

Tránsito de la norma antigua (derogada) a la nueva (derogante)

Por ANIBAL TORRES VASQUEZ

Profesor Principal

"ART. III.— La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú".

1. EL PROBLEMA DE LA APLICACION DE LAS LEYES NUEVAS EN EL TIEMPO

Sabemos que en toda norma jurídica existe un presupuesto de hecho (llamado también supuesto o antecedente) y una consecuencia jurídica (efecto o resultado jurídico) que se concreta en un derecho subjetivo o en ciertos estados o situaciones. Ej.— producido el nacimiento de un ser humano (presupuesto de hecho) comienza la existencia de la persona humana o personalidad física (consecuencia jurídica) (art. 1); hubiese sido suficiente que la norma establezca otra cosa para que esto no sea así, verbigracia se ha podido establecer que la persona humana comienza desde la concepción en el seno materno. Otros ejemplos: Celebrado el matrimonio (presupuesto de hecho) es obligación del marido y de la mujer el hacer vida común (consecuencia de derecho) (art. 234); celebrado un contrato de compraventa (presupuesto de hecho), el vendedor debe transferir la propiedad del bien y el comprador pagar el precio (consecuencia jurídica) (art. 1529). Al hecho al cual la ley le enlaza una consecuencia jurídica se le llama "hecho jurídico".

Conocemos, también, que publicada una ley en el diario oficial comienza a regir dieciséis días después, salvo que en la misma ley se indique un plazo diferente o salvo, también, que se trate de leyes referidas a tributos de periodicidad anual, caso en el cual rigen desde el primer día del siguiente año calendario (art. 195 de la Constitución). Por tanto, no hay dificultad en establecer en que día cesa la vigencia de la ley antigua y en que día comienza a regir la nueva. Inmediatamente que cesa la vigencia de la ley antigua comienza a regir la nueva; no hay solución de continuidad; durante el período de vacancia de la ley (período que transcurre desde su publicación y entra-

da en vigor de la norma, plazo que sirve para posibilitar su conocimiento) rige la ley antigua.

La ley nueva puede introducir **modificaciones en el presupuesto de hecho** o en la consecuencia jurídica. Así el C.C. establece que la mayoría de edad se adquiere a los 18 años (art. 42). Supongamos que se da una ley que establece que la mayoría de edad de las personas se alcanza a los 20 años. En tal virtud, a partir de la vigencia de la nueva ley, serán mayores de edad los que hayan cumplido los 20 años, pero ¿qué sucede con los que alcanzaron la mayoría de edad al cumplir los 18 años según la ley antigua y no han cumplido todavía 20 años en el momento que comienza la vigencia de la nueva ley?; asimismo, establece que para adquirir la propiedad de un inmueble por prescripción se requiere la posesión continua a título de propietario por 10 años (art. 950); imaginemos que se da una ley por la cual se dispone que el plazo de la prescripción adquisitiva de inmueble es de 15 años, ¿qué sucede con el que está poseyendo 8 años al momento en que entra en vigor la nueva ley?; ¿tendrá que esperar 2 años para cumplir el plazo de 10 exigido por la ley antigua? o ¿tendrá que esperar 7 años para completar los 15 años que señala la nueva ley para poder usucapir? ¿o se interrumpe con la nueva ley el plazo de prescripción y por tanto los 15 años se cuentan a partir de que ésta entre en vigencia (no entrando ya en el cómputo los 8 años ya transcurridos)? Se celebra un contrato de arrendamiento por el plazo de dos años en el que se pacta que el arrendatario pagará la suma de I/. 10,000.00 mensuales por concepto de renta; empero se da una ley posterior, por la cual esa renta queda rebajada a la mitad, surge la interrogante, ¿si la nueva ley afecta a las prestaciones ya ejecutadas o solamente a aquellas que se devenguen a partir de su entrada en vigencia, o si no alcanza a ninguna de ellas por provenir de un contrato que se ha celebrado durante la vigencia de la ley anterior?

Como expresa ALBADALEJO (1): "El tránsito de la regulación que establecía la norma derogada a la que establece la norma nueva plantea diversos problemas. Unos pueden proceder del propósito del legislador de revisar el pasado; pero principalmente se originan porque habiendo situaciones, hechos y efectos que tienen una duración suficientemente larga como para vivir antes y después del cambio de aquellas, no pueden ser siempre tajantemente cortados en dos periodos, sometidos uno a la antigua norma y otro a la nueva. Pero, por otra parte, tampoco es siempre posible someterlos en su totalidad a una o a otra, porque: Por un lado, la norma nueva —que pretende organizar las cosas de cierta forma— no estima conveniente que, en todo caso, lo comenzado bajo la antigua siga rigiéndose por ella hasta su completo acabamiento; y, por otro, tampoco es justo que, sin más distinciones, las innovaciones que se hayan introducido alcancen a desmontar todas las situaciones y efectos que se crearon o comenzaron a crearse bajo el régimen anterior, juzgándolos con arreglo a los nuevos criterios, ya que esto provocaría enorme inseguridad jurídica y graves perjuicios".

(1) Albadalejo, Manuel. "Curso de Derecho Civil español". T.I. (Introducción y Parte General) Ed. Bosch, Barcelona, 1983, p. 126.

Las cuestiones planteadas dan lugar a lo que en doctrina se conoce como conflicto de leyes en el tiempo, que se resuelve mediante las llamadas disposiciones transitorias.

Los conflictos entre leyes nuevas y antiguas se resuelven en base a los criterios siguientes:

- a) **Aplicación inmediata de la nueva ley a todos los hechos y consecuencias que se produzcan durante su vigencia, debiendo la ley antigua gobernar los cumplidos cuando estaba vigente.**
- b) **Aplicación retroactiva, es decir, se permite que la nueva ley gobierne hechos y consecuencias que tuvieron lugar durante la vigencia de la ley antigua; y**
- c) **Aplicación ultractiva, esto es, se permite la supervivencia de la ley antigua. No se permite la aplicación inmediata ni retroactiva de la nueva ley.**

Para la solución de conflictos entre leyes nuevas y antiguas la regla que predomina es la que establece que la nueva ley se aplica en forma inmediata, no tiene efecto retroactivos y no puede supervivir después que es derogada.

2. *EL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY*

Nuestro ordenamiento jurídico establece que ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente (art. 187 de la Constitución y art. III del T.P. del C. C.). El principio general es el de la irretroactividad; la ley rige para el futuro (EX NUNC).

Para explicar el principio de la irretroactividad se invocan las teorías siguientes: Teoría de los derechos adquiridos, Teoría de los hechos consumados y Teoría de la naturaleza y finalidad social de la nueva ley.

- a) **TEORIA DE LOS DERECHOS ADQUIRIDOS.**— Según esta teoría el principio de la irretroactividad significa, que tales derechos adquiridos no deben ser alcanzados por la nueva ley.

Los antecedentes de la doctrina de los derechos adquiridos se encuentran en el derecho romano. Conforme a la regla de Teodosio II (año 440 D.C.) la "ley debe aplicarse solamente a los hechos futuros (negotia futura) y no a los hechos pasados (facta praeterita), ni a los hechos en curso de constitución (negotia pendencia)". Bartolo emplea la expresión *jus quaesitum* (derecho adquirido) contraponiéndola a la de *jus existens in spe* (derecho en expectativa) (2).

La primera afirmación de los derechos adquiridos y las simples expectativas se atribuye a Blondeau en 1926. La simple esperanza de un derecho carece de algún re-

(2) Valencia Zea, Arturo. "Derecho Civil" T. I. (Parte General Personas). Ed. Temis, Bogotá-Colombia, 1979, p. 311.

quisito externo para lograr la plenitud e integridad de un derecho adquirido. Los derechos adquiridos son los que han entrado en nuestro patrimonio, hacen parte de él y nadie nos los puede arrebatar. Así, si un sujeto adquirió un bien por prescripción antes que entre en vigor una nueva ley que establece distintos términos y condiciones para usucapir, esta ley no podrá modificar ni anular retroactivamente la adquisición operada conforme a la ley antigua. En cambio, si ese mismo sujeto no ha podido completar el tiempo exigido por la ley antigua a la fecha en que entra en vigor la ley nueva, ésta afectará únicamente un derecho imperfecto y por tanto, podrá extinguirlo. Por ejemplo, son derechos adquiridos los que nacen del testamento después de la muerte del testador. La simple expectativa es la que aún no ha convertido en derecho adquirido, como la del heredero antes de la muerte del causante.

BAUDRY-LACANTINERIE (3) y Houques-Fourcade afirman que "bajo el nombre de derechos la ley nos reconoce aptitudes, nos abre facultades, las cuales nos deja generalmente libres de usarlas o no. Mientras nosotros no hayamos utilizado una de estas aptitudes, tenemos un derecho, si se quiere, solamente en el sentido que somos aptos para adquirirlo, según ciertos modos determinados. Pero este derecho no lo adquirimos sino cuando recurrimos a esos modos, porque nuestra aptitud, en el hecho, se ha manifestado por el acto necesario para su utilización. El ejercicio de la facultad legal, que en cierto modo se ha materializado en ese acto, traducido exteriormente por él, es constitutivo del derecho adquirido".

Valencia (4) afirma que las más valiosas explicaciones de la doctrina de los derechos adquiridos han sido dadas por los franceses Aubry y Rau, quienes enuncian las siguientes clases de derechos adquiridos:

"1º) Las calidades constitutivas del estado de las personas, desde que se ha realizado el respectivo hecho jurídico con todos los requisitos exigidos por la ley vigente. En cambio, la realización parcial de una o varias de tales condiciones, constituye apenas una "simple expectativa" que puede ser desconocida por ley posterior. Citan como ejemplos de calidades de estado civil: Las que surgen del matrimonio válidamente celebrado, la de extranjeros que han adquirido la calidad de nacionales, la de hijos naturales o adoptivos.

2º) Las facultades o ventajas que nacen directamente de la ley, desde que se ha realizado el acontecimiento o el hecho al cual se subordina tal adquisición; en cambio, son simples expectativas antes de la realización completa de dicho acontecimiento o hecho. Las personas llamadas por ley a recibir una sucesión no tienen antes de la apertura de la sucesión sino una simple expectativa, que la ley posterior puede arrebatarles; pero la apertura de la sucesión convierte esta expectativa en un derecho adquirido, el cual debe ser respetado por las leyes posteriores.

