

el que ejecutase voluntariamente cualquier acto que caiga bajo el precepto imperativo de la ley nueva la extraña pretensión de poder llevar á cabo dicho acto sin someterse á las disposiciones de la legislación imperante en el momento en que el mismo tuviere lugar.

Finalmente, en cuanto á la prescripción extintiva, ó sea la prescripción como medio de extinguir las obligaciones, nos referimos á lo que tenemos ya dicho en general acerca de dicha clase de prescripción.

BIBLIOTECA
DE LA SUPLENTE DE JUSTICIA
MEXICO.
§ 2.º

De las formalidades exigidas para la existencia jurídica de las obligaciones y de los medios de prueba.

312. Principios de derecho transitorio acerca de la forma de los actos.—313. Se refuta la teoría de Lassalle acerca de la nulidad por defecto de forma.—314. Aplicación de los principios á la formalidad de la transcripción.—315. Consecuencias de la omisión de la transcripción de los actos ejecutados bajo el imperio de las leyes anteriores.—316. Verdadero carácter de la transcripción con arreglo á la ley vigente.—317. Aplicación de los principios á la prueba.—318. Ley nueva que amplie ó restrinja los medios de prueba.—319. Los mismos principios se aplican á las reglas de interpretación.

312. Las formalidades prescritas por las leyes para que algún acto del hombre pueda ser considerado como título jurídico bastante para la adquisición de un derecho y de la correlativa obligación, deben ser determinadas y reguladas por la ley que estuviere vigente en el momento en que fué realizado dicho acto.

En efecto, sería contrario á todos los principios de derecho el admitir que la ley nueva pudiese extender su autoridad sobre las formas de los actos antes de haber empezado á regir ó

que pudiese declarar nulo cualquier acto anterior revestido de todas las solemnidades necesarias, según la legislación bajo cuyo imperio se hubiere llevado á cabo dicho acto.

Este principio es de suyo tan evidente que no es necesario insistir en su demostración. Para decidir, pues, si es ó no necesario para la validez del contrato que se consigne por escrito (1) y si la formalidad de la escritura es exigida sólo para la prueba del contrato, ó si, por el contrario, se requiere como indispensable para la existencia jurídica del mismo, é igualmente para resolver si la forma de la escritura debe ser la de documento privado ó público y cuál pueda ser el efecto de la total ó parcial inobservancia de las formalidades exigidas; y por último, para cuanto se relaciona además con las cuestiones relativas á las formas extrínsecas de los actos y de los contratos, menester es referirse á la ley del tiempo en que éstos se hubieren llevado á cabo (2).

En conformidad á esta regla, si la ley nueva aboliese cualquiera formalidad exigida antes bajo pena de nulidad por la legislación del tiempo del contrato, no convalidaría, sin embargo, tal disposición nueva la relación jurídica que en su origen no fuese válida por la falta de dicho requisito ó formalidad.

(1) Según las abolidas leyes napolitanas, cualquier contrato cuyo valor no fuese superior á 50 ducados (ó sean 212 liras 50 céntimos) podía ser hecho verbalmente, y cuando era seguido por la posesión durante cierto tiempo, confería un derecho incontestable según el art. 2171 de dichas leyes. En su virtud, se ha considerado con razón que la venta de un inmueble hecha verbalmente bajo tales leyes debe estimarse eficaz bajo el imperio del Código italiano, aun contra aquel que hubiese adquirido después el mismo inmueble de la misma persona y hubiese perfeccionado la adquisición mediante la transcripción. Casación de Nápoles. Sent. 17 de Junio de 1878. BETTINI, XXX, 1, 1, 1215.

(2) Confr. MEYER, *Quest. transi.*, p. 23.—MERLIN, *Effet retroactif*, sección 3.^a, § 3.^o, art. 2.^o—GABBA, obra citada ya, vol. IV, p. 89.—BIANCHI, *Diritto civile*, volumen I, núm. 111.—BORSARI, *Comentario al Código civil*, § 21.

313. Algunos escritores, y entre éstos principalmente Lassalle, han opinado lo contrario, sosteniendo que cuando la única razón que impida al individuo hacer valer una relación jurídica fuese la falta de las formalidades exigidas bajo pena de nulidad, cesando este impedimento con la ley nueva que aboliese la necesidad de dichas formalidades, viene á adquirir su completa fuerza y eficacia la relación jurídica citada.

Esta teoría, sin embargo, no es conciliable con el respeto debido á los derechos adquiridos. Conocida es la regla *quod ab initio vitiosum est, non potes tractu temporis conualescere*, y además tampoco puede desconocerse que los contrayentes, en el mismo momento en que concluye su respectiva convención, adquieren el derecho de hacer declarar la validez ó invalidez de la misma con arreglo á la legislación del tiempo del contrato, y por lo tanto, no puede ser menoscabado ese derecho por una ley posterior sin incurrir ésta en injusta retroactividad, á cuya ley posterior no pudieron éstos realmente referirse.

Así como constituiría una injusta violación de los derechos contractuales el que se anulara en virtud de las disposiciones introducidas por una ley posterior un acto en cuya celebración se hubieren observado todas las formalidades exigidas por la legislación vigente á la sazón, lo sería del mismo modo si un acto originariamente nulo por defecto de forma pudiera ser considerado eficaz á espaldas de las partes, por el solo hecho de haber promulgado después una ley nueva que hubiere abolido la necesidad de determinados requisitos de forma.

El derecho adquirido por las partes para hacer valer la nulidad de la relación contractual fundándose en la legislación del tiempo del contrato, no sería ciertamente violado menos en este caso que en aquel en que se quisiere sostener su validez.

Puede solamente admitirse que si la ley posterior sujetase á nuevas formalidades los actos y los contratos anteriormente hechos para la conservación de los derechos adquiridos me-

diante ellos, sería indispensable el cumplimiento y la observancia de las disposiciones de la ley nueva para todos los efectos apreciados por ella.

314. Esto debe decirse, por ejemplo, de una ley nueva que sometiese á la necesidad de la transcripción á todos los actos traslativos de la propiedad para reputar eficaces contra terceros los derechos reales sobre inmuebles transmitidos por el enajenante al adquirente. Aun cuando reconocemos en principio que siempre los derechos reales sobre inmuebles adquiridos con arreglo á la legislación anterior, deben ser reputados eficaces cuando se han observado todas las formalidades exigidas por la ley antigua para la transferencia de dichos derechos, debe, sin embargo, admitirse que el legislador puede, sin dar á la ley autoridad retroactiva, sujetar ciertos actos á las reglas establecidas por la nueva legislación para estimarlos eficaces en cuanto á terceros, y en este caso convendrá atenerse á lo que disponga la ley transitoria.

Conforme con este principio, el legislador italiano dispuso en el art. 34 de la ley transitoria para la aplicación del Código civil, que la demanda para la revocación, rescisión ó resolución de un contrato debía ser transcrita dentro del término de un mes, á contar desde el día en que la misma hubiere sido entablada, para que pudiera producir sus efectos respecto de las terceras personas que hubiesen adquirido después de la demanda algún derecho sobre el mismo inmueble objeto del contrato, cuya revocación, rescisión ó resolución se solicitará, aun cuando no fuera necesaria la formalidad de la transcripción, según las leyes anteriores bajo las cuales se hubiere celebrado el contrato.

Cuando nada se hubiere dispuesto sobre esto en la ley transitoria, preciso será considerar como regla en dicho caso el principio de que los efectos de los actos ejecutados bajo el imperio de la legislación anterior deben ser regidos por la misma, no sólo en cuanto se refieren á las partes entre sí, sino también respecto de terceros, y para determinar las formali-

dades necesarias para que los mismos puedan producir todos los efectos atribuidos por la ley.

315. Una duda podría surgir, sin embargo, en cuanto á esto en el caso de que el acto traslativo de la propiedad ó de algún derecho real hubiese tenido lugar bajo el imperio de la legislación antigua y que las formalidades establecidas por ésta, para que dicho acto sea eficaz en cuanto á tercero, no hubiesen sido aún cumplidas al tiempo de la promulgación de la ley nueva. En estas circunstancias no se podría en rigor sostener que cuando la nueva ley hubiese impuesto algún requisito de forma, como, por ejemplo, la necesidad de la transcripción, y la antigua exigiese otra formalidad distinta, hubiera de producir el acto todos sus efectos respecto á terceros, si la parte interesada hubiere cumplido, después de haber empezado á regir la ley nueva, aquello que disponía la antigua y no hubiese observado todas las formalidades de la transcripción según la ley nueva.

Basta, en efecto, tener en cuenta que cuando la parte hubiese llenado ya todas las formalidades antes de la publicación de la ley nueva, y observando dichas formalidades con arreglo á la legislación antes en vigor hubiese adquirido derechos respecto al enajenante y en cuanto á terceros, no podría desconocerse ni prescindirse en dicho caso de todo aquello que hubiera quedado ya terminado con anterioridad al momento en que hubiere comenzado á regir la ley nueva y todos los efectos derivados del acto ejecutado en esa forma con relación á terceras personas, á menos de vulnerar los derechos adquiridos, dando á la ley autoridad retroactiva. Pero cuando las diversas formalidades exigidas por la legislación antigua no resultaren cumplidas ya, y en el momento en que se intenta hacer eficaz el acto ó contrato estuviere en vigor una ley nueva que imponga determinadas formalidades nuevas, como la de la transcripción citada, es necesario que las partes observen y cumplan cuanto dicha ley disponga.

No podría, pues, el interesado pretender oponerse á ello

alegando haber adquirido antes el derecho que el acto ejecutado por él hubiera de surtir todos sus efectos en armonía con lo establecido por la legislación antigua, si no hubiese cumplido cuanto la misma ordenaba acerca de las formalidades necesarias para la eficacia de dicho acto con respecto á tercero, ni podría tampoco sostener haber adquirido el derecho de ajustarse á la ley antigua para lo relativo á dichas formalidades, si en el momento en que él intentase hacer aquello por cuyo medio ha de convertirse en eficaz el acto ejecutado, estuviere en vigor una ley nueva que subordinase todos los efectos del mismo á nuevas formalidades indispensables, como pueden ser la de la transcripción del acto tantas veces citada, la de la inscripción en los libros públicos y algunas otras semejantes.

316. Creemos, por otra parte, oportuno hacer notar que no podría jamás ser negado á todos los interesados el derecho de aprovecharse de las disposiciones de la ley nueva, y cumpliendo para ello las formalidades prescritas por la misma, aun cuando no estuviesen obligados á hacerlo, obtener todas las consecuencias favorables para los mismos con arreglo á dicha ley. Un ejemplo de ello tendríamos fijándonos en la posesión de aquellos que tenían adquiridos en Italia derechos sobre inmuebles existentes antes de la publicación del nuevo Código. Respecto de todos los actos ejecutados y perfeccionados bajo el imperio de las leyes anteriores, se debe naturalmente tener en cuenta dichas leyes para decidir con arreglo á ellas si era necesaria la transcripción y cómo podía aprovechar la que hubiere sido hecha á aquel que la hubiere llevado á cabo ó que pudiera tener interés en el acto transcrito.

