sup>(1)</sup>

"La no aplicación retroactiva de la ley es un principio jurídico que se liga a dos órdenes diversos de ideas, aunque relacionadas éstas entre sí. Por una parte, tratar de impedir que el individuo que bajo leyes favorables a su clase incorporó grandes cantidades de bienes a su patrimonio, sea posteriormente despojado de ello mediante una nueva ley, aún cuando sea manifiesto que el bien colectivo demanda una redistribución de la riqueza. Por la otra, procurar la *preservación de la legislación tradicional*, restando eficacia jurídica a los nuevos preceptos que vengan a modificarla. Su trasfondo no puede ser, por ello, más *liberal-individualista*".<sup>(2)</sup>

(1) MONNECASE, Julien, *Introduction générale à l'étude du droit*, París, 1926, 5ª ed. pág. 201.

(2) NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Ed. Siglo XXI, 2ª ed. México. 1977, pág. 152.



La simple lectura de las dos citas anteriores invitan al jurista moderno, preocupado por el desarrollo real de los institutos jurídicos a una serie de reflexiones, sobre el tema en cuestión.

¿Se trata de una *verdad axiomática* que aporta a la omnipotencia de la ley un *límite derivado de la naturaleza misma de las cosas*? O, ¿se trata de un principio *liberal-individualista* que trata de proteger bienes incorporados al patrimonio de una persona y, por ello, de un instrumento por el cual se procura la *preservación de la legislación tradicional*, restando eficacia a las nuevas normas?

¿Estamos en presencia de un principio "natural", implícito en la "naturaleza misma" de la ciencia jurídica, como verdad axiomática, que no puede evitarse de ser formulada en los ordenamientos positivos; que se presenta como necesario requerimiento de un orden de justicia?

¿O estamos ante un principio histórico, producto de determinadas concepciones, desarrolladas al calor de reconocidas circunstancias de tiempo y espacio, y, por lo tanto, producto de determinados intereses socio-políticos y económicos —por ende ideológicos— debido a los cuales podemos prescindir en función de una renovación de los esquemas conceptuales y de los proyectos de organización societaria?

En fin; ¿nos hallamos frente a una conquista jurídica que debe mantenerse como un sostén indispensable en la defensa de la dignidad humana, o frente a una institución cuya función conservatista constituye un obstáculo insalvable para el desarrollo de un nuevo orden social y que, por lo tanto, debe eludirse como condición necesaria al respeto de la misma dignidad humana amenazada?

Carbonnier señalaba con agudeza que tras el problema subyacen cuestiones de orden político y social.

"Cada época pretende ser dueña de su destino. Los legisladores que se consideran llamados a cumplir una misión renovadora están naturalmente inclinados a liberarse de las restricciones resultantes de leyes pasadas que dieron garantías a ciertos derechos. En el fondo es la permanente tensión entre las tendencias que buscan la seguridad, el orden y la permanencia, y aquellas otras que vislumbran el progreso tras la innovación y el cambio. Son, en definitiva, problemas de historia y evolución".<sup>(3)</sup>

Trataremos de demostrar que estas dos *posiciones*, como decían los juristas romanos, se encuentran en permanente lucha tanto en el plano doctrinario como en el plano legislativo, siendo, en última instancia, tal como lo demuestra el análisis de la legislación comparada, un problema de política jurídica y, en consecuencia, un problema de política general que, en muchos casos, excede el marco puramente jurídico para constituirse en una seria elección de futuros modelos de organización social.

(3) CARBONNIER, Jean, *Droit Civil*, Paris, 1955-1959. Tomo I, pág. 92.

Trataremos también de demostrar que dichas posturas antagónicas, en algunas oportunidades, ceden en sus pretensiones originarias para dar lugar a soluciones mixtas que tratan de conciliar la aparentemente irreductible confrontación entre intereses individuales y sociales, quizás como un reflejo directo de una sociedad en transición donde las soluciones tradicionales tenidas como válidas ceden rápidamente ante el firme avance de una nueva toma de conciencia sobre las necesidades de la transformación social.

Y, por último, trataremos de demostrar que tras la discusión acerca del contenido, naturaleza, alcance y validez del principio de no retroactividad de las leyes se oculta, aunque no demasiado, un enfrentamiento de intereses que dan lugar a ideologías jurídicas distintas que, a su vez, permiten identificar a sus protagonistas.

Todo ello con el objeto de hacer nuestras las palabras de Tigar y Levy:

"...entendemos que la misión propia de la jurisprudencia consiste en explicar el mecanismo de cambio fundamental de las reglas legales que, respaldadas por el poder del Estado, gobiernan nuestras vidas".<sup>(4)</sup>

## II. METODOLOGIA.

En realidad si se pretendiera desarrollar integralmente las respuestas a las interrogantes de la parte introductoria, habría que entrar en el análisis de cuatro cuestiones o aspectos de la problemática.

- a) una dedicada al estudio de las principales tesis doctrinarias, con la finalidad de demostrar la confrontación de ideas en el plano del discurso teórico;
- b) una segunda referida al análisis de la legislación comparada y el derecho nacional con el objeto de señalar las influencias de los diferentes sistemas de pensamiento en el plano legal;
- c) una tercera, consagrada al estudio jurisprudencial con el propósito de tratar de descubrir la orientación tomada por los intérpretes; y,
- d) una cuarta parte donde, a modo de conclusión, se haga un aporte crítico respecto al problema de los conflictos de leyes en el tiempo y su incidencia frente al cambio social.

En este trabajo —resulta importante aclararlo— sólo abarcaremos el primero de ellos, dejando para labores posteriores los otros puntos. De tal modo que sólo trataremos aquí la problemática en el plano doctrinario.

(4) TIGAR, Michael E., LEVY, Madelaine R., *El derecho y el ascenso del capitalismo*, Ed. Siglo XXI, 1ª ed. México. 1978. pág. 11.

### III. LA RETROACTIVIDAD COMO FICCION. PASADO Y FUTURO JURIDICO.—

Resulta evidente que ni desde el punto de vista físico, ni metafísico, existe poder alguno capaz de obrar sobre el pasado de las cosas, o de los acontecimientos, siendo por lo tanto imposible la *retroactividad*<sup>(5)</sup> en sentido estricto. Así ya lo enseñaba Aristóteles cuando decía: "Dios está privado solamente de una cosa y es hacer que lo hecho no lo haya sido".

Pero puede suceder que un acontecimiento nuevo, que sobreviene a un hecho pasado, modifique el curso de los efectos de los hechos preteritos; por eso es que puede hablarse, en forma ficticia, de retroactividad, en la medida que el nuevo suceso intercede en las consecuencias emergentes de las *causas* del pasado.

De allí, que sólo puede hablarse de retroactividad teniendo siempre en cuenta que nos referimos a una creación meramente conceptual, a la que se arriba mediante una construcción absolutamente ideal y ficticia.

La ley, para referirnos sólo al modo principal de producción normativa, al igual que todas las *causas*, está destinada a desarrollar su ámbito de acción en el porvenir y jamás en el pasado que, como hecho consumado, no puede alterarse.

Además, resulta obvio, que, por el contrario, nadie puede regirse por un mandato que todavía no existe; de allí que resulta una verdadera acrobacia jurídica definir a la retroactividad como:

"la traslación de la vigencia de una norma jurídica creada en un determinado momento histórico, a un momento anterior al de su creación".<sup>(6)</sup>

Por eso aquí también, como en las demás *causas*, la retroactividad legal es aparente e ilusoria, pues exige, como diría Bonnecase, concebir la idea de un *pasado virtual*, diferente del pasado real.

"Quien dice pasado, en la acepción material del término, alude a todos los acontecimientos anteriores a uno fijado como base y constitutivo de la noción de presente, y quien dice futuro, en igual sentido, se refiere a todos los susceptibles de producirse a partir del hecho tomado como punto de partida; pero la cuestión no es tan sencilla cuando se trata de precisar el pasado y el futuro desde el punto de vista jurídico. En cuanto se relaciona con el or-

(5) Retroactividad, hace alusión a la calidad de retroactivo. Retroactivo del latín: *retro - actum*, supino de *retroagere*: hacer retroceder - dicese de lo que obra, actúa o tiene fuerza sobre el pasado.

(6) SMITH, Juan Carlos. *Retroactividad e irretroactividad de las normas jurídicas*. Enciclopedia Jurídica Omeba, Buenos Aires. 1977. Tomo XXIV. pág. 1.000.

den sucesivo de los hechos, la realidad legal no corresponde exactamente con la material; pues toda situación jurídica lleva en sí *virtualmente*, desde su nacimiento, una porción del porvenir sometida racionalmente a la ley del pasado..."<sup>(7)</sup>

Por esta razón, lo primero que debe hacerse al emprender un estudio sobre la retroactividad de las leyes es, como nos enseñaba Nogueira,<sup>(8)</sup> definir en qué consiste ese pasado jurídico virtual del que hablaba Bonnecase, que no es otra cosa que parte del futuro en cuanto sometido a los mandatos anteriores del legislador.

La ley sólo ordena para el porvenir, pero en ese futuro es necesario distinguir dos clases de hechos: unos, relativamente nuevos, en cuanto no tienen ataduras de causalidad con el pasado y, otros, que el obedecer a una norma pre-existente, coexisten con la vigencia de la nueva; estos últimos son los que verdaderamente plantean los problemas teóricos y técnicos al jurista y al legislador.

