

# Jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Especial

## Apostillas al Derecho transitorio

*Dos sentencias, la primera del Tribunal Supremo, la segunda del Tribunal Especial de Contratación en zona roja, plantean el interesante y nunca bastante estudiado problema del Derecho transitorio. A continuación reproduciremos las mencionadas resoluciones y añadiremos algunos comentarios sobre el Derecho intertemporal.*

### I

#### 1) *Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de febrero de 1943:*

La cuestión que es objeto del presente recurso queda escuetamente limitada a determinar si no, no obstante haberse declarado con pronunciamiento firme que el solar de los actores no está afecto a las servidumbres de luces y vistas que se discutían en favor de la casa y huerta de la demandada, pueden continuar abiertas en la pared norte de la mencionada casa que mira al aludido solar, separándole de él una estrecha faja de terreno, propiedad también de la demandada, las ventanas existentes ya con anterioridad a la vigencia del Código civil. Aun cuando la legislación antigua no regulaba de manera precisa y detallada los derechos de luces y vistas, incidentalmente aludidos en la Ley 15, Título XXXI de la Partida III, cabe sentar, como criterio informante de dicha legislación, por cuanto interesa al caso de autos, las siguientes proposiciones: 1.<sup>a</sup> Que aquella legislación histórica, como una consecuencia del derecho que tenía todo propietario para hacer en su caso lo que quisiere sin otros límites que los jurídicos y los morales tan expresivamente recogidos en la inmortal de-

finición de la Ley primera, Título XXVIII de la misma Partida III; no ponía traba alguna a la facultad de abrir huecos para luces o para vistas en pared propia como así lo venía reconociendo la doctrina científica, sobre todo en el caso de que perteneciera también al propietario el paraje por que había de tomar las luces de tal modo que el predio del vecino se encontrase a alguna distancia. 2.<sup>a</sup> Que tales luces o vistas no constituían, empero, derecho a servidumbre y, por consiguiente, no podían neutralizar el derecho que tenía el otro colindante a disminuirlas o aumentárlas, edificando libremente o dando mayor elevación a construcciones existentes. 3.<sup>a</sup> Que la falta de ejercicio de este derecho de edificar, por más o menos tiempo, no engendraba prescripción de servidumbre "ne luminibus officiatur", "altius tollendi" o "no prospectui officiatur" en favor del otro propietario que tuviese abierto los huecos en su pared, ya que, según reiterada jurisprudencia, estas últimas servidumbres, por ser negativas, no podían ser adquiridas por prescripción sino computando ésta desde la ejecución de algún acto obstávilo. El Código civil, más previsor y minucioso en la reglamentación de las limitaciones del dominio impuestas por la relación de vecindad entre los predios y con el designio de impedir la perturbación que pudiera significar para ese derecho la libre inspección y fiscalización del fundo inmediato ajeno, ha introducido la importante novedad, contenida en el artículo 582 que impone al propietario una importante y clara restricción de sus facultades dominicales; al establecer que no se puede abrir ventanas con vistas rectas ni balcones u otros voladizos semejantes, sobre la finca del vecino si no hay dos metros de distancia entre la pared en que se construyan y dicha propiedad, y tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas si no hay sesenta centímetros de distancia. No obstante esta innovación, el artículo 581 del mismo Código mantiene los dos puntos de vista que la legislación anterior contempla en la apertura de huecos, como expresión a la vez "jure propietatis" y "jure servitutis" con la modalidad de que el Código civil regula huecos de escasas dimensiones abiertos a determinada altura, mientras que la legislación precedente no establecía distinción a este respecto por razón de tamaño y situación de los huecos; resultando así que con referencia a los comprendidos en dicho precepto legal y en cuanto suponen ejercicio del derecho de propiedad no hay acción para impedir que estén abiertos ni para exigir que sean cerrados, si bien, por no constituir