3º) Los derechos que surgen de un hecho del hombre (hechos ilícitos o negocios jurídicos), constituyen derechos adquiridos desde el momento en que se ha realizado en forma completa el hecho jurídico reconocido como idóneo para darles vida; por ejemplo, el contrato, el delito, la culpa, etc."

(3) Baudry-Lacantinerie. "Traité Théorique et pratique de droit civil". T.I., No. 133.

(4) Valencia Zea, Arturo. Ob. Cit. pa. 312.

Para Aubry y Rau el derecho es adquirido cuando el hecho jurídico que le da nacimiento se ha producido bajo la vigencia de la ley anterior. Estos autores dan a la expresión derechos adquiridos un sentido amplio que comprende la gama de los derechos subjetivos y también ciertos estados o situaciones jurídicas, como la calidad de mayor o menor de edad, de hijo, etc.

La teoría de los derechos adquiridos distingue, por un lado, los derechos y, por otro, las meras facultades, expectativas, esperanzas, etc. Los derechos una vez adquiridos **no resultan afectados por la nueva ley; pero, las expectativas, intereses, esperanzas, etc., sí pueden ser afectadas por la ley nueva.** Esta alcanza a los derechos que se adquieren en el futuro, y en cuanto a las facultades, expectativas, etc., afecta tanto a las que se adquieren en el futuro, como a las que se tenían a tenor de la ley antigua. Por ejemplo, estando en curso un contrato de arrendamiento, en el cual el arrendatario paga la suma de I/. 10,000 mensuales por concepto de renta, se da una ley por efecto de la cual esa renta queda reducida a I/. 5,000; las rentas devengadas hasta la entrada en vigencia de la ley derogante, se rigen por la ley antigua, no son afectadas por la nueva porque constituyen derechos adquiridos del arrendador, han ingresado al patrimonio de éste; en cambio, las rentas que se devenguen a partir de la entrada en vigencia de la ley nueva, se regirán por ésta porque todavía no han ingresado al patrimonio del arrendador y por consiguiente no constituyen derechos adquiridos sino una simple expectativa, una esperanza que puede ser modificada o extinguida con una ley dada con posterioridad a la celebración del contrato. Mientras el contrato no se haya agotado por su cumplimiento no puede hablarse de derechos adquiridos; en la fase de ejecución de las prestaciones, las partes no tienen sino expectativas que pueden ser modificadas o suprimidas. Esto sucede con los actos jurídicos sujetos a plazo y también a condición (evento incierto y futuro del cual se hace depender los efectos del acto), en estos últimos con mayor razón, puesto que no se trata solamente de postergar en el tiempo el ejercicio de un derecho, sino de la puesta en cuestión de su propia existencia que está supeditada al hecho de que se produzca o no el evento del cual se la hace depender.

Por su imprecisión técnica, la teoría de los derechos adquiridos se encuentra en decadencia, pues en la práctica resulta, muchas veces, difícil establecer cuando estamos frente a un derecho adquirido o ante una simple expectativa; "además, la misma está formulada en términos restringidos, ya que se refiere solamente a la materia del derecho privado; incluso solamente a la materia de los derechos subjetivos patrimoniales" (5); de otro lado, muchas veces, so pretexto de la irretroactividad de la ley, en base a la teoría de los derechos adquiridos, se proclama la supervivencia de leyes antiguas, excluyendo el efecto inmediato que debe tener toda ley.

JOSSERAND defiende la fórmula de los derechos adquiridos pero admite que no es posible formar una lista invariable de los derechos adquiridos o de las simples

(5) Messineo, Francesco. "Manuel de Derecho Divio y Comercial". T. I. Trad. de Santiago Sentis Molendo. Ed. EJEa, Buenos Aires, 1979, p. 91.

expectativas, sino que se trata más bien de una cuestión de tacto, de sentimiento de oportunidad.

BORDA (6) sostiene que con las expresiones: "He adquirido un derecho", "tengo un derecho adquirido", se sabe muy bien lo que se quiere expresar: se trata de un derecho que me pertenece, del cual soy titular; que está incorporado a mi patrimonio si es de índole económica; pero, precisa, este autor, que la dificultad comienza cuando se pretende vincular el concepto de derechos adquiridos con la irretroactividad de la ley. "Es difícil, en verdad, que una ley nueva modifique otra anterior, sin afectar de una manera u otra los derechos adquiridos al amparo de aquélla. Con razón ha podido decirse que si se consideran retroactivas las leyes que afectan derechos nacidos o adquiridos bajo la legislación anterior, todas las leyes, de cualquier clase, serían retroactivas". Dada la contradicción lógica entre el deseo de proteger todos los derechos adquiridos y la necesidad de hacer posible el progreso jurídico mediante la reforma legislativa — toda reforma implica afectar derechos adquiridos — hay la necesidad de precisar, no lo que es un derecho adquirido, pues eso es muy sencillo y todo el mundo lo sabe, sino cuales son los derechos adquiridos que las leyes nuevas no pueden afectar, y a este respecto, la doctrina es acorde en sostener que los derechos adquiridos no pueden dar solución alguna al problema de los efectos de la ley con relación al tiempo.

El Código Civil derogado de 1936 adoptó en forma expresa la doctrina de los derechos adquiridos como medio de solución de los conflictos surgidos a consecuencia de la aplicación de las leyes en el tiempo. El art. 1824 de este Código decía: "Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores, si con su aplicación no se violan derechos adquiridos".

El Código Civil vigente de 1984 ha abandonado esta teoría; la expresión derechos adquiridos contenida en el art. 2050 no está referida al problema de aplicación temporal de la ley, sino a su aplicación en el espacio. Este dispositivo dice: Art. 2050: "Todo derecho regularmente adquirido al amparo de un ordenamiento extranjero competente según las normas peruanas de Derecho Internacional Privado, tiene la misma eficacia en el Perú, en la medida en que sea compatible con el orden público internacional y con las buenas costumbres". Esto es, se reconoce eficacia en el territorio peruano a los derechos creados lícita y regularmente conforme a un ordenamiento jurídico extranjero.

Igualmente, cuando el Código Civil vigente en sus arts. 197, 888, 892, 1294, 1372 y 1810 utiliza la expresión "derechos adquiridos" se refiere a que en los casos en ellos señalados el acto jurídico no puede perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceros, o sea, estas disposiciones no están vinculadas con la irretroactividad de la ley.

No hay que confundir la finalidad perseguida por la voluntad del legislador al dar una ley de aplicación general, con la voluntad de los particulares en la celebración de sus actos jurídicos; el legislador no puede otorgar efectos retroactivos a la

(6) Borda, Guillermo. "Manuel de Derecho Civil" (Parte General). Ed. Perrot, 8º ed., Bs. As., 1976, p. 98.

nueva ley fuera de las excepciones que la Constitución señala; en cambio, los particulares por efecto de la autonomía de la voluntad si pueden otorgarle efectos retroactivos a sus actos. Ej. Hoy se celebra un contrato mediante el cual se crean ciertos derechos subjetivos para una o ambas partes, mediante un nuevo contrato pueden regular, modificar o extinguir esos mismos derechos; en ese caso, al contrato posterior se le puede dar carácter y efectos retroactivos. Entonces no es posible confundir la retroactividad de la ley con la retroactividad de los actos jurídicos.

b) **TEORIA DE LOS HECHOS CONSUMADOS.**— Esta teoría significa que la nueva ley sólo alcanza a los hechos futuros, pues los ya verificados (cumplidos) se rigen por la ley antigua. Entonces lo que hay que investigar, no es si un derecho se adquirió bajo el régimen de la ley antigua, sino, si un hecho jurídico se cumplió totalmente estando vigente la norma derogada.

Planiol crítica de distinción entre derechos adquiridos y simples expectativas en base a que no es posible encontrar un criterio válido para poder determinar objetivamente, qué es un derecho adquirido. Dice este autor que “la ley es retroactiva cuando ella actúa sobre el pasado —a los hechos consumados se les llama también hechos pasados o hechos cumplidos—; sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, o para modificar o suprimir los efectos de un derecho ya realizado. Fuera de esto no hay retroactividad, y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos anteriores sin ser retroactiva”. Agrega el autor que la nueva ley no puede modificar “los modos de extinción de los derechos subjetivos o de las situaciones legales que han desaparecido”. Ej. una nueva ley que suprime el divorcio no puede modificar los divorcios realizados antes de su vigencia.

MESSINEO (7) explica la teoría de los hechos consumados en los siguientes términos: “el juez no puede aplicar la nueva norma a los hechos pasados (consumados). Una aplicación semejante realizaría el juez (arbitrariamente), si desconociese las consecuencias ya verificadas del hecho pasado, o bien si quitase eficacia (o atribuyese una eficacia diversa) a las consecuencias de aquel hecho, cuando tales consecuencias se verifiquen bajo el imperio de la forma nueva; y solo porque el hecho del cual dependen aquellas consecuencias no es conforme a la norma nueva”. El autor señala el ejemplo siguiente: Si una nueva ley enumera, entre los incapaces para suceder por indignidad, a quien haya injuriado gravemente a aquel de cuya herencia se trata, mientras la ley anterior no establecía tal causa de indignidad, no será aplicable la nueva ley a quien injurió, antes de que entrase en vigor la nueva ley, porque, al declararlo indigno de suceder, se tomaría en consideración aquel hecho pasado, que sería regulado por la ley nueva, mientras que está prohibido por el principio de la no-retroactividad”.

SALVAT (8) dice: “la distinción entre derechos ya ejercidos y aptitudes realizadas y derechos no ejercidos o aptitudes no realizadas, equivale con bastante aproximación a la distinción entre efectos ya producidos y efectos futuros; los efectos ya

(7) Messineo, Ob. cit. p. 91.

(8) Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil”. (Parte General). Ed. TEA, Buenos Aires, 1950, p. 205.

producidos, en efecto, no son sino el resultado del ejercicio de los derechos o de la realización de las aptitudes. Pero la fórmula de Planiol nos parece científicamente preferible, porque al tomar como base la distinción entre efectos producidos y efectos futuros, se coloca en un punto de vista más objetivo y, por lo mismo, más fácil de apreciar".