### IV. CONFLICTO DE LEYES EN EL TIEMPO. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

Hemos dicho que las normas están destinadas a regir para el futuro, lo que supone, obviamente, una vigencia determinada o indeterminada, como diría Kelsen;<sup>(9)</sup> pero puede suceder que estando en vigor dicho precepto y, por ende, desarrollándose las consecuencias jurídicas que supone la ocurrencia de la hipótesis normativa correspondiente, surja una nueva disposición que venga a afectar a la primera, lo que plantea un grave interrogante.

¿Qué sucede entonces con las consecuencias jurídicas que correspondían a la antigua hipótesis al encontrarse con que la segunda norma dispone efectos jurídicos distintos para un mismo supuesto de hecho? ¿Los hechos jurídicos realizados bajo el imperio de la vieja ley, caen o no bajo el imperio de la nueva y en qué medida?

Evidentemente que estamos en presencia de un conflicto de leyes en función del tiempo.

"Se denomina conflicto de leyes en el tiempo, a los conflictos nacidos de la aptitud de las leyes sucesivas para regir una situación jurídica determinada".<sup>(10)</sup>

(7) BONNECASE, Julien. *Supplément au Traité de Baudry - Lacantinerie*. Paris 1924-1935. Tomo II. pág. 13 y sig.

(8) NOGUERA, Rodrigo. *Retroactividad de las leyes*. Ed. Temis. Bogotá 1979. pág. 3.

(9) KELSEN, Hans. *El contrato y el tratado*. México 1943. pág. 53.

(10) RIPERT, Georges, BOULANGER, Jean. *Tratado de Derecho Civil*. Según el Tratado de Planiol. Ed. La Ley. Buenos Aires 1979. Tomo I. pág. 216.

No obstante, a este problema se le conoce tradicionalmente como el problema de la no-retroactividad de las leyes; expresión engañosa, ya que no señala el problema sino una determinada solución técnica al mismo y que además presenta la deficiencia de desvincular los conflictos de leyes en el tiempo de los conflictos de leyes en el espacio.

Como lo han señalado algunos autores,<sup>(11)</sup> los conflictos de leyes en el espacio suponen la concurrencia de leyes que coexisten pero que emanan de soberanías diferentes; mientras que los conflictos de leyes en el tiempo suponen la sucesión de normas dentro de un mismo estado soberano.

## V. PRIMERA PARTE: EL PROBLEMA EN LA DOCTRINA.—

Hoy sabemos que la retroactividad o irretroactividad de la ley es un modo técnico de resolver los conflictos de leyes en el tiempo y, por lo tanto, su zona de tratamiento está dentro de los problemas generales de las reglas de aplicación —parte de la técnica jurídica— o de la técnica de formulación legislativa —parte de la técnica de producción normativa— según como se la considere, lo que significa su participación como un tema más de la Teoría General del Derecho. Pero no siempre lo fue así, ya que durante mucho tiempo fue un tema desarrollado dentro de los esquemas de la filosofía jurídica.

Sin lugar a duda que el origen de los razonamientos sobre el tema se originan, aunque deficientemente, en el Derecho Romano.<sup>(12)</sup>

En efecto, si se analizan la Ley de las XII Tablas y las leyes comiciales de la época republicana no encontraremos nada de singular interés. Sólo hacia el fin de la República, conocemos un discurso de Cicerón contra Verres, donde condena enérgicamente la aplicación de leyes retroactivas.<sup>(13)</sup> Ya en épocas del Bajo Imperio sabemos de una Constitución dictada por Teodocio II y Valentiniano III, del año 400 dC., donde se contiene la afirmación de que dicha ley no tiene efectos sobre el pasado. A su vez, en el Corpus Iuris Civilis encontramos una serie de disposiciones, en la que se prohíbe la aplicación de una ley nueva a hechos ya

(11) BARTIN. *Principes de droit international privé*. Tomo I. pág. 15; BATTIFOL. *Conflicts des lois dans le temps. Etudes Ripert*. Tomo I. pág. 292; GAYALDA. *Les conflicts dans le temps en droit international privé*. París 1955. Cit. Ripert-Boulanger, op. cit. pág. 217.

(12) Se discute, sobre todo entre los historiadores, qué concepto apareció primero, si el de retroactividad o el de irretroactividad, siendo, en forma generalizada, aceptado de que en la mayoría de los textos antiguos que se conocen, prevalece la aplicación retroactiva de las normas.

(13) "Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari" (Cicerón. De Legibus. 7).

producidos.<sup>(14)</sup> De cualquier manera, estos datos no autorizan a sostener que los romanos conocían estas soluciones como una regla de aplicación generalizada.

Es sin duda en la Edad Media donde se desenvuelven en el ámbito del derecho consuetudinario, pero sobre todo en el Derecho Canónico, las ideas de que la irretroactividad de la ley es un precepto de derecho divino y que la retroactividad es de derecho humano; ideas que pasan a los pensadores iusnaturalistas que entendían que la irretroactividad es un principio de derecho natural mientras que la retroactividad es un producto humano.<sup>(15)</sup>

Para esta concepción medioeval el dogma de la irretroactividad es considerado como uno de los llamados principios generales del derecho, un *prins* que todo ordenamiento jurídico, que se precie de serlo, debe respetar.

Resulta necesario comprender que cuando comienza el proceso legislativo europeo estas ideas, aunque mitigadas por el racionalismo humanista, no eran del todo ajenas a los responsables de las primeras codificaciones.

Así Portalis sostenía que la retroactividad es *contraria a la razón* y un *elemental principio de seguridad*.

"La ley natural no está señalada ni por el lugar ni por el tiempo, porque está vigente en todos los países y en todos los siglos; pero las leyes positivas, que son obra de los hombres, no existen sino cuando se las promulga y no pueden tener efecto sino cuando existen... la promulgación de leyes retroactivas significa, a la vez, una injusticia y un desorden en cuanto afecta los derechos establecidos por leyes anteriores".<sup>(16)</sup>

También otro autor de la época, Benjamín Constant, señalaba que la ley retroactiva significaba el mayor atentado que puede cometer el legislador contra la sociedad, toda vez que representa la negación del pacto social y la nulidad de las condiciones fijadas a los individuos para que estos presten obediencia a las leyes.<sup>(17)</sup>

(14) C. 1.14.7.

(15) Para el estudio en detalle del principio de retroactividad en la Edad Media, recomendamos la obra de Paul Roubier cit. en (19), es como para el análisis de otros antecedentes históricos de la cuestión.

(16) PORTALIS. Exposición de motivos al primer título del Código Civil de Francia. Cit. por Fenet. Recueil complet des travaux préparatoires. París 1828. Tomo VI. pág. 338.

(17) CONSTANT, Benjamín. Cit. por Smith. op. cit. pág. 1.000.

Así, en este ambiente intelectual, la solución legislativa tradicional no podía ser otra que la de consagrar en forma lapidaria el principio de que la ley no debe aplicarse retroactivamente.

*"La ley sólo dispone para el futuro y no tendrá jamás efectos retroactivos".*<sup>(18)</sup>

Partiendo de la idea expuesta acerca de la imposibilidad fáctica de la ley de disponer para el pasado, la solución tradicional consiste, en realidad, en prohibir la acción de la nueva ley sobre los efectos en desarrollo producidos por el antiguo orden normativo.

Pero si este principio absoluto hubiera permanecido inalterado, no existiría problema doctrinario ni legislativo alguno, pero resulta que, a poco de afirmado, la doctrina europea comenzó a cuestionarse sobre la conveniencia de mantener su carácter absoluto o considerarlo simplemente como un principio que admite excepciones, ya que se advertía que ciertas urgencias sociales exigen a veces conceder que las nuevas leyes puedan ser más adecuadas que las viejas y que, por lo tanto, es menester darles prioridad incluso en relación con acontecimientos pasados.

Así el tratamiento doctrinario del siglo XIX parece abandonar la explicación filosófica nacida en la Edad Media para dar paso a una consideración eminentemente práctica sobre la conveniencia o no de su aceptación.

Por eso cuando ciertas razones de política jurídica prevalecen, la retroactividad aparece como un arma o recurso técnico que permite, fundada en razones de interés general, variar el curso de los efectos producidos por la ley anterior.

Comenzamos así a observar la lucha entre dos tendencias: una, tendiente a reforzar el principio de que la ley no debe ser retroactiva y, otra, que a través de la vía de la excepción, se esfuerza por abrir brecha que puede, eventualmente, terminar con el principio mismo, tal como lo habíamos señalado en su oportunidad.

Poco después de consagrado el principio, tanto la doctrina como la legislación, tratando de precisar su contenido y alcance, comenzaron a considerar una serie de excepciones que limaron las aristas del dogma deimonónico.

En consecuencia con lo expuesto, la presencia del principio y de sus excepciones, plantea, como nos enseña García Maynez, dos cuestiones capitales en materia de conflicto de leyes en el tiempo, a saber: primera: ¿qué debe entenderse cuando se dice que la ley no debe aplicarse retroactivamente? (principio); segunda: ¿en qué casos una ley debe aplicarse retroactivamente? (excepciones).

(18) Art. 2. C. C. francés.