expresión del derecho de servidumbre pueden ser cerrados, construyendo pared contigua a la que tenga el hueco o ventana. Nuestro primer Cuerpo legal civil se orienta de manera inequívoca hacia el respeto de las situaciones jurídicas adquiridas bajo el imperio de la legislación civil anterior como lo demuestra no sólo el principio general de irretroactividad de las leyes sancionado en el art. 3.º, sino también, de manera más concreta, la regla que precede a las transitorias al preceptuar que "las variaciones introducidas por este Código que perjudican derechos adquiridos según la legislación civil anterior no tendrán efecto retroactivo"; y la regla transitoria primera en la que se indica que se seguirán rigiendo por la legislación anterior al Código los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el derecho aparezca declarado por primera vez en el Código; y que no tendrá efecto cuando perjudique a otro derecho adquirido nacido también de un hecho que no se hubiese realizado bajo la legislación anterior. Abiertas en el caso de autos las ventanas discutidas, cuando la ley no lo prohibía en ejercicio del derecho de propiedad no limitado como hoy ocurre por ninguna servidumbre legal que impidiese abrir huecos en pared propia contigua a finca ajena, se creó un estado de hecho y de derecho que es forzoso respetar, toda vez que implica una situación jurídica ejercitada y concretada al amparo de nuestra legislación histórica y mediante un hecho voluntario y lícito, cual fué el de la apertura de dichos huecos, que le sirve de título especial de constitución, y, por consiguiente, es indudable que la Sala sentenciadora al condenar a que se tapen dichos huecos, aun reconociendo en principio que la legislación aplicable al caso era la anterior al Código civil por la sola consideración que invoca de que afirmada la no existencia de servidumbre de luces y vistas no se encuentra apoyo legal para que las ventanas continúen abiertas, olvidada que los repetidos huecos, aun no siendo signo de servidumbre, puedan mantenerse abiertos como lo estuvieron bajo el imperio de la legislación precedente *jure propietatis*, e incide en las infracciones de ley que se señalan en los dos motivos del recurso, en cuanto se interpreta con acierto la legislación de Partidas y aplica indebidamente los preceptos de los arts. 582 y concordantes del Código civil.

2) *Sentencia del Tribunal Especial de contratación en zona roja de 26 de marzo de 1943.*

Es suficiente la lectura del decreto de 26 de mayo de 1938 para poder afirmar que lo en él expuesto era a la sazón aplicable y debió ser aplicado a la demanda, origen de estas actuaciones, pues con toda claridad tenía ordenado en su artículo primero la citada disposición, que quedasen en suspenso, mientras no se dispusiera lo contrario, los procedimientos instados para obtener la reposición en cuentas corrientes, imposiciones o depósitos de los Bancos y Establecimientos de crédito, de las cantidades o títulos extraídos sin firma del titular o de su legítimo representante o con firma obtenida con intimidación o violencia durante el período comprendido entre el 18 de julio de 1936 y la fecha de liberación de la respectiva plaza, y en el art. 4.<sup>o</sup> previno que no se diese curso a ninguna reclamación que se dedujera con los fines expresados, mientras no se dispusiese lo contrario; siendo, por tanto, de toda evidencia que el acatamiento de los mencionados preceptos, comoquiera que en la fecha de presentación de la demanda por el Banco de Aragón no se había dictado disposición alguna mandando que se diera curso a los procedimientos declarados en suspenso o alzando la prohibición que antes se dice, el Juzgado no debió admitir a trámite la expresada demanda en conformidad con lo pedido por la parte hoy recurrente, y así, este Tribunal, que para decidir acerca de la procedencia o improcedencia de lo resuelto en la sentencia recurrida, tiene que hacerlo en contemplación a lo que estaba estatuido cuando se dictó aquélla, la ha de revocar, aunque con posterioridad a la misma la ley de 12 de diciembre próximo pasado, confirmatoria de la subsistencia hasta su fecha de la referida disposición prohibitiva, haya venido a poner término a ésta y a fijar las normas para la sustanciación de los procedimientos a que afectaba el repetido decreto de 26 de mayo de 1938, sin perjuicio de las peticiones que, con arreglo a lo en ella establecido, puedan formular las partes a su amparo.

II

*En lo siguiente abordaremos, en primer lugar, la posibilidad de investigar científicamente el Derecho transitorio; en segundo lugar y después de haber afirmado tal posibilidad, entraremos de lleno en el problema mismo.*

