

# Las disposiciones transitorias de la codificación española (\*)

## II

Tercera. "Las disposiciones del Código que sancionan con penalidad civil o privación de derechos actos u omisiones que carecían de sanción en las leyes anteriores, no son aplicables al que, cuando éstas se hallaban vigentes, hubiese incurrido en la omisión o ejecutado el acto prohibido por el Código.

Cuando la falta esté también penada por la legislación anterior, se aplicará la disposición más benigna."

Sólo aplausos merece esta disposición, cuyo primer párrafo es una aplicación del principio básico penal, de que ningún delito sea penado ni sea tal sin una ley anterior que lo pene; por lo tanto, respecto a la pena es desde luego justa la disposición que aunque separa penalidad civil y privación de derechos, es bajo la común denominación de sanciones. Pero se nos presenta el caso de cambio de consideración legal de una institución, por ejemplo, la reserva ordinaria. Las disposiciones contra el cónyuge binubo eran en Derecho romano una pena "*poene secundarum noptiarum*" y tal carácter han tenido en nuestro Derecho, pero para nosotros no son una pena, sino unas medidas protectoras de una legítima adelantada de los hijos del primer matrimonio (1), y en este caso hipotético nos preguntamos si sería de aplicación el precepto. El Código expresamente resuelve la cuestión en la Exposición de motivos del Código civil reformado, en que dice que *la pena* de privar de la patria potestad a la madre binuba, establecida en el art. 168, no se aplicara a las que hubieran contraído segundas nupcias antes de

(\*) Véase el núm. 172 de esta REVISTA.

(1) Ver mi trabajo sobre la reserva en esta REVISTA, antes dicho.

su publicación. Vemos, pues, que la consideración de ser una pena esta privación, se mantiene hasta últimos del siglo pasado y excluye la duda sobre la aplicación, que es inexcusable con tal criterio, de la disposición anterior, pero desde luego no como con error dice Scoevola (1), que al preguntarse el porqué de lo dicho en la Exposición de motivos del Código, contesta: "porque no podía menos de reconocerle un derecho adquirido; el de ejercer la patria potestad en pro de sus hijos."

Esto es un error completo, sin que le salve ese *en pro de*, como si sólo así fuese, en pro de los hijos; a pesar del provecho de los hijos, la madre no tiene ningún derecho adquirido a ejercer la patria potestad. Si el legislador la priva de él, en algún caso, por creerlo justo y conveniente a los hijos, no hay ninguna retroactividad ni ningún derecho adquirido lesionado. Este caso es, como hemos dicho, de penalidad civil y la pena no puede aplicarse a hechos anteriores al ser dictada; si, por ejemplo, se establece un nuevo motivo o causa de pérdida de la patria potestad, no se aplicará a un hecho ocurrido antes, no por un derecho adquirido del padre a ejercer la patria potestad *en pro* de sus hijos, como dice Scoevola, supuesto que caería por su base, en el caso dicho, que sería de privación de la patria potestad, precisamente por ejercerse en daño y perjuicio de los hijos, sino por ser una penalidad civil.

Por muy en pro del hijo que se ejerza la patria potestad *moderna*, ésta no es un derecho adquirido del padre; de otro modo, si, por ejemplo, una ley dispusiere que la mayoría de edad se tiene a los veinte años, ésta no se podría aplicar a los nacidos antes de su promulgación, porque los padres tendrían un derecho adquirido a ejercer la patria potestad *en pro* de sus hijos, según Scoevola, y, sin embargo, no creemos se dude de que si se rebajase la edad requerida para la mayoría de edad y con ello se adelantase el fin de la patria potestad, nadie sostendría que su aplicación a todos los antes menores que ya la tuviesen, fuese retroactiva, porque los padres tuviesen un derecho adquirido a ejercer la patria potestad en pro de sus hijos hasta los veintitrés años (2). La afirmación de Scoevola es un completo error.

Pero sigamos con lo propuesto. ¿Qué ocurrirá en el caso de que no se considere como pena lo que antes se consideraba como tal? Creemos

(1) Tomo I, pág. 119.

