



2 400 40



MADE IN SPAIN

DISCURSO

LEÍDO POR EL

EXCMO. SR. D. VICENTE ROMERO GIRÓN

PRESIDENTE

DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

EN LA SESIÓN INAUGURAL DEL CURSO DE 1890 Á 1891

CELEBRADA EN 14 DE NOVIEMBRE DE 1890



MADRID

IMPRENTA DEL MINISTERIO DE GRACIA Y JUSTICIA

1890

De jure civile si quis novi quid instituit,
is omnia quæ ante acta sunt, rata esse
patitur.

Cic. contra Verres, II, 1, cap. 41.

Leges quæ retrospectivæ sunt raro et magna
cum cautione sunt adhibendæ: neque enim
placet Janus in legibus.

Bacon, Aforismos, 68.

Señores Académicos:

Quisiera prescindir, y no puedo, de llamar vuestra atención acerca de un hecho, si escasamente lisonjero para mí, por demás cierto y notorio. Este noble y ya secular Instituto, en la presente ocasión, ha roto con sus tradiciones y abandonado sus costumbres. Cuantos me precedieron, ahitos de saber y de personal autoridad, llegaban al puesto honrosísimo en que me veo colocado, por derecho legítimo de conquista, y érales lícito, en cierto modo, imponer sus enseñanzas, dentro siempre de los necesarios respetos que se deben á la investigación libre de la verdad. Yo estoy aquí á título de mera gracia, tan generosa y excesiva de vuestra parte, que raya en incomprensible. Víctima me creería de alucinación ó de ensueño, si la realidad imponente de la ceremonia no me advirtiera cuán grave es el paso en que vengo comprometido, del cual sólo confío salir por la merced de vuestra ayuda y por el aliento que me preste vuestra benevolencia.

Por dicha, con ser de primera magnitud la empresa de llevar la voz en este recinto, en donde tantas y tan elocuentes parece que todavía resuenan, entiendo que encerrando mis propósitos dentro de los límites que traza el estado jurídico del país tocante á uno de los ramos del Derecho, me será aquélla llevadera y corresponderá á la necesaria modestia de mis pretensiones.

Tiempos atrás, parece que vivíamos en un período constituyente de doctrina y de legislación, por donde era menester obligado que en la Real Academia de Jurisprudencia, plantel de nuestras más gratas esperanzas y de nuestras glorias más duraderas, los grandes maestros en la doctrina y los mejores entre los estadistas, sentaran sus reales como apóstoles de los principios, campeones de las escuelas y precursores de los progresos legislativos.

Ahora han cambiado profundamente las cosas. El nivel intelectual de la juventud, ¿quién duda que raya á mayor altura que el de la generación precedente? Los problemas jurídicos de más transcendencia, unos están resueltos y los otros parecen maduros para la solución, sean cualesquiera los matices de escuela, por cuanto la sociedad total, fundadora de su derecho, se siente poseída de ellos y respira en un medio ambiente de justicia, tan ajeno de la utopía como refractario al estacionamiento. Y nuestro edificio legal, por lo mismo, lo tenemos ya trazado en sus líneas principales, siquiera no resulte, ni con mucho, orgánica, total y sistemáticamente construido.

Sobre todo, en el campo del derecho civil, el más resistente á cambios, no obstante que su contenido es en la vida materia de continuo transformable, es posible y aun de temer que por espacio de algún tiempo hagamos alto en la marcha; cuyo momento de reposo deberá encaminar nuestra actividad al procedimiento de adaptación y ajuste, menos brillante, sin duda alguna, que el de elaboración, utilísimo, sin embargo, é indispensable para coordi-

nar los múltiples y complejos negocios jurídicos que constituyen la materia del derecho privado.

Quiero significar con esto que si el Código civil, como cualquiera otra ley, reclama un acto de pura é inmediata aplicación á cuantos hechos y relaciones se produzcan con posterioridad á su existencia legal, pide con igual premura un método, una regla, que me permito llamar de adaptación, en cuanto á los negocios jurídicos iniciados ó comenzados ya cuando aquél se puso en vigor.

Cierto que en todo momento de la vida humana, hasta en los pueblos de baja cultura regidos por un derecho indeciso y embrionario, brotan sin cesar nuevas relaciones y se producen nuevas necesidades, bien así como en cada instante de la vida en la naturaleza, surgen fenómenos variados; pero es evidente, asimismo, que estos fenómenos y aquellas relaciones no se completan por lo común desde el acto mismo de su aparición, sino que, al modo de los seres vivientes, piden tiempo y espacio para alcanzar su finalidad.

Será, pues, la ley nueva, norma y regulador de cuantas relaciones, actos y negocios jurídicos se produzcan después de su aparición. ¿Lo será, ó deberá serlo de los pendientes, de aquellos que no hayan terminado su proceso, ni llegado á su total consumación?