1). *Cognoscibilidad científica del Derecho transitorio:*

a) Puede causar asombro a primera vista el mismo planteamiento de la cuestión, puesto que no es evidente el que el Derecho intertemporal ofrezca dificultades gnoseológicas de mayor volumen que otras ramas del Derecho. No obstante, no faltan autores quienes defienden lo que ellos mismos denominan la tesis "escéptica" del Derecho transitorio (1). "Se han levantado pequeños, grandes y hasta monumentales sistemas dogmáticos sobre el alcance de la retroactividad. Todos adolecen de igual defecto en su mismo punto de partida: creer que el único método apto para determinar la eficacia temporal de una ley está en la calificación que obtengan dentro de una clasificación abstracta de tipos de normas, y olvidar que los motores que determinan la fuerza retroactiva de una regla jurídica están en el contenido social y político de las disposiciones en contacto, en la voluntad reformadora o restauradora que determine su finalidad. De este modo se han construido penosamente, con derroche de labor e ingenio, sistemas que son la apoteosis de la "aequitas cerebrina" y del alejamiento de la realidad jurídica. La doctrina española, basada en nuestra tradición jurídica, ha podido mantenerse en una posición escéptica o crítica, libre del contagio producido en otras escuelas por aquel afán constructivista." (2). Si el Derecho transitorio efectivamente se nos escapara del ángulo científico, ¡cuán fácilmente pueden deslizársenos el Derecho Internacional Privado (o el Derecho del conflicto de las leyes), emparentado con el Derecho transitorio (3) o el carácter científico del Derecho en general, del que, en fin, el Derecho transitorio no forma sino parte. Afortunadamente, los escépticos del Derecho transitorio son creadores de teorías abstractas en la esfera del Derecho Internacional Privado (4) y robustos defensores del carácter científico del Derecho (5). Por tanto, cabe la esperanza de salvar, en contra de su escepticismo "transitorio", el Derecho intertemporal.

b) La salvación radica, en nuestro entender, en la distinción entre .

(1) Véase recientemente, sobre todo, Federico de Castro: *Derecho Civil de España*, Parte General, tomo I. Valladolid, 1942. Páginas 546 y 554.

(2) Castro, l. c., página 554.

(3) Así el mismo Castro, l. c., páginas 593 y 594.

(4) Castro: "La relación jurídica de Derecho Internacional Privado" (*Revista Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona*, 1933, año II, número 8, páginas 453 a 491).

(5) Castro: Parte general, l. c., páginas 44 a 51.

contenido y forma. Por regla general, el legislador crea el contenido de las normas jurídicas, ocupándose la ciencia de la indagación de su estructura formal. El contenido es mudadizo; la forma, en cambio, es estable. En ciertas materias no codificadas, la ciencia tiene que hacer las veces de legislador, incurriendo, como es lógico, al crear los contenidos normativos, en la mencionada y forzosa variabilidad característica de los mismos. Una de estas materias es el Derecho transitorio. De ahí resulta que no son admisibles sistemas eternos de contenido; pero sí habrá estabilidad en la estructura formal de las normas de Derecho transitorio (1).

## 2) *El Derecho transitorio:*

Trataremos brevemente del lugar sistemático, del contenido y de la forma del Derecho transitorio.

### a) Lugar sistemático:

La buena doctrina, representada como siempre por Savigny (2), auna el Derecho transitorio al Derecho de colisión espacial, concibiendo el primero como conjunto de reglas acerca de los límites *temporales* y el segundo como conjunto de reglas acerca de los límites *espaciales* de las normas jurídicas. Savigny (3) distingue también, aunque no con entera claridad, entre la *sucesión temporal en la vigencia de diferentes normas*—único tema verdadero del Derecho transitorio—y la *sucesión temporal en la existencia de diferentes hechos subsumibles bajo la misma característica del tipo legal de una misma norma*, tema perteneciente a la materia a la que pertenece la mentada norma (4). Savigny, sin embargo, no indica la razón filosófica del parentesco entre conflicto de leyes y Derecho transitorio. Este parentesco arraiga en la conexión filosófica de los conceptos “espacio” y “tiempo”. La naturaleza del espacio y del tiempo siempre ha sido discutida; pero siempre también se ha afirmado la afinidad de ambas categorías (5), hállanse

(1) Prescindimos de la cuestión de saber si existe un *a priori* material, limitándonos a la indicación de que los partidarios del Derecho Natural (por ejemplo, Castro, l. c., pág. 26) habrán de admitirlo. Tampoco entramos en el estudio de las enigmáticas relaciones entre contenido y forma: *forma dat rei esse*.

(2) Savigny: *Traité de Droit Romain* (trad. francesa por Guenoux. París, 1860; tomo VIII, págs. 7 a 9).

(3) L. c., páginas 10 y 11.

(4) Ejemplo: La capacidad de obrar se rige por la ley nacional. La nacionalidad de una persona puede cambiar durante la perfección de un contrato. ¿La ley nacional de qué momento es la aplicable?