Y tal como nos observa el maestro mexicano estas cuestiones, muy frecuentemente, son mezcladas; de allí que

"las dificultades que se presentan en esta materia obedecen en gran número de casos a la confusión de tales problemas"<sup>(19)</sup>

Por eso tratando de no incurrir en los mismos errores analizamos en esta primera parte las distintas soluciones que, en el plano teórico, se han dado en estos dos últimos siglos, buscando determinar el verdadero sentido del principio; pero como vemos, ya en la elaboración doctrinaria del mismo, aparecen las posibilidades de la aplicación retroactiva.

De tal manera que, sin confundirlos, debemos examinar la íntima relación que el principio y sus excepciones guardan en el plano teórico.

Así veremos, que recorriendo el horizonte doctrinario, encontraremos distintas teorías que buscan preguntarse qué es lo que debe entenderse por aplicación retroactiva de una ley, cuándo sucede, cuándo no y cuándo una ley puede aplicarse retroactivamente.

### 1. Teoría de los derechos adquiridos.—

Para la doctrina tradicional una ley es retroactiva cuando afecta los derechos adquiridos regularmente bajo la vigencia de una ley anterior.

Esta tesis, aceptada en términos generales por todos los partidarios de la Escuela de la Exégesis —Chabot, Meyer, Mailher de Chassat— encuentra su primera formulación con *Blondeau* y es desarrollada en forma brillante por quien será definitivamente su principal expositor: *Merlin*, quien la impondrá intelectualmente en la jurisprudencia francesa originaria.

#### a) La formulación clásica. *Blondeau-Merlin*.—

Resulta muy probable que la expresión —derechos adquiridos— provenga de los glosadores medievales que hacían una distinción entre *derecho firmemente adquirido (jus quoesitum firmum)* y el *derecho simplemente eventual (jus existens in spe)*. Pero, como sostiene Roubier,<sup>(20)</sup> no parece que la teoría se halla continuado elaborando sobre las mismas bases propuestas en el medioevo, ya que es recién después de la promulgación del *Code* cuando se desplegó el esfuerzo doctrinario; aunque no se puede negar la sentida influencia del *mos italicus* sobre los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio que sirvió de base a la doctrina del siglo XIX.

*Blondeau*<sup>(21)</sup> clasificaba los derechos civiles dividiéndolos en *derechos efectivos* y *derechos de adquirir*, subdistinguiendo dentro de esta úl-

(19) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. *Introducción al estudio del Derecho*. E. Porrúa. México 1953. pág. 389.

(20) ROUBIER, Paul. *Les conflicts de lois dans le temps en droit international privé*. Revista de Droit International Privé. París 1931. T. I, pág. 95.

(21) BLONDEAU. *Essays sur quelques points de législation ou de jurisprudence*. París 1826. págs. 67 y sigts.

tima categoría las *meras expectativas* de las *facultades propiamente dichas*, marcando tres etapas claramente diferenciadas en el desarrollo progresivo de los derechos subjetivos.

Estas distinciones suponen diferencias de grado, en cuanto los derechos de adquirir —meras expectativas o facultades— se observan carentes de algún requisito externo que les permitiría lograr la perfección, plenitud e integralidad de los derechos adquiridos y, correlativamente, la protección ante el avance de los dispositivos de una nueva ley.

Siguiendo esta línea de pensamiento Merlin<sup>(22)</sup> afirma que una ley es retroactiva cuando destruye o restringe un derecho adquirido bajo la vigencia de una ley anterior y no lo es cuando sólo afecta una *facultad legal* o una simple *esperanza o expectativa*.

La ley nueva, según su opinión, no puede alterar un derecho adquirido aunque puede dejar sin efecto la esperanza concedida por una ley anterior.

De tal manera que la comprensión de esta teoría radica en la captación del significado exacto de los conceptos de *derecho adquirido*, *facultad legal* y *esperanza o expectativa de derecho*.

El propio Merlin se encargó de definir al derecho adquirido como "aquel que ha entrado en nuestro dominio" (*patrimonio*) concepto que se opone al de expectativa a la cual define como "la esperanza de gozar el derecho cuando aparezca".

"Derechos adquiridos, son los que han entrado en nuestro patrimonio, que hacen parte de él y que no pueden sernos arrebatados por aquel de quien los tenemos".<sup>(23)</sup>

De allí que, siguiendo este criterio,

"el hombre que goza de un derecho subjetivo reconocido por la ley, no puede ser privado de él por una ley nueva; si no, la confianza en la protección social se desvanecería, el orden público se vería amenazado. El legislador debe, pues respetar los derechos adquiridos de los particulares, y en caso de duda, cuando no lo diga expresamente hay que admitir que lo ha querido".<sup>(24)</sup>

Como ejemplos de derechos adquiridos Merlin hace referencia al caso de los derechos derivados de la celebración de un contrato, lo que aprovecha para explicar el concepto de *facultades legales*, sosteniendo que a veces la ley no crea derechos en favor de alguien sino que sencillamente concede determinadas facultades, que sólo se convierten en derechos adquiridos al ser ejercitadas.

(22) MERLIN. *Repertoire universel et raisonné de jurisprudence*. 5ª ed. 1827-1828. Voz: Effet retroactif. III. 1. 3.

(23) MERLIN. op. cit.

(24) CAPITANT, Henry. *Introduction à l'étude du droit civil. Notions générales*. 3ª Ed. París 1912. pág. 54.

"Con las facultades otorgadas por la ley sucede lo mismo que con las concedidas por los individuos. Mientras no asuman la forma de derechos contractuales, son siempre y esencialmente revocables".<sup>(25)</sup>

Es decir, en otras palabras, que las facultades legales son aquellas que otorgadas por la norma de derecho objetivo, la ley, no han sido ejercidas y que por lo tanto pueden ser afectadas por la nueva disposición.

Inmediatamente Merlin explica qué entiende por expectativa:

"Lo que decimos de la simple facultad no actualizada, ¿es aplicable a la expectativa, es decir, a la esperanza que se tiene, atendiendo a un hecho del pasado o a un estado actual de cosas, de gozar de un derecho cuando este nazca? En otros términos, ¿constituye tal esperanza un derecho adquirido? Esto depende, sea de la naturaleza del hecho, sea del estado de cosa de que aquélla deriva. La esperanza puede derivar de la voluntad más o menos contingente del hombre, o de una ley que en todo tiempo puede ser derogada por su autor. O bien, derivada de un testamento cuyo autor ha fallecido o, por último, de un contrato".<sup>(26)</sup>

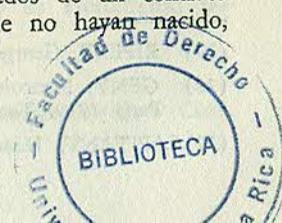
El autor ilustra sus conceptos ejemplificando en torno a lo que sucede con los testamentos y los contratos.

En el primer caso, mientras la persona que ha hecho su testamento de acuerdo con una ley permanece con vida, sus beneficiarios, herederos o legatarios, sólo tienen una simple expectativa fundada en un acto revocable y, por lo tanto, una nueva ley puede desvanecer las esperanzas basadas en la anterior. Pero si el testador ya ha muerto, y la institución o legado son puros y simples, es evidente de que estamos frente a un derecho adquirido, que no puede ser alcanzado por la nueva ley. Aún en el caso de que el testador haya sido instituido condicionalmente, con la muerte de él, el instituido ya tiene a su favor el derecho adquirido de testar, aunque, en última instancia, dependa el cumplimiento de la condición y por lo tanto, tampoco en esta oportunidad, la ley posterior podría neutralizar la voluntad testamentaria.

Respecto de los contratos, mientras estos no se celebren, los futuros contratantes sólo gozan de simples expectativas alentadas por la ley vigente; pero a partir de su celebración esas expectativas, en virtud del acto que las convierte de provisionales en firmes, se transforman en derechos ciertos y determinados, en derechos adquiridos, en cuyo caso ya no podrán ser afectados por un precepto novedoso. Dicha solución también debe mantenerse en el caso de derechos derivados de un contrato bajo condición suspensiva que, aunque eventualmente no hayan nacido,

(25) MERLIN. op. cit.

(26) MERLIN. op. cit.



no dependen de la revocación del acto jurídico sino de la realización del acontecimiento futuro e incierto y que, por lo tanto, tampoco pueden ser alcanzados por el nuevo mandato.

La tesis, original de Blondeau, desarrollada por Merlin, constituyó una primera pauta o un primer criterio para encarar el problema de la retroactividad, al menos desde el punto de vista doctrinario. De esta manera numerosos autores sostuvieron esta tesis, que aparentemente había resuelto la cuestión, pero que mostró que sólo brindaba una solución formal, sobre todo cuando se debía definir cuáles eran los caracteres esenciales y determinados de la noción de *derechos adquiridos*.

Es que, en sí mismo, el concepto de derecho adquirido es claro, pero el sentido que le dan los distintos autores lo hacen impreciso.