Como veis, nos encontramos frente á frente del llamado derecho transitorio, en el cual se aplica y desenvuelve la doctrina de la retroactividad de las leyes. Asunto de tibios resplandores, enojoso si quereis; pero de singular oportunidad y de reconocida importancia práctica. Problema cuyos términos penetran en muchos, si no en todos los ámbitos del derecho, y de cuya acertada solución dependen, en multitud de casos, la vida y la libertad, el orden y bienestar familiar, la consagración y reconocimiento de vínculos paternos y filiales que una ley artificiosa y poco cristiana aflojaba ó rompía, y la posesión de bienes nece-

sarios al sustento del hombre y al logro de los fines racionales que el dedo de Dios señala á sus criaturas.

Permitidme que ensaye la obra de trazar brevemente y con la posible claridad las líneas generales de ese problema.

I

En las escuelas y en los Tribunales, en los libros y en las sentencias, pasa comunmente como principio absoluto el de que las leyes miran al porvenir y no tienen efecto retroactivo. La sabiduría antigua lo consagró (1); leyes constitucionales han sentido la necesidad de proclamarlo (2); alguna lo permite deducir de sus disposiciones (3), y los Códigos civiles, en los cuales, por regla general, tiene su natural asiento la doctrina relativa á los efectos de las leyes, lo consignan casi siempre en términos categóricos. Tan indiscutible nos parece su imperio, que si alguien osare poner en tela de juicio su virtualidad, corre el riesgo de ser tildado de injusto cuando menos, de patrono de la tiranía, de conculcador, por último, de los más sagrados é inviolables derechos.

Me explico y considero saludables tales rigores de juicio cuando ellos se dirigen á enfrenar abusos del poder, si éste cierra contra el derecho adquirido, inviolable en todo momento. A la vez sostengo que las protestas académicas ceden ante las necesidades de la vida y ante la realidad de las cosas. Admito como regla genérica, el principio de la

(1) *Omnia constituta non præteritis faciunt calumniam sed futuris regulam ponunt.*—Código Teodosiano.

(2) Constitución de los Estados Unidos de América, art. 1.º, sec. 9.ª, § 3.—Constitución de Noruega, § 97.

(3) Constitución de España, art. 16.

no retroactividad de las leyes; lo impugno como precepto de general y constante aplicación.

Con parecer Demolombe, ardiente partidario del mismo, deduzco de sus propias frases que en su ánimo se da cabida á numerosas excepciones. Sin duda, así viene á decir á lo que recuerdo, nada es tan fácil como defender y justificar, en tesis general, la prohibición de otorgar fuerza retroactiva á las leyes, porque la retroactividad vendría á resultar ilógica en su principio y desastrosa en sus consecuencias. Ilógica, en cuanto ninguna ley puede ser obligatoria antes de su publicación, ni es racionalmente posible dictar reglas, decretar prohibiciones ó conceder facultades respecto de hechos pasados, ó de actos que terminaron. Desastrosa, sobre todo, porque la sociedad se vería agitada por la inestabilidad más deplorable y el más espantoso arbitrio, y los intereses más sagrados y preciosos del ciudadano y de las familias no descansarían sobre base firme ni tendrían garantía alguna.

Todo ello es cierto y yo lo proclamo también como tesis general. Pero si nos apartamos en esta continua vida de relación del derecho de los matices generales, examinamos el principio en sí mismo y contemplamos la historia, pronto se vislumbra que toda ley nueva envuelve, por necesidad, un conflicto que afecta á muchos intereses y tal vez desaloja muchas posiciones (1).

Miradas las cosas abstractamente, parece que el principio de la no retroactividad pugna desde luego con la ley nueva que, según la expresión de Bergman, han de recibir los ciudadanos, como lo mejor, como lo más justo con relación al tiempo, y tomar por norma suprema de su actividad la conformidad de las actuales relaciones con la misma.

Libreme Dios de sancionar con esto la eficacia de algunas leyes personalísimas que por mero capricho del legis-

(1) Saredo, *Trattato della leggi*, t. I, pág. 275.

lador, ó para servir insanos apetitos, lo arrollan todo como el torrente, menoscaban el derecho y conculcan la justicia. Por fortuna, pasaron para no volver jamás tales tiempos.

Fuera de esto, convengamos de buen grado en que otras muchas leyes son por necesidad y justamente retroactivas.

No hablemos ya de las leyes prohibitivas, verdaderamente tales, de las políticas y de las interpretativas, con tal que estas últimas mantengan los principios de la ley interpretada y en tanto en cuanto no afecten á derechos adquiridos ó á relaciones jurídicas terminadas por sentencia firme ó por transacción.

En otra parte lo he dicho y aquí me veo precisado á reproducirlo. También la sociedad, como la naturaleza, siente sacudimientos que no se compadecen con la marcha ordinaria, suave y gradual de la vida. En ocasiones, su conciencia, su sentido íntimo, luchan con tenaces y desahogados obstáculos, para vencer cuya resistencia es inútil pedir remedios normales. Entonces se produce violenta pero necesaria reacción, y por altas razones de conveniencia política unas veces, por motivos sociales, por necesidades económicas ó morales otras, brotan las excepciones, y el principio de la no retroactividad de las leyes es velado por el legislador ó eliminado por modo franco y expeditivo. Ejemplos variados nos ofrecen todos los países: en España, en Francia y en otras naciones de la vieja Europa se abolieron los feudos, los señoríos y mayorazgos, dando á las leyes efecto retroactivo; en Rusia la servidumbre; en los Estados Unidos de América la esclavitud.