(5) Véase ya, por ejemplo, el cuarto libro de la *Física*, de Aristóteles.

consideradas por lo demás como recipiente de las cosas (Newton, Clarke), como relación entre ellas (Leibnitz), como formas puras de nuestra experiencia (Kant), como formas puras (Hegel) o de otra suerte todavía. El primer jurista que saca las conclusiones de esta situación filosófica con plena conciencia es Lassalle (1), que pese a su filiación hegeliana hace justicia al innegable e inmarcesible mérito de Savigny (2). Sea mencionado, de paso tan sólo, que también la física moderna ha comprobado la insoluble relación entre espacio y tiempo (3). Al hablar de la estructura formal de la norma transitoria aprovecharemos este nuestro resultado fertilizando nuestros conocimientos de la estructura formal de la norma de colisión. En este lugar bástenos poner de relieve la pertenencia del Derecho transitorio al Derecho de colisión.

b) El contenido de las normas del Derecho transitorio: Esbozaremos someramente la historia del Derecho transitorio, las principales doctrinas referentes a su contenido y un examen de las dos sentencias que han dado lugar a estos comentarios.

aa) Historia del Derecho transitorio:

Lassalle (4) llama la atención sobre un pasaje del "Feetetes", de Platón, en el que Platón razona de la siguiente manera: La finalidad de las leyes es la producción de lo útil; lo útil, como cosa que debe ser producida, está, según su concepto, situado en lo porvenir; por tanto, las leyes sólo deben aplicarse a lo futuro y no al pasado.

En el Derecho romano nos encontramos con la célebre regla del Emperador Teodosio, del año 440: "Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatio et praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit."

En lo que atañe al Derecho transitorio en el Derecho medieval español nos referimos al estudio de Marín Monroy en esta REVISTA (5).

El mismo autor posee el indudable mérito de haber explorado las

(1) Ferdinand Lassalle: *Théorie systématique des droits acquis* (trad. francesa por Bernard, Molitor, Mouillet y Weill. París, 1904; tomo I, páginas 386 a 388).

(2) Lassalle, I. c., página 386.

(3) Véanse, por ejemplo, Emilio Borel: *El espacio y el tiempo* (Barcelona, 1931); Eddington: *Espacio, tiempo y gravedad* (Calpe, Madrid, 1922).

(4) L. c., páginas 25 y 26. Castro (I. c., pág. 546) no menciona este antecedente.

(5) 1943, páginas 85 a 90.

opiniones de Suárez acerca de nuestra materia (1). Al exponer las diferentes doctrinas habremos de volver a ocuparnos del célebre teólogo.

Marín Monroy nos informa asimismo de la historia del Derecho transitorio en la Edad Moderna (2).

bb) Principales doctrinas referentes al contenido de las normas del Derecho transitorio:

a') Doctrina yusnaturalista:

Hemos de partir, con Suárez (3), de la distinción entre las leyes declarativas y leyes constitutivas. "La ley declarativa, como tal, no hace derecho, sino que declara qué deba hacerse o no hacerse según otro más antiguo derecho; pero la ley constitutiva introduce nuevo derecho, en cuanto de ella depende" (4). La ley declarativa se refiere al futuro y al pasado (5); la ley constitutiva, por regla general, sólo al futuro (6).

Pese a la aparente sencillez del concepto de la ley declarativa urge hacer dentro de su esfera una nueva distinción. La así llamada *ley declarativa* puede contener una interpretación auténtica, dirigiéndose prácticamente contra interpretaciones usuales, sobre todo judiciales, torcidas de la ley, cuya recta interpretación se asegura. En esta hipótesis no se puede hablar ni de ley ni de retroactividad. No de ley, porque la ley manda y la interpretación auténtica explica; ni de retroactividad, ya que ningún efecto se retrotrae teóricamente. Pero la *ley declarativa* puede también contener la derogación de una disposición de inferior grado opuesta a un precepto de grado superior reafirmando la vigencia de este último. Este caso se diferencia del anterior, prácticamente, por el mayor peso de un precepto, aun opuesto a otro de superior jerarquía, comparativamente al de una interpretación usual torcida; y, teóricamente, por deberse considerar el precepto infractor como meramente anulable, efectuándose la anulación por la ley declarativa.

(1) En esta REVISTA, 1940, páginas 561 a 573. Castro (l. c.), pese a su neoescolasticismo, no hace mención ni de Marín Monroy ni de Suárez. Según Marín Monroy, Suárez conoce y maneja ya el concepto del "derecho adquirido".

(2) En esta REVISTA, 1942, páginas 369 a 381. Añadimos el Canon 10 del *Codex Iuris Canonici*: "Leges respiciunt futura, non praeterita, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur".