Sin embargo, aquellos que no se hallaban obligados á transcribir el título de adquisición anterior al Código civil vigente en dicho país y que á pesar de ello hubieren transcrito sus respectivos títulos, han podido, según los casos, gozar de los beneficios de la nueva ley en cuanto á determinados efectos eventuales, que según la misma pueden derivarse de la transcripción. Así, por ejemplo, han podido gozar de la dispo-

sición del art. 2137 de dicho Código, el cual establece «que adquirido de buena fe un inmueble en virtud de un título que haya sido debidamente transcrito, y que no sea nulo por algún defecto de forma, corre en su favor la prescripción por el transcurso de diez años, á contar desde la fecha de la transcripción.» Resulta, pues, bien claro que los adquirentes que hubieren obtenido su derecho bajo el imperio de las leyes anteriores, y que á pesar de no estar obligados á transcribir su título de adquisición, lo hayan transcrito sin embargo, han adquirido por este medio el derecho de utilizar en su favor la prescripción breve de diez años en vez de la de treinta años, con arreglo á las condiciones establecidas por el citado artículo de la ley nueva.

Esto se deriva del principio general, consignado ya en otra ocasión, de que todo acto jurídico, terminado bajo el imperio de la legislación vigente, debe ser regido por ella en cuanto á todas las consecuencias jurídicas que el mismo pueda producir, aun cuando éstas se refieran á una relación contractual llevada á cabo bajo las leyes anteriores, no pudiendo admitirse de ningún modo limitación alguna al derecho que por virtud de dicho principio corresponde para aprovecharse de las disposiciones de la nueva ley, salvo el caso de que la otra parte haya adquirido por la legislación anterior el derecho perfecto de impedir al que con ella hubiere contratado la ejecución de aquellos actos de que podría provenir en su consecuencia la aplicación de la ley nueva y el goce de las ventajas que de la misma pudieran ser deducidas.

317. Pasando ahora á ocuparnos de la prueba, debemos indicar, ante todo, que es indudable que los medios para conseguir y constituir la prueba, tienen que ser regidos por la ley bajo cuyo imperio hubiere sido adquirido el derecho que ha de ser probado. En efecto, dichos medios de prueba son uno de los elementos para la adquisición del derecho, y no pueden depender, por lo tanto, más que de la ley que estuviere vigente cuando tuvo vida el derecho. En cuanto á esto, inútil nos

parece toda disertación, puesto que de acuerdo con lo expuesto están la doctrina y la jurisprudencia (1).

Por lo tanto, si la ley nueva modificase la eficacia de determinados medios probatorios que antes fueran eficaces para demostrar la existencia de los derechos precedentemente adquiridos, deberían en todo caso considerarse eficaces para dicho efecto los medios de prueba admitidos por la legislación bajo cuyo imperio fué adquirido el derecho. En conformidad con esta regla, tratándose, por ejemplo, de una convención llevada á cabo bajo la legislación anterior, que supongamos no imponía limitación alguna á la prueba testifical y que considerase suficiente dicha prueba cuando fuera semiplena, sin autorizar al Juez para ordenar de oficio el juramento supletorio del demandado, pero sí para deferir al del actor, como sucede en la legislación austriaca, sería necesario en este caso atenerse precisamente á la ley antigua para formar juicio acerca de la admisibilidad ó inadmisibilidad de la prueba testifical, y para apreciar, después de admitida, los efectos de la misma, aun cuando la ley nueva hubiese limitado la admisibilidad de dicha prueba.

§ 318. ¿Pero cuál será la solución en el supuesto de que la nueva ley hubiese ampliado los medios de prueba? Si dicha ley concediese á quien quiera probar una relación obligatoria determinados medios de prueba que no se hallaban admitidos por la legislación bajo cuyo imperio nació dicha relación, ¿po-

(1) Confr. MERLIN, lugar antes citado, sección 3.ª, § 111, art. 2.º — DEMOLOMRE, vol. I, núm. 51. — BIANCHI, *Dir. civ.*, § 111. — GABBA, obra citada ya, vol. IV, pág. 484. — Casación de Nápoles, sentencia de 28 de Septiembre de 1870 (Chidichimo), *Monitore dei Tribunali*, de Milán, 1871, 323, núm. 10. — Casación de Turín, sentencia de 2 de Mayo de 1872 (Somaioli), *Monit. dei Tribunali*, 1872, 527. — Casación de Turín, sentencia de 26 de Julio de 1876, *Monit.*, 1876, 1051. — Id. de Brescea, sentencia de 5 de Diciembre de 1877 (Carini), *Monit.*, 1878, 112. — Id. de Milán, sentencia de 18 de Septiembre de 1881 (Buzzi), *Monitore*, 1881, 1033.

dría negarse á quien quisiera aprovecharse de la nueva disposición legal el valerse de los medios de prueba declarados eficaces por ella para justificar la existencia de la relación obligatoria ó del contrato?

Cuando la ley restringe los medios de prueba sería verdaderamente injusto aplicar sus preceptos para excluir aquellos medios probatorios que se hallaban admitidos por la legislación bajo la cual fueron creadas las relaciones jurídicas. La parte, que sabía que podía probar la existencia del derecho adquirido con tales ó cuales medios, no puede ser privada, sin injusta retroactividad, de ejercitar su derecho válidamente adquirido, sometiéndole para ello á las limitaciones de la ley nueva que hubiese restringido los medios de prueba. Por el contrario, cuando la ley posterior amplíe los medios de que licitamente pueden valerse los que quieran probar la existencia de una relación obligatoria, no debe negarse á éstos el que puedan aprovecharse de dichas disposiciones. En efecto, el fin de la prueba es poner en claro la verdad, y los medios más apropiados para dicho fin sancionados por la ley nueva, no pueden ser eludidos por aquéllos en cuya contra se hayan utilizado. Dichos medios están realmente dentro del criterio y del poder del legislador, y no podría admitirse derecho alguno contra éste para oponerse á las nuevas disposiciones del mismo que hubiesen enmendado y perfeccionado el sistema de las pruebas, alegando como fundamento de ello la falta de dichas disposiciones en la legislación anterior, bajo cuyo imperio nació la obligación ó el vínculo obligatorio, porque, según heeedi tpor sou en varias ocasiones, la falta de una disposición legal no puede nunca ser fundamento de un derecho adquirido.

Entiéndase bien que la regla que hemos consignado es aplicable á los verdaderos, y propiamente dicho, medios de prueba, es decir, á aquellos que son exigidos para probar una obligación jurídicamente existente, pero no á aquellos que son establecidos *ad solemnitatem* ó para acreditar la existencia ju-

rídica de la relación ó vínculo obligatorio, respecto de los cuales nos remitimos á lo que ha sido dicho antes.

Haciendo aplicación de nuestra regla, se puede también deducir que en el supuesto de que se promoviere contienda bajo el imperio de una ley nueva sobre un contrato ó relación contractual celebrado con arreglo á la legislación anterior, no puede en dicho caso negarse al Magistrado ó Tribunal que hubiera de fallarla el valerse de las disposiciones de aquella ley, por cuya virtud podrían ordenarse los nuevos medios de prueba admitidos por la misma, á fin de esclarecer los hechos relacionados con el contrato ó con la relación contractual en cuestión. La admisibilidad de los medios de prueba de una convención debe ser apreciada con arreglo á la ley del tiempo en que dicha convención fué llevada á cabo; pero sería un verdadero contrasentido jurídico el admitir que las leyes anteriores pueden inmovilizar el sistema probatorio, y que para esclarecer y acreditar los hechos relativos á las relaciones contractuales celebradas bajo el imperio de las leyes anteriores, pudiera ser prohibido el que las partes utilizaran los medios más perfectos y más seguros establecidos por la ley nueva, á pesar de que de la justificación y esclarecimiento de tales hechos pueden derivarse con arreglo á la misma ley relaciones contractuales.

319. Consecuencia de estos principios es que si la ley nueva admitiese reglas distintas de interpretación para las relaciones obligatorias provenientes de ciertos actos, es decir, si estableciese mejores criterios de presunción acerca de la voluntad de las partes, podrían aprovecharse de sus disposiciones las partes y los Tribunales, aun para la prueba de los actos realizados bajo las leyes anteriores; pero sin olvidar por esto la regla general de que la admisibilidad de las presunciones legales y la fuerza de las mismas en cuanto al establecimiento de la existencia de las obligaciones debe depender de la ley vigente en el momento en que hayan sido ejecutados los actos á que se refieren.

La prueba por presunciones humanas se rige por los mismos principios que la prueba testifical, y en su virtud, el Magistrado puede, por lo tanto, valerse de las disposiciones del Código vigente aun respecto de los contratos hechos con arreglo á las abolidas legislaciones anteriores, á pesar de que la ley nueva haya cambiado de criterio en cuanto á dicho medio probatorio.

§ 3.º

*Aplicación de los principios á los contratos especiales
y á los cuasi-contratos.*

320. Ley que debe regular las convenciones matrimoniales.—321. La ley vigente al tiempo del contrato puede siempre servir para acreditar aquello que las partes intentaron estipular.—322. El contenido de dichas convenciones cae bajo el imperio de la legislación del tiempo del matrimonio.—323. Del derecho de modificar las convenciones matrimoniales.—324. Derecho de recibir la dote.—325. Principios aplicables á los derechos patrimoniales de los cónyuges.—326. Separación de la dote.—327. Enajenabilidad ó inalienabilidad de la dote.—328. Principios aplicables á la compra-venta.—329. Del pacto de volver á comprar lo vendido.—330. Ejecución de la venta y de los derechos relativos á ella.—331. Resolución de la venta.—332. De la evicción.—333. Regla acerca de la cesión de créditos.—334. Efectos de la venta en cuanto á la locación estipulada bajo la legislación anterior.—335. Aplicación de los principios al contrato de renta.—336. En qué casos es aplicable la ley nueva para la resolución del contrato de renta.—337. De los cuasi-contratos.—338. Cómo pueden adquirir la naturaleza de los cuasi-contratos los derechos derivados de la ley.—339. Conclusión.

320. Es indudable que las convenciones matrimoniales deben ser regidas por la legislación que estuviere en vigor al tiempo de llevarse á cabo las mismas; pero, sin embargo, pueden surgir algunas dudas en la aplicación de dicha regla, por la consideración de que los derechos concedidos en ellas no nacen hasta el momento del matrimonio, toda vez que dichas

convenciones son estipuladas en contemplación al mismo. Esto sentado, pudiendo cambiar la legislación en el tiempo intermedio entre la conclusión de las convenciones matrimoniales y la celebración del matrimonio, cabe dudar acerca de cuál sea el momento preciso en que deba considerarse perfeccionado el contrato, y por lo tanto, de cuál sea la legislación aplicable.