(2) Ver la quinta disposición transitoria.

que en tal caso no sería aplicable esta disposición tercera y entraría en vigor el principio general de aplicación inmediata, salvo el respeto a los posibles derechos adquiridos lesionados.

El segundo párrafo aplica la disposición más benigna en el caso de establecer penalidad civil ambas leyes, antigua y nueva. Distingamos. El hecho anterior, penado por la ley anterior, es también penado por la ley posterior, pero agravando la pena, en este caso se aplicará la ley anterior, porque la pena no debe aplicarse retroactivamente, pero y si la ley posterior atenúa la pena, ¿por qué se ha de aplicar esta ley posterior? No vamos a entrar aquí en el examen de teorías sobre la pena, ni en la de si en materia civil tendría aplicación la del llamado derecho a la pena; pero sí hemos de indicar que a nuestro juicio esta disposición en este caso será moral y ética, pero no jurídica en sentido estricto; es un beneficio dictado por consideraciones metajurídicas, que no juzgamos, ni menos naturalmente condenamos, *pero que no reconocemos* como jurídicas.

Cuarta. "Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, subsistirán con la extensión y en los términos que les reconociera la legislación precedente, pero sujetándose en cuanto su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer a lo dispuesto en el Código. Si el ejercicio del derecho o de la acción se hallara pendiente de procedimientos oficiales empezados bajo la legislación anterior y éstos fueren diferentes de los establecidos por el Código, podrán optar los interesados por unos o por otros."

Esta disposición es la que exige más atención para ser comprendida. Su segundo párrafo es puramente de materia procesal y dispone que iniciado y no terminado un procedimiento, si hubiese en las leyes procesales variación, podrán los interesados optar, porque se continúe y concluya el procedimiento con arreglo a la ley objetiva vigente en su iniciación o que se aplique a la tramitación posterior a la opción la nueva ley procesal. Como la disposición se refiere a los interesados, podría dudarse si se habla de interesados en plural, por referirse a todos los posibles actores en diferentes asuntos, o si al hablar de interesados se refiere a todos lo que lo sean en un asunto determinado. Opinamos que debe entenderse en este último sentido, porque así, debiendo concurrir todos los interesados para la aplicación de la nueva ley, se evitan cuestiones, posibles en los casos de pequeña variación procesal, que son en los que puede ocurrir, que el legislador no haya impuesto

como más conveniente, rápida o acertada la nueva tramitación. Fuera de este caso, que sin que haya retroacción, excluye el que pueda seguir el procedimiento por la ley procesal antigua, creemos, como hemos dicho, debe entenderse la disposición en el sentido de que para alterar el procedimiento ya en curso, cuando el legislador no haya dispuesto la aplicación inmediata de la nueva ley procesal, será preciso el acuerdo de todos los interesados, no por respeto a un derecho adquirido a una ley procesal, que no pende en sus formas, ni del actor, ni del demandado, y sí porque éstos, con el planteamiento del litigio, en cierto modo han aceptado de común acuerdo un determinado procedimiento y éste no debe variarse unilateralmente.

En principio, desde luego, la disposición es progresiva. Si el legislador dispone la aplicación de una nueva ley adjetiva, ésta no es retroactiva, y si por no juzgar necesaria tal disposición, puede seguir aplicándose la ley anterior, los interesados en el procedimiento ya entablado con arreglo a ella pueden optar por seguir el procedimiento o por la aplicación a él de la ley nueva.

El progreso sobre el Código procesal napoleónico, que en su artículo 1.041 disponía que las nuevas normas y formas procesales no serían aplicables a los procedimientos en curso, es evidente.

El principio de este párrafo segundo de la disposición cuarta había sido reconocido en el Real decreto de 3 de febrero de 1881, artículo 3.º, que disponía que las partes, de común acuerdo, podían optar por la aplicación inmediata de la nueva ley procesal; precedente que coincide con nuestra opinión. En materia criminal, igualmente el Real decreto de 14 de septiembre de 1882, artículo 4.º, disponía que en las causas no calificadas, aun siendo el delito anterior al 15 de octubre de 1882, podría el procesado optar por la aplicación del nuevo procedimiento.