(3) Suárez: *Tratado de las leyes y de Díos legislador* (trad. esp. por Torrubiano. Madrid, Reus, tomo III, página 176 y siguientes).

(4) Suárez, l. c., página 177.

(5) Suárez, l. c., página 178.

(6) Suárez, l. c., página 184.

La ley declarativa del segundo grupo es todavía capaz y necesitada de una ulterior distinción. Puede ser que dicha ley declarativa reponga el Derecho natural ultrajado derogando una ley de Derecho positivo; y puede ser que, tanto la ley infringida como la ley derogada, pertenezcan ambas al Derecho positivo, poseyendo, sin embargo, la primera, superior rango jerárquico que la segunda. En este último caso la ley declarativa de una norma ultrajada de Derecho positivo puede poseer, dentro de la más estricta justicia, efectos retroactivos. No obstante, ello no ha de ser así forzosamente. Mas bien el legislador positivo puede decidir acerca del particular. La situación es completamente diferente, si la norma ultrajada pertenece al Derecho natural. En esta hipótesis la ley declarativa es siempre retroactiva y he aquí la razón porque hemos denominado esta doctrina una tesis yusnaturalista.

Domat, en el libro preliminar a sus leyes civiles (1), distingue las leyes naturales y arbitrarias y las relaciones de esta distinción con el Derecho transitorio. Entre otras cosas, Domat afirma (2): "Los negocios que están pendientes e indecisos, cuando se establecen nuevas leyes, deben terminarse según las disposiciones de las leyes precedentes, a no ser que por razones particulares se exprese en las nuevas leyes, que éstas hayan de extenderse a los casos pasados y muchas veces sin esta expresión, sirven las nuevas leyes de regla para lo que ha pasado, como sucede cuando no establecen otra cosa que la observancia de una ley antigua, o de una regla de la equidad natural, cuyo uso estaba alterado por el abuso."

Es de esperar que esta sana doctrina se haga conocida en España, donde no sólo la ley de 12 de marzo de 1938, derogatoria de la ley de 28 de junio de 1932 sobre matrimonio civil, ofrece un buen ejemplo de lo expuesto; sino donde también se reconoce hoy día el Derecho natural como fuente del Derecho (3).

b') Doctrina que distingue entre la adquisición y la existencia de un derecho:

Savigny (4) distingue dos grupos de reglas. El primer grupo contiene las normas referentes a la *adquisición de los derechos*, o sea refe-

(1) Publicado en 1694; traducido al español por Juan Antonio, en el primer volumen del *Derecho público*, del mismo autor. Madrid, 1788, tomo I, páginas 131, 132, 159 y 160.

(2) L. c., página 160.

(3) Por ejemplo, Castro, l. c., páginas 290 y 356. Sin embargo, Castro no aplica esta opinión al Derecho transitorio.

(4) L. c., página 368 y siguientes.

rentes al vínculo que enlaza un derecho a un individuo o a la transformación de una institución de derecho abstracta en una relación jurídica personal. Ejemplo: La antigua ley establece que la propiedad se transmite por el contrato de compraventa; la nueva ley exige como modo de la adquisición de la propiedad la entrega de la cosa. Las leyes ataúdaderas a la adquisición de los derechos no poseen efectos retroactivos. El segundo grupo de normas se refiere a la *existencia de los derechos* o sea al reconocimiento de una institución en general que se debe siempre suponer antes de investigar su aplicabilidad a un individuo. Estas reglas, a su vez, o conciernen a la existencia o no existencia de una institución (por ejemplo: la esclavitud), o hacen referencia a su modo de existir (por ejemplo: protección de la propiedad). Las reglas acerca de la existencia de los derechos reglamentan también los derechos ya existentes y poseen, por tanto, efectos retroactivos.

Ennecker-Nipperdey (1), siguiendo a Savigny (2), distinguen las normas según determinan los efectos de un *hecho*, en cuyo caso sólo enfocan hechos futuros, o según reglamentan los *derechos mismos*, en cuya hipótesis retrotraen sus efectos.

c') Doctrina que distingue entre los actos voluntarios y la persona:

Lassalle (3) mantiene la siguiente tesis: "Ninguna ley puede tener efectos retroactivos si afecta a un individuo por medio de sus *actos voluntarios*. Toda ley, en cambio, es capaz de poseer efectos retroactivos si afecta al individuo *inmediatamente* en sus cualidades que no se ha dado a sí mismo y que, por tanto, le son comunes con toda la humanidad; o en aquellas que le confiere la sociedad; o, finalmente, si la ley le afecta solamente en la medida en que modifica la sociedad en sus instituciones orgánicas." (4).

cc) Examen de las dos sentencias reproducidas:

a') Sentencia del Tribunal Supremo:

El problema está en saber de si se adquirió antes del Código civil un derecho subjetivo de servidumbre o de si se trataba del ejercicio del

(1) *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Allgemeiner Teil* (ed. 13; Marburg, 1931; § 56, página 165 y siguientes).