321. Considerado en sí mismo el contrato como título de las relaciones patrimoniales de los cónyuges, parece evidente que la manifestación de la voluntad de las partes viene á quedar perfecta en el momento en que ha sido otorgado ó recibido por el funcionario competente y ha sido suscrito por los contrayentes. De aquí que si la duda versase sobre la intención de las partes y el valor de ciertas cláusulas del contrato, sería necesario referirse á la ley del tiempo en que fué redactada la convención más bien que á la del tiempo de la celebración del matrimonio. La ley entonces vigente tendría siempre valor como ley declarativa, puesto que no puede admitirse que las partes se hubiesen referido á otra legislación distinta de aquella bajo cuyo imperio manifestaron su voluntad. Para decidir, pues, si la constitución de dote expresada en términos generales de todos los bienes de la mujer, comprende ó no los bienes futuros; para decidir si la dote constituida únicamente por el padre ó por la madre debe estimarse ó no hecha por partes iguales con bienes de uno y otro ó de distinto modo, etc., será decisiva la ley del tiempo de la redacción de los pactos nupciales.

La regla expuesta puede también ser aplicada si se tratase de ampliar ó completar las convenciones escritas con las disposiciones de la ley á que se hubieran referido las partes. Siempre que dichas disposiciones no sean contrarias á la legislación vigente en el momento del matrimonio ni deroguen los derechos concedidos por ésta á uno ú otro de los cónyuges, podrán ser útilmente invocadas para completar las estipulaciones escritas en todo lo que no hubiere sido expresamente

consiguado en las mismas, en virtud del principio general de que para todo aquello que está en la facultad de las partes estipular y para lo que se hubieren referido á la ley, viene á ser ésta como parte integrante del acto escrito, y lo dispuesto por la misma tiene igual valor que si los otorgantes lo hubiesen escrito y firmado.

322. El contenido, pues, de las convenciones relativas á las relaciones patrimoniales de los cónyuges está sometido por completo á la ley del tiempo del matrimonio aunque sean de fecha anterior, porque las convenciones hechas en contemplación á la futura unión matrimonial no vienen á quedar perfectas hasta el momento en que es celebrado el matrimonio y, por lo tanto, no pueden ser válidas y eficaces más que con arreglo á los términos de la legislación que estuviese entonces en vigor. En su consecuencia, si la ley anterior permitiese á las partes contrayentes consignar sus pactos nupciales en documento privado ó hacer declaraciones eficaces en contrario en una forma distinta de la establecida por la ley del tiempo del matrimonio ó modificar las convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio, tales disposiciones quedarían ineficaces si la ley vigente al tiempo de celebrarse ésta dispusiera lo contrario, porque por la última de dichas leyes es por la que deben regularse, en cuanto á lo sustancial, los derechos de los cónyuges.

223. ¿Pero qué solución es la que debe darse en el caso de que la ley del tiempo del matrimonio permitiera á los cónyuges cambiar de cualquier modo las convenciones matrimoniales después de la celebración del matrimonio, y una ley posterior prohibiese toda especie de modificación de los mismos?

Indudable nos parece que el derecho adquirido por los cónyuges de modificar, constante matrimonio, sus convenciones matrimoniales, no puede ser quitado en absoluto por una ley nueva. Si los cónyuges, en uso de su derecho, no proveyeron de una manera definitiva á regular sus respectivas relaciones patrimoniales, debe entenderse que lo hicieron así

porque sabían que podían aprovecharse de la facultad concedida por la ley para proveer sobre lo sucesivo, y en su virtud, sería una injusta violación del derecho creado si hubiera de ser declarado inmutable el contrato por ellos celebrado por el hecho de haberse dictado nuevas disposiciones legales contrarias en este punto á la anterior legislación.

Debe, sin embargo, admitirse que el legislador puede, sin injusta retroactividad, señalar un término para las modificaciones que se quisieran hacer en las convenciones matrimoniales establecidas bajo la legislación anterior, declarando inmutables las que no hubieren sido modificadas en el término fijado por la misma, porque, según hemos dicho en distintas ocasiones, el legislador puede subordinar á determinadas condiciones el ejercicio de los derechos adquiridos con anterioridad.

Salvando, pues, esta reserva que queda hecha, la regla general en todos los demás casos es que en materia contractual los derechos y obligaciones de los contrayentes se rigen por la ley vigente en la época del contrato, cuya regla es aplicable á todas las relaciones patrimoniales de los cónyuges, y principalmente á la constitución de la dote (1).

324. Los mismos principios y la misma regla sirven para establecer el derecho á percibir la dote, y, por lo tanto, si la hija tenía derecho á ser dotada por el padre, por la madre ó por el abuelo, según la legislación del tiempo del matrimonio, este derecho deberá ser reconocido en conformidad á dicha legislación, aunque en el momento en que se haga valer el mismo esté en vigor el Código nuevo, que no reconoce en adelante este derecho á las hijas.

(1) Conf. Casación de Nápoles. Sent. 7 de Septiembre de 1874 (Sigilli-Persico).—BETTINI, XXVII, 1, 15; y la de 9 de Noviembre de 1875 (Caffero). Ley 16, 1, 50.—Casación de Turín, 9 de Febrero de 1871 (Levi). *Anales*, V, 1, 217.—Id. de Milán, 14 de Abril de 1871 (Ravizzoli). *Gaceta genovesa*, XXIII, 1, 695.—Id. de Nápoles, 30 de Abril de 1871 (Somma). Ley 11, 1, 1099.

Existen, sin embargo, algunas resoluciones en contrario, entre ellas una de la corte de Macerata, la cual, fundándose en el erróneo concepto de que los derechos concedidos por las leyes no pueden ejercitarse después de haberse dictado una ley nueva que los haya abolido, declara que el derecho á la dote no podrá hacerse valer después de la promulgación del Código civil italiano, á pesar de que hubiere quedado terminado bajo el imperio de la legislación antigua el hecho del matrimonio, del cual hacía nacer la misma ese derecho (1).

Para convencerse del error de la doctrina sentada en dicha sentencia basta observar que la única condición que según las anteriores leyes perfeccionaba el derecho de las hijas á ser dotadas, era la de que se verificase el matrimonio, y, por lo tanto, celebrado este hecho adquisitivo antes de que estuviese en vigor el Código, quedó perfecto dicho derecho, y no puede ser desconocido, aunque en el momento en que se haga valer rija una legislación distinta.

325. Debemos, no obstante, advertir que la regla antes consignada de que todas las cuestiones relativas á los derechos patrimoniales adquiridos por los cónyuges con el hecho del matrimonio deben ser resueltas con arreglo á la legislación del tiempo de la celebración del mismo, no puede ser aplicada de tal modo que haya de sujetar también en absoluto á dicha legislación todas las cuestiones referentes á los derechos que hayan de tener por objeto el patrimonio perteneciente á uno de los cónyuges ó al otro.

Los derechos respecto de los que sea el hecho del matrimonio el acto adquisitivo y que vienen, por lo tanto, á quedar perfectos con la celebración de éste, serán regidos por la legislación que entonces estuviere vigente, y no pueden ser desconocidos por la publicación de una ley nueva; pero los derechos patrimoniales que pueden adquirirse mediante el ejerci-

(1) Sent. de 25 de Junio de 1874 (Conforti). *Anales de Jurisprudencia*, VIII, 2, 361.

cio de los derechos nacidos del matrimonio, ó que para ser perfeccionados necesitan que tenga lugar algún hecho posterior, no dependen de la legislación del tiempo del matrimonio, sino de la que estuviere en vigor en el momento en que deban adquirirse dichos derechos ó en que tenga lugar el hecho exigido para su perfeccionamiento, como ocurre, por ejemplo, con los derechos sucesorios de los cónyuges, los cuales dependen de la ley vigente al tiempo del fallecimiento.

Haciendo aplicación de estos principios, hay que reconocer que debe ser aplicada la ley del tiempo del matrimonio para decidir si el régimen de bienes de los cónyuges es el de la dote ó el de la comunidad de los mismos, y si á falta del contrato de matrimonio debe admitirse la comunidad de hecho ó la separación de bienes, etc., etc., pues todas estas cuestiones dependen de la indicada legislación. También debe decidirse por dicha ley la cuestión del lucro dotal pactado y del debido por ministerio de la ley, pues éste hay que considerarle igualmente como un derecho adquirido por el hecho del matrimonio, aun cuando fuese concedido por una ley anterior y contraria á la que estuviere en vigor al tiempo de ser reclamado dicho lucro dotal. En su consecuencia, el que fuese debido al marido con arreglo á las Constituciones de 1771 por causa de matrimonio celebrado bajo el imperio de dichas Constituciones, que consistía en el usufructo de todo el caudal dotal asignado á la mujer premuerta si no existían hijos de anteriores matrimonios, ha sido siempre reconocido á pesar de la promulgación del Código civil italiano, porque éste en realidad no ha abolido la institución del lucro dotal ni ha desconocido ni negado la eficacia del constituido por la ley bajo el imperio de las legislaciones precedentes, y, por lo tanto, era razonable que dicho derecho fuera regulado en conformidad con las disposiciones de la legislación imperante en el momento del hecho adquisitivo (1).

(1) Según las leyes pontificias, abolidas por la publicación del Código civil italiano, el lucro dotal constituía también un verdadero derecho creado á

Por el contrario; si el matrimonio hubiese quedado celebrado bajo las leyes pontificias que permitían aumentar la dote durante el matrimonio ó transformar su naturaleza, no podría aprovecharse de esa facultad, después de la promulgación del Código civil italiano, el marido que quisiese hacer uso de ella, aunque el matrimonio hubiera quedado perfecto antes de publicarse dicho Código. Igualmente, si el marido, previa autorización judicial, hubiere adquirido con dinero extradotal ciertos bienes declarándolos dotales, esto no podría valer ciertamente para considerar como dotales é inalienables dichos bienes si hubieren sido adquiridos después de la promulgación de la nueva legislación italiana.

De este modo deben resolverse las cuestiones semejantes. Asi, por ejemplo, el derecho de hacer donaciones durante el matrimonio al otro cónyuge, si no fuese ejercitado dicho derecho antes de la promulgación de la ley nueva, deberá ser regido por ésta. La responsabilidad del marido por la venta de los bienes parafernales, admitida bajo el imperio de las leyes civiles napolitanas de 1819, no podría tampoco tener lugar si la venta hubiere sido llevada á cabo después de estar en vigor el Código civil italiano; y lo mismo podríamos decir de otros casos análogos.

