



## CAPITULO IV.

DEL EFECTO DE LAS LEYES EN CUANTO AL TIEMPO EN QUE RIGEN.

SECCION 1<sup>a</sup>.—El principio de la no-retroactividad.§ 1<sup>o</sup> ¿Cuán lo puede ó no el legislador regir el pasado?

141. El artículo 2 del Código civil dice: «la ley no dispone sino para lo futuro; no tiene efecto retroactivo.» ¿Ese principio se refiere al legislador? ¿Significa acaso que el poder legislativo nunca puede regir el pasado? Se responde que por lo comun el artículo 2 no ata al legislador (1); esto es verdad en el sentido de que el artículo 2 es una ley y no una disposicion constitucional; pues el legislador puede siempre derogar una ley, y por lo mismo puede hacer una ley retroactiva, á pesar de que el código dice que la ley no ordena sino para lo futuro. El principio de la no retroactividad no es pues un] principio constitucional. Es necesario decir más: sería] contrario á la esencia del poder legislativo que éste estuviera atado por la regla de que la ley no ordena ó rige sino para el porvenir. Efectivamente, hay casos en que la ley tiene que regir el pasado, ya sea en favor del interés social, ya en el de los intereses de los ciudadanos. Luego el legislador no debe estar atado por un principio absoluto

1 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, seccion II, núm. 2.

que impediria su libertad de accion con perjuicio de la sociedad y de los individuos.

Existe sin embargo una constitucion que hizo un principio constitucional de la no-retroactividad de las leyes. Esta constitucion es la del año III, y colocó esta máxima entre los derechos del hombre, derechos que la Asamblea nacional habia declarado sagrados, inalienables é imprescriptibles: «ninguna ley, decia el artículo 14, ni criminal ni civil, puede tener efecto retroactivo.» ¡Cosa notable! la constitucion del año III fué obra de la Convencion; pues bien, ninguna asamblea habia abusado tanto como ella de su omnipotencia para regir el pasado á gusto de las pasiones politicas que la agitaban. Para poner á la sociedad á cubierto de estos excesos, la Convencion quiso impedir al legislador que hiciera leyes que tuvieran efecto retroactivo. Esto era pasar de un exceso á otro. En 1848 un miembro de la Asamblea constituyente de Francia pidió que la nueva constitucion, siguiendo el ejemplo de la del año III, consignara el principio de la no-retroactividad de las leyes. Se le respondió que la retroactividad podia ser justa y necesaria, y que por lo mismo era debido no impedir al legislador que hiciese lo que la justicia y el interés general exigian. La proposicion fué desechada.

142. Si el principio de la no-retroactividad no liga al legislador á titulo de regla constitucional, sin embargo se dirige á él como consejo, como un precepto de derecho natural que tiene obligacion de observar el poder legislativo. Efectivamente, hay casos en que la justicia eterna prohíbe al legislador regir el pasado; y aun cuando la constitucion no lo prohíbe, él no debe hacerlo, porque al hacerlo quitaria á la ley la autoridad moral sin la cual no viene á ser más que una tiranía. Así es como la entendian los autores del código. El Tribunado objetó desde luego que la disposicion del artículo 2 era inútil, porque no era más



que un simple consejo para el legislador, consejo del cual podia desviarse. Portalis contestó que la regla se dirigia principalmente á los jueces; pero agregó: «aun cuando ella fuera tambien para el legislador, ¿qué peligro habria en que se viera consagrada por él una máxima á la cual estaba ya ligado por su conciencia y á la que se ligaria tambien por sus mismas leyes? (1) Esta no es una regla inútil, dice Berlier, sino un precepto para el legislador y para el juez (2). El Tribunado acabó por adherirse á esta opinion, presentando su voto de adopcion; y el tribuno Faure declaró que el artículo 2 era un precepto para los legisladores y á la vez una obligacion para los tribunales (3).

Es tan cierto que en el pensamiento de los autores del código, el principio de la no-retroactividad se dirige al legislador no ménos que al juez, que las razones dadas por Portalis afectan, por decirlo así, exclusivamente al poder legislativo. «Las leyes, dice, no existen sino desde que se promulgan, y no pueden tener efecto sino desde que existen.» Esto es enteramente evidente; pero una vez que ellas existen, ¿no pueden regir el pasado en el sentido de que arreglen los actos que han tenido origen en la ley antigua? Esta es la verdadera dificultad que presenta la cuestion de la no-retroactividad. ¿Cómo responde á esto Portalis? «La libertad civil, dice, consiste en el derecho de hacer lo que la ley no prohíbe; y se considera como permitido todo lo que no está prohibido. ¿Qué sucederia con la libertad civil si el ciudadano pudiera temer que más tarde quedaria expuesto al peligro de la investigacion de sus actos, ó perturbado en los derechos que habia adquirido, por una ley posterior?» Esta causa se dirige tambien al legislador. Por-

1 Discurso de Portalis, orador del Gobierno en la sesion del Cuerpo legislativo del 23 frimario, año X (Loché, tomo I, pág. 261.)