(2) Ennecker-Nipperdey, I, c., página 167, nota 5.

(3) L. c., v. la fórmula página 67.

(4) Las teorías mencionadas son intermedias, es decir, admiten en principio tanto la retroactividad como la irretroactividad. Hubo épocas y pueblos que atribuían a todas las leyes retroactividad, y hay doctrinas que proclaman la irretroactividad de todas las leyes (Struve) invocando el Derecho Natural.

derecho de propiedad, modificada posteriormente dicha institución por el Código civil. En el primer caso dicho Cuerpo legal no retrotrae sus efectos; en la segunda hipótesis se refiere, en cambio, a todas las propiedades, aun a las ya existentes. El Tribunal Supremo, sin distinguir claramente los diversos supuestos, aboga a favor de la irretroactividad a diferencia de la Audiencia que milita en el campo opuesto.

La Audiencia puede invocar la autoridad de Savigny (1). Este autor parte de la hipótesis de una servidumbre convencional, que según la ley antigua se crea mediante un simple contrato, mientras que una ley nueva exige, además, la entrega de la finca. La nueva ley no posee retroactividad. "No es lo mismo—continúa Savigny—con las servidumbres legales. Si ellas no existen y una nueva ley las establece, nuestro principio no puede aplicarse, y las restricciones que la nueva ley vigente introduce en la propiedad existen en todas partes con tal que las condiciones de hecho exigidas por la ley subsistan. He aquí la razón: Las leyes de esta clase tienen menos como objeto la adquisición de un derecho que la constitución (la manera de ser) de la propiedad, o sea las condiciones y los límites de su reconocimiento. Ahora bien, el principio sobre la irretroactividad de las leyes no se aplica a las reglas de tal especie."

El Tribunal Supremo puede citar a su favor el parecer de Pasquale Fiore (1). "Así, por ejemplo, mientras estaba en vigor el Código austriaco (que no establecía respecto del derecho de abrir ventanas para obtener vistas sobre el fundo del vecino las limitaciones sancionadas después por el Código civil italiano en cuanto a la distancia que debe mediar), podría el propietario de un muro en las provincias italianas que se regían por la legislación austriaca abrir en él las ventanas para conseguir vistas sobre el fundo del vecino, valiéndose de la facultad concedida al mismo por dicha legislación vigente entonces; pero después que en estas provincias fué promulgado el Código civil italiano, sus disposiciones hubieron de ser obligatorias desde luego para todos los actos análogos posteriores; y, por tanto, si bien deben ser respetadas las ventanas abiertas antes de su promulgación, porque no puede menos de reconocerse a favor del propietario de la finca en que se hicieron el derecho legalmente adquirido ya, no sucede lo mismo en cuanto a las

(1) L. c., tomo VIII, página 413.

(2) Pasquale Fiore: *De la irretroactividad e interpretación de las leyes* (trad. esp. de Enrique Aguilera de Paz. Madrid, 1893; págs. 188 y 189).

que fueron abiertas después de estar en vigor el expresado Código, respecto de las cuales no sólo podrá oponerse el dueño del fondo vecino a que se abran dichas ventanas sobre su propiedad sin que se observen las reglas establecidas por él acerca de la distancia, sino que puede pedir además que, en conformidad a lo dispuesto en el mismo sean cerradas, aun cuando éstas fuesen iguales y se hallasen en las mismas condiciones que las abiertas, mientras regía la legislación austriaca."

No queremos resolver el problema así planteado, sino contentarnos con haber indicado las dificultades y diversidad de opiniones que incluye.

b'). Sentencia del Tribunal Especial.