“Las sentencias repiten a porfía que la ley nueva no puede afectar los derechos adquiridos; pero cuando se intenta extraer del conjunto de sentencias un concepto general de derecho adquirido, se comprueba que es el derecho que no puede ser alterado por la ley nueva, a menos que sea simplemente el derecho de invocar la ley antigua”.<sup>(27)</sup>

Entramos así en un círculo vicioso: una ley no puede ser aplicada retroactivamente cuando afecta los derechos adquiridos; los derechos adquiridos son aquellos que no pueden ser alterados por la nueva ley. Como decía Geny<sup>(28)</sup> la solución se alcanza más por un sentimiento intuitivo que por vía de razonamiento riguroso.

Por ello, en última instancia, como observaza Capitant<sup>(29)</sup> la teoría tradicional de los derechos adquiridos más que resolver el problema de cuando una ley es o no retroactiva, desplaza el problema a determinar en cada caso concreto cuando se está en presencia de un derecho adquirido o de una simple facultad o expectativa.

#### b) Tesis de Baudry - Lacantinerie y Houques Fourcade sobre derechos adquiridos.

El criterio de los derechos adquiridos fue desarrollado posteriormente, con ciertas particularidades, por Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade, mediante la distinción entre *facultades legales* y *facultades ejercitadas*, entre *facultad legal* y *ejercicio*, ideas que parecen estar implícitas en los conceptos de Blondeau y Merlin.

La facultad legal concedida por el derecho objetivo pero no ejercitada (facultad legal) es sólo una simple expectativa que se convierte en derecho adquirido en virtud de su ejercicio (facultad ejercitada).

(27) RIPERT, Georges; BOULANGER, Jean. op. cit. Tomo I. pág. 221.

(28) GENY, Francois. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. París 1919. Tomo II. pág. 163.

(29) CAPITANT, Henry. op. cit. pág. 57.

“Bajo el nombre de derechos la ley nos reconoce aptitudes, nos abre facultades, las cuales nos deja generalmente libres de usar o no. Mientras nosotros no hayamos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido de que somos aptos para adquirirlos, según ciertos modos determinados. Pero este derecho no lo adquirimos sino cuando recurrimos a esos modos, porque nuestra aptitud, en el hecho, se ha manifestado por el acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo se ha materializado en ese acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido. Y este nos pertenece a partir de entonces, al punto de que la nueva ley no puede despojarnos del mismo sin pecar de retroactiva. No hay dificultad alguna en comprenderlo, pues la ley se destruiría a sí misma al aniquilar la obra que ha permitido en el pasado, y ello con gran perjuicio de su autoridad personal y, en seguida, de los intereses de aquellos a quien rige ya que entonces nada estable habría en la vida social”.<sup>(30)</sup>

De tal manera que según estos autores, cuando una nueva ley destruye o restringe una facultad no ejercida durante la vigencia de la anterior no puede hablarse de retroactividad; en cambio las facultades legales ejercitadas bajo la vigencia de la primera ley no pueden ser alcanzadas por los dispositivos de la nueva, pues ya estamos en presencia de derechos adquiridos.

A tal fin se refieren, ejemplificativamente, al derecho de propiedad. Así el sujeto que ha entrado en la propiedad de una cosa tiene una serie de facultades, (*ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*, etc.) pero dichas facultades no se transforman en derechos adquiridos sino recién en la oportunidad en que su titular las ejercita, por lo tanto si esto no sucede, una nueva ley podría afectar dichas facultades sin incurrir en aplicación retroactiva.

Esta tesis resulta, a *prima facie*, cautivante por su sencillez y claridad, pero, a poco que se la profundice y se la someta a experimentación frente a algunas hipótesis prácticas, observaremos su debilidad que la ha hecho proclive a ser rechazada de plano tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Desde un aspecto puramente teórico, la doctrina expuesta, deforma la tesis clásica sobre derechos adquiridos en la medida que hace depender la existencia de ellos, de su ejercicio. Resulta inadmisibles, desde todo punto de vista, considerar que los derechos subjetivos —como atribución de efectos normativos— dependan de una cuestión de hecho, como es su ejercicio. Los derechos existen de por sí, por la mera circunstancia de estar consignados en las reglas de derecho objetivo, y su ejercitación no puede, de ninguna manera, condicionar su presencia.

(30) BAUDRY-LACANTINERIE, G. *Traité théorique et pratique de Droit Civil*. 3<sup>o</sup> ed. París 1907. Tomo I. N<sup>o</sup> 133.

Desde un ángulo práctico en algunas circunstancias de hecho la aplicación de estos postulados resulta altamente conflictiva, tal como sucede en materia contractual, testamentaria o de derechos creditarios, sólo por mencionar algunos.

Cuando estamos en presencia de contratos instantáneos, los derechos generados por el acto jurídico se ejercitan de inmediato; pensemos en la compra-venta al contado. Pero, aún en este caso, subsisten sin ser ejercitados de inmediato, una serie de derechos derivados de un eventual incumplimiento o de otros sucesos; siguiendo con el ejemplo de la compraventa de contado, supongamos que el comprador se encontrare frente a vicios redhibitorios y quisiera hacer valer sus facultades bajo la vigencia de la nueva ley. Si aplicamos estrictamente la tesis tratada, tendríamos que sostener, en el ejemplo citado, que el ejercicio de facultades señaladas se sujetarán, en cuanto a su ejercicio, al nuevo régimen legal.

No obstante, es en los contratos de tracto sucesivo donde la aplicación de este criterio es aún más incoherente. Pensemos en un contrato cuyos derechos se ejercitan parcialmente en forma periódica. Si una nueva norma viniera, en un momento determinado, a suprimir o modificar las facultades originarias derivadas del acuerdo de voluntades, podría suceder que las facultades todavía no ejercitadas se rijan por una nueva ley, mientras que las ya ejercitadas no sean afectadas por considerarlas adquiridas, lo que resulta, a todas luces, un absurdo lógico.

Otro tanto sucede con los contratos sujetos a condición o término suspensivo donde, de aplicar esta doctrina, ocurriría que las facultades legales derivadas de los mismos, que no han sido ejercitadas por hallarse pendiente la condición o término, pudieran llegar a ser afectadas por una nueva ley sin que por ello su aplicación sea considerada retroactiva.

Como nos dice Rojina Villegas:

“no es posible aceptar que un derecho personal constituido, entre tanto no se ejercite, no es derecho adquirido y, por consiguiente, que pueda sufrir las modificaciones que imponga la nueva ley. Ni a propósito de los contratos, ni respecto a las demás fuentes de las obligaciones, puede considerarse que el derecho de crédito, entre tanto no se ejercite, pueda ser modificado en su alcance, consecuencias y extensión por un cambio en el ordenamiento jurídico”.<sup>(31)</sup>

c) *El criterio de derechos adquiridos en Aubry et Rau.*

*Aubry et Rau* introducen nuevas modalidades a la teoría clásica de los derechos adquiridos. Para los expositores, los derechos que hacen por hechos voluntarios de los hombres, realizados bajo la vigencia de una determinada ley, no pueden ser afectados por una nueva sin adolecer del vicio de retroactividad. En cambio, en el caso de derechos derivados

(31) ROJINA VILLEGAS, Rafael. *Introducción al estudio del Derecho*. Ed. Porrúa. México 1967. pág. 382.

inmediatamente de una ley, éstos son susceptibles de ser modificados por un nuevo precepto legal.

“...La nueva ley se aplica también a las situaciones establecidas o a las relaciones jurídicas formadas con anterioridad a su promulgación... pero ese principio es inaplicable, ya que entraña violación al de irretroactividad de la ley “cuando su aplicación suponga lesión de los derechos adquiridos individualmente por los particulares, en lo que respecta a su estado o patrimonio”.<sup>(32)</sup>

En resumen, una ley es retroactiva cuando afecta los derechos derivados de un acto voluntario celebrado bajo la vigencia de una ley anterior, pues los considera derechos ya adquiridos; pero no lo es cuando sólo afecta derechos derivados directamente de una ley, pues allí no hay derechos adquiridos.

Roubier<sup>(33)</sup> critica duramente esta opinión, sosteniendo la contradicción que significa admitir, por un lado, la teoría de los derechos adquiridos y aceptar, por otro, que las facultades legales pueden ser afectadas por una nueva ley, sin que esta sea retroactiva, no obstante ser derechos adquiridos conforme a los criterios esbozados en la exposición clásica.

d) *La doctrina italiana sobre derechos adquiridos. Gabba.*

“Uno de los más autorizados sostenedores de la teoría de los derechos adquiridos fue, entre nosotros, *Carlos Francisco Gabba*”.<sup>(34)</sup> Según la concepción de este escritor, la ley tendría por lo general eficacia cronológicamente ilimitada, y por lo tanto, también retroactiva. La ley encontraría solamente un límite en los derechos adquiridos, que deben considerarse como intangibles. De tal modo la base de la teoría consiste en la determinación del concepto de derecho adquirido. La noción que da Gabba es la siguiente: “los derechos adquiridos son la consecuencia de un hecho idóneo para producirlo bajo el imperio de la ley, en que el hecho fue realizado, y que si bien no se hicieron valer bajo el imperio de esa ley, sin embargo, entraron en ese tiempo a formar parte del patrimonio de la persona”.<sup>(35)</sup>

Como se observa, para Gabba, los derechos adquiridos son aquellos que entraron en el patrimonio de un sujeto, conteniendo, implícitamente, una crítica a la teoría de Baudry-Lacantinerie y Houques Fourcade.