326. En cuanto á la separación de la dote que en ciertos casos puede ser pedida, entendemos que el derecho á reclamar

favor del marido desde el día mismo del contrato, y era considerado como una donación con causa del matrimonio que por su índole era regulada por reglas especiales á fin de conseguir el objeto para que era admitido dicho derecho. Nadie duda que respecto de los matrimonios contraídos bajo el imperio de la legislación pontificia antes de la promulgación del referido Código, debe ser regido por dicha legislación el derecho al lucro dotal perteneciente al marido superstite. En su virtud, aunque la muerte de la mujer hubiese ocurrido estando ya vigentes las nuevas leyes, los hijos procreados por ella no podrían hacer valer los derechos sucesorios sobre la dote de la misma, conforme á la legislación del tiempo de la muerte, más que subordinándose á lo dispuesto en la legislación pontificia acerca del lucro, el cual, como derecho creado y perfecto bajo el imperio de la misma, debe ser regulado por ella.

dicha separación debe ser regido por la ley del tiempo del matrimonio, lo mismo que la restitución de la dote y el destino que debe darse á los fondos dotales á la disolución de la sociedad conyugal.

Sin embargo, la demanda de separación de la dote puede fundarse en la disposición de la ley nueva que hubiese establecido cualquiera causa nueva como fundamento de dicha acción, por la razón de que cuando una ley provee á regular la condición de las cosas en consideración á la condición misma, debe ser aplicada desde luego si los hechos que le dan origen tuvieron lugar después de haber empezado á regir dicha ley. Esta deberá aplicarse también para regular los efectos de la separación de la dote, aunque el matrimonio hubiese sido celebrado bajo el imperio de una legislación distinta.

327. Para todo lo relativo á la enajenabilidad ó inalienabilidad de los bienes dotales, es menester observar que estas cuestiones no pueden verdaderamente considerarse como una cuestión de personalidad, ni sujetarlas por lo tanto en dicho concepto á la ley nueva, según hemos dicho respecto de la capacidad para enajenar los bienes inmuebles no dotales con ó sin autorización del marido. La capacidad de la mujer para ejecutar ciertos actos relativos á los bienes inmuebles, está regida, sí, por los principios antes expuestos acerca de la capacidad y relaciones personales de los cónyuges, pero la validez de los actos relacionados con dichos bienes cuando se funda en las relaciones patrimoniales establecidas en el contrato de matrimonio, debe ser resuelta según la ley del tiempo de su celebración.

La razón de ello consiste en que el régimen de bienes establecido en el contrato y en la legislación vigente á la celebración del matrimonio, debe ser siempre reconocido y respetado, y no puede ser modificado por el hecho de haber sido publicada después una legislación distinta. Debe, en efecto, considerarse dicho régimen como un elemento integrante de la sociedad conyugal, porque cualquiera que éste sea, tiene siempre que

considerársele como ordenado por el legislador para conservar dicha sociedad y para asegurar á aquellos que se unen en matrimonio y á la familia creada por ellos todas las ventajas, todas las garantías y la protección tutelar que se han reputado necesarias para mantener á la sociedad misma y á las personas que la forman en la situación patrimonial establecida como uno de los elementos de la sociedad.

El cambiar, pues, el régimen patrimonial en armonía con la nueva legislación, promulgada después de constituida la sociedad conyugal, conduciría á modificar el pasado en vez de proveer para lo porvenir, dando así á la ley citada autoridad retroactiva. Es evidente, pues, que cuando la ley del tiempo del matrimonio conceda á la mujer el derecho de enajenar y de hipotecar los bienes dotales, y sobre dicha base hubiese sido constituida la dote, ó cuando en el régimen de la comunidad tuviese el marido el derecho de disponer en ciertos casos de los bienes comunes, y sobre esa base se hubiese establecido entre los cónyuges el régimen de la comunión, estas relaciones patrimoniales no podrán ser modificadas por la promulgación de ninguna ley nueva, á menos de conceder á ésta autoridad sobre lo pasado.

Conviene distinguir, por lo tanto, cuidadosamente en esta materia las cuestiones pertenecientes al régimen patrimonial de las que hacen relación al patrimonio. Las primeras deben ser regidas por la legislación que fijó y estableció el régimen citado, la cual debe ser considerada por ésta razón como la legislación patrimonial; y las segundas pueden depender del modo de considerar la ley la sumisión de la mujer al marido y las relaciones personales de los cónyuges, cuyas cuestiones, como todas las referentes á la capacidad, deben ser resueltas por las reglas que en el lugar correspondiente hemos expuesto (1).

(1) Conf. Casación de Turín, Sent. 11 de Mayo de 1882.—*Friederi, La Casazione*, año 1882, 1, 377.

328. Pasemos á ocuparnos ahora del contrato de compraventa.

A la compraventa deben ser aplicados los principios generales relativos á todos los contratos, y, por lo tanto, debe regularse por la legislación vigente al tiempo en que fué terminado dicho contrato, todo lo relativo al contenido del mismo, á la naturaleza y extensión de los derechos y obligaciones pertenecientes al vendedor y al comprador, y á la naturaleza é índole jurídica del mismo contrato.

En su consecuencia, debe decidirse con arreglo á dicha legislación si el contrato de venta hecha en una forma determinada puede ó no considerarse realizada *in fraudem legis*, si debe ó no ser declarado nulo por este motivo, y por último, cuáles puedan ser las consecuencias jurídicas de la simulación si la hubiere en la celebración de dicho contrato. La ley nueva que hubiere declarado nula por el vicio de simulación la venta hecha en dicha forma, ó que hubiere cualificado como contrato pignoraticio la venta celebrada con determinados pactos, no podrá ser aplicable á las ventas realizadas con anterioridad si la legislación entonces vigente disponía otra cosa distinta.

Aun en el caso de que la venta hubiese sido hecha bajo condición suspensiva ó resolutoria, debería aplicarse la ley del tiempo en que el contrato fué perfeccionado mejor que la que estuviere en vigor cuando fuere cumplida la condición, pues la condición cumplida retrotrae sus efectos al momento en que se consintió la venta, confirmando la adquisición *ex tunc* si dicha condición es suspensiva, y resolviendo, por el contrario, la venta ya perfeccionada desde el momento en que se celebró el contrato si fuese resolutoria.

329. La regla indicada debe servir también para cualquier pacto agregado, y, por lo tanto, habrá de hacerse aplicación de ella y estarse en su virtud á la ley del tiempo del contrato para decidir si el pacto de volver á comprar la cosa vendida, ó sea el pacto de retro, estipulado en el contrato de venta, puede

ó no ser válidamente convenido y cuál sea su naturaleza; así como para resolver si este pacto puede ser considerado como una condición resolutoria en el caso de que el derecho de retraer sea ejercitable en determinado tiempo, ó si debe, por el contrario, considerársele como una forma de contrato pignoraticio, cuando ese derecho sea ejercitable por tiempo indeterminado, como sucedía en el Derecho romano que admitía el pacto de *retrovendendo* sin término fijo.

Por la misma legislación del tiempo del contrato debe también decidirse cuanto concierne á las condiciones para el reconocimiento ó decaimiento de dicho derecho. En su virtud, si según la ley entonces vigente tenía el vendedor con pacto de retro el derecho de exigir una prórroga para retraer, como se establece en el art. 1666 del Código Albertino, no podría considerársele privado de este derecho por la promulgación del Código civil italiano, cuyo art. 1517 declara perentorio é improrrogable el término para el ejercicio del rescate ó retro convencional, toda vez que las disposiciones del citado Código no son aplicables á las ventas terminadas bajo el imperio de las leyes anteriores.

Esto no obstante, también tiene aplicación al retro convencional sujeto á las leyes anteriores la regla de que la ley nueva puede someter á nuevas condiciones el ejercicio de los derechos adquiridos con anterioridad á ella.

Supongamos, pues, por vía de ejemplo, que la ley nueva haya sancionado una disposición conforme á la que se encuentra en el Código civil italiano acerca del término útil para ejercitar el derecho de retraer en el retro convencional; cuyo artículo 1516 dispone lo siguiente: «El derecho de retro no puede estipularse por un tiempo mayor de cinco años. Cuando fuese estipulado por un tiempo mayor, se reduce al término antes dicho.»

Esto sentado, nos parece fuera de toda duda que tal disposición, por la cual queda reducido á cinco años el término para el ejercicio del derecho de retro aun cuando hubiere sido

pactado por más tiempo, debe ser aplicada aun á los pactos de retro convenidos en un contrato de venta terminado bajo la antigua legislación que disponía lo contrario. Basta, en efecto, para convencerse de ello, considerar que si bien ninguna ley puede modificar la naturaleza de los pactos celebrados bajo el imperio de las leyes anteriores ni desconocer, en su consecuencia, el derecho de retro adquirido con arreglo á las mismas; bajo las condiciones por ellas establecidas, el legislador puede, sin embargo, sujetar á sus preceptos, por razones de orden general é interés social, el ejercicio de los derechos adquiridos; y por lo tanto, si para hacer más estable el dominio y la propiedad ha dispuesto el legislador que el derecho de retraer los bienes vendidos con dicho pacto haya de ser ejercitado en el término de cinco años, y que deba ser reducido á dicho plazo todo el que hubiere sido estipulado por un tiempo mayor, no puede negarse que tal disposición relativa al ejercicio del indicado derecho debe ser aplicada aun respecto de los derechos adquiridos bajo el imperio de la legislación antigua. Debe, pues, resolverse siempre con arreglo á la legislación del tiempo del contrato si debe ó no admitirse el derecho de retro, y si deben ó no estimarse cumplidas las condiciones necesarias para considerarle como un derecho adquirido; pero el ejercicio de dicho derecho tiene que ser sometido á la ley vigente en el momento en que se hace uso de él.

Este principio debe regir también para todo lo relativo á la conservación de los derechos pertenecientes al vendedor, y nos referimos á lo que antes hemos dicho acerca de la transcripción.

330. La ejecución ó cumplimiento de la venta puede ser regulada por las disposiciones de la ley nueva si ésta hubiere tenido publicación antes que el contrato, hecho con anterioridad, hubiese sido cumplido.

Esta regla debe ser aplicada, además, á cuanto concierne al modo de la ejecución ó cumplimiento del contrato; pero los derechos que pueden derivarse de la ejecución ó inexecución,

como forman parte de las relaciones contractuales, deben ser regidos en tal concepto por la ley del tiempo del contrato. En su consecuencia, si según dicha ley el incumplimiento de las obligaciones contractuales derivadas de la venta diera lugar sólo á una acción personal sin derecho para pedir la resolución del contrato ó la restitución de la cosa vendida, excepto en el caso de pacto expreso (como sucedía en el Derecho romano), el vendedor que hubiese vendido á crédito y no hubiese sido satisfecho del precio, no podría aprovecharse de las disposiciones de la ley nueva que, á semejanza del Código italiano, hubiese sancionado el principio de la resolución del crédito en caso de incumplimiento por alguna de las partes en virtud de la condición resolutoria tácita que se presume en todos los contratos sinalagmáticos (art. 1165 de dicho Código). Estableciéndose en la legislación del tiempo del contrato que no pueda ser demandada la restitución de la cosa vendida en caso de incumplimiento por parte del otro contratante más que en virtud del pacto expreso, llamado *lex commissoria*, no podrían cambiarse estas relaciones contractuales por el hecho de haber sido publicada una ley nueva, á menos de dar á ésta una injusta retroactividad.