Sabemos que en toda norma jurídica existe un presupuesto de hecho (antecedente) al cual la ley enlaza una consecuencia de derecho (efecto jurídico). Bien, la norma nueva puede modificar el presupuesto de la ley antigua introduciendo nuevos elementos o suprimiendo o sustituyendo otros, o puede modificar la consecuencia jurídica, ampliando, restringiendo o suprimiendo los derechos del sujeto o las correlativas obligaciones, o puede modificar, a la vez, el presupuesto y la consecuencia. De acuerdo a la teoría de los hechos consumados, en cualquiera de los tres casos señalados, la retroactividad o irretroactividad de la ley tiene que determinarse según que el acontecimiento señalado como supuesto de hecho de la antigua norma no se haya realizado o se encuentre en proceso de realización o se haya realizado totalmente. No puede haber retroactividad si el presupuesto de hecho previsto en una norma todavía no se ha realizado totalmente al dictarse la modificación a esa misma norma.

El antecedente de hecho de la norma puede estar constituido por un solo hecho (hecho simple), caso excepcional, o por la reunión armónica de varios hechos (hecho complejo), hipótesis más frecuente. La consecuencia jurídica se opera en el instante en que se han verificado todos los hechos que constituyen el presupuesto de norma. Ej. el sólo otorgamiento de testamento no produce la apertura de la sucesión testamentaria, se requiere, para ello que se produzca, el deceso del testador.

De acuerdo a la teoría de los hechos consumados, si el presupuesto de hecho establecido por la ley anterior se ha verificado totalmente, la nueva ley no puede afectar los derechos y obligaciones que de él se derivan porque la consecuencia jurídica ya se encuentra configurada. Los hechos verificados son ya pasados y no pueden ser tocados por la nueva ley. Ej. si conforme a la ley derogada la mayoría de edad se adquiere a los 18 años, si la ley derogante indica la mayoría de edad a los 20 años, por aplicación del principio del efecto inmediato de la ley, todos los que no habían alcanzado la mayor edad durante la vigencia de la ley antigua, esto es, los menores de 18 años, alcanzarán su capacidad plena (mayoría de edad) al cumplir 20 años, y quienes habían alcanzado su mayoría de edad seguirán siendo tales, por haberse cumplido el presupuesto de hecho consistente en cumplir 18 años durante la vigencia de la ley derogada. Si la ley afecta a un hecho pasado, se dice que tiene efectos retroactivos.

Si el presupuesto de hecho señalado por la ley antigua se encuentra en proceso de desarrollo, no se ha operado la consecuencia jurídica y por tanto no estamos frente a un hecho consumado, por lo que puede ser afectado por la nueva ley. Ej. cuando quien está poseyendo animus domini un inmueble con la esperanza de usucapir al cumplirse el plazo fijado por una ley, ve alterada su situación por la dación de una nueva ley que fija un plazo mayor, o establece otros requisitos o prohíbe la prescripción adquisitiva de inmuebles. Esto también por aplicación inmediata de la ley nueva a partir de su vigencia.

Cuando el hecho jurídico es complejo, es principio generalmente admitido que los elementos cumplidos anteriormente se rigen por la ley antigua y los que aún no se han realizado o se encuentran en proceso de realización se gobiernan por la ley nueva, salvo que los elementos verificados no alcancen autonomía o valor propio, caso en el cual, también se aplica la ley nueva.

Por el efecto inmediato de la ley nueva, ésta se aplica no solamente a los hechos jurídicos que se constituyan a partir de su vigencia, sino también a aquellos que se encuentran en proceso de formación desde antes de su entrada en vigor.

c) **TEORIA DE LA NATURALEZA Y FINALIDAD SOCIAL DE LA NUEVA**

LEY.— MESSINEO (9) explica esta teoría en los siguientes términos: "Según se trate de leyes sobre adquisición de derechos, o bien de leyes sobre la existencia o el modo de ser de los derechos, se debería aplicar el principio de la irretroactividad, o, respectivamente el de la retroactividad. Esta distinción corresponde, en definitiva, a la distinción entre derecho privado (donde domina la exigencia de la certeza jurídica y se tiene en cuenta los intereses del individuo) y derecho público (donde domina la exigencia opuesta de la salvaguarda del interés general y donde todo puede ser modificado, aun sin respeto de los derechos de los individuos)".

3. **FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.**

Como hemos dicho al comienzo, nuestro derecho positivo establece el principio general de la irretroactividad de la ley, pero no como una regla rígida, sino que admite las excepciones previstas en la constitución. Son razones de seguridad jurídica las que sustentan este principio. "Las personas tienen confianza en la ley vigente, y conforme a ella celebran sus transacciones y cumplen sus deberes jurídicos. Dar efecto retroactivo a una ley equivale a destruir la confianza y seguridad que se tiene en las normas jurídicas" (10). La seguridad jurídica es la esencia de la vida industrial, comercial y de la civil en general y por tanto constituye la base sobre la cual se construye el progreso de los pueblos, pero no toda seguridad merece protección sino solamente aquella que es justa; seguridad de los que actúan honestamente, no solamente con fines individuales, egoistas, sino buscando por sobre todo el bien común; la protección debe estar condicionada en tanto y en cuanto esa seguridad no esté al servicio de unos cuantos que durante siglos vienen aplastando a las grandes mayorías con la consabida política que frente a una crisis económica hay que ajustarse los cinturones, política con la cual en nuestro país se ha convertido en más pobres a los pobres y más ricos a los ricos. **La justicia no puede ser postergada en aras de la seguridad, de la irretroactividad de la ley. La retroactividad o la irretroactividad de la ley, debe depender de como se quiera organizar la vida en comunidad en conformidad con el ideal de justicia social.** "Seguridad jurídica y justicia no son términos antagónicos, sino que se pueden conciliar perfectamente, pues a veces resultará necesario, en virtud

(9) Messineo. Ob. Cit. p. 91.

(10) Valencia Zea, Arturo. Ob. Cit. p. 308.

de principios de seguridad jurídica que beneficien intereses de la comunidad y, por tanto, justos, sacrificar los derechos individuales". (11).

BORDA (12) dice que: "en presencia de un cambio de legislación, se enfrentan dos principios que, en abstracto, son dignos de respeto: por un lado la seguridad jurídica, interesada en conferir a la vieja ley el máximo de vigencia posible; por el otro, la justicia y el progreso, interesados en atribuir a la nueva ley el mayor campo de aplicación. Es imposible hacer prevalecer siempre la seguridad porque ello implicaría la paralización del derecho; es igualmente imposible llevar todo por delante a nombre de la justicia y el progreso, porque éstos están condicionados por la idea de seguridad, y porque sin ésta no puede concebirse un orden justo, que por ser orden la implica". Agrega el autor que éste es un problema de política y prudencia legislativa y por ello las constituciones no deben contener ningún precepto de derecho transitorio, porque ello implica atar al legislador a soluciones rígidas que no consultan las necesidades de la vida del derecho.

ALZAMORA (13) expresa: "Las normas jurídicas son objetos culturales que encarnan valores. Las nuevas normas expresan nuevas valoraciones jurídicas; las antiguas normas, valoración ya superada. La posibilidad de aplicación de estas últimas, estando vigentes otras distintas para regular los mismos casos, estará ligada a cada circunstancia particular que debe ser apreciada por el juez que es quien interpreta el pensamiento de la comunidad". No compartimos esta última afirmación del maestro sanmarquino, por cuanto en el derecho nacional tanto el legislador como el juez se encuentran limitados en su poder discrecional por el mandato constitucional que señala en qué casos la ley nueva tiene efectos retroactivos; es mayor la discrecionalidad del juez para determinar si una ley tiene o no efectos retroactivos: "interpretar el pensamiento de la comunidad", en aquellas legislaciones más flexibles que la nuestra (Ej. Ley argentina No. 17.711, Código Civil español, art. 2, número 3) que establecen que la ley no tiene efectos retroactivos, salvo disposición en contrario; en consecuencia, en caso de duda el juez debe decidirse por la no retroacción de la ley; no es necesario que la retroactividad conste en forma expresa, bastará que del sentido y finalidad de la ley se infiera que ese fue el propósito del legislador; en caso que la ley disponga expresamente la retroactividad, el juez aplicará restrictivamente.

El art. 3º de la ley argentina No. 17.711 establece: "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplicarán aun a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes. No tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley, en ningún caso podrá afectar derechos anparados por garantías constitucionales. A los contratos en curso de ejecución, no son aplicables las nuevas leyes supletorias".

La irretroactividad de la ley, sin duda, protege la seguridad individual, pero de otro lado está el interés de la sociedad en que se aplique la nueva ley, que por ser tal,

(11) Marín Pérez, Pascual. "Introducción a la Ciencia del Derecho". Ed. Tecnos, Madrid, 1979, p. 62.

(12) Borda, Guillermo. Ob. Cit. p. 109.

(13) Alzamora Valdez, Mario. "Introducción a la Ciencia del Derecho". Lima, 1980, p. 283.

se presume que es la mejor, la más justa, la encaminada a lograr un mejor status social.

4. ANALISIS DEL ART. III DEL TITULO PRELIMINAR

El primer párrafo sienta el principio de la aplicación inmediata de la ley nueva a partir de su entrada en vigencia: "La ley se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes". El efecto inmediato implica que nuestro derecho positivo adopta la teoría de los hechos consumados (llamados también cumplidos o pasados). Consecuentemente la ley nueva se aplica no solamente a los hechos y relaciones futuras, sino también a los derechos y consecuencias jurídicas nacidas al amparo de la ley anterior, pero que se encuentran en proceso de desarrollo al darse la nueva ley (por tanto no son todavía hechos consumados); en suma, la ley nueva se aplica a todas aquellas relaciones que por no agotarse instantáneamente, parte de ellas cae bajo la norma anterior y parte bajo la ley nueva. Ej. los derechos reales en general, destinados a durar en el tiempo, los derechos de familia, etc., situaciones jurídicas generales que son aplicadas uniformemente a todos los miembros de la comunidad; los derechos de propiedad, uso y posesión, los deberes conyugales, las causales de divorcio o separación de cuerpos, el derecho de patria potestad, el de suceder, etc., son iguales para todos y pueden ser modificados o suprimidos por una ley posterior. También las relaciones particulares que no se agotan instantáneamente, como los contratos de tracto sucesivo, cuando se encuentran en curso de ejecución son afectados por la ley derogante.