(32) AUBRY ET RAU. *Cours de Droit civil Français. D'après La méthode De Zachariae*. 6ª ed. París 1936. Librairie Marchal et Billard.

(33) ROUBIER, Paul. op. cit. pág. 303.

(34) PUGLIATTI, Salvatore. *Introducción al estudio del derecho civil*. Trad. de Vázquez Mercado. México 1943. págs. 85 y sigs.

(35) GABBA, Carlos F. *Teoría della retroattività della lege*. 3ª ed. 1981.

A esta tesis se le han formulado dos severas objeciones. La primera, que circunscribe y limita el problema a los derechos patrimoniales, cuando, en realidad, la cuestión de la retroactividad es un problema de aplicación general de la ley a todo tipo de relaciones. La segunda, consiste en desarrollar una idea errónea, ya que la razón fundamental de la irretroactividad no es proteger derechos subjetivos, sino objetivamente, relaciones jurídicas, tal como veremos más adelante.

e) *El aporte de Savigny a la teoría de los derechos adquiridos.*

Savigny<sup>(36)</sup> participando de la teoría tradicional sobre derechos adquiridos, sostiene que las reglas expuestas para resolver el problema de la retroactividad por Merlin, deben aplicarse pero estableciendo una diferencia entre lo que él denominaba *reglas relativas a la adquisición o extinción de derechos y reglas relativas a la existencia de derechos.*

Para el jurista alemán hay "reglas que conciernen al vínculo que refiere un derecho a un individuo, o la transformación de una institución de derecho abstracto en una relación de derecho concreto" (reglas relativas a la adquisición o extinción de derechos); estas reglas no deben ser retroactivas. Y nos ilustra con el siguiente ejemplo: "la ley que decide que la tradición es o no necesaria para la transmisión de la propiedad; la ley que decide que una donación inter-vivos debe realizarse bajo ciertas formalidades o sin determinadas formalidades", no podría tener efecto retroactivo.

En cambio existen otras reglas "que tienen por objeto el reconocimiento de una institución en general o su reconocimiento bajo tal o cual forma antes de que haya o surja la cuestión de su aplicación a un individuo, o sea de la creación de una relación jurídica concreta".

La teoría del entonces joven profesor de Marburgo se asienta sobre la agrupación de las leyes en dos grandes categorías. Por un lado, aquellas que se refieren a la adquisición de derechos; de otro, aquellas que atañen a la existencia o inexistencia de una institución jurídica. A las primeras se les debe aplicar el principio de la no-retroactividad, en la medida que la nueva ley no debe afectar el hecho pasado ni sus consecuencias. A las últimas, en cambio, puede dárseles efectos retroactivos, pues con la abolición de una institución jurídica al mismo tiempo que se permite la creación de nuevas relaciones jurídicas se posibilita la destrucción de las relaciones constituidas al amparo de la ley derogada, ya que —como dice Savigny— "cuando se suprimen instituciones generales, por ejemplo: la esclavitud, no se suprimen sólo para el futuro".

A nuestro juicio, la tesis del jurista de la escuela histórica, no obstante permanecer dentro de los límites de la teoría de los derechos adquiridos, significa una evolución importante de la misma, ya que al ad-

(36) SAVIGNY, Federico Carlos. *Traité de droit romain*. Trad. Guénoux. Tomo VIII. pág. 368.

mitir que el legislador no puede consentir que perduren relaciones jurídicas que un momento se estiman contrarias al orden público o al nuevo ordenamiento jurídico, da un notable paso adelante frente a la consideración tradicional del problema.

f) *Crítica a la teoría de los derechos adquiridos.*

La teoría de los derechos adquiridos que en un momento alcanzó gran difusión doctrinaria y legislativa, ha sido objeto de muchas objeciones. En primer lugar, se la ha impugnado por la dificultad de fijar el concepto de derechos adquiridos y su diferencia de las simples expectativas, como se desprende del análisis de las doctrinas aquí expuestas.

En segundo lugar, el concepto de derecho adquirido no soluciona el problema de la irretroactividad. La expresión hace referencia a los derechos subjetivos que se han incorporado a nuestro patrimonio o forman parte de nuestra personalidad, ya sea por haber ejercido la facultad o por haber realizado el hecho necesario para obtenerlo. Pero al identificar irretroactividad y derechos adquiridos los trata como conceptos equivalentes cuando no lo son.

En efecto puede, en muchas oportunidades, suceder que el efecto retroactivo de la ley afecte derechos adquiridos; pero también puede ocurrir que exista retroactividad sin lesionar ningún derecho adquirido o, viceversa, que la lesión se produzca sin que la ley tenga efecto retroactivo. Como ejemplo de retroactividad sin lesión de derechos adquiridos, podemos citar el hecho de que una nueva ley modifique los requisitos formales necesarios para la validez de un testamento, ya que el realizado bajo la antigua ley pierde eficacia antes de la muerte del testador, si se perjudican derechos adquiridos. Como ejemplo de lesión que se produzca sin que la ley tenga efecto retroactivo, tenemos el caso de una ley que rebajara el precio de los alquileres, ya que sin obrar retroactivamente, sólo para el futuro, afecta derechos adquiridos.

Por último, en lo que a nuestro juicio constituye la crítica de fondo, la función de la irretroactividad no es la de proteger derechos subjetivos, sino objetivas relaciones jurídicas o hechos ya realizados, que no siempre implican protección a toda facultad.

2. *Teoría de los hechos jurídicos cumplidos.*—

Como reacción contra las teorías clásicas que centraban la atención en la consideración de los derechos adquiridos, en el siglo pasado, aparecen una serie de doctrinas expuestas originalmente por algunos juristas alemanes y austríacos, que luego serán aceptadas por escritores italianos y franceses, según los cuales "lo que importa indagar, según ellos, no es si un derecho ha sido adquirido (ius quaesitum) sino si un hecho ha sido cumplido (factum paraeteritum)".<sup>(37)</sup>

(37) CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Ed. Reus S. A. Madrid 1978. Tomo I. pág. 593.

Esta corriente se inicia a mediados del siglo XIX, con Von Scheurl<sup>(38)</sup> quien la difundió entre otros autores de Europa continental, abandonando la idea de buscar el meollo de la cuestión en la idea de derechos adquiridos para pasar a centrar el punto de interés en los hechos jurídicos.

Estas teorías comparten la idea de que la ley nueva no puede regular los hechos ya realizados bajo la ley precedente, pero sus seguidores no están de acuerdo respecto a si la ley novedosa afecta o no las consecuencias ulteriores de esos hechos.

a) *La doctrina italiana de los hechos cumplidos. Ferrara. Coviello.*—

La formulación más rigurosa de esta tendencia la encontramos, en la doctrina italiana, en *Francesco Ferrara*. Según el autor, la regla fundamental que rige en materia de conflicto de las leyes en el tiempo es: *tempus regit actum*.

“Todo hecho jurídico sea suceso casual o acto jurídico, está regulado tanto en sus condiciones de forma como de sustancia, cuanto en todos sus efectos —pasados, presentes, futuros— por la ley vigente en el tiempo en que el hecho fue jurídicamente realizado, salvo que la nueva ley no quiera en mayor o en menor medida, excluir la eficacia del antiguo ordenamiento jurídico”.<sup>(39)</sup>

La regla indicada supone dos aspectos; por un lado, los derechos que bajo el imperio de una primera ley han producido efectos jurídicos, y conserva su potencialidad para producir otros, bajo el imperio de la nueva ley: *id quo iure gestum est revocari non potest*; por otro, los hechos que bajo el régimen de una ley anterior han nacido privados de efectos jurídicos, no pueden producirlos bajo la posterior, aún en el caso de que ésta última lo permitiera: *quod initio vitiosum vel est, tractu temporis convalescere non potest*.

Según Pugliatti,<sup>(40)</sup> las condiciones para la aplicación de la regla expuesta por Ferrara son: primero, que exista un hecho jurídico, es decir, un acontecimiento natural o humano que, en razón de la atribución objetiva, pueda producir efectos jurídicos; segundo, el hecho debe ser consumado, explicándonos que en algunos casos la determinación de si un hecho está consumado o no resulta un problema poco simple.

Así, nos aclara el maestro italiano, debe notarse que existen distintos tipos de hechos jurídicos: los simples o complejos, según que resulten de uno o varios componentes de hecho que deben darse en forma con-

(38) VON SCHEURL. *Beiträg szur bearbeitung de Romischen Reghts Erlangen*. 1853.

(39) FERRARA, Francesco. *Trattato di Diritto Civile*. Ed. Athenaeum. Roma. Vol. I. (único).

(40) Pugliatti. op. cit.

junta para comenzar a producir las consecuencias; los principales o accesorios, según se trata de hechos autónomos y autosuficientes o que dependen de otros cuya suerte siguen; instantáneos o diuturnos, según se realicen en un sólo momento o que se prolonguen en el tiempo.

En el caso de los hechos simples e instantáneos saber en qué momento están consumados no es problema alguno. En cuanto a los hechos complejos y diuturnos, estos no se han consumado hasta la reunión del último elemento para su perfeccionamiento.