2 Berlier, discurso en el Cuerpo legislativo, sesion del 24 frimario, año X (Loché, tomo I, pág. 292).

3 Loché, *Legislacion civil*, tomo I, pág. 317.

talis agrega que el poder de la ley no debe extenderse á las cosas que ya no existen. No, ciertamente, y sin embargo se concibe que el legislador quiera deshacer lo que está hecho; pero por el contrario no se concibe que el juez pueda obrar de la misma manera, porque las cosas que ya no existen, no están sujetas á su dominio; luego esta causa no concierne tampoco sino al poder legislativo.

Esto supuesto, el principio de la no-retroactividad, aun cuando no sea una regla obligatoria para el legislador, es sin embargo un precepto que moralmente tiene obligacion de observar; pero como esto no es más que un consejo, puede tambien no tomarlo en cuenta. Existe un ejemplo famoso de este exceso de poder: la ley de 17 nivoso del año II hace remontar hasta el 14 de Julio de 1789 la igualdad absoluta de las particiones entre los coherederos. La Convencion misma reconoció el error á que la habia arrastrado la pasion de la igualdad; un decreto del 5 floreal en el año III suspendió la ley de nivoso, y un decreto del 9 fructidor siguiente, la declaró no vigente. Mientras que ella subsistió, los tribunales debieron aplicarla por iniqua que fuese, y así se reconoció cuando se discutió el código: los jueces, dijo el tribuno Faure, no podrian eximirse de ordenar el cumplimiento de una ley retroactiva y los ciudadanos tampoco podrian dejar de obedecerla (1). En vano se diria que una ley semejante viola la justicia; porque los tribunales no tienen el derecho de juzgar la ley sino la obligacion de aplicarla (2).

143. Los términos en que se expresa el tribuno Faure parece que conceden al legislador un poder absoluto para hacer retroactiva la ley. No hay, dice Marlin, ninguna potestad su-

1 Discurso de Faure en la sesion del Cuerpo Legislativo del 14 ventoso del año XI (Loché, tomo I, pág. 317).

2 Merlin, *Repertorio*, en las palabras *Efecto retroactivo*, Seccion II, número 1.



perior á él que pueda reprimir este abuso de poder. ¿Quiere decir esto que el legislador es omnipotente? En nuestro régimen constitucional es necesario distinguir entre el poder legislativo y el poder constituyente. El legislador se encuentra atado por la constitucion, y no se puede decir, como los ingleses dicen, hablando de su parlamento, que puede hacerlo todo, ménos un hombre de una mujer. No puede cambiar la constitucion y no puede derogarla; de lo que se infiere que no puede dar una ley retroactiva que quite un derecho garantido por la constitucion; pero lo que el poder legislativo no puede, si lo puede el poder constitutivo, puesto que la constitucion no es inmutable y puede ser abrogada y modificada por el poder constituyente. El poder constituyente es absoluto en el sentido de que los poderes establecidos por la constitucion le deben obediencia, pues no solamente el poder ejecutivo, sino el poder judicial y aun el legislador mismo, le están subordinados y deben obedecerle. Una constitucion nueva puede quitar á los ciudadanos los derechos garantidos por la constitucion antigua. Nuestra constitucion proclama la libertad de enseñanza; y el ejercicio de esta libertad afecta á los intereses privados, y numerosos establecimientos que producen rentas considerables pertenecen á los particulares que los han fundado. Sin embargo el poder constituyente podria suprimir la libertad de enseñanza y cerrar todas las escuelas libres.