Paréceme que en los ejemplos citados, si el principio de la no retroactividad desaparece, brilla en cambio, con maravilloso esplendor, la idea de la justicia.

También la mera equidad *moderamen juris* se sobrepone, á las veces, al derecho para fundar la retroactividad. ¿Habrá quien rechace y tenga por atentatorio y peligroso el precepto contenido en el art. 23 de nuestro Código penal,

precepto que todos los Códigos admiten? Decidme si queis y podeis dónde están las consideraciones legales y los motivos de derecho que lo abonan.

Nos hallamos frente á frente al delito que atenta á la vez á los derechos del ciudadano, á los derechos del Estado y á los derechos de la sociedad, para mantener los que tenemos la salvaguardia de la ley y la garantía del Tribunal que la aplica. Excusado parece advertir que la ley es una resultante de la conciencia pública, la pena en ella determinada el único remedio que oponerse puede al daño del delito, y la sentencia, por fin, un postulado de la ley misma. Sobre la virtud de la una, sobre la eficacia de la otra, descansa tranquila la sociedad entera, que quiere que á la perturbación del derecho, contenido del delito, siga irremediamente el restablecimiento del derecho, objeto de la pena.

Todo ello, sin embargo, cae por tierra desde el momento en que la ley nueva ó borra el delito ó disminuye su entidad aplicándole pena más benigna. ¿No es verdad que si el derecho social, lo mismo que el individual y el del Estado podían y debían estimarse restablecidos, perfectos y consumados mediante la aplicación de la pena, la ley nueva, que desconoce ó altera semejante estado legal, viola un derecho adquirido? Es ésta, según creo, una verdad innegable, y sin embargo, yo no conozco, ni vosotros presumo que conozcais, ejemplo de crítica ó rebeldía contra semejante manera de retroactividad. Entiendo, por el contrario, que la conciencia pública enaltece y dignifica esa feliz excepción que eleva la idea del bien moral á precepto eternamente aplicable y respetado.

Relación íntima con el anterior, aun cuando en sentido inverso, guarda otro caso que afecta, además, por modo directo, á la ley fundamental del Estado, delante de cuya permanencia y estabilidad parece que debe contenerse cualesquiera avance del legislador, con especialidad en lo

que se refiere al reconocimiento y garantía de los derechos eminentemente personales de los ciudadanos. Conste, para alejar toda duda, que en este ejemplo me refiero á España, si bien no sería difícil reforzarlo con otros análogos tomados de diversos países.

Son las leyes procesales, antes que todo, firmes garantías de cuantos contienden en el juicio, preceptos por tal manera imperativos que su desconocimiento, en lo que tienen de esencial, hiere de muerte el proceso y coloca en entredicho la aplicación de la ley. Más que en cualquiera otra, en la materia penal es regla universalmente reconocida y acatada que los modos de enjuiciar, las formalidades intrínsecas del procedimiento, la competencia del Tribunal, la definición del delito y la determinación de la pena han de preexistir al hecho punible objeto de la represión. Ocioso fuera advertir que consumado el hecho delictuoso surge como por ensalmo la acción penal.

Trátase ó puede tratarse, según los casos, de la vida, la honra, la libertad ó el patrimonio del ciudadano, y la Constitución del Estado, por lo mismo, contiene preceptos expresos en garantía de tan preciados derechos. Ningún español puede ser procesado ni sentenciado sino por el Juez ó Tribunal competente, en virtud de leyes anteriores al delito y en la forma que éstas prescriban.

¿Es mucho decir que este precepto constitucional consagra, por modo explícito, el principio de irretroactividad penal, así en cuanto al derecho material como al derecho formal?

Por lo que al primero toca, hemos visto ya cómo el principio claudica por entero, y no es de temer que la reforma pendiente, ya muy necesaria, se proponga variación alguna. En lo que afecta al segundo, no es menos cierto que también resulta eliminado el principio de la no retroactividad.

Si recordamos las disposiciones de derecho transitorio

que regulan la aplicación de nuestra vigente ley de Enjuiciamiento criminal, pronto se advierte que ellas vienen como á soslayar el precepto constitucional, por cuanto delitos cometidos con anterioridad al nuevo procedimiento, que, según la Constitución, debían perseguirse con arreglo á los modos de enjuiciar vigentes á la sazón que se cometieron, y por ante los Tribunales ya constituidos, caen, por efecto de aquellas disposiciones transitorias, debajo de la jurisdicción de los Tribunales nuevamente organizados y se investigan y castigan según las reglas del nuevo enjuiciamiento.

Por ventura, ¿se ha levantado nadie contra esta derogación del principio de no retroactividad consignado para este caso concreto en la ley fundamental del Estado? Alguna duda se ofreció, pero no ya la Sala que entiende en asuntos penales, sino el Tribunal Supremo en pleno, tengo por cierto que ha mantenido la retroactividad de la ley; en lo cual, digámoslo en su obsequio, consagra la buena doctrina que apenas si halla algún mediano impugnador, más atento á la interpretación jurídica, que posesionado de los sanos consejos del Canciller Bacon.