El Derecho transitorio procesal suscita cuestiones especiales (1). Antes solía atribuirse retroactividad a las leyes procesales a diferencia de las del Derecho material. Hoy día esta doctrina parece desplazada. Se mantiene, en principio, la irretroactividad de las leyes procesales, dando a las partes un derecho a optar a favor de la aplicación de la ley antigua o de la ley nueva. Ahora bien; tratándose de un recurso contra una resolución judicial, el Tribunal "ad quem" habrá de aplicar el derecho al que el Tribunal "a quo" estaba sometido, ya que en otro caso el recurso se convertiría en una demanda. Aprobamos, por tanto, el fallo del Tribunal Especial de contratación en zona roja.

c) Estructura formal de la norma del Derecho transitorio:

Hemos llegado al punto en que podemos hacer uso de nuestra tesis de que el Derecho transitorio pertenece sistemáticamente al conflicto de leyes. Comprobaremos que las normas del Derecho transitorio poseen la misma estructura formal que las normas de colisión espacial.

Toda norma de colisión espacial (2) consiste de un tipo legal y de una consecuencia jurídica. El tipo legal abarca un problema cualquiera, por ejemplo, el de los muebles, inmuebles, capacidad de obrar, delitos, forma de los negocios, etc. La consecuencia jurídica no resuelve directamente este problema, sino indica el Derecho que lo va a resolver determinándolo mediante un punto de conexión, por ejemplo, el de la nacionalidad del propietario, de la situación del inmueble, de la

(1) V. Fiore, l. c., páginas 429 a 485; Leonardo Prieto Castro: *Exposición del Derecho Procesal Civil de España*, tomo I, 1941, páginas 18 y 19; Manuel de la Plaza: *Derecho Procesal Civil Español* (Madrid, 1942; tomo I, páginas 28 a 30).

(2) Sobre la concepción normológica del Derecho Internacional Privado véase REVISTA, 1940, páginas 289 a 300, y 1942, páginas 813 a 817.

nacionalidad del individuo, del lugar de la perpetración del delito, del lugar de la perfección del negocio, etc. Las normas de colisión espacial, por no resolver directamente los casos en cuestión, denominanse también normas "indirectas". Toda norma de colisión espacial posee, finalmente, como característica negativa la cláusula de reserva que prohíbe la aplicación de Derecho extranjero si éste infringiera las bases sustanciales de la sociedad patria. El conflicto de leyes plantea cuatro problemas: el de las calificaciones, el del reenvío, el de la aplicación del Derecho extranjero y el del Orden público (1).

Veremos en lo siguiente que la norma de colisión temporal posee idéntica estructura formal que la de la norma de colisión espacial suscitando idénticos problemas. He aquí una regla de colisión temporal: "Los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma." (Art. 1.976, regla 2.ª, del Código civil.) Este precepto se descompone en un tipo legal: "A los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior y válidos con arreglo a ella"; y en una consecuencia jurídica: "apícarse la legislación anterior". Esta disposición debe aún completarse con la cláusula de reserva que introduce como salvedad: "con tal que la aplicación de la ley anterior no infringiera las concepciones básicas y morales de la actualidad". Esta cláusula no suele formularse en las leyes y tampoco siempre en la doctrina. Sin embargo, acompaña infaliblemente a todas las normas de colisión temporal que declaran aplicable derecho ya derogado, conforme análoga cláusula de reserva restringe las normas de colisión espacial que establecen la aplicación de Derecho extranjero (véase art. 11, párrafo 3.º del Código civil). La norma de colisión temporal plantea, en primer lugar, el problema de las *calificaciones*. La mencionada norma emplea ciertos vocablos como, por ejemplo, "actos", "contratos", "válidos", etc. La cuestión es la de saber de si estos conceptos han de definirse según el Derecho civil vigente ("análogon" a la teoría de la "lex fori"), según el Derecho civil derogado si la norma de colisión temporal lo declara aplicable ("análogon" a la teoría de la "lex causae") o según unas definiciones propias del Derecho transitorio edificadas sobre la base del Derecho civil comparado ("análogon" a la teoría de Rabel). Claro está que en un caso dado todas estas definiciones pueden coincidir; pero también es posible que discrepen y en esta última

(1) Acerca de ellos véase REVISTA, 1940, páginas 289 y 300.