La ley vigente en el momento de la ejecución ó cumplimiento del contrato, puede tener influjo cuando se trate de decidir acerca de la forma de la consignación ó de la necesidad de la tradición, la cual puede no ser indispensable si la nueva ley hubiese declarado que no era necesario dicho requisito.

Del mismo modo, si la nueva ley declarase fuera del comercio las cosas vendidas antes de que hubiese sido consignada tal disposición, ésta sería un obstáculo insuperable para la ejecución ó cumplimiento de la venta, y haría ineficaz el contrato, excepto en la obligación de restituir el precio recibido.

Igualmente, si la ley nueva alterase lo dispuesto acerca de la oferta real de la cosa vendida y al modo de efectuarla, deberán aplicarse las disposiciones de dicha ley, vigente en el momento en que la oferta y el depósito tuvieran lugar, para

todas las consecuencias que de dichos actos pueden derivarse, mucho mejor que la del tiempo en que fué hecha la venta.

331. Para las cuestiones de derecho transitorio relativas á la resolución del contrato de venta, conviene recordar los principios generales expuestos antes sobre resolución de los contratos en general.

Cuando la demanda de resolución se fundase en el título de la lesión enorme, debe ser juzgada con arreglo á la legislación del tiempo del contrato y no por la que estuviere en vigor á la interposición de la demanda, como algunos creen (1). La razón de ello consiste en que el derecho de demandar dicha resolución, en los casos en que sea admisible tal demanda según la ley del tiempo del contrato, forma parte de los derechos contractuales y es un derecho perfecto adquirido en el momento mismo en que se perfecciona el contrato. En su virtud, se debe resolver por dicha ley la cuestión de si la rescisión por lesión es ó no admisible en favor sólo del vendedor ó en su favor y en el del comprador (2), y cuáles sean los extremos en que puede fundarse la demanda, así como si ésta está ó no sujeta á reglas diversas respecto de los menores; y cuáles sean los derechos de la parte contraria; y, por último, cuándo debe considerarse extinguida dicha acción.

En aquellos casos en que deba admitirse el derecho de reivindicar la cosa vendida demandando la resolución del contra-

(1) *Meyer, Principes sur les quest. trans.*, págs. 18, 85 y 88.

(2) Existe diferencia en este punto entre las diversas legislaciones. Algunas, como el Código italiano (art. 1529), admiten que la acción rescisoria por lesión compete sólo al vendedor de un inmueble que hubiere recibido por él menos de la mitad del justo precio, y lo mismo disponia el Código Albertino (artículos 1679, 1688 y 1712). Otras, por el contrario, conceden igualmente dicha acción al comprador, y no sólo la admiten en la venta de bienes inmuebles, sino también en la de bienes muebles y en cualquier contrato oneroso. Así sucede en la legislación civil austriaca (§ 984), en el Código de Parma (artículos 1490, 1491 y 1523), y en el Código antes citado (artículos 1572, 1577 y 1609).

to, no podrán aplicarse, para decidir acerca de los efectos de la resolución en cuanto á terceros que hubiesen adquirido algún derecho sobre bienes inmuebles, las disposiciones de la ley nueva que hubiere subordinado la eficacia de la demanda respecto de los mismos á ciertas condiciones, como sería, por ejemplo, el requisito de la transcripción de la demanda. La ley nueva podrá solamente hacer obligatoria dicha formalidad para el ejercicio del derecho después de haber empezado á regir, pero sin perjudicar los derechos adquiridos aun respecto de terceros según las leyes anteriores. De tal modo, que si la ley anterior disponía que los efectos de la resolución de la venta en cuanto á terceros que hubieren adquirido algún derecho sobre los bienes inmuebles, se retrotrajesen al momento en que el contrato fué terminado, no se podría limitar dichos efectos en virtud de la ley nueva, en el sentido de que hubieran sólo de tener lugar desde el momento en que hubiese sido transcrita la demanda de resolución.

332. Para todo lo concerniente á la evicción nos parece oportuno hacer constar que también debe decidirse con arreglo á la ley del tiempo del contrato acerca de los efectos de la misma y de la admisibilidad de la demanda, y, por lo tanto, debe aplicarse dicha ley para resolver las cuestiones relacionadas con la naturaleza misma del pacto de no sujetarse á ninguna garantía, y de las consecuencias jurídicas de dicho pacto en cuanto á la obligación perteneciente al vendedor de restituir el precio y de pagar ó no el *id quod interest*.

333. Los principios expuestos pueden servir también para decidir las cuestiones de derecho transitorio acerca de la cesión de créditos, y no es necesario, por lo tanto, detenerse mucho en este punto.

Respecto de la cesión, debe regir también el principio de que si la ley nueva hubiese impuesto nuevas formalidades para la eficacia de los derechos adquiridos por el cesionario contra el deudor del cedente, como, por ejemplo, la necesidad de la notificación, dicha ley debe ser aplicada aun á las cesio-

nes anteriores para que las mismas sean eficaces en perjuicio de terceros á partir de la promulgación de la misma. Pero para todo lo relativo al contenido de la cesión, á la responsabilidad del cedente y á las obligaciones del mismo respecto del cesionario en el caso de insolvencia del deudor, debe aplicarse la ley bajo cuyo imperio hubiere tenido lugar la cesión y no la que estuviere en vigor cuando tiene lugar la insolvencia. De aquí que en el caso de cesión llevada á cabo bajo la legislación pontificia, que por la insolvencia del deudor obligaba al cedente que hubiese garantido el crédito á pagar el importe íntegro del crédito cedido, deberá considerarse á dicho cedente obligado á tal pago, aunque la insolvencia del deudor haya tenido lugar estando ya vigente el Código civil italiano, que limita en dicho caso considerablemente las obligaciones del cedente en su art. 1545.

334. También conviene examinar en este lugar los efectos de la venta sobre la locación. Algunas cuestiones pueden surgir en el supuesto de que la ley vigente al tiempo del contrato de locación y la que estuviere en vigor al realizarse la venta fueran distintas en cuanto á la obligación del comprador de respetar ó no respetar la locación, y del derecho correlativo del locatario de ver ó no respetado su contrato.

Respecto de esto, parece, pues, indudable que todo debe depender de la legislación del tiempo del contrato si la cuestión debiera ser decidida por las relaciones entre el locatario y locador, y de la ley vigente al tiempo de la venta, si, por el contrario, tuviere que decidirse por las relaciones entre el nuevo adquirente y el locatario ó locador.

El fundamento de esta opinión se halla en que el adquirente de un inmueble adquiere con él todos los derechos concedidos por la legislación vigente al tiempo de la adquisición, y por lo tanto, el de respetar ó poner término á la locación del fundo adquirido. En su virtud, si el nuevo adquirente tuviese el derecho de disolver la locación con arreglo á la ley bajo cuyo imperio fué perfeccionada la compraventa, podrá sin di-

ficultad ejercitar ese derecho conforme á dicha ley, cualquiera que sea la disposición que acerca de este particular contuviera la legislación anterior, porque él ejercitaría, al hacerlo así, un derecho propio, derivado de la adquisición realizada, y no un derecho transmitido á él por el vendedor.

Interesa, por otra parte, considerar que las relaciones entre el adquirente y el locatario se establecen con el hecho de la compraventa y bajo el imperio de la legislación vigente al tiempo de la adquisición, no siendo posible, por lo tanto, que dichas relaciones se rijan por las leyes anteriores que estuvieren en vigor cuando fué celebrado el contrato de locación entre el locatario y el locador, á cuyo contrato debe estimarse extraño, bajo todos sus aspectos, el nuevo adquirente.

De lo dicho se deduce que si la venta hubiere quedado terminada bajo el imperio de una legislación que impusiera al comprador la obligación de respetar la locación anterior de la cosa comprada, como sucede en el Código italiano vigente (art. 1597), y en el contrato de compraventa no se hubiese establecido nada acerca de si el comprador quería ó no aprovecharse del derecho de poner término á la locación concedida por la legislación anterior, á pesar de haberse hecho constar que el fundo estaba arrendado, no podría el nuevo adquirente obligar al locatario á desalojar dicho fundo, porque según hemos dicho ya, las relaciones entre el adquirente y el locatario son consecuencia de la compraventa, mediante cuyo contrato fueron adquiridos los derechos derivados de la misma, y por lo tanto, deben ser regidas por la ley vigente en el momento en que tuvo lugar el acto adquisitivo.

Por las mismas consideraciones deben ser regidas por la ley del tiempo del contrato de locación las relaciones entre el locatario y el locador; y en su virtud, en el caso de que dicha ley no autorizara la extinción de la locación por la venta á no mediar pacto expreso y bajo tales condiciones hubiera sido hecha la locación, el locatario requerido para desalojar el fundo arrendado tendrá siempre derecho á obtener del vendedor

el resarcimiento de todo daño pactado por la extinción de la locación, si el nuevo dueño que hubiese adquirido dicho fundo después de estar en vigor la ley nueva, le obligase á abandonar la finca por no haber reservado el locador en el contrato de venta el derecho del locatario ni haber pactado el respeto de la locación constituida con anterioridad.

335. Los principios expuestos hasta aquí y las aplicaciones hechas nos parecen suficientes para resolver también las cuestiones que puedan nacer con ocasión de otros contratos especiales, y no es oportuno ni útil extendernos más en este punto. Sin embargo, hemos de permitirnos una ligera indicación sobre el contrato de constitución de renta.

Para todo lo que concierne á la naturaleza é índole jurídica de este contrato, debe regir la regla general antes consignada; esto es, que debe aplicarse la ley del tiempo del contrato en cuestión para resolver si éste es ó no un verdadero contrato de renta vitalicia, ó una cesión, una donación, ó cualquiera otra clase de contrato aleatorio.

La cuestión principal de derecho transitorio que acerca de dicho contrato ha surgido, se refiere á la resolución del mismo y al rescate de la renta.