El segundo párrafo del art. III deja sentado el principio general de la irretroactividad de la ley: "No tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo las excepciones previstas por la Constitución".

El principio de que las leyes no tienen efecto retroactivo se aplica a cualquier norma, sea de orden público o de orden privado, se trate de una ley dada por el Congreso o de un decreto legislativo, de un decreto ley, de un decreto supremo o cualquier otra norma de menor jerarquía dictada por autoridad competente. Para los efectos de la irretroactividad, la ley no es entendida en su sentido formal, sino, en su amplio sentido material, o sea, como toda norma jurídica elaborada, dictada y publicada por los organismos competentes del Estado.

Como vemos, a diferencia del C.C. de 1936 en cuyo art. 1824 establecía expresamente: "Las disposiciones de este Código regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores, si con su aplicación no se violan derechos adquiridos", el vigente Código de 1984 prescinde de la errónea y equívoca teoría de los derechos adquiridos y extiende el alcance de las excepciones al principio de la irretroactividad solamente a los casos previstos en la Constitución Política del Perú de los cuales hablaremos en el punto siguiente.

5. LEYES CON EFECTO RETROACTIVO.- EXCEPCIONES AL PRINCIPIO GENERAL DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY

El último párrafo del art. III del T.P. dispone que la retroactividad se aplicará únicamente en aquellos casos señalados por la Constitución: "Salvo las excepciones previstas en la Constitución Política del Perú". El segundo párrafo del art. 137 de la Constitución dispone que "Ninguna ley tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en materia penal, laboral o tributaria, cuando es más favorable al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente".

Hemos dicho que por el efecto inmediato, la nueva ley entra a regular todos los hechos jurídicos que se cumplan durante su vigencia, ya sea que estos hechos se produzcan a partir de su vigencia o que se hayan producido en el pasado, pero se encuentran en curso cuando entra en vigencia la ley derogante (nueva), por lo que todavía no tienen la calidad de hechos cumplidos (pasados), así como todas las situaciones jurídicas generales existentes; pero en general, la ley nueva no puede aplicarse a los hechos jurídicos cumplidos bajo la vigencia de la ley antigua; vale decir, la ley no tiene efectos retroactivos (es irretroactiva). Pero éste no es un principio absoluto porque por razones de orden público, de interés social, admite la retroactividad en materia penal, laboral y tributaria, cuando la nueva ley es más favorable al reo, trabajador o contribuyente.

A) En materia penal rige el principio "Nullum crimen, nulla poena sine lege"; nadie puede ser sancionado penalmente por un hecho que al tiempo de su realización no estaba tipificado en la ley penal como delito. A nadie se le puede aplicar una pena que no sea prevista por ley. El delito y la pena suponen la existencia de una ley anterior que así lo establezca.

Los problemas por aplicación de la ley penal en el tiempo, surgen cuando la nueva ley tipifica como delito un hecho que antes no lo era, o cuando hace desaparecer el tipo existente, o cuando modifica la descripción del delito (de los sujetos -activo y pasivo-, o de los tipos: objetivo o subjetivo, o la consumación) o la penalidad o medidas de seguridad aplicables a las figuras delictivas existentes.

A.1) El principio de la irretroactividad de la ley penal, en nuestro ordenamiento positivo, se deriva de la máxima "nullum crimen, nulla poena sine lege" previsto en el numeral d) del Inc. 20 del art. 2º de la Constitución, que dice: "Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley"; también el C.P. recoge en su texto la aludida máxima cuando en su art. 3º establece que: "nadie será condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no estuviere calificado en la ley de manera expresa e inequívoca como infracciones punibles"; y en su art. 2 dispone: "Nadie será condenado a sufrir pena alguna que no esté sancionada en la ley, ni a sufrir pena distinta de la que la ley señala para la infracción juzgada"; así los ciudadanos pueden actuar con seguridad conociendo lo que está permitido y lo que es prohibido.

A.2) Como excepción al principio de la irretroactividad se establece la extractividad de la ley penal más benigna (art. 187 de la Const. y art. 7 y ss. del C.P.). Al respecto pueden presentarse los siguientes casos:

A.2.1.) Que la nueva ley cree nuevos tipos delictivos. Rige a plenitud la máxima "nullum crimen, nulla poena sine lege". La irretroactividad de la ley nueva es absoluta.

A.2.2.) Que la nueva ley quite el carácter delictivo a un hecho determinado o que aminore o agreve la pena. Se puede presentar las siguientes hipótesis:

- a) Que el reo ya haya sido sancionado y la pena cumplida en su totalidad. La retroactividad no solamente no está permitida sino que sería imposible llevarla a cabo.
- b) Que el proceso aún no se haya iniciado o esté en trámite. Rige el principio de la retroactividad de la ley porque "nadie puede ser penado por un hecho que según la ley posterior no constituye delito" (art. 9 del C.P.). Si el proceso no ha comenzado, ya no se podrá iniciar; y si ya se ha iniciado, se suspenderá en forma inmediata.
- c) Que exista sentencia condenatoria firme. No puede haber cosa juzgada, la nueva ley se aplica retroactivamente en virtud del segundo apartado del art. 9 del C.P. que dispone que "las penas impuestas en aplicación de una ley anterior, se extinguen en tanto no han sido ejecutadas, si la ley posterior no reprime el acto en razón del cual la condena se hubiere pronunciado". Si el procesado se encuentra cumpliendo la condena, se le pondrá en libertad en forma inmediata.

A.2.3.) Que la nueva ley traiga solamente disposiciones modificativas. Si rebaja la pena se aplica retroactivamente por ser la más favorable al reo; si agrava la pena se aplica la ley anterior (*tempus regit actum*) por ser también más favorable: así está estipulado en el art. 7 del C.P., que dice: "Las modificaciones de la ley penal posteriores a la perpetración del hecho punible, se aplicarán en la sentencia si fueren más benignas que las disposiciones anteriores". Si ya existe sentencia firme, también se aplica la nueva ley en cuanto es más favorable; así aparece establecido en el art. 8 del C.P. que expresa: "Las modificaciones de la ley penal dictadas después de la sentencia o durante la condena, limitarán la pena conforme a la ley más favorable": si se rebaja tanto el minimum como el maximum y el sentenciado hubiere sido condenado al minimum, se entenderá que queda condenado al minimum de la nueva ley, lo mismo si fue condenado al maximum. Si la nueva ley ha aumentado tanto el minimum como el maximum, es obvio que no se aplica retroactivamente por no ser más benigna. Si la ley derogante señala solamente una pena privativa de la libertad condicional y no efectiva como lo hacía la ley derogada, debe procederse a la excarcelación aplicando retroactivamente la ley nueva por ser más benigna. Además, en cualquier caso de duda, en derecho penal rige a plenitud el indubio pro-reo cuya razón de ser es; qué es preferible, en caso de duda, dejar libre a un culpable que condenar a un inocente.

B) En materia laboral, por ser el contrato de trabajo, uno de tracto sucesivo, dado a que sus efectos se prolongan en el tiempo, rige el principio de la aplicación inmediata de la ley y la irretroactividad de la misma, salvo cuando es más favorable al trabajador, caso en el cual se aplicará retroactivamente (art. 187 de la Constitución) [1]

El Decreto Legislativo 276 del 6 de marzo de 1984, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de remuneraciones del Sector Público, en su art. 24, Inc k, establece como derecho de los servidores públicos, acumular a su tiempo de servicios hasta cuatro años de estudios universitarios a los profesionales con título reconocido por la Ley Universitaria, después de 15 años de servicios efectivos, siempre que tales estudios no sean simultáneos. Este dispositivo fue modificado por la ley 24156 del 6 de Junio de 1985 que elimina el requisito de la no simultaneidad, considerando el tiempo mínimo para poder acumular, de "quince años de servicios reales los varones y doce y medio las mujeres"; de acuerdo a esta nueva ley los años de estudios profesionales se acumulan sean o no simultáneos con los servicios prestados al Estado. Por tanto, todos aquellos servidores públicos en actividad o en calidad de cesantes, con 15 años de servicios los varones y 12 y medio las mujeres, que durante la vigencia de la ley anterior no acumularon sus estudios profesionales, total o parcialmente, por ser simultáneos, ahora tienen expedito su derecho para ejercitarlos si no lo han hecho todavía.

El Decreto Ley No. 20530 del 26 de Febrero de 1974, establece que en el cómputo del reconocimiento de tiempo de servicios que genera pensión por servicios civiles prestados al Estado, no entran "los servicios prestados en la condición de contratado, a partir del 1º de enero de 1970" (art. 45, inc. f). El Decreto Legislativo No. 276 del 6 de marzo de 1984, art. 15 establece que el reconocimiento del tiempo de servicios prestados como contratado es para todos los efectos; dentro de estos están los pensionarios. Por el principio de la retroactividad de la ley nueva más favorable al trabajador, el Decreto Legislativo 276 se aplica al reconocimiento de servicios prestados en calidad de contratado cualquiera sea la fecha en que hayan tenido lugar, quedando así derogado el inc. f del art. 45 del Decreto Ley 20530.

La Ley 24366 del 20 de Noviembre de 1985 dispone que los funcionarios y servidores públicos que al 26 de Febrero de 1974 estaban con 7 o más años de servicios están facultados para quedar comprendidos en el régimen de pensiones del Estado, regulado por el D.L. No. 20530; como la Ley 24156 del 6 de Junio de 1985 reconoce a los funcionarios y servidores públicos con título universitario o del nivel equivalente, optado en el país o en el extranjero y revalidados en el Perú, con un mínimo de 15 años de servicios reales los varones y 12 y medio las mujeres, el derecho de agregar a su tiempo de servicios un período adicional de hasta cuatro años de estudios profesionales; procede, aplicando retroactivamente los efectos de esta última ley, que los servidores públicos incluyan en el cómputo de los 7 años exigidos por Ley 24366, los años de formación profesional llevados a cabo con anterioridad al 26 de Febrero de 1974, y así puedan solicitar su cambio del régimen de pensiones de Decreto Ley 19990 al Decreto Ley 20530 que les reporta mayores ventajas que no es el caso aquí precisar. Así mismo, estando comprendidos dentro del régimen de pensio-

nes del D. Ley 20530 los profesores sujetos a la ley de educación y los docentes universitarios del Estado, ingresados a prestar servicios antes del 1º de mayo de 1973 (Decreto Supremo No. 011-74-PR, art. 1º inc. c, que aprueba el reglamento del Decreto Ley 19990); estos trabajadores, una vez que se les reconozca sus estudios profesionales, siempre que dichos estudios se hayan realizado con anterioridad al 1º de mayo de 1973, tienen expedito su derecho para solicitar sean cambiados del régimen del D. Ley 19990 al D. Ley 20530, puesto que el reconocimiento de años de estudios es para todos los efectos y por consiguiente pueden servir para determinar la fecha de ingreso al servicio de la administración pública, en el caso señalado para establecer que el ingreso se ha efectuado con anterioridad al 1º de mayo de 1973. Muchas veces el Estado niega estos derechos a sus trabajadores violando así el mandato constitucional que establece que la ley más favorable al trabajador tiene fuerza y efectos retroactivos.