hipótesis la controversia de las teorías revista trascendencia práctica. Figúrese, por ejemplo, que en el Derecho civil derogado, bajo cuya vigencia el contrato se celebró, se entiende por "válido" "inimpugnablemente válido", mientras que el Derecho civil vigente incluye en la noción de validez la anulabilidad. En segundo lugar nos encontramos con el problema del *reenvío*. Su planteo es el siguiente: Supuesto que la norma de colisión temporal declare aplicable Derecho derogado, ¿resulta con ello aplicable sólo el Derecho civil derogado o también analógicamente el Derecho transitorio derogado perteneciente al Derecho civil derogado? Designemos con las primeras tres letras mayúsculas del abecedario, A, B, C, tres Derechos civiles, vigentes uno tras otro y coincidiendo el orden de enumeración con el orden cronológico de su vigencia, y denominemos el Derecho transitorio perteneciente a cada uno de estos Derechos civiles con las letras minúsculas correspondientes del abecedario: a, b, c. Supongamos que en un caso dado "c" (Derecho transitorio del Derecho civil vigente en la actualidad: C) declara aplicable el Derecho anterior derogado. El problema que se plantea es el siguiente: ¿Resulta en tal hipótesis aplicable directamente B, o es aplicable en primer lugar, y "per analogiam", b? Si optáramos a favor de la aplicación analógica de b podría ocurrir que b, en un caso como el presente, no declaraba aplicable el Derecho anterior, o sea, Cc, sino que establecía la aplicabilidad de B. La aplicación analógica de b daría, pues, como resultado la aplicabilidad de C. En tercer lugar nos enfrentamos con el *problema de la aplicación del Derecho derogado*. Las dudas esenciales pueden formularse de la siguiente forma: ¿Constituye el Derecho derogado verdadero Derecho o un mero hecho? La resolución de estas dudas tiene gran importancia para el Derecho procesal. Respecto a los hechos, las partes tienen la carga de prueba; en cuanto al Derecho rige el principio de: "iura novit curia". La infracción del Derecho da lugar al recurso de casación, mientras que la errónea comprobación de los hechos no suele justificar tal remedio (1). En cuarto y último lugar hemos de encararnos con el *orden público*, del que ya hemos hecho mención al exponer la estructura formal de la norma de colisión temporal. En efecto, el orden público forma como cláusula de reserva una característica negativa de la norma de colisión temporal. Creemos que el orden público en el Derecho transitorio explica con

(1) V. acerca del tratamiento del Derecho derogado en España Castro, I. c., páginas 584 y 585.

más elegancia y sinceridad los casos de la retroactividad de la ley nueva que las fórmulas tradicionales. Si, por ejemplo, en un país con divorcio vincular llega a imponerse el criterio católico y a plasmar en una nueva ley prohibitiva de aquel divorcio, esta prohibición se aplica no sólo a los matrimonios contraídos durante la vigencia de la nueva ley, sino también a los matrimonios ya existentes, puesto que la aplicación de la antigua ley infringiría el orden público actual.

Las normas de colisión temporal y espacial se limitan mutuamente (1). Ejemplo: En 1898 se divorcia en Alemania vincularmente el matrimonio de dos prusianos a causa de la culpabilidad del marido; éste traslada su domicilio a Londres y se casa allí en 1899 con su querida; después de 1900 se exige en Alentania la anulación del segundo matrimonio por razón del "impedimentum adulterii", desconocido en Inglaterra, pero vigente en Alemania. En el momento de entablar la demanda, o sea, después de 1900, el Derecho alemán vigente conoce una norma de colisión espacial y otra de colisión temporal. La primera (art. 13, Ley de introducción al Código civil alemán) declara aplicable a la capacidad de casarse de cada novio la ley nacional del mismo; la segunda (art. 198 del mismo Cuerpo legal) establece la aplicabilidad del Derecho antiguo a los matrimonios contraídos antes de la vigencia del Código civil alemán, o sea, antes de 1900. La mutua limitación se efectúa de la siguiente forma: La norma de colisión espacial se aplica sólo a la capacidad matrimonial de novios cuyo matrimonio se celebró después de la entrada en vigor del Código civil, y la norma de colisión temporal se aplica sólo a la capacidad matrimonial de novios de nacionalidad alemana. Por ende, en el caso en cuestión la norma de colisión espacial resulta inaplicable, a diferencia de la norma de colisión temporal. Según la última, debe aplicarse el antiguo Derecho prusiano de colisión espacial, en virtud de la cual la capacidad matrimonial se rige por la ley del domicilio del novio (§ 937 *Allgemeines Landrecht*, Parte II, Libro 1º). Como la ley inglesa, que es la del domicilio del marido, desconoce el "impedimentum adulterii", el segundo matrimonio no es anulable.

#### LA REDACCIÓN.

(1) Véanse sobre este problema Hans Lewald, *Das Deutsche Internationale Privatrecht auf Grundlage der Rechtsprechung*, 1930, número 7; Martin Wolff: *Internationales Privatrecht*, 1933, página 2; Yanguas Messía: *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, cuaderno primero, 1930, página 65, y siguientes.