En contra, pues, del error del Código procesal napoleónico, el procedimiento no es un derecho adquirido en nuestra patria, así dice la Exposición de motivos: "Si es justo respetar los derechos adquiridos bajo la legislación anterior, aunque no hayan sido ejercitados, ninguna consideración de justicia exige que su ejercicio posterior, su duración y los procedimientos para hacerlos valer se eximan de los preceptos del Código. Todas estas disposiciones tienen carácter objetivo y sabido es que la leyes de esta especie pueden tener efecto retroactivo.

Sin embargo de esta declaración final, el Código no será aplicable

en general en su parte objetiva, sino que, como hemos visto, esta disposición transitoria distingue: derechos no ejercitados aún y derechos pendientes de procedimientos judiciales. En este caso, a pesar de lo dicho en la Exposición, no se aplicará la ley nueva sin acuerdo de las partes, y en el primer caso a derechos aunque nacidos, no ejercitados aún, se aplicará inmediatamente a su ejercicio, duración y procedimiento las disposiciones del Código, no retroactiva, sino inmediatamente.

El Tribunal Supremo, en Sentencias del 30 de junio de 1897 y 22 de noviembre de 1901, dice que por esta disposición se da efecto retroactivo a las leyes que se refieren al ejercicio, duración y procedimiento para hacer efectivos derechos y acciones nacidos y no ejercitados antes del Código.

Hemos querido, con sus precedentes, exposición del criterio de sus autores, texto legal e interpretación jurisprudencial, poner de relieve que la disposición se refiere al modo de ejercicio, duración y procedimiento y que su alcance, dado el texto y la Exposición de motivos, es el de referirse al aspecto adjetivo de los derechos, aunque es manifiesta la mala redacción de esta disposición, que hace casi imposible el poder precisar su alcance. Se dice en ella, que las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados se sujetarán en cuanto a su ejercicio y duración a lo dispuesto en el Código, y, sin embargo, dice al par, que subsistirán con la extensión y en los términos que les reconocía la legislación precedente, y estas dos disposiciones de la misma, a las que he alterado el orden de colocación en ella para hacer más fácil al lector su consideración y comparación y que se suceden en la misma disposición transitoria, son contradictorias. Si el ejercicio y duración de un derecho ha de sujetarse a lo dispuesto en el Código, y el Código lo modifica, será imposible que aquél subsista en la extensión y en los términos de la ley antigua.

Tenemos aquí una confusión a causa de equiparar duración y ejercicio de un derecho con procedimientos para hacerlo valer. El procedimiento puede variar subsistiendo los términos y extensión del derecho, pero la duración y ejercicio es imposible que varíen y que al par subsistan los términos y extensión del derecho; hay, pues, que suponer a los tres términos incluidos en el último, o sea en el procedimiento, entendiendo por ejercicio el procesal de la acción y por duración la del término procesal por la prescripción. El Tribunal Supre-

mo, en Sentencia del 31 de enero de 1903, declaró que, a pesar de lo dispuesto en el artículo 3.º del Código, las disposiciones transitorias dan efecto retroactivo a disposiciones del Código sobre duración de acciones y derechos nacidos y no ejercitados antes del Código, doctrina aplicable con más razón a las prescripciones, por el art. 1.939, siempre que el plazo necesario transcurra después de su vigencia.

Pero a pesar de esa salida de considerar sólo materia procesal que se nos ocurre para evitar la contradicción, la disposición es terminante, disponiendo sin interrupción dos cosas contradictorias, como son: el que un derecho subsista sin alterar su extensión, y que al par se altere su duración y ejercicio, y hemos de salir de la contradicción sacrificando uno de los opuestos; nosotros optamos por la aplicación de la ley nueva; es decir, que para nosotros la disposición debía leerse: "Las acciones y los derechos nacidos y no ejercitados antes de regir el Código, se sujetarán en su ejercicio, duración y procedimiento para hacerlos valer a lo dispuesto en el Código, aunque se altere con ello la extensión y los términos en que los reconocía la legislación precedente."