No entra en mis propósitos, ni cuadra á los fines del presente trabajo, examinar las diversas teorías reinantes sobre el valor, alcance y persistencia del derecho que se llama de propiedad intelectual. Para mi objeto basta consignar que la ley novísima parece una exaltación del individualismo en la propiedad y una reacción contra el derecho social, algo más respetado en leyes anteriores y reconocido en beneficio del común de las gentes, en virtud de cuyo derecho el dominio del público, la propiedad de todos sin distinción, se sobreponía al dominio y propiedad del autor en sus derivaciones ulteriores. Dígase cuanto quiera, en la propiedad material, sea de bienes inmuebles, sea de cosas muebles, nuestras leyes sucesorias arbitran como una manera de perpetuidad de aquélla, ora que el propie-

tario vaya sucesivamente y por su voluntad manteniendo las cosas bajo el dominio familiar, ora que la familia obtenga el reconocimiento de este derecho merced á las leyes que arreglan la sucesión legítima, de tal suerte, en uno y otro caso, que *rebus sic stantibus*, persistente el bien patrimonial, el derecho se sucede sin solución de continuidad alguna.

No acontece lo mismo con la propiedad intelectual. El autor, primer propietario, disfrutaba durante su vida el dominio de su obra, podía transmitirlo por acto entre vivos ó por disposición testamentaria á un extraño ó á su familia, mas por tiempo breve, transcurrido el cual se sucedía una especie de jubileo universal y la obra ingresaba en el patrimonio común como bien de todos, que todos libremente pueden reproducir y aprovechar.

La nueva y vigente ley no deroga en absoluto tales reglas. Refuerza el derecho individual, y si se quiere el familiar, dilatando el plazo de aprovechamiento exclusivo en beneficio de los descendientes y colaterales del autor hasta el cuarto grado, y difunde esta regla á tal punto, que pospone á ella los derechos adquiridos en virtud de contrato y el ganado por el público para acrecentar su patrimonio moral, caso flagrante de retroactividad que, unido á los anteriores, justifica mi tesis, y abona, aun cuando habría sido preferible redacción más adecuada, el sentido del art. 3.º de nuestro Código civil, que, en relación con el primer apartado de las disposiciones transitorias, contiene acaso los elementos integrantes de una sana teoría de la retroactividad de las leyes (1).

Muchos otros ejemplos podrían traerse á la memoria. Bastan, á mi juicio, por lo comprensivos y fundamenta-

(1) Quizá algunos repugnen la frase, ni más ni menos que un corrector indiscreto de Gabba, al cual dió severa respuesta el ilustre jurisconsulto italiano. Véase *Teoria della retroattività delle leggi*, 2.º ed. T. I, pág. 11, nota 1.

les, los referidos, los cuales compulsará el examen de la cuestión bajo diverso punto de vista; esto es, según las opiniones sustentadas por los escritores de más nota, mediante cuya exposición llegaremos á determinar, así lo es- pero, cuál sea el principio director en esta materia tan accidentada y grave de la retroactividad de las leyes, ó sea del derecho transitorio, como también se denomina.

II.

Demandan preferente atención las teorías de Savigny y de Lasalle, tanto por la profundidad de sus conceptos, cuanto porque sus autores aspiran á ofrecerlas como dictados de general aplicación. Al lado de ellas figuran otras varias de mucho menor alcance, en las cuales me ocuparé, pero brevemente.

Investigando Savigny (1) el origen del problema, lo hace derivar de la existencia de una relación de derecho para regular la que se produce conflicto entre las leyes de épocas diversas, ó sea, usando sus mismas frases, dos reglas legales.

Establecido así el punto de partida, reconoce que sobre toda regla de derecho gravita un principio, que se determina en dos fórmulas ó tiene dos manifestaciones:

Las leyes nuevas no tienen efecto retroactivo.

Las leyes nuevas no alcanzan en su aplicación á los derechos adquiridos.

No obstante la generalidad de tales fórmulas, niega que el principio en donde se contienen sea de ineludible observancia en todo caso y momento. Estoy lejos, así dice,

(1) Tengo á la vista para estas citas la traducción francesa de Guenoux.

de poner en tela de juicio su verdad é importancia, mas no coincido con quienes admiten su autoridad como universal; porque si resulta cierto aplicado á una especie de normas legales, no es posible extenderlo á otras.

Por donde es visto que, en sentir del renombrado jurisconsulto, la irretroactividad claudica, no por vía de rara excepción, como algunos pretenden, sino porque existen grupos enteros de reglas de Derecho que escapan á su imperio.

Sentadas tales premisas, funda ya su doctrina en una distinción. Hay leyes que conciernen á la adquisición de derechos, entendiendo por tal el vínculo ó nexo que une un derecho á determinado individuo, á lo cual llama, en su peculiar lenguaje, transformación de un instituto abstracto de derecho, en relación de derecho personal. Véase un ejemplo que á nosotros nos afecta: todos los contratos podían celebrarse verbalmente y eran obligatorios, según la ley del Ordenamiento de Alcalá; el Código civil prescribe que cierto número de ellos consten en escritura ó documento público, y que los de cuantía determinada puedan constar en documento público ó privado, pero no verbalmente como antes. Hé aquí, según Savigny, un caso de adquisición de derechos.