144. ¿Quiere decir esto que la soberanía sea un poder absoluto que no deba respetar derecho alguno? No, al frente de la sociedad soberana existe otra soberanía, la de los individuos que tienen sus derechos procedentes de Dios, derechos naturales que la sociedad no puede quitarles, porque no es ella la que se los ha dado, y cuando los incrusta en una constitucion, no hace otra cosa que declararlos. ¿Pero cuáles son esos derechos individuales? ¿Tienen ellos un carácter absoluto? ¿Son siempre y en todas partes los

mismos? No por cierto, varían según los tiempos y los lugares. No son absolutos más que en un sentido, y este es el de que el hombre debe tener ciertas facultades para llenar la misión que tiene en el mundo; esas facultades aumentan con su desenvolvimiento intelectual y moral, y el número y extensión de sus derechos va siempre en aumento. En este sentido, los derechos del hombre nada tienen de absoluto, y una nueva constitucion puede declarar otros nuevos y puede también volver á tocar aquellos respecto de los cuales ha hecho una declaración. Si el poder constituyente encontrase que la libertad ilimitada de enseñanza es un mal, podría ciertamente modificarla sometiéndola á nuevas garantías.

Hay un escollo para este poder que reconocemos en una nueva constitucion, para modificar y aun suprimir los derechos reconocidos al hombre por una constitucion anterior. ¿El poder constituyente podría abusar de su facultad soberana para despojar á los hombres de uno de esos derechos naturales, sin los cuales la perfección moral é intelectual se hacen imposibles? Ciertamente, el poder constituyente traspasaría los límites de su acción, si despojara á los ciudadanos de un derecho que les pertenece por la razón misma de los progresos que han realizado; usurparía una soberanía que es tan sagrada como la suya. Tal es, en nuestra opinión, la propiedad. Si el poder constituyente la aboliese para establecer la comunidad de bienes, violaría un derecho natural de los individuos. ¿Es por esto necesario inferir que el legislador, que el gobierno, que los tribunales, que los ciudadanos no le deberían ninguna obediencia? Si los jueces y los particulares deben obedecer una ley que les quita un derecho, con mucha más razón deben obedecer la constitucion que obliga al mismo legislador. La garantía contra estos excesos, no es la resistencia individual, sino que existe en la acción legal de la soberanía del pueblo, y



en caso de necesidad en el derecho de revolucion si el ejercicio regular de la soberanía nacional estuviese impedido por la fuerza.

145. El poder legislativo no tiene la extension de poder que pertenece al soberano constituyente. Cuando la constitucion ha declarado los derechos de que gozan los ciudadanos, el legislador los debe respetar. Si estos derechos son absolutos é ilimitados, no puede ni modificarlos ni limitarlos. En ese sentido la ley no puede retro-obrar. Bajo el imperio de nuestra constitucion, que proclama la libertad ilimitada de enseñanza, el legislador no podia ordenar la supresion de una escuela libre. Si este exceso de poder fuera permitido, ¿los ciudadanos deberian obedecer la ley? Ya respondimos que deben obedecer una ley retroactiva; pero la cuestion que acabamos de proponer es más delicada, porque no es ya el simple precepto de la no-retroaccion el que se ha violado, sino que lo es la misma constitucion. Sin embargo insistimos en nuestra decision. No pertenece á los particulares juzgar si una ley es ó no constitucional. Ante ella ya no tienen derecho y no pueden más que obedecer; tal es su deber. Hay más todavía; los tribunales mismos no pueden excusarse de la aplicacion de una ley por la razon de que sea inconstitucional. La constitucion belga les da el derecho y hasta les impone el deber de no aplicar los decretos reales sino cuando sean conformes á las leyes (artículo 107); pero no les permite juzgar las leyes mismas(1). Una potestad semejante está en oposicion con la subordinacion en que se encuentra segun nuestro régimen el poder judicial respecto del legislativo. La garantía contra las leyes anticonstitucionales no está en la intervencion de los tribunales, sino que existe en el ejercicio regular de la soberanía nacional y en último extremo en el derecho de revolucion.

1 Véase anteriormente el núm. 31.

146. El legislador debe respetar todos los derechos que garantiza la constitucion. Entre esos derechos se encuentra la libertad de enseñanza. Acabamos de decir que la ley no podria suprimir una escuela libre, porque eso seria violar la libertad de enseñar. ¿Pero es tambien necesario que el legislador se abstenga de organizar escuelas públicas á expensas del Estado, porque perjudicarian los establecimientos libres y comprometerian de hecho la libertad de enseñar? Los obispos de Bélgica han solevantado esta pretension. Se abusa tanto del reproche de retroactividad, que es importante colocar los principios en su verdadero punto de vista.