Esta solución, que adoptamos por creerla más progresiva, para salir de la contradicción, confesamos que no tenemos para ello fundamento legal para sostener que fuese la querida por el legislador, y no la opuesta, de que dado que ordena la subsistencia en la extensión y términos que reconozca el antiguo derecho a la acción o derecho, el nuevo derecho sólo se aplicará, desde luego, al procedimiento para hacerlo valer, pues éste nunca es derecho adquirido, y a su ejercicio y duración sólo se aplicará en tanto que la aplicación no altere en estos extremos su extensión según el derecho anterior.

Para saber cuál de los dos criterios para resolver la contradicción es el legal, tendríamos que poder fijar el alcance y significado que para el legislador español han tenido las palabras que emplea de derecho nacido y no ejercitado. Creemos, y por eso dijimos al principio, que esta disposición precisaba atención y aclaración, que sus autores no se han dado clara cuenta de la contradicción que encerraba y la importancia de los problemas que planteaba. De otro modo, hubieran sido más cuidadosos en su redacción, evitando la contradicción que hemos señalado y evitando también el unir como calificados por las palabras *nacidos y no ejercitados*, acciones y derechos, como si los efectos fuesen iguales para un derecho que para una acción, poniendo primero la acción como más acorde con la materia adjetiva de la dispo-

sición, pero introduciendo la palabra derecho, planteando con ello el grave problema de si es que el legislador atribuye al ejercicio de un derecho el mismo efecto que el ejercicio puede tener para una acción.

La acción ejercitada parece más fuerte que la no ejercitada para el cambio procesal. Esta queda sujeta a la nueva ley; aquélla, no, si no es por acuerdo de las partes. ¿Es que el derecho, también, si ha sido ejercitado "subsiste con arreglo a la extensión y en los términos que le reconociera la legislación procedente", y si no ha sido ejercitado "se sujetará, en cuanto a su ejercicio, duración y procedimiento, para hacerlo valer, a lo dispuesto en el Código"? ¿Qué ha querido expresar el autor o autores de la disposición cuarta con su distinción de derecho nacido ejercitado y derecho nacido y no ejercitado (1) antes de regir el Código? ¿Qué realidad consideraba o qué distinción real quiso establecer?

El derecho nacido es una cosa, adquirido es otra, ejercitado es otra, distinguibles aunque a veces aparezcan al par. La distinción clásica, aparte de la de expectativa, era entre adquirido y no adquirido; la expectativa, en cierto sentido, entra en el concepto de no adquirido; la adquisición es el límite de la expectativa, pero ahora aparece una nueva distinción, la de derecho nacido. ¿Es éste distinto de adquirido? Creemos que no fué éste el pensamiento del legislador. Nacido parece excluir al en expectativa; nacido parece equivaler para él a adquirido; la Exposición distingue sólo entre adquiridos por el ejercicio posterior de éstos, es decir, entre adquirido ejercitado y no ejercitado, que es también la que parece ser distinción del legislador a los efectos de la disposición cuarta. La distinción para estos efectos pende del ejercicio, no de la adquisición. El derecho es, ya ha nacido, es según ello parece implicar adquirido; ahora bien, aun siendo adquirido, ¿ha sido o no ha sido ejercitado? Creemos es esa la distinción del legislador.

De otro modo, tendríamos, sin más fundamento que esta disposición cuarta, una distinción entre expectativa de derecho, derecho nacido, derecho nacido y adquirido, derecho nacido y adquirido no ejercitado y derecho nacido, adquirido y ejercitado, y que por otra parte sólo el que reuniese estas tres condiciones merecería propiamente el

(1) Creemos que en esta distinción debió influir en Silvela el precedente de lo dispuesto en el Código civil argentino, al que hizo referencia en la discusión, como vimos, y quizá, aunque no podemos saber si directamente, la teoría de Merlín de Donai sobre adquisición por ejercicio.

nombre de derecho adquirido. No creemos que nuestro legislador haya dominado conceptualmente estas distinciones, y que sólo ha distinguido entre adquiridos y no adquiridos y en esta disposición usa nacido como adquirido, ya que dispone que el derecho nacido antes del Código subsistirá con la extensión y en los términos que le reconociera la legislación anterior.