“En cuanto a los hechos principales y accesorios, es preciso observar que, como hechos, tiene su autonomía; y el carácter de accesoriedad mira sólo a constituir su ligamen, en virtud del cual lo accesorio sigue la suerte jurídica del principal, sin disminuir la autonomía de este último, en sí mismo considerado. De tal manera que si el hecho principal se realiza bajo la ley abrogada y el accesorio bajo la nueva ley, estarán respectivamente regulados por la ley del tiempo en que tuvieron existencia”.<sup>(41)</sup>

El principio de irretroactividad, según Ferrara, implica que la ley emergente no incida sobre lo efectos ya producidos, ni sobre los que se están produciendo en el momento de su entrada en vigencia, ni sobre aquellas que se desarrollarán después. De esta manera deben distinguirse tres tipos de efectos: *agotados, pendientes y futuros*. Efectos *agotados* son aquellos ya realizados acabadamente bajo la preceptuación de la primera ley; efectos *pendientes*, son aquellos que están desenvolviendo al momento de aparecer la nueva ley; efectos *futuros* son aquellos que todavía no han surgido, pero que, en potencia, esperan actualizarse cuando se den determinadas situaciones.

El primero, así entendido, trata de proteger no sólo los efectos producidos sino los que se están desarrollando y los que se desarrollarán.

Una versión similar, con algunas variaciones, nos muestra *Coviello*. Para éste la retroactividad de la ley

“significa que el juez no puede aplicarla a hechos pasados o desconociendo las consecuencias ya realizadas o quitando eficacia o atribuyendo una diversa a las consecuencias nuevas sobre la única base de la apreciación del hecho pasado”.<sup>(42)</sup>

De tal manera que, según Coviello, existen tres hipótesis en las cuales una ley es retroactiva: cuando se aplica a *hechos realizados* con anterioridad a su vigencia; cuando se aplica a las *consecuencias nuevas*

(41) Pugliatti. op. cit.

(42) COVIELLO, Nicolás. *Doctrina General de Derecho Civil*. México 1949 pág. 120.

—las que se realizan bajo el imperio de la ley nueva— *de un hecho anterior a su vigencia*; y cuando se atribuya *consecuencias distintas sobre la única base de la apreciación de hechos pasados*.

“En otras palabras, una ley será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia, para cuyo examen de justificación o injustificación tenga que recurrirse al acto que le dio origen, el cual se supone tuvo verificativo bajo el imperio de la ley anterior. Por el contrario, una ley no será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia, para cuya justificación o no justificación no se tenga que acudir al acto generador celebrado bajo el imperio de la norma abolida, sino que pueda ser analizado independientemente de su causa jurídica”.<sup>(43)</sup>

Manejando estos criterios, Coviello desarrolla una serie de clasificaciones de diversos grupos de normas jurídicas, que no son de estricto interés para este trabajo, pero que sirven para ilustrar al curioso lector que quisiera penetrar profundamente en su doctrina.

#### b) *Crítica a la teoría de los hechos cumplidos.*

Contra la teoría de los hechos jurídicos cumplidos, se levanta la crítica, considerando que estas doctrinas muestran una marcada tendencia conservadora, ya que conllevan en sí misma una protección exagerada de la ley precedente tal como lo señala Marty y Raynaud.<sup>(44)</sup>

Es que la fría aplicación de estas teorías suscitaría graves dificultades en su aplicación a los contratos de *tracto sucesivo* que, nacidos bajo el imperio de la vieja ley, siguen su ejecución bajo una nueva. Y si observamos los institutos contractuales de mayor significación social resultan ser de este tipo.

“La legislación obrera se aplica a todos los contratos en curso de ejecución; lo mismo ocurre con la copiosa legislación sobre locaciones urbanas y rurales. Y no se puede decir que éstos sean casos excepcionales, porque no cabe duda que los dos contratos sucesivos más importantes son precisamente el de trabajo y locación. De nada vale seguir sosteniendo que la nueva ley no debe aplicarse a los contratos en curso, cuando la realidad jurídica está indicando lo contrario”.<sup>(45)</sup>

(43) BURGOA, Ignacio. *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa. México 1979. pág. 525.

(44) MARTY y RAYNAUD. *Droit Civil*. Ed. Sirey París 1956. Tomo I. pág. 174.

(45) BORDA, Guillermo. *Tratado de Derecho Civil Argentino*. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 3º ed. 1959. Tomo I. pág. 165.

Otros han entendido que bajo su apariencia de claridad, esta doctrina también es confusa sobre todo en relación a los *efectos pendientes* y a los *efectos futuros*, pues partiendo de la máxima *tempus regit factum*, se les puede dar extensiones distintas, en perjuicio de la nitidez en su diferenciación.<sup>(46)</sup>

De tal manera que esta doctrina también fue en su oportunidad rechazada dando paso a nuevas y originales formulaciones.

#### 3. *Teoría de las situaciones jurídicas.*—

Un tercer grupo de doctrinas trata de resolver el problema en cuestión acudiendo ya no a la noción de derechos adquiridos o de hechos cumplidos sino a la noción de *situaciones jurídicas*.

Sin lugar a duda que su expositor más brillante ha sido Roubier,<sup>(47)</sup> a quien le debemos la obra jurídica más importante sobre el tema, aunque ha contado con destacados adeptos como Ripert y Boulanger<sup>(48)</sup> y Mazeaud<sup>(49)</sup> —entre franceses— y Enneccerus<sup>(50)</sup> —entre los alemanes— quienes también han desarrollado estas ideas.<sup>(51)</sup>

Roubier toma la noción de situación jurídica para oponerla tanto a la de derechos adquiridos como a la de relación jurídica, ya que existen, en algunas oportunidades, afectación de situaciones fácticas que no pueden ser comprendidas en los conceptos anteriores.

#### a) *La tesis de Roubier y Planiol.*—

Según Roubier las leyes se dictan para regular *situaciones jurídicas* —entendidas éstas como el conjunto de derechos y obligaciones que un sujeto tiene en determinadas circunstancias— por ello el problema de la retroactividad sólo puede plantearse frente a esas situaciones de hecho y de derecho.

Pero como esas situaciones, generalmente, no se realizan en un solo instante, sino que tienen su lógico desenvolvimiento, es que, en su desarrollo, puedan verse afectadas por una variación del sistema normativo; pero no todo efecto producido por la nueva ley la califica a esta como retroactiva.

Para Roubier el núcleo doctrinario sobre conflictos de leyes en el tiempo está en lograr la distinción entre *efecto retroactivo* y *efecto inmediato* de la ley.

(46) DIEZ PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Ed. Tecnos. Madrid 1978. Vol. I. pág. 139.

(47) ROUBIER. op. cit.

(48) RIPERT - BOULANGER. op. cit.

(49) MAZEAUD H. L. y J. *Lecons de Droit Civil*. París 1955/1960.

(50) ENNECERUS, Ludwig, NIPPERDEY, Hans. *Derecho Civil Parte General*. Trad. Castellana de Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona. 1934.

(51) ROUBIER. op. cit.

La base fundamental de la teoría de los conflictos de leyes en el tiempo, es la distinción entre efecto retroactivo y efecto inmediato de la ley. El efecto retroactivo es la aplicación al pasado, el efecto inmediato es la aplicación al presente. Si la ley pretende aplicarse a hechos consumados (*facta praeterita*), es retroactiva; si pretende aplicarse a situaciones en curso (*facta pendencia*) es necesario establecer una separación entre las partes anteriores a la fecha del cambio de legislación, que no pueden ser afectadas sin que haya retroactividad, y las partes posteriores, para las que la ley nueva, si debe aplicarse, no tiene sino un efecto inmediato; en fin, a hechos futuros (*facta futura*) es claro que la ley nunca puede ser retroactiva.<sup>(52)</sup>

Sin duda que el gran mérito de Roubier fue distinguir los efectos inmediatos y los efectos retroactivos, pues resulta evidente que se trata de cuestiones diversas que no pueden ser confundidas de ninguna manera.

Las disposiciones legales tienen efecto retroactivo cuando se aplican a hechos consumados bajo la vigencia de una ley anterior (*facta praeterita*); y cuando se aplican situaciones en curso si incide en los efectos realizados antes de la iniciación de la vigencia de la nueva ley (*facta pendencia*). Pero si la nueva ley sólo se aplica a las consecuencias aún no realizadas de un hecho jurídico ocurrido bajo el imperio de la antigua ley solo tiene efecto inmediato. Respecto a los hechos futuros (*facta futura*) resulta innecesario sostener que una ley nunca puede ser retroactiva.

Evidentemente que la duda no se plantea cuando la nueva ley se aplica a hechos consumados bajo la vigencia de una ley anterior, pues se trata de una aplicación a todas luces de retroactividad flagrante. Tampoco frente a los hechos futuros sobre los cuales la nueva ley actúa con su plena soberanía. El nudo de la cuestión se plantea respecto de las situaciones en curso, en donde se hace necesario distinguir los efectos realizados antes de la iniciación de vigencia de la segunda de los efectos no realizados al momento de ponerse en vigencia la misma.

La solución propuesta por Roubier es que la primera ley debe aplicarse a los efectos realizados hasta la entrada en vigencia de la nueva, en tanto que ésta debe regir los efectos posteriores.

"La antigua ley debe seguir aplicándose a las consecuencias jurídicas de un contrato celebrado bajo su imperio, aún cuando tales consecuencias estén en curso al entrar en vigencia una nueva norma".<sup>(53)</sup>

También nos señala el maestro francés que cuando una ley emergente afecta no las consecuencias jurídicas de un hecho, sino las condiciones de constitución o extinción de una situación jurídica, estamos

(52) ROUBIER. op. cit. Tomo I. pág. 574.

