piados á los varios fines jurídicos con los cuales están en la misma correlación del medio al fin, y ninguna limitación puede admitirse en cuanto á dicha facultad de la soberanía, pues si bien á los particulares corresponde el derecho de obtener la sanción judicial de todo vínculo ó relación jurídica pertenecientes á los mismos, por el contrario, el régimen ó la ordenación del procedimiento oportuno á tal objeto cae de lleno en el dominio pleno y absoluto de la soberanía misma, la cual puede, en todo tiempo, perfeccionar los medios adoptados por la misma para ello, ya se trate del procedimiento contencioso, ya del llamado de jurisdicción voluntaria.

En cuanto al primero, no cabe establecer diferencia alguna respecto de la aplicación de las nuevas leyes procesales en todos los casos en que nazca contención, después de estar en vigor las mismas. En estos casos no es posible admitir que haya de estarse al procedimiento establecido por las leyes anteriores, sin que baste para ello la consideración de que tal procedimiento fuera ordenado para hacer eficaces los derechos creados bajo el imperio de la misma.

Si bien hemos dicho que no cabe admitir que las formas procesales formen parte del objeto de los derechos adquiridos por los particulares, desde luego se comprende que este principio sólo puede ser sostenido como absoluto y sin contradicción respecto de los procedimientos que hayan de ser promovidos después de la vigencia de la ley nueva para hacer valer derechos creados bajo el imperio de la legislación precedente; pero no sucede lo mismo, en todo caso, en cuanto á los procedimientos comenzados ya cuando estaba en vigor dicha legislación y que deban ser perseguidos y terminados después de empezar á regir la ley nueva.

En efecto; en tal supuesto, puede surgir la figura del derecho creado y la de su desenvolvimiento ó desarrollo posterior, y, por lo tanto, aceptado el principio de que debe considerarse en el pleno y solo arbitrio del legislador el regular la continuación de los procedimientos ya empezados, es también admitir que, sin pecar de injustificada retroactividad, deben hacerlo, pero respetando los derechos que á la sazón estuvieren adquiridos con ocasión ó por efecto de anteriores actos procesales, y respetando del mismo modo los verdaderos y propios derechos procesales creados cuando la figura jurídica de éstos deba ser reconocida según las reglas racionales de derecho transitorio que expondremos más adelante.

De lo expuesto anteriormente se deduce que para ser desenvuelta cuidadosa y rectamente la teoría de la irretroactividad de las leyes hay que distinguir muy especialmente las leyes propia y verdaderamente procesales de aquellas que no pueden ser reputadas como tales por la consideración de que los actos de procedimiento son conexos con la sustancia misma del derecho precedentemente adquirido. Y conviene además establecer para ello el concepto del derecho creado en virtud de los actos mismos procesales, á fin de que al aplicar las reglas generales relativas á la retroactividad de las leyes de procedimientos, se puedan perfectamente determinar las justas limitaciones que deban admitirse por razón del respeto debido á los derechos adquiridos con anterioridad.

CAPÍTULO II

TEORÍA DEL DERECHO CREADO EN MATERIA DE PROCEDIMIENTO

Para poder determinar de qué modo puede ser limitada, por razón del respeto debido á los derechos adquiridos, la regla fundamental de que toda ley nueva en materia procesal debe ser inmediatamente aplicada, conviene ante todo establecer la manera cómo puede surgir en el campo del procedimiento la figura del derecho creado.

En primer término, debe observarse que el derecho de entablar determinados actos de procedimiento establecidos, como medio á fin, para el objeto de poner en ejercicio la fuerza jurídica de un hecho ó de un negocio

civil cualquiera, puede ser adquirido por una persona al mismo tiempo ó en el mismo momento en que adquiere el derecho principal de cuya realización se trate.