A veces el Estado se niega a aplicar retroactivamente las leyes mas favorables a sus trabajadores o a los deudos de éstos no por desconocimiento de la norma, sino, aunque no se dice, por razones presupuestarias y dentro de éstas por la falta de recursos para el pago de devengados; pero ese problema tambien tiene solución: se reconoce el derecho para el futuro o sea se establece expresamente que no genera devengados.

No es posible enumerar en un trabajo como este todas las leyes laborales de aplicación retroactiva por ser más favorables al trabajador, sea éste de la actividad privada o de la administración pública; pero hemos de advertir que en las normas de la legislación laboral es donde más se discute la retroactividad de la ley, la misma que debe entenderse no como encaminada a privilegiar a los trabajadores, sino que esta sustentada en motivaciones prácticas tendientes a evitar toda posibilidad de abuso por parte de la patronal.

En derecho laboral no podremos afirmar que todos los hechos realizados al amparo de una ley anterior son inexpugnables, razones de interés social, de paz social, pueden determinar que a una ley se le de fuerza y efectos retroactivos. Así, estimamos que no hay ningún impedimento constitucional ni legal para que con una ley posterior se deje sin efecto los despidos de los trabajadores realizados al amparo de una ley anterior.

Pongámonos en la hipótesis que está corriendo el termino de prueba, que conforme a una ley anterior, es de 3 años y antes que éstos concluyan se da una nueva ley que reduce ese término a 3 meses; el plazo a aplicarse a cada caso concreto debe ser el más reducido que resulte de aplicar, bien la ley antigua o bien la ley nueva; o dicho en términos más apropiados, el plazo aplicable debe ser el que concluya antes. Por ejem. si al entrar en vigencia la ley derogante, le falta al trabajador menos de tres meses para completar los 3 años, no se puede aplicar la ley nueva por no serle más favorable, único caso en que por mandato de la Constitución es de aplicación retroactiva.

A una ley de trabajo se le puede dar efectos retroactivos del mismo modo que se permite que, una vez vencido, el término de un convenio colectivo de trabajo y co-

menzado a discutir el que ha de sustituirlo, las cláusulas más beneficiosas del segundo se retrotraen al momento en que se venció el primero, pues en caso contrario se permitiría al empleador que dilate la discusión del pliego a extremos que solamente a él le favorecen.

En caso de duda sobre los efectos retroactivos de una ley, se aplica la máxima indubio por trabajador, invocada en el segundo párrafo del art. 57 de la Constitución que dice: "En la interpretación o duda sobre el alcance y contenido de cualquier disposición en materia de trabajo, se está a lo que es más favorable al trabajador".

C) En materia tributaria, resulta desafortunada la disposición constitucional sobre retroactividad de la ley más conveniente al contribuyente, lo cual significa alentar la evasión tributaria en la esperanza de que en el futuro ese tributo sea eliminado o modificado reduciendo su monto u otorgando facilidades para su cancelación, razón por la cual la norma constitucional, en este aspecto, tiene que ser interpretada restrictivamente, esto es, en la forma más favorable al fisco, pues de otro modo se puede poner en graves aprietos a las finanzas públicas, sobre las cuales todos tenemos interés en que exista un cierto equilibrio; una interpretación generosa de las leyes fiscales más favorables para el que paga los impuestos puede resultar injusta y ruinosa para el país.

Afortunadamente, el Tribunal Fiscal ha interpretado restrictivamente el precepto constitucional estableciendo que solamente tienen efectos retroactivos aquellas normas relativas a infracciones puramente formales. Así, una jurisprudencia del Tribunal Fiscal dice:

"Procede aplicar el principio de retroactividad benigna para reducir la multa aplicada de conformidad con el art. 12 del D. Ley 22597, al haberse derogado la referida norma por el D. Legislativo No. 190 y sancionarse este tipo de infracciones puramente formales con una multa menor según el inc. a) del art. 153 del Código Tributario". En uno de los considerandos de esta ejecutoria se dice: "Que, el inc. g) del art. 94 del D. Leg. 190 derogó el D. Ley 22597 y que el inc. a) del art. 153 del Código Tributario según la modificación del D. Leg. 187 sanciona a este tipo de infracciones puramente formales con una multa menor según escala aprobada por Resolución Ministerial No. 898-81-EFC/74 de 9 de Noviembre de 1981 y procede de conformidad con lo dispuesto en el art. 187 de la Constitución y art. 150 del Código Tributario, aplicando el principio de la retroactividad benigna para reducir la multa a S/. ...". El Vocal informante fue el Dr. Carlos Llontop Amorós. (Informativo Rodrigo No. 254, Abril de 1982, p. 3454).

En una ejecutoria más reciente se dice: "Los derechos que resultan aplicables a la importación de una mercancía son los que se encuentran vigentes al momento de numeración de la póliza correspondiente. Si estuvo vigente una sobre-tasa al momento de numeración de dicha póliza, la misma que posteriormente se dejó sin efec-

to, corresponde que se liquiden estos derechos con aquella sobre-tasa". El texto de esta ejecutoria es como sigue:

"Lima 29 de Agosto de 1985. Visto el expediente No. 8482, seguido por Luis Guillén S. A., Agencia de Aduana, por su comitente la firma Alberto Molina y Cia. S. A., en el que apela de la Resolución No. 11109 del Administrador de Aduana Maritima del Callao, de fecha 13 de Setiembre de 1983, que declaró improcedente el pedido de anulación del cargo No. 04/81 de un importe de S/. 415,428.00 recaído en la póliza de importación No. 040695/80, con lo que se despachó 175 cartones conteniendo tubos fluorescentes para alumbrado; CONSIDERANDO: Que, le corresponde tributar el 10o/o A/V CIF, establecida por la Resolución Suprema No. 026-80-ICTI/CO/CE, toda vez, que con D. Supremo No. 210-80-EF, se fijó a partir del 11 de Setiembre de 1980, como nivel máximo de los derechos de importación, el 60o/o A/V, ; que aplicándose aquella sobretasa, esta mercancía se encontraría gravada con el 70o/o A/V CIF; que, sin embargo, se debe tener en cuenta que de acuerdo con el art. 12, inc. 1º de la Ley General de Aduanas, Decreto Ley No. 20165, los derechos aplicables a la importación de esta mercancía fueron los vigentes a la numeración de la póliza de autos, esto es, el 20 de Agosto de 1980, fecha en que se encontró vigente dicha sobretasa, y que se dejó sin efecto con Resolución No. 390, del 17 de Octubre de 1980, por lo que no puede surtir efectos retroactivos; que de otro lado el principio de la retroactividad benigna previsto por el art. 160 del Decreto Ley No. 20165, que ha sido invocado por la recurrente, al fundamentar este reclamo, no resulta de aplicación al presente caso, por cuanto este beneficio procede para las sanciones, y no para el pago de los derechos arancelarios; de acuerdo con el informe del vocal presente señor Martínez del Solar. Cuyos fundamentos se reproducen y que forman parte integrante de esta resolución: CONFIRMARON la apelada en todos sus extremos, por haberse expedido con arreglo a ley; y lo devolvieron.- PROTSEL GUILLET.- MARTINEZ DEL SOLAR.- STRONGUILO MIANI.- GHERSI FLORES.- LIZARZABURO FARÍÑA". - (Rev. Normas Legales - Banca y Seguro-, Trujillo, 1987-Año XLVI, pág. 527).

D) El Art. 186 de la Constitución Política del Perú faculta al Congreso para interpretar las leyes existentes. Sin embargo, ni la Constitución ni la ley se refieren a la retroactividad de las leyes interpretativas, como si sucede en algunas normas del derecho comparado.

Toda norma es abstracta y general, de allí que si resulta oscura o si de ella se están haciendo aplicaciones incorrectas, el legislador puede aclarar su sentido y alcance mediante una disposición aclaratoria general, válida para toda la colectividad y retroactiva al momento en que entró en vigencia la norma que es aclarada por el nuevo acto legislativo, pero sin afectar en modo alguno las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada, porque el legislador no puede dar una ley interpretativa para invalidar una sentencia judicial. Esto es lo que doctrinariamente se conoce como interpretación auténtica o legislativa.

Es oportuno hacer presente que al legislador le compete la tarea de dar leyes y no de interpretarlas; si una ley es confusa, contradictoria, oscura, o si de ella se hacen aplicaciones incorrectas, o se quiere que se entienda en otro sentido, el legislador lo que tiene que hacer es modificarla por otra y ello es suficiente para que los jueces resuelvan los casos pendientes o futuros de acuerdo a la ley nueva. En cambio, la interpretación es una labor propia del juez que es quien aplica la ley; a través de él se opera el tránsito de lo abstracto de la ley a la realidad, el paso de la ley general a la ley concreta que es la sentencia; convierte en realidad las previsiones legislativas.