(53) ROUBIER. op. cit. Tomo I. pág. 598.

frente a una aplicación retroactiva, ya que estamos dentro del concepto de *facta praeterita*. Pero si se trata de leyes que crean nuevas situaciones jurídicas y que, por lo tanto, no pueden atribuirse a hechos pretéritos, no se puede hablar de retroactividad.<sup>(54)</sup>

La doctrina de Roubier coincide, en rasgos generales, con la de *Planiol* quien nos entrega el siguiente razonamiento para dilucidar el problema de la retroactividad:

"Las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva."<sup>(55)</sup>

#### b) La crítica de García Maynez a la tesis de Roubier.

Sin dudar acerca del valor que la distinción entre efecto inmediato y efecto retroactivo de la ley formulado por Roubier tiene para la dilucidación del problema, García Maynez critica el concepto de retroactividad usado por el autor francés.

En efecto, Roubier considera que una ley es retroactiva cuando afecta consecuencias jurídicas realizadas totalmente bajo el mandato de una ley anterior o cuando se aplica a efectos producidos antes de entrar en vigencia la nueva ley. Si se trata, en cambio, de efectos no realizados antes de entrar en vigor la nueva disposición, la nueva ley puede aplicarse sin ser retroactiva. Pero la cuestión se plantea según el autor frente a la expresión efectos realizados.

Como sabemos, las consecuencias jurídicas de una norma sólo puede imputarse a determinados sujetos cuando se ha realizado fácticamente el supuesto o hipótesis normativas. Por eso las consecuencias se producen inmediatamente que sucede el hecho condicionante, aún cuando la realización efectiva de tales consecuencias se fundan de la realización de otros hechos.

"La circunstancia de que tales derechos y obligaciones sean respectivamente ejercitados y cumplidos inmediatamente o en fecha posterior, es independiente de la existencia de los mismos. De manera semejante, cuando el cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho se hacen depender de la realización de otro hecho jurídico (la llegada del término, por ejemplo), las consecuencias son anteriores a los hechos del cumplimiento y el ejercicio. Lo que ocurre es que la realización efectiva de aquellos se encuentra diferida."<sup>(56)</sup>

(54) PLANIOL. *Traité élémentaire de Droit Civil*. 3ª edición. Librairie Générale de Droit, Paris 1949. Tomo I. pág. 598.

(55) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. op. cit. pág. 395.

(56) RIPERT - BOULANGER. op. cit.

De tal manera que, siguiendo el razonamiento de Roubier, se podría llegar a afirmar que las leyes pueden modificar, sin ser retroactivas, los efectos no realizados, y si por ello se entiende su realización efectiva, la ley podría llegar a afectar consecuencias jurídicas ya producidas. Esta es la objeción principal que a la citada doctrina realiza García Maynez.

También se le critica a Roubier una supuesta imprecisión en la noción de *situación jurídica* lo que impediría un manejo cómodo de la teoría por parte de los jueces; pero la crítica de fondo proviene de quienes consideran peligrosa su aceptación en la medida que resulta una tesis proclive a facilitar la aplicación de los cambios normativos.<sup>(57)</sup>

c) *La tesis de Bonnecase.*

Bonnecase le introdujo a la teoría de las situaciones jurídicas, una variable. Para él una ley es retroactiva cuando modifica o extingue una *situación jurídica concreta*, pero no lo es cuando modifica o extingue una *situación jurídica abstracta* generada por una primera ley.

"Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en relación con una ley determinada...; la situación jurídica concreta es la manera de ser, derivada para cierta persona de un acto o de un hecho jurídico, que pone en juego, en su provecho o a su cargo, las reglas de una institución jurídica, e *ipso facto* le confiere las ventajas y obligaciones inherentes al funcionamiento de esa institución".<sup>(58)</sup>

La transformación de situación jurídica abstracta en concreta depende de un hecho o acto jurídico. Y para determinar si un sujeto se halla respecto de la ley en una situación jurídica abstracta o concreta es suficiente con averiguar si se ha realizado o no el hecho jurídico descrito en la hipótesis normativa. Si se ha cumplido estaremos frente a una situación jurídica abstracta.

Según nuestro particular criterio la tesis esbozada por Bonnecase, no obstante sus impresiones terminológicas, es la más aceptable en la medida que sintetiza el verdadero sentido que en la doctrina ha querido dársele al principio en cuestión. Traduce de la manera más sencilla la idea de utilizar la ley dentro de ciertos límites concebidos como lógicos o racionales, pues lo que han querido decir los autores es algo muy sencillo: una ley es retroactiva cuando modifica o restringe las consecuencias o efectos jurídicos realizados bajo la vigencia de una ley anterior.

(57) BONNECASE, Julien. *Supplément*. op. cit. II. pág. 21.

(58) GARCIA MAYNEZ. op. cit. pág. 399.

## VI. LAS EXCEPCIONES AL PRINCIPIO.

Inmediatamente establecido el principio de irretroactividad, se observó que su rigidez no podía sostenerse sin graves perjuicios de los sujetos de derecho ante determinadas situaciones; por eso, es que tanto en la jurisprudencia, en la doctrina y en la legislación comenzaron a aparecer excepciones que delimitaron considerablemente el principio, hasta llegar a convencer a ciertos autores de que "el verdadero problema no es la definición de la ley retroactiva, sino el de las excepciones al principio de irretroactividad".<sup>(59)</sup>

— Que "el juez no puede atribuir un efecto retroactivo a las nuevas leyes salvo si el legislador ha manifestado claramente su voluntad en este sentido".<sup>(60)</sup>

— Que las leyes confirmativas, cuando confieren un valor a actos jurídicos pasados, que se les negaba por la ley bajo cuyos efectos fueron concluidos, pueden ser aplicadas retroactivamente.<sup>(61)</sup>

— Que se admite tradicionalmente que una ley interpretativa tiene un efecto retroactivo<sup>(62)</sup>; principio que, por otra parte, provenía ya del derecho romano.<sup>(63)</sup>

— Que la ley penal que favorezca a un individuo, suprimiendo un delito o disminuyendo una pena, puede ser aplicada retroactivamente.<sup>(64)</sup>

— Que la ley de orden público puede aplicarse retroactivamente<sup>(65)</sup>, aclarándose que en algunos casos se considera que todas las leyes de derecho administrativo quedan comprendidas en la noción de

(59) Cámara Civil Francesa. 7 de junio de 1901; Dalloz (1845-1924); D. 1902. 1. 105.

(60) Ley del 21 de junio de 1843 oponiéndose a la anulación de los actos notariales celebrados en violación de las disposiciones de la ley del 25 ventoso del año XI.

(61) Cámara Civil Francesa. 26 de abril de 1939. Dalloz hebdomadario (1924-1940) D. M. 1939. 305; Corte Suprema República Argentina. 13 de setiembre de 1920. Fallos de Corte Suprema de Justicia Nacional. Tomo 132 pág. 251; BRENES CORDOBA Alberto. *Tratado de las Personas*. Editorial Costa Rica. pág. 29.

(62) Novela. 143: "Quan interpretationem non in futuris tantum modo casibus verum in proeteritis etiam valere sancimus, tanquam si nostra Lex ab initio cum interpretatione tali promulgata tuisset".

(63) Art. 4 Cod. Penal Francés; art. 24 Código Penal Español; art. 2 Código Penal Argentino.

(64) Cámara Civil Francesa, 22 de abril de 1929; D. M. 1929. 281.; art. 5. Código Civil Argentino; Semanario Judicial de la Federación Mexicana. Tomo XIV Quinta Epoca. pág. 691; BRENES CORDOBA. op. cit. pág. 29.

(65) SALVAT, Raymundo. *Derecho Civil Argentino*. Ed. T. E. A. 1964. Vol. I. pág. 302.

orden público<sup>(66)</sup>, pues se entiende que frente al orden público no hay derechos adquiridos.

— Que las leyes procesales se aplican normalmente a los procedimientos en curso y tienen efecto retroactivo.<sup>(67)</sup>

— Que las disposiciones que consideren como incompatibles a sus fines morales y sociales, las situaciones anteriormente constituidas son de efecto retroactivo.<sup>(68)</sup>

— Que las disposiciones que tengan como objeto establecer un régimen general y uniforme pueden ser aplicadas retroactivamente.<sup>(69)</sup>

— Que las disposiciones complementarias, dictadas para el mejor desarrollo o cumplimiento de una disposición anterior deben ser aplicadas retroactivamente.<sup>(70)</sup>

— Que las leyes que atañan a la organización judicial y a la competencia por ser de "orden público" pueden ser aplicadas retroactivamente.<sup>(71)</sup>

— Que las leyes que rigen el Estado y capacidad de las personas por ser también normas de intereses jurídicos pueden ser aplicadas retroactivamente.<sup>(72)</sup>

Estas y otras excepciones particulares fueron apareciendo a la vez que aumentando el problema planteado. Ya no sólo consistía en establecer que debía de entenderse por irretroactividad, sino cuando podía dejarse de lado para dar paso a la retroactividad.