Esto constituye el derecho creado en el orden procesal; pero entiéndase bien que no decimos que ese derecho haya de tener esta ó la otra forma determinada de procedimiento, sino que únicamente nos referimos al derecho, á la acción judiciaria, la cual debe ser considerada como un derecho creado, y en tal concepto, inviolable al igual del derecho mismo, cuya fuerza jurídica se quiera establecer, en cuanto dicha acción es por sí misma un medio legal concedido por la ley á aquel á quien pertenece el derecho para establecer la fuerza jurídica del mismo, para exigir su respeto ante los Tribunales y para obligar á su cumplimiento al deudor que trate de desconocerlo.

Si se tiene en cuenta que tanto vale un derecho cuanta sea su fuerza jurídica, se comprenderá desde luego que la acción judiciaria aceptada por la ley para establecer la fuerza jurídica de un derecho debe ser considerada como identificada con la existencia del mismo derecho, y debe ser reputada inviolable cuando pueda estimarse legalmente adquirida en el momento en que nace el derecho principal.

Toda la dificultad en esta materia está en determinar y fijar bien cuándo debe ser reputada la acción judiciaria por sí misma como un derecho adquirido. Aparece, en efecto, bien claramente que la citada acción debe ser considerada como una facultad concedida por la ley para valerse de determinado medio á fin de establecer legalmente un derecho, y de aquí que se sostenga generalmente que deben ser aplicadas, aun á los derechos precedentemente adquiridos, las leyes que no conciernen al derecho que se quiera hacer valer, sino á las acciones judiciarias, mediante las que se propone el interesado obtener dicho resultado; y por consecuencia las acciones de esta clase concedidas por una legislación anterior pueden ser derogadas ó suprimidas por una ley posterior, aun respecto de los negocios terminados antes de su promulgación y á los derechos precedentemente adquiridos, toda vez que al legislador corresponde ampliamente regular el procedimiento judicial y la admisibilidad ó inadmisibilidad de las acciones que, según se ha dicho en otra ocasión, se hallan en la propia relación de medio á fin.

En conformidad con este principio, es también doctrina corriente que solamente puede ser excluída la aplicación de la ley nueva respecto de las acciones permitidas por la legislación anterior que hubieren sido puestas en ejercicio antes de empezar á regir la ley nueva que las declare inadmisibles, como sucede respecto de las facultades legales, las cuales, cuando son ejercitadas constituyen un derecho creado, y constituyen del mismo modo tal derecho las acciones cuando el ejercicio de ellas hubiera tenido principio bajo el imperio de la ley antigua que tales acciones admitiera, debiendo igualmente admitirse en esta hipótesis el derecho de proseguir el procedimiento incoado á pesar de que la ley nueva haya declarado inadmisible la acción judiciaria ejercitada. Pero fuera de estos dos casos, la admisibilidad ó inadmisibilidad de las acciones debe someterse al imperio de la ley nueva, y ésta, sin incurrir en injusta retroactividad, debe ser aplicada á cualquiera contención proveniente de hechos ó actos anteriores á la misma. Esto, sin embargo, no se puede sostener en todos los casos, pues la acción judiciaria no debe siempre ser asimilada á una mera facultad legal.

Interesa mucho tener en cuenta que existen acciones que se hallan establecidas principalmente para adquirir mediante ellas un especial derecho, y por lo tanto, es evidente que las que tiendan á este objeto no deben ser consideradas de otro modo, más que como una mera facultad legal, y de aquí que no puede admitirse respecto de ellas ningún derecho creado que limite el ejercicio hecho antes de la promulgación de la nueva ley que hubiere cambiado las reglas de procedimiento.