BORDA (14) expresa: "Consideramos que hablar de las leyes interpretativas o de interpretación legislativa o auténtica, aludiendo a la que de sus propias leyes hace el Poder Legislativo es un verdadero contrasentido jurídico". Agrega el autor "El expediente de las leyes aclaratorias ha permitido acallar los escrúpulos de quienes defienden la inviolabilidad del principio de la irretroactividad de la ley y de los derechos adquiridos. Se afirma, en efecto, que en este caso no hay retroactividad, porque como la ley nueva interpreta la anterior, estrictamente, forma parte de ésta, la integra, ya que no hace sino declarar cuál es su recto significado: de modo que, la nueva ley debe aplicarse desde el momento en que entró en vigencia la anterior, sin que ello puede considerarse retroactividad. La falacia del argumento es evidente. El recto significado de la ley anterior ya la han fijado los jueces, que son los órganos naturales y constitucionales de interpretación y aplicación de la ley. La ley es lo que los jueces dicen que es. Y toda ley que obligue a los jueces a fallar de modo distinto al que lo estaban haciendo hasta ese momento, importa una verdadera reforma de la anterior. La retroactividad es evidente, porque la nueva ley se aplica a partir de la sanción de la que se pretende aclarar". Aclaremos que en Argentina como en la mayoría de países, el principio de la irretroactividad de la ley no está sancionada constitucionalmente como sí se hace en el Perú, dado a que ello equivale a llevar la irretroactividad hasta sus últimas consecuencias, impidiendo, así, la realización de transformaciones radicales que la realidad exige para lograr una sociedad más justa.

F) Las sentencias del Tribunal de Garantías Constitucionales que declaren la inconstitucionalidad de una norma, en todo o en parte, no tienen efecto retroactivo (art. 300 de la Constitución).

En consonancia con los artículos 187 y 300 de la Constitución, la Ley No. 23385, Ley del Tribunal de Garantías Constitucionales, en su art. 41 establece que las sentencias del Tribunal no tienen efecto retroactivo, salvo cuando se trate de materias penal, laboral o tributario que benefician al reo, trabajador o contribuyente, respectivamente.

6. LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS DEL CODIGO CIVIL (DERECHO TRANSITORIO)

Como ley nueva, el Código Civil, que entró en vigencia el 14 de Noviembre de 1984 (art. 2º del D. Legislativo No. 295), mediante disposiciones transitorias regula

(14) Borda, Guillermo, Ob. Cit., pag. 100 y 101.

el tránsito de la legislación anterior a la que él establece. Estas disposiciones transitorias disciplinan el tránsito de la regulación establecida por el Código Civil de 1936 a la que establece el Código Civil vigente, con el propósito de resolver los conflictos de leyes en el tiempo, o sea, los problemas que se presentan con el pasaje de una legislación a otra. No está demás hacer presente que autores como Borda sostienen que la expresión conflicto de leyes es errónea porque cuando una ley deroga la anterior, no hay conflicto alguno. La única ley vigente es la última; ésta constituye el derecho vivo; el juez no puede juzgar sino conforme a ella por ser la única que tiene fuerza obligatoria. La vieja ley no puede ser tomada en cuenta porque dejó de regir, no es más una norma jurídica, pertenece a la historia del derecho.

Sin embargo, contrariamente a los que niegan la existencia del conflicto de leyes en el tiempo, es un hecho que dada una ley nueva, surge el problema de determinar los límites entre aquellos extremos que deben regirse por la ley antigua y los que son alcanzados por la nueva, problema que viene a ser resuelto por el derecho transitorio.

Las disposiciones transitorias del Código son:

“Art. 2114.— Las disposiciones relativas a los derechos civiles consagrados en el artículo 2 de la Constitución Política del Perú se aplican a partir del trece de julio de mil novecientos setentinueve”.

El art. 2 de la Constitución regula los derechos de la persona humana sin distinguir entre derechos civiles, derechos individuales, derechos sociales, derechos públicos. Muchos de estos derechos de la persona humana, llamados también derechos de la personalidad o derechos humanos, son regulados en los arts. 1 al 41 del C. C. No existe ni en el derecho positivo ni en la doctrina criterios que nos permitan establecer fronteras infranqueables entre derechos civiles y políticos, entre derechos individuales y sociales, entre derechos civiles y libertades públicas.

Conforme a la Primera Disposición General y Transitoria de la Constitución, todos los derechos de la persona, sin distinción alguna, a que se refiere el art. 2, rigen a partir del día siguiente de la promulgación y sanción de la Constitución, acto que tuvo lugar el 12 de Julio de 1979. En consecuencia los derechos de la persona reconocidos por el art. 2 de la Constitución están vigentes a partir del día 13 de Julio de 1979.

El Poder Ejecutivo, que, por delegación del Poder Legislativo, promulgó el Código Civil mediante el D. Leg. No. 295, carece de función normativa constitucional, razón por la cual se ha recortado su función legislativa al derecho civil al establecer que “las disposiciones relativas a los derechos civiles” consagrados en el art. 2 de la Constitución se aplican a partir del 13 de Julio de 1979. Hubiese sido mejor que en vez de la expresión “derechos civiles” utilice la de “derechos de la persona” por ser la misma que emplea la Sección Primera del Libro I del C. C.

De todos modos, el art. 2114 del C. C. está demás, es innecesario, inútil, puesto que todos los derechos de la personalidad consagrados en el art. 2 de la Constitución están vigentes desde el 13 de Julio de 1979 por mandato de la propia Constitución, por lo que desde esa fecha son de aplicación obligatoria. Su aplicación es obligatoria

por mandato constitucional y no por mandato de una norma de menor jerarquía a la Constitución como es el Código Civil.

"Art. 2115.— Las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes del catorce de noviembre de mil novecientos treintiséis conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores".

Este artículo tiene su antecedente en el art. 1827 del C.C. de 1936 que decía: "Las partidas de los registros parroquiales tendrán el mismo valor que las partidas de los registros del estado civil, si se prueba, mediante la certificación respectiva, la inexistencia de este registro en el lugar correspondiente, sin perjuicio de lo ordenado en el art. 126. Las partidas de los registros parroquiales referentes a los hechos realizados antes de la vigencia de este Código, conservan la eficacia que les atribuyen las leyes anteriores. El reconocimiento de los hijos ilegítimos cuyas partidas sólo estuvieran extendidos en los libros parroquiales, podrá ser efectuado en estos libros, ante el párroco, con las formalidades del art. 255".

Al entrar en vigencia el Código Civil de 1936, esto es el 14 de Noviembre de ese año, los registros civiles no se encontraban debidamente implementados en todo el territorio nacional, razón por la que se reconoció a las partidas parroquiales relativas a los hechos realizados con anterioridad a esa fecha.

El Código Civil vigente al reconocer eficacia a las partidas parroquiales anteriores al 14 de Noviembre de 1936, no hace otra cosa que mantener el valor jurídico que siempre tuvieron dichos documentos, además, así se afirma el principio de la aplicación inmediata de la ley; disponer lo contrario significaría causar un daño innecesario a sus titulares. Por el valor jurídico que reconoce la ley a estas partidas parroquiales, tienen el carácter de instrumentos públicos (Inc. 3 del art. 400 del C. de P. C.) y por tanto producen fe, tan igual que las partidas de los registros del estado civil, respecto de los nacimientos, matrimonios y reconocimiento de hijos mediante actas extendidas en los Registros Parroquiales.

"Art. 2116.— Las disposiciones de los artículos 818 y 819 se aplican a los derechos sucesorios causados a partir del veintiocho de julio de mil novecientos ochenta".

El art. 762 del Código de 1936 determinaba que si habían hijos legítimos (nacidos durante el matrimonio) e ilegítimos (nacidos fuera del matrimonio), cada uno de estos últimos recibía la mitad de lo que recibía cada legítimo. Esta injusta discriminación entre hijos legítimos e ilegítimos fue superada por el art. 6, párrafo 3º, de la Constitución que prescribe que todos los hijos tienen iguales derechos y prohíbe toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad. El principio constitucional es repetido en el art. 235 del Código vigente de 1984 que establece que "todos los hijos tienen iguales derechos"; en el art. 818 se consagra la igualdad de derechos sucesorios de los hijos y en el art. 819 se prescribe que la misma igualdad de derechos rige la sucesión de los demás descendientes; en el art. 682 se establece que

en línea recta descendente la representación es ilimitada en favor de los descendientes de los hijos, sin distinción alguna.

La igualdad jurídica de los hijos, sin hacer ninguna discriminación por razón de haber nacido unos dentro del matrimonio y otros fuera de él, establecida por el art. 6 de la Constitución, rige desde el 28 de Julio de 1980. Esto debido a que la Primera disposición general y transitoria de la Constitución establece que ésta es promulgada por la Asamblea Constituyente y entra en vigencia al instalarse el Gobierno Constitucional (El Gobierno Constitucional se instaló el 28 de Julio de 1980 y en la misma fecha dispuso la publicación y cumplimiento de la Constitución), con excepción de los preceptos que rigen a partir del día siguiente de su promulgación y sanción (La promulgación fue efectuada por la Asamblea Constituyente el 12 de Julio de 1979), y que son: Capítulos I al VII del Título I y Capítulo II del Título III, artículos: 87, 235, 236 y 282 y las demás disposiciones electorales y las generales y transitorias. No estando comprendido el art. 6 en estas excepciones, la derogatoria del art. 762 del Código de 1936 y el establecimiento de la igualdad jurídica de los hijos por el art. 6º de la Constitución rigen a partir del 28 de julio de 1980. Desde esa fecha todos los hijos son iguales, lo establece la ley de leyes, cuyas normas son de orden público y por consiguiente, también de aplicación inmediata. Los hijos, sin distinción de ninguna clase, heredan por partes iguales en todas las sucesiones abiertas a partir de esa fecha. Si la sucesión se ha aperturado con fecha anterior rige la diferencia establecida por el Código de 1936.

En conformidad con el mandato constitucional, el art. 2116 que estamos comentando dispone que la igualdad de derechos sucesorios de los hijos establecida por el art. 818 rige a partir del 28 de Julio de 1980 empero, erróneamente se establece que la igualdad de derechos sucesorios de los demás descendientes rige también a partir de dicha fecha.

Esto no es así, dado a que la diferencia que establecía el art. 762 no alcanzaba a los demás descendientes, por lo que la igualdad de derechos sucesorios de éstos rige desde que entró en vigencia el Código de 1936 y no desde el 28 de Julio de 1980, pues ni la Constitución ni el C.C. vigente han alterado en forma alguna esa igualdad.

“Art. 2117.— Los derechos de los herederos de quien haya muerto antes de la vigencia de este Código se rigen por las leyes anteriores. La sucesión abierta desde que rige este Código se regula por las normas que contiene; pero se cumplirán las disposiciones testamentarias en cuanto éste lo permita”.