En cuanto á la resolución de dicho contrato, debe seguirse también el principio general, y, por lo tanto, tiene que caer igualmente bajo el imperio de la legislación del tiempo del contrato. En su consecuencia, si se hubiese estipulado, por ejemplo, con arreglo al Código civil austriaco, un contrato de renta vitalicia con cláusula resolutoria en el caso de falta de pago de las pensiones vencidas, aquel en cuyo favor hubiere sido constituida la renta vitalicia tendría el derecho de reclamar la resolución del contrato y de recobrar ó ser reembolsado del capital que entregó con dicho objeto, ó de volver á entrar en posesión de la finca vendida en dicha forma, con arreglo al Código austriaco, aunque la falta de pago hubiere tenido lugar estando ya vigente en Italia el Código civil actual. No podría invocarse en contra de esto la aplicación de la ley

vigente en el momento en que se realiza la falta del pago para deducir que de este hecho pueden derivarse las consecuencias establecidas por dicha ley para cuando no fuesen satisfechas las pensiones vencidas, puesto que en virtud del principio general de que la sustancia de un contrato debe ser regida por la legislación del tiempo en que el mismo hubiere sido celebrado, hay que reconocer que no sólo la validez, sino también las causas de resolución del mismo deben ser determinadas y reguladas por la ley, bajo cuyo imperio fué terminado (1).

Por la misma razón, en los contratos de renta constituidos con arreglo á las abolidas leyes napolitanas, no será necesaria la interpelación ó requerimiento para darse lugar al rescate del capital ó de los bienes en caso de no ser satisfechas dos anualidades de la pensión, pues dicho requisito no era exigido por las referidas leyes.

336. Además debe aplicarse también al contrato de renta otra regla que hemos expuesto ya, según la que la resolución del contrato en virtud de una causa nueva, no estimada ó apreciada por la legislación anterior, debe, sin embargo, admitirse si se hubiere perfeccionado bajo el imperio de la ley nueva el hecho al que atribuye dicha ley el ejercicio del derecho de rescate. En su consecuencia, la disposición contenida en el art. 1785 del vigente Código civil italiano, según la que puede ser obligado al rescate el deudor de una renta anual si nó pagare dos anualidades consecutivas, será aplicable aun á las prestaciones censales constituidas en contratos celebrados con anterioridad á la promulgación de dicho Código y bajo el imperio de leyes que dispusieran lo contrario.

Por la misma razón serán igualmente aplicables aun á los contratos de renta anteriores, tanto el art. 1786 que concede el derecho al rescate en caso de quiebra ó insolvencia del deudor,

(1) Confr. Casación de Venecia. Sentencia 11 de Septiembre de 1870 (Bazzara).—BETTINI, 1, 2, 921.

como el 2090 que hace derivar también este derecho del hecho de la apertura del juicio de graduación.

En todos estos casos, y en los demás semejantes á ellos, debe regir la regla general de que cuando el acto adquisitivo para la obtención de un derecho nuevo ó para el ejercicio de uno que hubiere sido adquirido ya, consista en un hecho ó acontecimiento no tenido en cuenta por la legislación anterior, debe aplicarse la ley bajo cuyo imperio se hubiere realizado ese hecho, excepto en el caso de que la persona en cuya contra se invoca la ley nueva, haya adquirido con anterioridad un derecho perfecto para ejecutar dicho hecho, sin incurrir por ello en las consecuencias de la nueva disposición legal.

337. Los principios de derecho transitorio que hemos indicado con relación á los contratos deben aplicarse también á los cuasi-contratos y á todas las relaciones contractuales que de cualquier modo nazcan de los preceptos de la ley. En su virtud, todo acto voluntario del hombre que haga nacer una obligación jurídica por ministerio de la ley, debe ser regido por aquella bajo cuyo imperio fué ejecutado el hecho, y deben ser respetados al promulgarse una ley nueva los derechos adquiridos mediante él por las partes ó por terceras personas.

Esta regla debe aplicarse á todas las relaciones contractuales que no nazcan por virtud de un verdadero contrato celebrado, sino que se deriven de los actos de las partes, cualquiera que sea la forma que ellos puedan revestir. Tratándose de cuasi-contratos, no puede menos de darse esta amplitud á la regla, porque á dicha clase pertenecen no sólo los actos llamados expresamente con dicha denominación por el legislador, sino también todas las obligaciones que no nacen de un verdadero contrato, y que, sin embargo, producen relaciones contractuales.

Sin descender á mayores particularidades, debemos decir que para todo lo relativo á la naturaleza, á la extensión y á los efectos de todas las obligaciones que nacen de la ley, rige la misma regla que expusimos al tratar de los principios de

derecho transitorio relativos á las obligaciones, así como también para los efectos de las mismas que pueden derivarse respecto de terceros.

En su consecuencia, para decidir, por ejemplo, si el *dominus negotiorum* puede ó no ser de la acción que habría debido ser directa contra el *negotiorum gestor*, para decidir si los actos ejecutados por el heredero presunto son ó no idóneos para hacer nacer una acción ejercitable contra el verdadero heredero, etc., etc., debe aplicarse la ley bajo cuyo imperio se hubiesen realizado dichos actos, y bajo la cual hubieren nacido, á consecuencia de los mismos, las relaciones contractuales.

338. Una de las cuestiones más graves que pueden suscitarse en esta materia es la siguiente: en el supuesto de que por la legislación vigente en el momento en que se ejecutan determinados actos, se admitiere un derecho cuya naturaleza sea la de un verdadero privilegio ó un derecho excepcional, y fuese después derogada dicha legislación, ¿deberá ó no ser respetado dicho derecho privilegiado si la ley nueva hubiese abrogado todo privilegio ó el especial de que se trate?

Todo en esta cuestión depende de decidir cuál sea la naturaleza de la relación existente entre la ley, que en contemplación del indicado acto concede un derecho excepcional, y aquel que le ejecuta ó lleva á cabo para gozar dicho privilegio; esto es, si dicha relación tiene ó no la naturaleza propia de un verdadero cuasi-contrato.

Esta cuestión nació en Italia con ocasión de las nuevas leyes que abolieron todos los privilegios y todas las exenciones en cuanto al pago de ciertos impuestos, como, por ejemplo, la ley de 14 de Julio de 1864 (núm. 1831), en cuyos artículos 10 y 11 abolió los privilegios y exenciones relativos al impuesto territorial.

En la aplicación de dichas leyes surgieron dos cuestiones: la primera consistente en si debían ser comprendidas en su precepto las exenciones temporales que habían sido concedidas por leyes especiales á aquellos que en determinados tiem-

pos y lugares habían construído nuevas edificaciones; y la segunda referente á si debían ó no considerarse comprendidas en tal precepto las exenciones concedidas á los que fueren padres de doce hijos, cuyas exenciones fueron mantenidas por la ley de 21 de Agosto de 1862.

La Corte de Apelación de Nápoles, en su sentencia de 1.º de Mayo de 1868 (1), decidió que todas las excepciones, cualquiera que fuese su clase, debían considerarse comprendidas en la abolición sancionada en los citados artículos de la ley de 1864; pero otros tribunales, por el contrario, fundándose en que dichas exenciones contenían un elemento contractual, estimaron que no podía suponerse que estuvieran comprendidas en la abrogación general (2).

En principio puede establecérse como regla general, que en materia de abrogación, á falta de precepto expreso de la ley, se puede estimar abrogadas solamente aquellas disposiciones que fueren absolutamente incompatibles con la ley nueva. Debe también admitirse para los privilegios que tuvieren una índole contractual, el principio de que el legislador puede dar efecto retroactivo á la ley nueva que suprima para en adelante todo privilegio, y si así lo hubiese dispuesto no habría discusión posible sobre ello. Pero cuando, por el contrario, falte disposición expresa acerca del particular, no se puede aceptar que la abolición general comprensiva de los privilegios y exenciones baste á hacer ineficaces aun los privilegios y las exenciones que bajo el imperio de la legislación anterior llevasen consigo anejos los cuasi-contratos, y debe, por el contrario, aplicarse á ellos la regla general de que la ley nueva debe respetar los derechos adquiridos con anterioridad á su promulgación.

(1) *Anales de Jurisprudencia*, 1868, 2, p. 45.

(2) Corte de Casación de Florencia. Sent. 28 de Diciembre de 1868. *Annali Part.*, 1, p. 305.—Casación de Turin. Sent. de 7 de Mayo de 1869. *Annali*, p. 191.—Casación de Mesina. Sent. de 19 de Julio de 1867, *Annali*, p. 2.

En su consecuencia, si en una ley especial concediera el legislador por un tiempo determinado el goce de un privilegio ó de una exención á los que erigiesen algún establecimiento ó ejerciesen cierta industria, no se podría desconocer que entre aquellos que llevasen á cabo, á partir de ella, la erección del indicado establecimiento, ó emprendiesen el ejercicio de dicha industria, y el Gobierno se crearía un verdadero cuasi-contrato, el cual debe ser respetado del mismo modo que deben serlo todos los derechos adquiridos mediante él antes de la promulgación de la ley nueva que derogue tal privilegio ó exención. La exención concedida á los procreadores de doce hijos se puede considerar también basada en el cuasi-contrato, como lo ha declarado la misma Corte de Casación de Turín.

No descendemos á más minuciosos particulares, porque nos parece que las reglas que quedan expuestas hasta aquí pueden servir para resolver igualmente las demás dudas y cuestiones que pueden suscitarse respecto de las relaciones jurídicas que tienen su origen en los cuasi-contratos.

En cuanto á las obligaciones que pueden derivarse de los delitos y de los cuasi-delitos, es necesario tener presente que los principios de derecho transitorio relativos á la aplicación de la nueva ley penal y que conciernen á la pena, no pueden servir para regular las consecuencias civiles de los delitos y las obligaciones que de ellos se derivan.

Es cierto que la obligación del resarcimiento del daño encuentra su fundamento, en el caso en cuestión, en la misma ley penal que declara ilícito el acto causante del daño; pero hay que observar á esto, que cuando la ejecución del acto ilícito se haya consumado dolosamente bajo el imperio de la ley que lo prohíba, y ésta conceda al perjudicado la acción correspondiente para el resarcimiento del daño causado por dicho acto, debe considerarse como un derecho perfecto el adquirido por éste, y como tal debe ser respetado al igual que cualquiera de los derechos patrimoniales. En su virtud, si la ley nueva suprimiese del número de los crímenes dicha acción penal,

esto influiría sólo para detener el ejercicio de la acción penal, pero no destruiría las consecuencias civiles y los derechos adquiridos por el perjudicado bajo el imperio de la legislación anterior.

Esta regla debe aplicarse á todo lo concerniente á la naturaleza y extensión del derecho principal, y por lo tanto, para decidir también si debe ó no admitirse la solidaridad entre los autores del acto doloso.

339. Necesario es poner ya término á la exposición de los principios generales de derecho transitorio y á las principales aplicaciones de ellos en materia civil, y por vía de resumen podemos decir que la máxima consagrada en la ley 7.^a *Cod. de legibus*: «*leges et constitutiones FUTURIS certum est dare formam NEGOTIIS, non ad facta præterita revocari*», y sancionada por los legisladores, es aplicable en verdad á todas las leyes en general, y por lo tanto, también al derecho judicial, al derecho penal y á las demás partes de la legislación.