Así, por ejemplo, la acción para obtener un secuestro

conservativo ó una cancelación de hipoteca no puede ser ejercitada en virtud de la legislación anterior, bajo cuyo imperio hubiere nacido el derecho que quiera garantirse ó la obligación hipotecaria que se trate de cancelar. La razón de esto consiste, como hemos dicho, en que en tales casos la acción no tiende á establecer por sí misma la fuerza jurídica de un derecho adquirido, sino más bien á adquirir mediante ellas un derecho especial como es el de la garantía en el primer ejemplo y el de la cesación de la obligación en el segundo, en cuya virtud, debiendo ser considerada como una simple facultad legal, fácilmente se deduce que si no hubiere sido ejercitada antes de empezar á regir la ley nueva que la declare inadmisible no puede serlo después. Solamente es admisible en tal supuesto que si la acción para obtener el secuestro hubiere sido entablada mientras regía todavía la legislación anterior (y lo mismo debe decirse de la relativa á la cancelación de hipoteca), pudiera el interesado proseguir el procedimiento aun después de estar en vigor la ley nueva, por la consideración de que el ejercicio hecho ya de una facultad legal engendra siempre un derecho creado, cual es el de proseguir los procedimientos legalmente iniciados, salvo el caso de que la ley nueva lo haya expresamente prohibido.

Otras acciones hay que, aun cuando no tienden á ejercer una facultad legal, deben, sin embargo, sujetarse á las mismas reglas de retroactividad á que se someten las facultades legales. Así sucede, por ejemplo, con la acción para obtener la disolución del matrimonio mediante el divorcio, la cual, cuando fuese declarada inadmisible por la ley nueva que, para determinado caso, no podría ser ejercitada en virtud de la legislación anterior que la permitiera, puesto que el derecho mismo de promover la disolución del matrimonio no puede ser considerado como un derecho creado, sino como una pura facultad legal, y por lo tanto, debe del mismo modo reputarse la acción y no cabe que se admita su ejercicio, si la nueva ley la hubiese declarado inadmisible.

Puede, finalmente, suceder, que la acción judiciaria no deba ejercitarse, en virtud de la legislación anterior, cuando la ley nueva haya hecho cesar el objeto mismo del derecho con el que haya de reputarse correlativo dicha acción. Así, si la ley nueva hubiere sancionado que deban formar parte del dominio público ciertas cosas que según las leyes anteriores podían ser consideradas en el dominio privado, en tales casos no podría ser ejercitada seguramente, fundada en la legislación anterior, la acción reivindicatoria de aquellas cosas comprendidas por la ley nueva entre las pertenecientes al dominio público.

La acción judiciaria puede, por el contrario, obedecer al objeto de establecer la fuerza jurídica de un derecho creado, existente y perfecto, perteneciente á los particulares en virtud de la legislación anterior, bajo cuyo imperio hubieren sido adquiridos, y en este supuesto constituye también un derecho creado, toda vez que de ella depende la fuerza jurídica del derecho adquirido y perfecto; no pudiendo admitirse, por lo tanto, sin incurrír en injusta retroactividad, que la ley nueva sujete á sus preceptos la acción judiciaria en tales circunstancias, porque esto equivaldría á autorizar que una ley posterior viniera á quitar la fuerza jurídica á un derecho perfecto y adquirido antes de haber empezado á regir la misma.

No valdría que contra esto se alegase la consideración expuesta por algunos de que la prohibición de proceder judicialmente para hacer valer un determinado derecho debe ser reputada absoluta y retroactiva, lo mismo que todas las leyes prohibitivas, pues según tenemos demostrado en la parte general de esta materia, no puede reconocerse en absoluto como regla general, que las leyes prohibitivas deban tener en todo caso autoridad retroactiva, sino que, por el contrario, es necesario aceptar respecto de ella la justa limitación del respeto debido á los derechos creados.

El derecho á proceder se reasume en el derecho á la acción judiciaria y, prescindiendo de la ritualidad del procedimiento, dicho está que puede ser considerada

como un derecho creado, toda vez que tiende á establecer y fijar judicialmente la fuerza jurídica de un verdadero y propio derecho adquirido.