Otra especie de reglas concierne á la existencia y modo de ser de los derechos, ó sea al reconocimiento de una institución general que se presupone antes de intentar aplicarla á un individuo, cuya segunda especie, una en su esencia, se diversifica por su alcance en dos clases, á saber: refiérense algunas de estas reglas á la existencia ó inexistencia de una institución, por ejemplo, la esclavitud, la servidumbre, el diezmo. Tocan las otras al modo de ser del instituto jurídico que, mantenido, experimenta profunda transformación. Ejemplo entre nosotros: la enfiteusis redimible.

Sobre tales premisas funda sus postulados, ya más con-

cretos. En las leyes que regulan la adquisición de derechos se aplica el principio de respeto á los adquiridos, que, para Savigny, equivale al de que las leyes no tienen efecto retroactivo. Las leyes por donde se determina la existencia ó inexistencia ó el modo de ser de los derechos, retrotraen y no consienten que los derechos adquiridos subsistan.

Su profundo conocimiento del derecho le hizo reconocer, sin embargo, que á pesar de su aparente generalidad, las reglas establecidas admiten excepciones que no puede determinar el Juez en caso alguno: oficio es éste del legislador, mediante expresiones claras y sin ambigüedades.

Fácilmente se percibe que acaso el sentido generalizador y obstinadamente sistemático del ilustre escritor se sobrepuso á la realidad. Porque cuando la práctica viene á depurar las reglas establecidas, obsérvase muy pronto que el principio esencial en la materia, el respeto á los derechos adquiridos, no pocas veces padece con la aplicación lógica y rigurosa de aquéllas.

Opuesta á la de Savigny es la teoría de Fernando Lasalle, la más cercana á la verdad, según Gabba, y la más fecunda también en útiles aplicaciones.

Respecto á los derechos adquiridos é irretroactividad de las leyes, son cosas idénticas para Lasalle. Así se explica que su obra lleve el título de *Teoría de los derechos adquiridos*. Rechaza la distinción formulada por Savigny y entiende, á mi ver con razón, que en toda clase de normas legales son posibles casos de retroactividad cuya determinación hace depender siempre del concepto de derecho adquirido, base y fundamento de su doctrina, que expone en los términos siguientes:

«La retroactividad constituye una violación de la libertad y de la responsabilidad del hombre. Por este motivo, es aquélla inadmisibile. El delincuente es castigado por ser libre y voluntario: si conocía la pena señalada al delito, y ello no obstante lo comete, quiere decir que voluntaria-

mente acepta las consecuencias. Frente á la retroactividad de una ley, puede decir con razón al legislador y al Juez: si desde luego la ley hubiese atribuido semejantes consecuencias á mis acciones, yo no habría obrado de tal suerte, libre como era. Si á pesar de esta disculpa es condenado, la condena no puede estimarse como consecuencia de su libre elección, de su espontánea voluntad, y se resuelve en positiva violencia, acompañada de fraude. Otro tanto cabe decir en cuanto al derecho privado, que no es más que la realización de la libre voluntad del individuo. Si, pues, una ley posterior ataca retroactivamente á la libre acción de un individuo, la voluntad de éste es desconocida y se transforma en otra. Esa ley lleva consigo, á posteriori, que el individuo haya querido y hecho lo que en realidad no quiso, le causa violencia y choca con el principio mismo del derecho, que consiste en la realización de la libre voluntad. Esa ley no es, en verdad, una ley, sino el *non jus* absoluto y la destrucción de la idea del derecho en general. Además de la libre voluntad, se niegan y aniquilan, mediante una ley retroactiva, el saber y el pensar del individuo. Si aquello que se quiere presupone, de necesidad, un pensamiento, y al querer sirve de base el pensar, resulta que el saber y el pensar del individuo se desnaturalizan y transforman por la ley retroactiva. A causa de ella, la libre determinación, el pensar y el querer, que no caben fuera de la espontaneidad del individuo, se convierten en elementos pasivos, y aquél resulta tratado como cosa sin voluntad» (1).

Resumiendo, Gabba, con el intento de aclarar el concepto de Lasalle, por demás tocado de la vana fraseología hegeliana, entiende que la definitiva razón del respeto que se debe al derecho adquirido es para Lasalle la invio-

(1) No teniendo á mi disposición la obra del publicista alemán y luego célebre agitador socialista, tomo las referencias y citas de la ya antes citada del italiano Gabba.

labilidad de la persona humana y la inseparabilidad del derecho de él de una persona que piensa y quiere libremente.

No puedo aquilatar la exactitud de esta consecuencia, porque desconozco la obra de Lasalle. Antójaseme que no es tan segura y decisiva ó, por lo menos, que no se expone por su autor con la pureza y claridad de expresión que fueran de desear, tratándose como se trata, entiéndase bien, de fijar como límite á la retroactividad de las leyes el derecho adquirido, en lo cual convengo.