Esto aceptado, es innegable que aunque con ello hemos adelantado mucho para la inteligencia de lo que el legislador español ha querido expresar con los términos de derecho nacido y no ejercitado, para la inteligencia del contenido del concepto expresado no hemos adelantado gran cosa, porque *es indudable* que la cuarta *disposición transitoria* distingue derechos nacidos ejercitados y no ejercitados, y aunque pongamos en nacido el contenido de adquirido, como hemos dicho antes y parece reconocer la Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de enero de 1903, éste pierde firmeza con la distinción con que nos enfrentamos de derechos adquiridos ejercitados y no ejercitados. ¿Qué significado y alcance tiene ésta?

Con nuestro criterio, dado que de otro modo se esfuma la distinción entre derecho nacido y expectativa, al no ser tampoco aquél adquirido, hemos de partir del supuesto de que el derecho nacido es adquirido, que ya no es una expectativa, sino un derecho, derecho que ha nacido y que con el nacimiento puede ser adquirido por acto del titular que no sea su ejercicio. En efecto; con un ejemplo se verá manifiesto. Yo contrato y estipulo la compra de un inmueble; mi derecho de propiedad ha nacido y es adquirido en mí desde la celebración del contrato; pero yo no he hecho aún ningún acto propio de dueño, no he ejercitado aún mi derecho ni he actuado ejercitando ninguna de las facultades y las acciones de que dispongo como dueño. Creemos que esta es la situación que refleja el precepto, la que consideraba el autor de la disposición.

La disposición cuarta transitoria se refiere al caso del no ejercicio del derecho, para no estando adquirido el ejercicio, digámoslo así, poder someter su futuro ejercicio a las nuevas disposiciones, respetando, sin embargo, el derecho nacido y adquirido. Pero aun así, aun no creyendo, como podía creerse por el precedente argentino, que el ejercicio del derecho determine la adquisición, sino que puede existir teóricamente el derecho nacido, adquirido y no ejercitado, ¿qué influencia tendrá el ejercicio en el derecho ante un cambio legislativo?



Si no hay cambio legal, no hay cuestión. En la extensión de un derecho, salvo las prescripciones contrarias y salvo los casos en que el modo de ejercicio puede influirle por dar lugar a intereses y derechos opuestos, casos ambos que no interesan a nuestra actual consideración. en la extensión del derecho, repetimos, no hay alteración porque sea o no ejercitado; si hasta hoy no lo fué, puede serlo en todo momento. en todo su ámbito legal posible. Pero si hay una alteración legal, vemos que al admitir una distinción entre derecho ejercitado antes o aún no ejercitado, y aunque haya derecho adquirido sin ser ejercitado, parece ser más adquirido el que lo fué, y el otro, al no ser firme su extensión ni adquirido su ejercicio, sólo resta como adquirido el nombre vacío, y el derecho parece esfumarse como adquirido, y además tal distinción fuerza para eludir lo dicho a una nueva, entre dos clases de derechos adquiridos; unos, en que es adquirido el derecho. pero no su modo de ejercicio, y otros, en que es adquirido tanto el derecho como el modo de ejercicio y real efectividad jurídicoeconómica del mismo. Es una lástima que el legislador español, mal aclarado por el señor Silvela, que no salía apenas del campo de la testamentificación y en él lamentablemente hablaba de derechos adquiridos a tal o cual forma de testar, aun sin haber testado, considerando eso posible, no haya visto la profunda diferencia entre unos y otros casos y no haya evitado el peligro de la confusión entre vocación, expectativa y derecho nacido y no ejercitado, y que dados los precedentes, no haya profundizado en la distinción y haya, después de bien planteado, expresado claramente su decisión sobre la misma, distinción que podía haber sido útil y fecunda de haberla dominado teóricamente, en vez de ocuparse de ella de pasada. Las disposiciones transitorias especiales son la quinta a la décimasegunda, inclusives.

ANTONIO MARTÍN MONROY.

Notario.