Este artículo adopta la regla contenida en el art. 1830 del Código derogado de 1936 que decía: “Los derechos a la herencia del que hubiere fallecido antes de hallarse en vigor este Código, se regirán por las leyes anteriores. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará con arreglo al presente Código; pero se cumplirán, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias”.

Los derechos hereditarios quedan definitivamente establecidos al fallecimiento del de cujus. Con el fallecimiento de éste se abre la sucesión testamentaria o ab intestato. Si el fallecimiento se ha producido antes del 14 de Noviembre de 1984 (fecha

en que entró en vigencia el nuevo Código), los derechos de los herederos se rigen por las disposiciones del Código de 1936 y si la muerte se ha producido o se produce con posterioridad a esa fecha, por el principio de la aplicación inmediata de la nueva ley, la sucesión se regula por las normas del Código vigente de 1984; pero se respetarán las disposiciones de los testamentos otorgados antes del 14 de Noviembre de 1984, en cuanto el Código vigente lo permita. Vale decir, las disposiciones de los testamentos otorgados durante la vigencia del Código de 1936, si la sucesión se abre después del 14 de Noviembre de 1984, carecen de eficacia jurídica si no están permitidas por el vigente Código.

"Art. 2118.— El Testamento cerrado otorgado según el régimen anterior a este Código que estuviere en poder del testador o de cualquier otra persona, se considera revocado si el testador lo abre, rompe, destruye o inutiliza de otra manera".

El testamento cerrado es el otorgado mediante documentos que el testador firma y coloca en sobre cerrado y que lo entrega al notario, quien en un solo acto, estando presentes el testador y dos testigos sienta un acta en la cubierta del testamento de la cual consta el otorgamiento por el testador y la recepción por el notario, acta que es transcrita en el registro del Notario. Tanto el acta como su transcripción en el registro notarial son firmadas por el testador, los dos testigos y el notario, quien entrega copia certificada del acta al testador.

El Código Civil de 1852, art. 670, disponía que terminado el acto de otorgamiento el testamento cerrado se devuelve por el notario al que lo otorgó, para que lo custodie o haga guardar por quien tuviera a bien. El Código Civil de 1936 guarda silencio al respecto por lo que fue interpretado en el sentido de que tal sistema no ha cambiado, lo cual se deduce del art. 697 de este último que se refiere a "la persona que tenga en su poder un testamento cerrado". El Código Vigente de 1984, cambia tal sistema, al disponer en su art. 700 que "el testamento cerrado quedará en poder del notario".

El sistema seguido por los Códigos de 1852 y de 1936 es inconveniente, "porque el testamento cerrado, que es entregado por el notario al testador y que éste guarda o entrega en custodia a otra persona, queda expuesto a los riesgos de pérdida, sustracción, ocultación, destrucción, o apertura prematura e indebida, riesgos que son mayores cuando el testador ha fallecido. Al no ser habido el testamento cerrado por alguna de estas causas, ocurre que en el acta que el notario extendió en su protocolo, como en el asiento respectivo hecho en el Registro de Testamentos de los Registros Públicos a mérito de los partes pasados por el notario, consta el otorgamiento, mientras que su inexistencia, cuya causa frecuentemente se ignora, es un hecho negativo, que, como tal, es difícil de probar. No habiendo testamento, correspondería pedir la declaración de herederos ab-intestato, pero con el objeto de seguir este procedimiento, el art. 1215 del Código de Procedimientos Civiles, reformado por el Decreto Ley 20792, exige, en su inc. b), la presentación de "una constancia certificada de los Registros Públicos del último domicilio del finado y/o del lugar en que se tramite la declaratoria de herederos, de que en el Registro de Testamentos no existe ninguno otor-

gado por el causante". Y en este caso aparece, precisamente en dicho Registro la constancia y, por consiguiente, la prueba de que el causante otorgó testamento cerrado, lo cual obstaculiza el camino para obtener la referida declaración judicial de heredero" (15), razón por la que la jurisprudencia ha establecido que en estos casos la declaratoria de herederos se siga en vía ordinaria, con la consiguiente dilación y molestias.

Por los problemas que acarrear el hecho de que el testamento cerrado permanezca en poder del testador o de la persona a quien confía a su custodia, el vigente Código cambia de sistema y establece que el testamento cerrado debe quedar en poder del notario, quien lo conservará con las seguridades necesarias, facultando al testador para que en cualquier momento pueda pedir su restitución, hecho del cual el notario dejará constancia en acta extendida en su registro, siendo la consecuencia lógica de la restitución, por el sistema adoptado, que el testamento quede revocado (art. 700).

Conforme al Código de 1936, art. 749, "El testamento cerrado queda revocado si el testador lo rompe o lo abre", y según el Código de 1984, art. 802, "El testamento cerrado queda revocado si el testador lo retira de la custodia del notario". (Este art. 802 es reiterativo de lo que ya está señalado en el art. 700 sobre la revocación del testamento cerrado).

Entonces, como el Código del 36 permitía que el testamento cerrado permaneciera en poder del testador o de la persona a quien encomiende su custodia, es que la disposición transitoria del Código del 84 contenida en el art. 2118 otorgado con las formalidades señaladas por el anterior Código y que estuviera en poder del testador o de cualquier otra persona, se considera revocado si el testador lo abre, rompe, destruye o inutiliza de otra manera; lo cual es coherente con el principio sentado en el art. 2117 según el cual se cumplen las disposiciones de los testamentos otorgados con anterioridad al 14 de Noviembre de 1984, en cuanto estén permitidas por el vigente Código.

"Art. 2119.— La persona que tuviere en su poder un testamento cerrado, otorgado según el régimen anterior a este Código, está obligada a presentarlo ante el juez competente, dentro de los treinta días de tener noticias de la muerte del testador, bajo responsabilidad por el perjuicio que ocasione con su dilación".

Esta regla ha sido tomada del art. 697 del Código del 36 que decía: "La persona que conserve un testamento cerrado u ológrafo, debe presentarlo al juez tan luego tenga noticia de la muerte del testador, bajo pena de responder de los daños y perjuicios". Este artículo omite señalar el plazo dentro del cual el tenedor del testamento cerrado, que toma conocimiento de la muerte del testador, debe presentarlo al juez, omisión que viene a subsanar el Código del 84, art. 2119 que establece que la entrega al juez debe efectuarse dentro de los 30 días de tener noticia de la muerte del testador.

(15) Lanatta Guillhen, Rómulo. Texto, exposición de motivos y comentarios del libro de sucesiones del C.C., T.V., Exposición de motivos y comentarios, compilación de Delia Revoredo de Debakey, Lima 1985, p. 45.

Entonces, conforme al dispositivo que comentamos, el tenedor de un testamento cerrado otorgado antes del 14 de Noviembre de 1984, está obligado a presentarlo al juzgado dentro de los 30 días de tener noticias del fallecimiento del testador. Esto es concordante con el art. 708 del mismo código de 1984 que dispone que la persona que conserve en su poder un testamento ológrafo (escrito, fechado y firmado por el propio testador), está obligada a presentarla al juez competente dentro de los 30 días de tener conocimiento del fallecimiento del testador. Se reafirma así la regla de que el nuevo Código, salvo las modificaciones que expresamente establezca, respeta las formalidades testamentarias de la legislación anterior.

"Art. 2120.— Se rigen por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su imperio, aunque este Código no los reconozca".

Este artículo es transcripción del art. 1826 del Código de 1936, con excepción del verbo regir que en éste estaba en futuro (Se regirán...) y en aquél está en presente (Se rigen...). Entre los derechos nacidos bajo el imperio de la legislación vigente con anterioridad al 14 de Noviembre de 1936 y que el Código de 1936 no reconoció y que, por tanto, continuaron rigiéndose por dicha legislación anterior, se encuentran los censos consignativo, reservativo y enfitéutico, y las capellanías. El art. 1826 del Código del 36 era concordante con el art. 1824 de ese mismo cuerpo de leyes, según el cual con la aplicación de leyes nuevas no se pueden afectar derechos adquiridos conforme a la ley derogada.

Una regla parecida a la contenida en los arts. 1826 del Código del 36 y 2120 del Código del 84, lo encontramos en el Código Civil español en cuya primera disposición transitoria dice: "se regirán por la legislación anterior al Código los derechos nacidos según ella, de hechos realizados bajo su régimen, aunque el Código los regule de otro modo o no les reconozca. Pero si el derecho apareciere declarado por primera vez en el código, tendrá efecto desde luego, aunque el hecho que lo origine se verificara bajo la legislación anterior, siempre que no perjudique a otro derecho adquirido de igual origen". Con disposiciones como éstas queda claro que ni las esperanzas ni las expectativas pueden beneficiarse con el principio general de la irretroactividad, porque no constituyen verdaderos derechos, pues en casos como éstos, la teoría de los derechos adquiridos coincide con la moderna doctrina de los hechos consumados ("hechos realizados") porque se rigen por la legislación precedente las consecuencias jurídicas que se derivan de la verificación total de todos los elementos constitutivos del presupuesto de hecho durante su vigencia.

Por lo expuesto no coincidimos con Lanatta (16) cuando refiriéndose al art. 2120 del C.C. vigente dice: "Se trata de una disposición de carácter general aplicable a los derechos adquiridos durante la vigencia de la legislación anterior". El artículo en cuestión tiene que ser interpretado concordándolo con el art. III del T.P. y art. 2121 y con el art. 187 de la Constitución, en consecuencia, por aplicación de la doctrina de los hechos consumados, cuando todos los elementos del presupuesto de hecho de la norma se han verificado durante la vigencia del Código de 1936, pero la

(16) Lanatta G., *Rómulo, Ob. Cit.*, Tomo VI, p. 1043.

consecuencia jurídica, esto es, el efecto de derecho, todavía no se ha ejercitado al entrar en vigencia el nuevo código, ya sea que los efectos jurídicos de dicho presupuesto de hecho regulados en el Código anterior también lo estén en el nuevo o ya sea que éste los regule de otro modo o no les reconozca, se disciplinarán aplicando ultractivamente las normas del Código del 36.