Para justificar esta sospecha, aparte mi disconformidad fundamental sobre el concepto general del derecho sostenido por la escuela hegeliana, asunto que no es de este lugar, basta referirme al mismo Lasalle:

«El individuo, dice, puede dirigir las objeciones anteriores al legislador, en el caso, tan sólo, de que se anule ó desfigure una acción libre, un hecho de la libertad individual por efecto de la ley posterior. Aquellos derechos, sin embargo, que la ley atribuye al individuo, sin el concurso de su voluntad, son atributos ó facultades generales que únicamente subsisten merced á la ley que los concede, y por tanto, con ella desaparecen.» Ó yo me engaño mucho, ó resulta de la anterior conclusión que algún derecho adquirido puede desaparecer: por ejemplo, el de ciudadanía, si admitimos la regla.

En resumen, la teoría de Lasalle se concreta en estas dos conclusiones:

No puede ser retroactiva una ley que concierne al individuo en relación con actos de su voluntad.

Debe ser retroactiva toda ley que concierne al individuo, abstracción hecha de actos de su voluntad, y que afecta inmediatamente á sus cualidades involuntarias peculiares á todos los hombres, sea por ley de naturaleza, sea por actos de la sociedad, ó que le afecta mediatamente tan sólo al modificar instituciones orgánicas de la sociedad.

No me atrevo á afirmar por falta de cabal conocimiento de causa, si en presencia de tales corolarios es perfectamente admisible la conclusión que en definitiva deduce Gabba de la doctrina del escritor alemán.

Según Lasalle, así dice, los derechos adquiridos sobre los cuales no puede la ley obrar retroactivamente, son aquellos realizados mediante actos de la humana voluntad, en cuya circunstancia reside la razón por virtud de la que es jurídicamente imposible la retroactividad de la ley.

Menor alcance que las indicadas tienen otras doctrinas que pudiéramos llamar singulares, por cuanto no afectan carácter de verdadera generalidad que alcance á todos los institutos de derecho. Las leyes favorables claro está que son retroactivas en tanto en cuanto no ataquen un derecho adquirido de índole patrimonial, porque la regla no es ya tan concluyente en tratándose de derechos preferentemente personales. Allí el de terceros suele ser óbice infranqueable; aquí prevalece el derecho personal favorecido.

Dudas más hondas y conflictos más graves pueden surgir de la doctrina que hace depender la retroactividad de las leyes de la intención expresa del legislador, porque si es verdad que en muchos casos la intención aparece clara y manifiesta, como en nuestras pragmáticas de 1458 y 1765 tocante á obligaciones solidarias y canon censual, en cambio, si una ley prohibiere toda acción para perseguir intereses convencionales superiores al 6 por 100, según Bergman, mantenedor de la doctrina, esta ley sería retroactiva y, sin embargo, no parece dudoso que con ella vendrían á tierra derechos adquiridos.

Más favor halla, por lo común, la doctrina que hace depender la retroactividad de las leyes de su relación con el orden público, doctrina á la cual y en cierto modo me parece inclinado Laurent. Tan vaga considero la frase orden público como aquella otra de la razón de Estado á

cuya sombra prosperaron muchas iniquidades. Yo no puedo admitirla porque mi concepto del derecho no consiente, á lo cual tiende esa doctrina, una distinción absoluta entre el derecho público y el privado, y creo, por otra parte, que la irretroactividad de las leyes tanto se dirige á muchos derechos adquiridos á la sombra de las prescripciones del llamado público, como al ganado según las reglas del que se dice privado. Recuerdo, de nuevo, para no multiplicarlos, el ejemplo del derecho de ciudadanía, y fuérame fácil prodigarlos acudiendo á diversas leyes que comunmente se estiman de derecho público.

No niego por esto que á las veces motivos de orden público aconsejen en cierta clase de leyes que la retroactividad sea más expansiva. Pongo por caso las procesales, y hago especial mención de ellas precisamente porque entre nosotros, y en lo que toca á las civiles, el criterio seguido fué por desgracia verdaderamente singular y el menos ajustado á generales experiencias y á buenos principios. No concibo que en el orden de enjuiciar, en donde se contienen los modos según los cuales ha de intervenir el supremo mediador y dirimidor de los conflictos, el guardián de la paz en todas las esferas sociales, surja predominante y soberana la voluntad de las partes y contemplemos menoscabada la acción del Estado y éste convertido en simple espectador. Así aconteció con nuestra ley de Enjuiciamiento civil de 1855 y lo propio sucede con la de 1881, aunque en menor escala, pero siempre con el peligro de caer, merced á exigua é indebida expresión del derecho transitorio, en el contrasentido de que un mismo proceso pueda continuarse aplicando en una misma instancia dos órdenes distintos de enjuiciar, según que se trate de incidencias apeladas ó de sentencias definitivas. Por respetos á la cosa juzgada omito señalar algún ejemplo. Y es que se piensa y sostiene entre nosotros, rindiendo culto á nociones del enjuiciamiento civil de los romanos, mal com-

prendidas y peor aplicadas, que el derecho civil y su realización eran asuntos de orden privado exclusivamente, cuando ninguno como él en sus ritos, en sus formas sacramentales primero, políticas después, en sus acciones y procedimientos resulta saturado de las influencias del derecho público. Es que entremezcladas las nociones más diversas, se abrió paso la noción del cuasi-contrato de la litis, que no mira sino á las consecuencias de la relación jurídica, cuya eficacia se persigue mediante el proceso, y oscureció y eliminó la noción del Estado, órgano natural y supremo del derecho é instrumento exclusivo de su virtud coactiva. Cuya falsa idea y cuyo desequilibrio trasciende á las veces á las cuestiones de competencia y domina todo el ámbito del derecho transitorio procesal.