Nos hemos limitado por ahora á examinar la aplicación de los principios de derecho transitorio á las relaciones reguladas por la legislación civil por su mayor importancia é interés, sin perjuicio de ocuparnos en otros tratados de las demás ramas del derecho. Las reglas que hemos expuesto para determinar los límites de la autoridad de la ley antigua y de la nueva quizás no consigan resolver todas las dudas que pueden nacer naturalmente cada vez que se modifique la legislación de un Estado, pero pueden contribuir útilmente á facilitar su solución.



DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES PENALES

1. Cómo debe ser aplicado el principio de la irretroactividad de las leyes respecto de las leyes penales.—2. El principio de que la ley penal no puede tener efecto retroactivo, ha sido generalmente aceptado por los escritores y los legisladores.—3. Discusión acerca de la autoridad retroactiva de la ley penal que fuere más rigurosa, vigente en el momento del juicio.—4. Nuestra opinión acerca de ello.—5. Si puede admitirse la retroactividad de la ley penal más favorable al delincuente: opiniones de los jurisconsultos: disposiciones de los códigos.—6. Se examina el fundamento de la retroactividad de la ley penal más benigna.—7. Controversia concerniente á la aplicación del principio general acerca de la retroactividad: se examina el caso de que la ley nueva haya sacado un hecho determinado del número de los delitos.—8. Hipótesis varias, en las cuales puede encontrar aplicación el principio de la retroactividad.—9. Se examinan en particular las consecuencias que pueden derivarse en el caso de que la ley nueva quite á un hecho el carácter criminoso.—10. Se examina el caso de que la ley nueva haya hecho más benigna la especie y la duración de la pena.—11. De la ley nueva que haya modificado y limitado el máximo ó el mínimo de la pena: opinión de los escritores.—12. Opinión nuestra.—13. Se examina el caso de que en el tiempo que medie entre la consumación del delito y el juicio sea promulgada una ley penal más benigna.—14. Si puede tener aplicación el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna en el caso de existir una condena irrevocable ó firme: disposiciones de las leyes respecto de esta particular.—15. Teorías de los escritores que sostienen la extensión de dicho principio, aun en los casos de condena irrevocable.—16. Observaciones nuestras en sentido contrario.—17. Se examina la cuestión de derecho transitorio en el caso de que la ley nueva haya cambiado las reglas acerca de la prescripción: teorías de los escritores.—18. Opinión nuestra.—19. De las leyes penales de procedimiento.

1. El principio expuesto y desenvuelto por nosotros con relación á todas las leyes en general, de que los preceptos imperativos sancionados por el legislador para regular todos los

actos y todas las relaciones humanas, no pueden ser considerados obligatorios más que desde el momento de haber comenzado á estar en vigor, encuentra también su aplicación en cuanto á las disposiciones de las leyes penales, las cuales, en efecto, no pueden extender su autoridad y su eficacia más que únicamente sobre aquellos hechos que fueren posteriores á su promulgación.

El oficio de las leyes, dice Trielhard, es el regular el porvenir; el pasado no está jamás en su poder. Por lo tanto, donde fuese admitida la retroactividad de la ley, no sólo no existiría seguridad alguna, sino que jamás se disiparía la oscuridad en la legislación. La ley natural no se halla limitada por el tiempo ni por los lugares, porque pertenece á todos los siglos y á todos los países. Las leyes positivas, por el contrario, son la obra de los hombres, y no existen más que cuando son promulgadas, ni pueden surtir efecto más que cuando existen. La libertad civil consiste en el derecho de hacer aquello que la ley no prohíbe y debe considerarse permitido todo lo que no es prohibido. ¿Qué vendría á ser, pues, la libertad civil si el ciudadano pudiese temer que después de ejecutado un acto con arreglo á la ley pudiera quedar expuesto al peligro de ser juzgado dicho acto por una ley posterior?

El principio *nullum delictum sine pravia lege* es y será en adelante considerado como un canon ó regla de justicia social. En efecto; el fundamento racional de dicho principio se encuentra en la noción misma del delito, el cual consiste en la violación de la ley promulgada por la soberanía para proteger los derechos del Estado y la seguridad de los ciudadanos, consumada mediante un acto externo del hombre, positivo ó negativo, imputable á él moralmente. Así, pues, si el delito como hecho jurídico consiste en la violación de la ley, resulta evidente que ningún acto del hombre puede ser reputado como constitutivo de delito sino cuando haya sido consumado en contravención con una ley que lo prohibiera.

2. No puede aducirse en contra de esto la consideración

hecha por algunos de que tendiendo la ley penal á hacer cesar ciertos abusos existentes, y en vista de los que es promulgada, debe igualmente estimarse como conforme á los intereses generales el no dejar impunes aquellos abusos á que se refiera la ley penal promulgada, aun cuando hubieren sido cometidos antes de empezar á regir.

Por el contrario, debemos observar que un hecho puede ser perjudicial, puede ser perverso, puede ser perverso y perjudicial á la vez, según la ley natural; pero no por eso podrá ser calificado de delito respecto del que le ejecuta, sino cuando dicho hecho estuviere prohibido por la ley. En su virtud, ¿se puede, tal vez, pretender que los ciudadanos deban conformar sus actos á una ley que no haya sido aún sancionada y promulgada? ¿Cabe, acaso, admitir que el legislador pueda, sin tiránica arbitrariedad, decretar penas que se extiendan á actos ya consumados?

La imposición de la pena no debe ser legítima más que como sanción del precepto legal imperante que haya sido voluntariamente violado. Por lo tanto, no podría jamás admitirse que un legislador pueda conceder al juzgador la facultad de extender ó aplicar la nueva ley penal á los actos anteriores que no hubieren sido castigados aún. Esto trastornaría todo el sistema del derecho penal y la base en que se funda la autoridad y la eficacia de la ley penal, que consiste en la tutela del derecho.

Es necesario, pues, tener como regla universalmente aceptada por la doctrina y expresamente sancionada por la mayor parte de las legislaciones modernas, el principio de que la ley penal no puede tener efecto retroactivo, lo cual significa que ninguna acción ú omisión puede ser calificada de delito, ni su autor puede ser penado sino en virtud de la ley que estuviere vigente en el momento en que hubiese sido cometido el hecho.

Este principio se encuentra explícitamente establecido en las leyes. En efecto; Ulpiano, con relación al castigo de los

delitos, sostuvo que éstos no debían someterse á la pena sancionada por la ley vigente en el momento del juicio, sino por la que hubiere estado en vigor en el tiempo en que hubieren sido cometidos (1). La misma doctrina se encuentra aceptada por el Derecho canónico (2). Explicita es también la disposición que se encuentra en la *Declaración de los derechos del hombre*, hecha en los tiempos de la Revolución francesa: artículo 8.º: «La ley no puede establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias, y nadie puede ser penado más que en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.»

Prescindiendo de los demás Códigos en que se halla expresamente sancionado el principio de la irretroactividad, nos limitaremos á consignar cuanto dispone á este propósito el nuevo Código penal italiano, puesto en vigor en 1.º de Enero del corriente año, en el cual se establece lo siguiente: «Artículo 2.º Ninguno puede ser castigado por un hecho que, según la ley del tiempo en que hubiere sido cometido, no constituya delito.»

El principio que ningún acto del hombre que no sea reputado criminal cuando hubiere sido ejecutado, no puede llegar á constituir delito en virtud de una ley posterior, se encuentra admitido unánimemente por todos los jurisconsultos, y principalmente por los glosadores que ilustraron las leyes romanas y canónicas durante los siglos xiii-xv, tanto, que puede decirse haber sido formada respecto de ello la *communis opinio*, que constituye el principio que sin restricción se encuentra sancionado en todas las legislaciones positivas modernas.

(1) *Quoties de delicto queritur placuit non eam poenam, quam subire debere, quam conditio eius admittit eo tempore quo sententia de eo fertur sed eam quam subiret si eo tempore esset sententiam passus eum deliquisset.*—L. 1, pr. Dig. De poenis.

(2) *Pena criminis ex tempore legis et quae crimen inhibuit nec ante legem ulla rei damnatio est sed in lege*, c. B. Caus 82. qu. 4.—Confr. c. 2, X, De constitut., 1, 2; c. 18, Cost.

Seeger cita un gran número de dichos escritores, y no creemos necesario mencionarlos de nuevo nosotros (1).

3. No se hallan, sin embargo, de acuerdo todos los escritores en admitir que cuando la ley penal haya solamente establecido una pena más severa respecto de hechos calificados ya de delito por la legislación anterior, deba excluirse del mismo modo la eficacia retroactiva de la ley nueva en cuanto á la mayor severidad de las penas.

En efecto, algunos escritores, fundándose en el concepto de que el fin de la pena es la intimidación, ó sea la coacción psicológica, han sostenido que debe tener eficacia retroactiva la ley penal nueva, que para proveer más eficaz y más justamente á la expiación hubiere establecido una pena más severa.

Meyne dice á este propósito que, debiendo ser considerada toda modificación de la penalidad como una medida más exacta para la expiación, debe del mismo modo admitirse el que haya de ser aplicada aun á aquellos que hubiesen delinquido antes de que la nueva ley positiva más severa haya sido promulgada (2).

Lo mismo sostienen también Abegg y Van de Poll (3), los cuales, acogiendo la teoría de que la pena tiene su fundamento en la intimidación, dicen que es necesario aceptar que cuando la ley nueva reconozca la pena más severa como más idónea que la antigua para obtener la corrección del delincuente, y para desviarlos á todos del camino del delito, debe ser aplicada dicha ley nueva á fin de conseguir mejor el objeto que debe llenar la penalidad.

Cuando el legislador, dice Abegg, estableco la pena más

(1) Seeger, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze* Tübingen, 1862.

(2) Meyne, *Essai sur la rétroactivité des lois répressives*, pág. 27.

(3) Abegg, *Ueber das Verhältniss neuer Gesetze zu früher vorgenommenen Handlungen im Criminalrechte*, ponce, arch. des Criminalr. XIII Abth. 18.—Van de Poll, *De vis legis novae inerti commissorum poenis*.

severa, lo hace porque la experiencia ha demostrado que la ley penal anterior no tenía la eficacia necesaria para impedir el delito, como lo habían supuesto los que le precedieron en la formación de las leyes, y de aquí que no se deba aplicar la pena fijada en la ley antigua á aquellos que la infringen por no haber tenido suficiente efecto coactivo.

Meyne añade que la *aplicabilidad* de una ley nueva más severa es por sí misma una circunstancia que aumenta la presión de la amenaza sobre el ánimo de aquel que se hallare dispuesto á delinquir, de lo cual deduce que aceptando la teoría penal que considera la pena como un medio coactivo aplicado para alcanzar un fin externo, se debe admitir como inevitable corolario la retroactividad de la ley penal más severa.