En 1848 el ministerio liberal presentó una ley sobre la instruccion secundaria. El proyecto fué adoptado por una gran mayoría de la Cámara de representantes. Entónces los obispos dirigieron una peticion al Senado, en la que se lee que «la ley concede al gobierno el derecho de crear un número *indefinido* de colegios: que con esto lastima los *derechos adquiridos* por los católicos, que en virtud de la libertad de enseñanza han fundado á sus expensas un gran número de casas de educacion dignas de confianza (1).» Este reproche de retroaccion, con perjuicio de *derechos adquiridos*, no nos parece serio. La constitucion concede derechos á los ciudadanos y á ellos toca ejercitarlos, á sus riesgos y peligros. En virtud de la libertad de enseñanza, cualquiera puede fundar una escuela; ¿pero la constitucion le asegura tambien la prosperidad de su establecimiento y le pone á cubierto de la competencia? Sostener la afirmativa seria ridiculo. Prevemos la objecion. Que los individuos se hagan competencia, se concede; pero se niega este derecho al Estado. No, el Estado no hace competencia á las escuelas libres, su derecho es más elevado, su mision es más grande. Llena un deber al derramar á torrentes la instruc-

1 Diario histórico y literario, tomo XVII, p. 74 á 76.



cion, y por eso mismo el Estado hace uso de un derecho y llena un deber, al crear los establecimientos de instruccion, y al multiplicarlos no puede herir *derechos adquiridos*: lo mismo que los particulares, al fundar una escuela, no hieren los *derechos adquiridos* por todos aquellos que establecieron sus escuelas ántes que ellos. Todos hacen uso de un derecho y el que ejercita un derecho, á nadie ofende.

147. Existe otro derecho garantido por la constitucion y que afecta más directamente al principio de la no-retroactividad. El artículo 11 dice: «nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública en los casos y manera establecidos por la ley, y mediante una justa y previa indemnizacion.» Esta disposicion ata al poder legislativo que no puede quitar á un ciudadano su propiedad; y si una ley despojara de sus bienes á un particular, violaria el artículo 11 de la constitucion. Una ley no puede pues regir el pasado en el sentido de que prive á un propietario de un derecho que tiene bajo su dominio. Se infiere de aqui, que el principio de la no-retroaccion es un principio constitucional en tanto que garantiza la propiedad contra los atentados del legislador.

¿Pero cuál es el derecho garantido por la constitucion? Ordinariamente se contesta que este derecho es la propiedad. Esto es demasiado vago y además tal respuesta no se conforma con el texto del artículo 11. La constitucion en lo general no hace un derecho constitucional de la propiedad; pues dice solamente que nadie puede ser privado de su propiedad. Para comprender bien la fuerza de esta regla es necesario relacionarla con los artículos 544 y 545 del Código civil. El artículo 544 define así la propiedad: «El derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta;» pero agrega esta importante restriccion: «con tal que no se haga de ellas un uso prohibido por las leyes y

los reglamentos.» Lo que permite al legislador reglamentar el uso de la propiedad. A continuacion se encuentra el artículo 545 que consagra una consecuencia del derecho de propiedad, al disponer que «nadie puede ser obligado á ceder su propiedad sino por causa de utilidad pública y mediante una justa y previa indemnizacion.» ¿Qué hicieron los autores de la constitucion belga? Trasladaron el artículo 545 á la constitucion, y no consagraron en términos generales la inviolabilidad de la propiedad; el artículo 544 del código subsiste, y por consiguiente el legislador conserva el derecho de reglamentar el uso de la propiedad. Puede, por lo mismo, una ley reglamentar la propiedad, aun rigiendo el pasado, sin que se pueda decir que viola el artículo 11 de la constitucion: no violaria la constitucion á no ser que, rigiendo el pasado, despojara á los ciudadanos de un bien que está ya bajo su dominio.

148. La ley de 17 nivoso, año II, establece en su artículo 1º que: «las donaciones entre vivos, hechas desde el 14 de Julio de 1789 inclusive son nulas.» Una disposicion semejante sería contraria al artículo 11 de nuestra constitucion; porque en efecto, la donacion confiere al donatario la propiedad irrevocable de los bienes donados. Luego esos bienes estaban bajo el dominio de los donatarios, cuando la ley de 17 nivoso vino á despojarles de ellos. El legislador belga no podría ya hacer lo que hizo la Convencion sin violar la constitucion; y no puede, por lo mismo, dar una ley retroactiva que quite á los propietarios un derecho cualquiera que tienen en su dominio. Bajo este punto de vista, la no-retroactividad se ha convertido en un principio constitucional.

La ley de 17 nivoso estableció la igualdad de division é hizo retrotraer esta igualdad al 14 de Julio de 1789, anulando hasta las divisiones ya hechas desde ese dia. Una retroactividad semejante sería hoy inconstitucional, porque la division atribuye definitivamente á los coparticipes la