Quisiera, si los límites de mi trabajo lo permitiesen y vuestra benevolencia no me abandonara, ensayar un estudio crítico más detallado de las teorías cuyos rasgos fundamentales acabo de trazar. Fijándome en la de Savigny, cuyo nombre suele ser salvoconducto de muchas temeridades, me limitaré á consignar que sus premisas, mejor dicho, la distinción sobre que se funda esencialmente su doctrina, no la tengo por adecuada y suficiente, y de ello, acaso, el mismo Savigny nos suministra prueba acabada. Con frecuencia olvida los términos ó los modifica al aplicarles los principios, por donde origina confusiones y presta calor á inopinados conflictos. Prueba de ello se ofrece en la interpretación que da, por ejemplo, á la ley *de usuris*, totalmente diversa de la sustentada por Lasalle, por donde para el uno es retroactiva y para el otro no, y eso que ambos, al determinar sus efectos, parten del mismo principio.

III

Recordando Borsari (1) la célebre ley 7.^a, Código *De legibus*, reproducida sustancialmente en el art. 3.^o de nuestro Código civil, la tiene por más sincera que la fórmula usual de casi todo el derecho moderno encaminada á establecer como principio abstracto y absoluto el de irretroactividad, para desconocerlo muy luego por vía de excepción. No carece de motivo, pues ya hemos visto por muchos ejemplos que semejante absolutismo doctrinal claudica con frecuencia por varias y muy poderosas causas. Ni se puede olvidar cuál es, en general, la característica de toda ley en su especie más común, ó sea la que modifica más ó menos sustancialmente el estado de derecho, manteniéndolo empero en su conjunto. Es la ley fórmula temporal del derecho, y contenido de éste es el bien moral y social. Ella se elabora silenciosamente en la vida, sale á la superficie merced á la depuración que de sus factores hacen los elegidos y vuelve al seno de la conciencia popular contrastada con la idea eterna del derecho y habilitada según las circunstancias históricas, el estado social del país y las costumbres públicas. ¿Cómo y por qué el bien depurado, conocido y querido ha de eliminarse de la vida?

Contempladas las cosas desde este punto de vista superior, pudiéramos sostener que la ley en todo momento y lugar impone su virtud y demanda su cumplimiento. La cuestión estriba únicamente en determinar, con la posible certeza, el momento de la aplicación, la cual se contiene, no más que ante el derecho adquirido, ante el hecho ó negocio jurídico que tocó á la meta de su finalidad. Contra

(1) *Comentario del Codice civile italiano.*

éste no hay ley posible, porque se agitaría en el vacío por carencia de relación jurídica á regir: intentarlo, constituye un abuso de poder y un agravio á la justicia.

¿Pero hay derecho adquirido, verdaderamente tal, en negocios jurídicos que salieron á la vida al amparo de la ley antigua, aunque sus efectos vengan á producirse bajo el imperio de la ley nueva?

La solución de este problema complejo estriba en la determinación del concepto de derecho adquirido. Molestaría sobremanera vuestra atención si pretendiese hacer mérito de tantas definiciones como se han dado de aquel. Nada más fácil que invocarlo; nada más difícil que llegar á un concepto claro y comprensivo. Escritores de nota como Meyer y Merlin buscan su determinación aplicando la idea del dominio el uno, la de propiedad el otro, y con tal vaguedad, sobre no resolver la cuestión, suscitan otra nueva. ¿Cuándo se concreta el dominio ó señorío sobre un derecho?

La irrevocabilidad que Chavot de l'Allier pone como característica del derecho adquirido, y que, según él, resiste victoriosamente á la retroactividad, es inexacta porque hay derechos adquiridos revocables, pongo por caso, en la materia de donaciones.

Algo más próximo á la verdad considero á Savigny, que exige como elemento del derecho adquirido un negocio jurídico realizado, siquiera no se haya hecho valer todavía, el cual, advierte, que no se ha de confundir con la expectativa de derechos ó con las facultades abstractas derivadas de la ley anterior.

Me parece enojoso seguir por este camino, y habreis de permitirme que lo abandone.

Para mí, el derecho adquirido se funda en la existencia de un hecho jurídico (1) adecuado, según la ley del tiempo

(1) El hecho en este sentido comprende actos y relaciones jurídicas.

en que se produce, siquiera su eficacia no se haya logrado bajo el imperio de aquella ley; y exige, como condición esencial, que haya entrado en el patrimonio de aquel en cuyo favor se produjo. En este mismo sentido se expresa Gabba.

Partiendo de esta base, no sólo tenemos guía segura para fijar los casos de retroactividad, sino que logramos explicar, por razones de necesidad y de conducta, la procedencia del derecho transitorio, vehículo indispensable á todo Código, derecho cuya fórmula es materia legislativa y no mero asunto de interpretación y de arbitrio judicial.