Otros escritores, por el contrario, han considerado que aun cuando deba reputarse la pena como encaminada al fin de la prevención, no puede justificarse por ello la aplicación de la ley penal más severa, porque si bien con la pena más grave tiende el legislador á prevenir más severamente el delito, no es admisible que llegue á conseguirse dicho efecto respecto á los delitos ya consumados, por ser imposible su prevención, sino únicamente respecto de los futuros, que son los que pueden prevenirse y evitarse por tal medio (1).

Otros han sostenido que el derecho de castigar no nace más que de la conminación de la pena, y entienden que no puede pensarse al delincuente con la nueva ley penal más severa, porque con ella no había sido conminada aún al cometer el delito.

Lacharal opina que la ley penal más severa no debe tener efecto retroactivo, y funda esta su opinión en la razón de la necesidad de proteger á los ciudadanos contra el arbitrio del legislador, y también Bermer sostiene esta misma doctrina (2).

4. A nosotros nos parece que el principio de la no retroac-

(1) Confr. Blondeau, *Disertación sur l'effet retroactif des lois* (en la *Recueil general des lois*, por Sirey, vol. 9).

(2) Lacharal, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, Göttinga, 1834.

tividad de la ley penal más severa encuentra su justo fundamento en los mismos conceptos de justicia que constituyen la base del derecho de castigar y de la conminación de la pena.

Tratándose de la criminalidad de las acciones según el derecho positivo, no es ésta admisible sino en virtud de una ley anterior que haya sancionado el precepto obligatorio y que haya fijado la pena proporcionada al restablecimiento del orden jurídico, perturbado con la violación de dicho precepto obligatorio. El fin de la pena no puede ser la venganza, ni la intimidación, ni la reparación del daño sufrido por el ofendido, sino el restablecimiento del orden jurídico violado por el delito. Todo aquel que con un acto propio contradice la ley que para proveer eficazmente á la tutela del derecho sanciona el precepto y establece la pena contra cualquiera que ose violarlo, debe someterse á las consecuencias que se derivan de haber infringido la ley, y debe sufrir la pena consistente en el mal impuesto al mismo como autor reconocido del hecho criminoso, y que el legislador haya estimado apropiado en determinadas condiciones de tiempo y de lugar para restablecer el orden jurídico.

En su virtud, no nos parece que puede sostenerse que deba ser considerado como un derecho adquirido por el delincuente el de no poder ser sometido á otras penas que aquellas fijadas y establecidas por la ley vigente en el momento en que fuere cometido el delito, porque en verdad hay que reconocer que siempre que pueda demostrarse que con arreglo á los principios de la justicia el legislador puede castigar al delincuente con la pena más severa fijada por la ley posterior, este derecho no podría ser destruído por la consideración de proteger los intereses del delincuente y evitar, por su parte, el peligro de ser expuesto al rigor de leyes más severas, violando sus derechos adquiridos.

En efecto; el que con el delito ejecuta voluntariamente un hecho en contradicción con la ley que lo prohíbe, debe someterse á todas las consecuencias que pueden derivarse de tal

relación de contradicción, y no podría ostentar fundadamente con respecto al legislador ningún derecho adquirido, si se pudiese demostrar que para la tutela del orden jurídico, á la que debe tender la pena, hubiera de proveer más eficazmente sujetando á las penas más severas establecidas por la ley nueva los delitos cometidos durante la vigencia de la legislación anterior.

Nos parece, por el contrario, que la sociedad carece del derecho de aplicar las penas más severas de la nueva ley á los delitos cometidos antes de su promulgación.

En efecto; la soberanía, en tanto tiene el derecho de imponer las penas á aquellos que en debida forma son declarados culpables de un delito, en cuanto que el mal que ha de imponerse sea reputado á propósito, según la justicia penal, para restablecer el orden jurídico. Por lo tanto, aunque el cambio ó la modificación de la ley penal deba ser considerada como la más exacta expresión de lo justo con relación á las condiciones históricas de la sociedad, aun en aquellos casos en que se modifique en el sentido de aumentar la severidad de las penas; no pueden, sin embargo, tener autoridad ni fuerza obligatoria los preceptos establecidos por el legislador, tanto en lo relativo á la imputación como en lo concerniente al mal proporcional, (es decir, á la pena, proclamada por el legislador como necesaria para el restablecimiento del orden jurídico), más que á partir desde el momento en que dichos preceptos fueren promulgados y fijada la pena proporcional al delito.

Del mismo modo que no puede declararse criminoso en virtud de la ley nueva aquello que no fuese reputado tal por la legislación anterior, no es posible tampoco cambiar las reglas acerca de la pena, ó sea acerca de lo que debe ser considerado preciso para restablecer el orden jurídico perturbado antes de que la ley nueva hubiere sido promulgada. Admitiendo lo contrario, resultaría que la nueva expresión del derecho social habría venido á tener autoridad antes de que hubiese sido formada y promulgada.

En la materia penal conviene tener siempre en cuenta que están en constante conflicto los derechos de los particulares y los de la sociedad, y estimando como indudable que á la soberanía compete el derecho de limitar la libertad de las personas para amparar el orden jurídico y las relaciones todas de la vida social, así como para asegurar la observancia y el respeto de sus preceptos por medio de las sanciones penales, no cabe sin embargo admitir que la soberanía pueda hacer esto sin mostrar en la ley su voluntad. Por lo tanto, así como faltando ésta faltaría también el principio fundamental del derecho de castigar, debe también del mismo modo faltar, por parte de la soberanía, cuando una nueva ley ha sido promulgada, el derecho de atribuir á ésta eficacia (aun cuando sólo se limite á la proporcionalidad de las penas) á los actos consumados y terminados antes que el legislador haya manifestado su voluntad.

Sería injusto que la soberanía pudiera castigar sin haber antes establecido la prohibición, y lo sería igualmente que pudiese imponer las penas más severas á los actos consumados con anterioridad á la promulgación de la ley, porque si hasta entonces no había declarado ni advertido que para el restablecimiento del orden jurídico estimaba precisas las penas más severas sancionadas por la nueva ley, vendría á perseguir con ella actos consumados antes de que hiciese conocer su voluntad.

De todo lo expuesto deducimos, como conclusión, que la doctrina de la no retroactividad de la ley penal y la de la no retroactividad de la ley penal más severa, tienen su fundamento en los mismos principios que justifican el derecho de castigar y la conminación de la pena.

5. Pasemos ahora á examinar si, teniendo por base los mismos principios, se puede demostrar la autoridad retroactiva de la ley penal más favorable para el delincuente.

El principio de la no retroactividad de la ley nueva, establecido para el caso de ser más severa la pena por redundar en perjuicio del delincuente, ¿debe admitirse del mismo modo cuando la nueva ley fuese más favorable?

Puede, en efecto, suceder que aunque el delito haya sido consumado, estando vigente la ley antigua, no sea, sin embargo, sentenciado el culpable, ó, al menos, no lo haya sido irrevocablemente hasta después de ser promulgada la ley nueva. En este caso, si la nueva disposición penal fuese más suave y favorable que la antigua, ¿cuál ha de aplicarse para juzgar el hecho ya consumado y aun no sentenciado de modo irrevocable por virtud de apelación deducida ó por hallarse en contumacia el reo? ¿Habrá de aplicarse la ley vigente en el momento del delito ó la que estuviere en vigor en la época del juicio?

Puede darse el caso, de que la ley nueva haya modificado la entidad misma de la imputación, como, por ejemplo, si hubiere dispuesto que el hurto doméstico no deba ser considerado como cualificado, mientras que la ley precedente, bajo cuyo imperio se hubiere realizado el hecho, le estimase en tal sentido. Puede también ocurrir que la modificación introducida en la ley nueva se refiera tan sólo á la penalidad del delito sin alterar para nada el nombre y la esencia de la imputación. Puede igualmente suceder que la innovación se limite al máximo ó al mínimo de la duración de la pena ó á las reglas relativas á la prescripción, etc., etc.

En todas estas hipótesis que por vía de ejemplo citamos, ¿deberá mantenerse el principio de la no retroactividad, admitiendo que el juez debe fallar haciendo aplicación de la ley más rigurosa, ó sea la abolida por la nueva disposición legal, por la sola consideración de que el delito fué cometido mientras estaba aquélla en vigor, ó, por el contrario, debe ser modificado el principio de la no retroactividad, que sería odioso y gravoso para el delincuente, admitiendo que la ley más benigna y favorable para el culpable debe tener autoridad y eficacia retroactiva?

El principio de que esta última ley debe ser aplicada aun á los delitos cometidos antes de su promulgación, fué sostenido principalmente por los jurisconsultos italianos. Según

refiere Seeger (1), el primero que expuso esta teoría fué Ricardo Malumbrano. En efecto, éste sostenía, con motivo de una discusión mantenida con Sadova, que una contravención á la prohibición del comercio de la sal en Venecia, que habia sido cometida mientras estaba en vigor la ley que la penaba con 100 liras de multa, debía ser fallada con arreglo á la ley nueva, que habia reducido la multa á sólo 25 liras.

Bartolo, y antes que él Giacomo de Belvisio, Cino Pistoicio y Alberico da Rosciate, habian también sostenido que la disminución introducida en la pena por la ley nueva debía aprovechar aun á los condenados con anterioridad á su publicación (2). El mismo Seeger, ya citado, hizo observar que la opinión más dominante entre los jurisconsultos italianos del siglo xv fué la de no establecer diferencia alguna en cuanto al principio de la no retroactividad de la ley penal, tanto en el caso de que la ley posterior hubiese aumentado, como en el de que hubiese disminuido la pena; sino que mantenían, por el contrario, muy alto el principio de que todo delito debe ser castigado con arreglo á la ley vigente al tiempo en que hubiere sido cometido. De la misma opinión son Gandino (3), Baldo (4), Ranieri di Torli y otros (5).

En el siglo xviii el principio establecido por Malumbrano encontró decididos sostenedores, y los jurisconsultos italianos estuvieron más de acuerdo acerca de él, tanto que prevaleció en las escuelas. Calurosamente era sostenido, entre otros, por Tarinacio, el cual reasume claramente el principio en los siguientes términos: *Lex constitutio seu statum, quando minuit poenam statuti antiqui tunc in imponendis poenis inspicitur tempus sententiae. Ideo talis poena novae legis, constitutionis seu statuti, imponetur etiam pro delictis praeteritis non puniatis.*

(1) Seeger, *Ueber die rückwirkende Kraft neuer Strafgesetze*, pág. 52.

(2) Confr. Gabba, *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. II, pág. 232.

(3) *Tractatus de maleficiis* (tit. de Poenis reorum, n. 17).

(4) *Super Decret. cap. ult. X, De const.*, n. 7.

(5) *Uert. de leg. omnes populi*, D. de I. y I. n. 63.