## VII. ALGUNAS REFLEXIONES EN TORNO AL PROBLEMA DOCTRINARIO.

Como hemos observado, en realidad, ninguna teoría permite resolver todos los posibles casos de conflictos de la ley en el tiempo. Toda solución dogmática y apriorística del derecho transitorio conduce al fracaso.

(66) CASTAN TOBEÑAS, op. cit. Tomo I pág. 598; DIEZ PICAZO-GULLON, op. cit. Vol. I. pág. 143.

(67) CASTAN TOBEÑAS, op. cit. Tomo I pág. 598.

(68) CASTAN TOBEÑAS, op. cit. Tomo I pág. 598; DIEZ PICAZO-GULLON, op. cit. Vol. I. pág. 143.

(69) DIEZ PICAZO - GULLON, op. cit. Vol. I. pág. 143.

(70) BRENES CORDOBA, op. cit. pág. 31.

(71) BRENES CORDOBA, op. cit. pág. 31.

(72) Durante la Revolución Francesa se produjeron notables excesos, entre el que sobresale el famoso decreto del 17 de nivoso de año II, inspirado por Héroult de Séchelles, por el cual la Convención hizo aplicable a todas las sucesiones abiertas después del 14 de julio de 1789, las nuevas leyes sucesorias.

Resulta evidente que la teoría clásica de los derechos adquiridos se elaboró sobre el riguroso principio de la legislación napoleónica poniendo el acento sobre el principio de irretroactividad, aunque posteriormente el principio no pudo sostenerse comenzando un juego doctrinario que necesariamente debía ser impreciso.

Es que las enfáticas afirmaciones del Código Napoleón sobre irretroactividad, respondieron a circunstanciales razones históricas, teniendo como objetivo acabar con los excesos cometidos por el derecho anterior, lo que los llevó a exagerar su contenido, —que luego tuvo que ser atemperado por la actividad jurisprudencial.<sup>(73)</sup>

Por eso no debe admirarnos que los redactores del *Code* se hayan preocupado más en condenar la aplicación retroactiva de una ley que en solucionar el problema de los conflictos normativos en el tiempo.

"En efecto, siendo la teoría un producto del individualismo liberal del siglo XIX, refleja lógicamente las señas de un pronunciado conservatismo jurídico que ha frenado el progreso o la evolución queridos por el legislador. Para determinarse si una situación jurídica constituye "un derecho adquirido" se procede a un juicio de valor sobre la oportunidad de la ley nueva, en lugar de un análisis técnico sobre su aplicación, y se procura que no se toquen ciertas prerrogativas que se consideran primordiales para los sujetos".<sup>(74)</sup>

Tanto en su formulación clásica (Blondeau, Merlin) como en sus variantes (Baudry Lacantinerie y Houques Fourcade, Aubry et Rau) la teoría de los derechos adquiridos conserva su pronunciado acento conservatista, posición que, sin abandonar el marco teórico, Savigny puso en duda al admitir que el legislador no puede consentir que perduren relaciones jurídicas que en un momento se consideran desactualizadas, dando un notable avance en el tratamiento del problema.

En cuanto a la teoría de los hechos jurídicos cumplidos, esta lleva el papel conservador del principio a su máxima expresión, puesto que su aplicación supondría un grave obstáculo para el desarrollo de la legislación social que, como han sostenido numerosos autores, en su mayoría son actos de tracto sucesivo.

Sin duda, como ya hemos expuesto, es la teoría de las situaciones jurídicas, sobre todo en la formulación de Bonnetcase, la que sobresale no sólo por su precisión técnica sino también por su carácter progresista, en el sentido de que es la doctrina más proclive a admitir efectos más amplios a las leyes nuevas.

(73) BAUDRIT CARRILLO, Diego. *Apuntes de Derecho Transitorio*. Revista de Ciencias Jurídicas. San José, Costa Rica 1939. N° 38. pág. 16.

(74) Sobre la función de certeza y seguridad, al mismo tiempo que la función de cambio progresivo, ver. RECASENS SICHES, Luis. *Introducción al Derecho*. Ed. Porrúa, México. 4° ed. 1977. págs. 112 y sig.

El recorrido de estas doctrinas junto a otras observaciones nos permite sacar ciertas conclusiones.

En principio, el dogma de la irretroactividad no siempre existió ni fue admitido como tal. Como hemos oportunamente observado, en la antigüedad, según lo admiten la mayoría de los historiadores del derecho, el principio era el de la retroactividad, con algunas excepciones que consagraban en casos concretos que tales o cuales leyes no debían aplicarse retroactivamente. El postulado nació en la concepción iusnaturalista medieval como una ideal ficticia por medio de la cual se tomaba una determinada posición frente al problema del conflicto de la eficacia de las leyes en el tiempo. En realidad se trata de una posición apriorística de pretendido fundamento racional en el cual es necesario creer como se cree en la existencia de otros llamados principios generales del derecho.

Se trata entonces de un principio axiológico de marcada raigambre filosófica iusnaturalista. De un principio histórico, nacido frente a la necesidad de solucionar problemas pertenecientes a una época caracterizada por su inmovilismo social y normativo, la Edad Media, que es curiosamente rescatado por los pensadores revolucionarios para frenar los excesos cometidos al suplantar el antiguo orden. Se trata, por ende, de un principio con marcados contornos ideológicos, cuya característica fundamental se basa en el temor y desconfianza a la labor legislativa y a su indefectible poder renovador y a su irrenunciable función evolutiva.

El esfuerzo doctrinario no ha sido otra cosa que un frustrado intento de justificación técnica de una solución tendiente a restarle eficacia a las nuevas leyes. Pero como corresponde a un dogma basado en una ficción, las doctrinas que sobre él se construyen deben sufrir del mal intrínseco de la imprecisión frente a los problemas que plantea la experiencia jurídica en su triple dimensión conflictiva, práctica y ejecutiva.

Por eso, notamos un acentuado paralelismo entre imprecisión técnica y función conservativa. A mayor tendencia de conservación mayor imprecisión técnica (teoría de los derechos adquiridos —excepción hecha de Savigny— teoría de los hechos cumplidos); a mayor tendencia evolutiva mayor acercamiento a la precisión doctrinaria del problema (teoría de las situaciones jurídicas, en especial: Bonnetcase). Pues, es lógico, a mayor alejamiento de la realidad, a mayor ficción, menos posibilidad técnica de aplicación precisa del principio; a mayor acercamiento a la realidad mayor posibilidad de coincidencia con esa misma realidad.

Se trata, en última instancia de un enfrentamiento entre dos concepciones de la función del derecho en la sociedad, de una pugna entre quienes buscan el orden y la permanencia y entre quienes vislumbran el progreso social y jurídico a través de medios legislativos. Se trata, en

fin, de la vieja confrontación entre seguridad, por un lado, y justicia, por el otro.<sup>(75)</sup>

Esa es la razón fundamental por la cual el principio de irretroactividad aún en sus formulaciones evolutivas debe abrirse para dar asinjeramiento con una realidad que exige soluciones innovadoras.

Si entendemos que, en términos generales, toda ley nueva es mejor que la anterior, en la medida que por ser producto de las experiencias históricas de los pueblos se suponen mejor fundamentadas para resolver los problemas nuevos, observamos el carácter conservador del principio.

Ese carácter conservador se sublima cuando los ordenamientos positivos los elevan a la jerarquía de garantías constitucionales<sup>(76)</sup> coartándole al legislador toda posibilidad de modificación sustancial del ordenamiento jurídico.

De cualquier manera en el estado actual de la ciencia jurídica tanto la legislación, como la doctrina y, en especial, la jurisprudencia han tenido que ceder mediante el reconocimiento de excepciones a una realidad dramática en donde nuevas fuerzas sociales le exigen a los hombres de derecho una nueva conciencia crítica y comprensiva de su responsabilidad como agentes del cambio social.

Dicha misión se encarna particularmente en el legislador quien tiene en sus manos un magnífico instrumento para la transformación evolutiva de las sociedades. Pero si él encuentra obstáculos normativos para tal tarea, el riesgo de la conservación puede conducir a un serio error histórico que abra paso a otros medios más drásticos y menos queridos de modificación de las estructuras económicas, sociales y políticas.

"Existe una convicción muy difundida de que los sistemas jurídicos actuales están perdiendo el contacto con las necesidades *fundamentales* de la sociedad moderna. No es necesario hoy día ser socialista para sentir que los sistemas vigentes de derecho positivo, nacidos bajo el influjo de concepciones feudales y de teorías basadas en la libertad de contratación, tendrán que ser reformadas a fondo para servir a las exigencias de la democracia ascendente".<sup>(77)</sup>

Hemos tratado de demostrar en esta parte del trabajo la confrontación de las ideas en el plano doctrinario, donde se va operando una transformación en las posturas rígidas para dar paso a una solución transaccional que refleje más fielmente el proceso de evolución en marcha.

(75) "Dentro de tales garantías de seguridad, una de las más importantes de ellas lo es, sin duda alguna, el principio de irretroactividad de la ley" HER- NANDEZ VALLE, Rubén. "Las libertades públicas en Costa Rica". Ed. Juricentro. San José, Costa Rica 1980. pág. 178.

(76) VINOGRADOFF, Paul. Introducción al Derecho. Ed. F. C. E. México 1957. pág. 174.