No se pensó de tal suerte en todo momento de la historia del derecho. El romano contiene disposiciones aisladas, y alguna se registra también en el cuerpo del derecho canónico. Reducidas á sistema y formando como un todo orgánico y comprensivo, aparecen por vez primera, que yo sepa, al promulgarse el Código general prusiano (1), cuyo ejemplo han seguido después casi todos los Códigos y leyes de carácter orgánico, como acontece entre nosotros con la hipotecaria y la de propiedad intelectual.

Nuestro Código civil, en su primera edición, no comprendió regla alguna transitoria, limitándose á dar cabida á un enunciado genérico que consagraba el respeto á los derechos adquiridos, cualesquiera que fuesen las variantes introducidas por la nueva ley. Pronto se advirtió que ese precepto vago abría de par en par las puertas á desmesurado arbitrio, que transformaba á los intérpretes de la ley en verdaderos legisladores; y mantenido el principio, se completa en la edición corregida, con varias disposiciones para regular la aplicación del Código á las relaciones jurídicas pendientes las unas y no pocas ya realizadas.

Aplaudo sin reserva el pensamiento que inspiró esas

(1) *Patent Wegen, Publication des neuen allgemeinen Landesrecht für die Preussischen Staaten*, 5 Febrero, 1794.

determinaciones. Tengo, sin embargo, por cierto, que no ha presidido al formularlas toda la fijeza de principios que fuera de desear, ni se advierte tampoco en ellas la claridad bastante á desvanecer graves dudas y á evitar muchos conflictos. No me explico, ni puedo justificar, que preceptos de tan singular transcendencia se sustrajeran, como á mano real, al conocimiento del poder legislativo, el cual, á ejemplo de otros países, los habría depurado convenientemente y resultaría cumplido y respetado, además, el artículo 3.º del Código en aquella parte que reserva á la ley la declaración expresa de retroactividad. Porque, en efecto, esas disposiciones transitorias, contienen diversas reglas de retroactividad.

Parécenme también demasiado vagas muchas de ellas y temo que lleven en sus entrañas sendos conflictos. Algún ejemplo bastará á demostrarlo.

Fijemos la vista en la primera. Se regirán por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código les regule de otro modo ó no les reconozca.

Aquí desaparece por completo la noción del derecho adquirido, á la cual no se llega tan sólo por la aparición de un hecho y el consiguiente nacimiento del derecho. Si fuera dable escudriñar multitud de casos en el derecho de familia y de tutela, el más fundamental de todos los civiles, el que vive en el ambiente del derecho público, ¡cuántas dificultades saldrían á la luz!

Se agrega luego: pero si el derecho apareciese declarado por primera vez en el Código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique á otro derecho adquirido de igual origen.

A la legua se advierte la esencial contradicción que existe entre ambas reglas. Paso por ella, y limitándome á la segunda me permito preguntar. La madre natural que

adquiere patria potestad que antes no tenía, derecho el más sagrado de todos, porque los derechos de los padres tienen mucho de divinos; la madre natural á quien se reconoce derecho de usufructo sobre los bienes del hijo, derecho que antes no tenía, ¿gozará de aquellas facultades y percibirá estos beneficios?

En cuanto á lo primero, la contradicción con la regla octava es patente. Derechos de patria potestad excluyen las funciones de tutela y no se dan ambas cosas conjuntamente.

En cuanto á lo segundo, el derecho del hijo natural á disfrutar sus bienes propios, sin más limitación que la de prestar alimentos á la madre, ¿cede y se eclipsa ante el derecho nuevamente declarado á ésta de gozar el usufructo de los bienes del hijo?

Por este orden pudiera someter á vuestra consideración sin número de cuestiones análogas que temo y aun aseguro que han de infestar los Tribunales durante una generación, pero mi objeto no se dirige á criticar el Código, sino á ofrecer este óbolo modestísimo en aras de la buena doctrina y de la pública paz.

Si las cuestiones de derecho transitorio se resuelven con la mira de respetar tan sólo los verdaderos derechos adquiridos, auguro que el Código se asentará firmemente y señoreará la conciencia pública. Si se resuelven aquéllas por otros motivos y consideraciones, tengamos valor suficiente para proclamar de nuevo un bizantinismo jurídico que barrerá la noción del derecho, y en lugar de contribuir á la cultura jurídica y de hacer penetrar la noción de la justicia como regla de vida en el ánimo de todos los ciudadanos, nos lanzará por los espacios desconocidos y tenebrosos del mundo de la curia.

Quiera Dios que este modesto bosquejo despierte y estimule á esta juventud generosa que me escucha, á poner mano en el asunto con la energía que infunde la esperanza

y con la prudencia y aplomo que aconseja el sentido de la realidad. Nosotros, los que ya bordeamos los últimos límites de la vida poseídos de lo antiguo, dominados, sin saberlo, por la tradición, no tenemos ya fuerzas para acometer la empresa. Vosotros, que vivís en el presente con los ojos siempre puestos en el porvenir, sois los obreros llamados á fijar, según la justicia, el punto de enlace entre las leyes que fueron y las leyes que son.

HE DICHO.