No es que exista un divorcio absoluto entre las teorías de los derechos adquiridos y hechos consumados, por el contrario tratándose de derechos con contenido económico, la teoría de los hechos consumados nos indica, sin que quepa lugar a dudas, en qué momento un derecho ha ingresado en el matrimonio de su titular. Empero, siendo esto así, es irrelevante referirse a la teoría de los derechos adquiridos como un medio de resolver los conflictos que se susciten con la aplicación de la ley en el tiempo, pues para ello es suficiente la teoría de los hechos consumados según la cual si el presupuesto de hecho se realizó totalmente durante la vigencia de la ley anterior, entonces es lógico que la consecuencia jurídica, el derecho, también ha nacido bajo su imperio (el derecho nace en el instante mismo en que el supuesto de hecho queda realizado totalmente) y si ese derecho no ha sido ejercitado al entrar en vigencia la nueva ley, se aplicará la ley anterior por efecto del principio de la aplicación inmediata de la ley (a todos los hechos que se produzcan desde su entrada en vigencia, hasta el momento en que es derogada) y porque la nueva ley no tiene efectos retroactivos. Así, el derogado Código de 1936 establecía que "si hay hijos legítimos e ilegítimos, cada uno de estos últimos recibirá la mitad de lo que recibe cada legítimo" (art. 762), esta disposición quedó derogada el 28 de Julio de 1980, fecha en que entró en vigencia la nueva Constitución en cuyo art. 6º establece la igualdad jurídica de todos los hijos; supongamos que una herencia testamentaria (efecto jurídico) se abrió antes del 28 de Julio de 1980 dado que el testamento se otorgó antes de esa fecha y el fallecimiento del de cujus también tuvo lugar antes de esa fecha; o para decirlo con más propiedad, los dos elementos del presupuesto de hecho (hecho jurídico): El testamento y el fallecimiento se verificaron antes del 28 de Julio de 1980, pero la herencia, habiendo hijos legítimos e ilegítimos, todavía no ha sido adjudicada, estando ya vigente el Código del 84, entonces si la adjudicación se tiene que hacer ahora, cada hijo nacido dentro del matrimonio, recibirá el doble de lo que reciba cada hijo nacido fuera del matrimonio, por aplicación ultractiva del C.C. del 36 que como lo establece el art. 2120 del nuevo Código sigue gobernando los derechos provenientes de los hechos jurídicos consumados (realizados) durante su vigencia, aunque este Código —el del 84— ya no reconoce a los hijos matrimoniales el derecho de percibir, como herencia, el doble de lo que reciban sus hermanos extramatrimoniales.

"Art. 2121.— A partir de su vigencia, las disposiciones de este Código se aplicarán inclusive a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes".

Este artículo repite el texto del primer párrafo del Art. III del T.P. ("La ley se aplica a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas existentes"), cuya ra-

tio legis se encuentra en la regla de la aplicación inmediata de la ley y en el principio de la irretroactividad de la misma. No obstante, que la norma del art. III es general, de aplicación no solamente al derecho civil sino a todo nuestro sistema de derecho positivo y la norma del art. 2121 es una norma particular (el art. 2121 es una aplicación particular del art. III del T.P.) aplicable solamente al sistema del derecho positivo civil peruano, vale como fundamentación lo que hemos dicho al comentar el art. III. En efecto, por la aplicación inmediata de la ley y por el principio de la irretroactividad de la misma, el Código vigente regula todos los hechos jurídicos, que se verifiquen por primera vez, a partir del momento en que entró en vigencia (14. 11.1984), pues toda norma tiene valor para el futuro; se aplicará inclusive a las relaciones jurídicas que se encontraban en curso en el momento en que queda derogado el Código del 36. Así, la ley nueva tiene efecto inmediato con relación al ejercicio de los derechos reales, a las obligaciones que presupone tal ejercicio, pues con una ley nueva se puede destruir totalmente un derecho real existente desde que estaba vigente la ley derogada (verbigracia con una ley nueva se puede suprimir la propiedad privada sobre determinados bienes), o se puede modificar ese derecho real imponiéndole ciertas limitaciones, modificaciones, cargas, gravámenes, pero los hechos relativos al nacimiento, modificación, traslación, extinción de un derecho real se regulan por el derecho vigente en el momento en que se verificaron (*tempus regit actu*) porque la ley nueva no tiene efectos retroactivos. En los contratos de tracto sucesivo (sean de ejecución continuada o periódica) en virtud de los mismos principios de la aplicación inmediata e irretroactividad de la ley, se rigen por la ley antigua las prestaciones que surgieron bajo su imperio (efecto inmediato o supervivencia de la ley antigua para regular el ejercicio del derecho nacido a su amparo) y los efectos jurídicos futuros (las prestaciones que se devenguen en el futuro) se rigen por la nueva ley. Los hechos jurídicos relativos al establecimiento del estado civil de las personas como son los relativos a la adquisición de la mayoría de edad, la capacidad, el matrimonio, el reconocimiento de hijos, etc., se rigen por la ley bajo la cual tuvieron lugar, verbigracia el matrimonio no puede ser tocado porque la nueva ley señala otros requisitos para su celebración; pero las modificaciones a los derechos y obligaciones de cualquier estado civil ya establecido se aplican inmediatamente. Ej. según el Código del 36 al marido corresponde la administración de los bienes comunes (art. 188), dirigir la sociedad conyugal (art. 161), fijar el domicilio conyugal y decidir sobre la economía del hogar (art. 162); el código del 84 otorga estas mismas facultades a ambos cónyuges, por lo que estos nuevos derechos de la mujer casada comenzaron a regir inmediatamente que entró en vigencia el nuevo Código, esto es, a partir del 14 de Noviembre de 1984 aún cuando el matrimonio se haya realizado con anterioridad a esa fecha. Al respecto es ilustrativo el art. 20 de la ley colombiana No. 153 de 1887 que dice:

"El estado civil de las personas adquirido conforme a la ley vigente en la fecha de su constitución, subsistirá aunque aquella ley fuere abolida; pero los derechos y obligaciones anexos al mismo estado, las consiguientes relaciones reciprocas de autoridad o dependencia entre cónyuges, entre padres e hijos, entre guardadores

y pupilos, y los derechos del usufructo y administración de bienes ajenos, se registrarán por la ley nueva, sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tenga cumplido efecto”.

“Art. 2122.— La prescripción iniciada antes de la vigencia de este Código, se rige por las leyes anteriores. Empero, si desde que entra en vigencia, transcurre el tiempo requerido en él para la prescripción, esta surte su efecto, aunque por dichas leyes se necesitare un lapso mayor. La misma regla se aplica a la caducidad”.

Este artículo es reproducción, aunque con redacción diferente, del art. 1833 del Código del 36 que decía: “La prescripción iniciada antes de ponerse en vigor este Código, se regirá por las leyes anteriores; pero si desde que fuese puesto en vigencia, transcurriera todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores, se requiriese un lapso de tiempo mayor”.

Como excepción al principio de la irretroactividad (art. 187 de la Constitución y art. III del T.P. y 2121 del C. C.) este artículo establece la ultractividad de las normas sobre prescripción y caducidad del Código de 1936 siempre y cuando en su aplicación a cada caso concreto el plazo fijado resulte ser el más reducido (ultractividad relativa).

A la prescripción adquisitiva se le llama también usucapión y se refiere al fenómeno de la adquisición de derechos por el transcurso del tiempo en las condiciones fijadas por la ley.

La prescripción extintiva, llamada también liberatoria, importa la extinción de los derechos y acciones por la inactividad de su titular durante cierto tiempo. Un derecho queda automáticamente extinguido, cuando transcurre el plazo previsto por ley sin que se ejercite por su titular ni se reconozca su existencia por el obligado.

La diferencia esencial entre plazo de prescripción y caducidad estriba en que el primero es susceptible de suspensión e interrupción por actos de ejercicio o de reconocimiento del derecho respectivo, en tanto que el plazo de caducidad no se suspende ni se interrumpe debido a que la ley, interesada en consolidar ciertos derechos o situaciones legales, exige el ejercicio del derecho dentro del término fijado. También se dice que por la prescripción se extingue la acción (art. 1989), en tanto que “la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente” (art. 2003).

El artículo en análisis se refiere tanto al plazo de prescripción adquisitiva y extintiva como al de caducidad.

En cada supuesto concreto, cuando el plazo de prescripción o el de caducidad ha comenzado a correr desde antes del 14 de Noviembre de 1984, se aplicará o el Código del 36 o el Código del 84, según cual sea el plazo que resulte menor (el que concluya antes). Así, por ejemplo, la prescripción larga de inmuebles conforme al Código del 36 es de 30 años (“Art. 871.— Adquieren inmuebles por prescripción quienes los han poseído como propietarios de modo continuo durante diez años, con justo título y buena fe, o durante treinta años sin estos dos últimos requisitos”) y conforme al Código del 84 es de diez años (“art. 950.— La propiedad inmueble se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante

diez años. Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe"); supongamos que la posesión animus domini, sin justo título ni buena fe, se ha iniciado el 1º de Julio de 1958, el plazo para usucapir concluirá el 1º de Julio de 1988 porque beneficia al poseedor y la aplicación del plazo señalado por el Código derogado que supervive, pues de aplicarse el nuevo Código la prescripción operaría recién el 14 de Noviembre de 1994 (debido a que no obstante, que la posesión empezó el 1/07/1958, el plazo de diez años fijado por el nuevo Código se cuenta a partir del 14/11/84 en que entró en vigencia). Contrariamente, si la posesión se hubiera iniciado el 1º de Julio de 1970, el plazo para adquirir el inmueble por prescripción concluirá el 14/11/1994 por aplicación del nuevo plazo señalado en el Código vigente, o sea, aún cuando el lapso prescriptorio se inició bajo el imperio del Código Civil derogado, se aplica el menor término establecido por la nueva legislación, por ser más beneficiosa al poseedor, pues de aplicarse el Código anterior tendría que esperar hasta el 1/07/2000 (fecha en que se cumpliría los 30 años que señala el C.C. derogado).

Los plazos de prescripción en el Código Civil de 1936 son:

- a) Adquisitiva: Muebles, art. 893; inmuebles, art. 871.
- b) Extintiva: Arts. 1168 y ss.

Los plazos de prescripción en el vigente Código son:

- a) Adquisitiva: Muebles, art. 951; inmuebles, art. 950.
- b) Extintiva: arts. 1989 y ss.
- c) Caducidad: arts. 2003 y ss.