Para comprender mejor la distinción expuesta, conviene tener presente lo dicho por el Tribunal de Casación francés en su sentencia de 7 de Junio de 1810. Se trataba de decidir en dicha sentencia acerca de la autoridad del decreto de 17 de Marzo de 1808, el cual había sancionado que las obligaciones de los préstamos hechos por los hebreos á los menores sin la autorización de sus tutores, á las mujeres casadas sin la autorización de su marido, y á los militares sin la de sus jefes, debían ser nulas en pleno derecho, sin que de ellas pudiera nacer acción alguna ante los Tribunales.

Dada esta disposición, surgieron algunas cuestiones sobre si debía ser aplicado el mencionado decreto aun á las obligaciones anteriores á su publicación; y el Tribunal de Casación, confirmando la sentencia dictada por el de Colmar en 10 de Enero de 1809, decidió por la negativa, por la consideración de que en dicho decreto no se encontraba dispuesto que el art. 3.º del mismo, que es el que hacía tal declaración, debiera ser aplicado á las deudas anteriores. Así vino á establecer que cuando el derecho á la acción judiciaria es adquirido á virtud de un derecho contractual y perfecto, según la legislación anterior, debe ser considerada también aquélla como un derecho perfecto y creado, rigiéndose como tal por la legislación anterior en fuerza del principio general de derecho transitorio, salvo el caso en que el legislador hubiese dispuesto expresamente lo contrario.

De lo expuesto se deduce que el derecho á la acción judiciaria no debe ser asimilado en todos los casos á la simple facultad legal, sino que en ocasiones viene á constituir por sí mismo un verdadero derecho creado, y en tal concepto puede sustraerse al imperio de la ley nueva, á no ser que el legislador por expresa disposición haya dado autoridad retroactiva á dicha ley. Dedúcese también de lo dicho, que aun en aquellos casos en que la acción judiciaria no debe ser reputada por sí misma un derecho creado, la parte que hubiere empezado á ejercitarla antes de entrar en vigor la nueva ley puede, sin embargo, ostentar el derecho de proseguirla y del mismo modo el de hacer valer los derechos adquiridos en virtud de los actos procesales realizados antes de comenzar á regir la ley nueva.

Consecuentemente con lo expuesto debe también admitirse que iniciado el procedimiento ejecutivo bajo el imperio de la ley antigua, debe ser del mismo modo reputado como un derecho creado el de repeler los nuevos medios de excepción establecidos por la ley posterior, porque el contrato judicial hace surgir igualmente derechos creados á virtud de la legislación que estuviere vigente en el momento en que la acción judiciaria fué iniciada.

Así debe también aceptarse que cuando se hubiere empezado el procedimiento ejecutivo contra el tercer poseedor del inmueble hipotecado, éste no puede aprovecharse del beneficio de la ley nueva publicada durante el curso del procedimiento que le concediese la excepción de la excusión de bienes, en virtud de la que hubiera en otro caso podido obligar al actor á dirigirse contra los demás bienes obligados que se hallasen en el dominio del deudor. La acción contra el tercer poseedor forma parte, en efecto, de la sustancia de la garantía real, y el ejercicio de dicha acción hace nacer el derecho creado de proseguir el procedimiento comenzado, y debe excluir por lo tanto respecto de él la aplicación de la ley nueva.

Debemos, aparte de esto, advertir que el derecho á la acción judiciaria se debe reputar en todo caso como independiente de la ritualidad procesal, la cual, como diremos después, cae por completo bajo el imperio de la ley nueva, y por consecuencia en los casos en que la admisibilidad de las acciones sólo puede ser regida por la ley nueva, porque no haya de reputarse como conexa ó consustancial con el fondo del derecho, debe más bien ser considerada como forma de procedimiento.

Así, por ejemplo, debe resolverse con arreglo á la ley nueva la cuestión de si debe ó no admitirse la acción posesoria para amparar una servidumbre discontinua ó continua no aparente, puesto que la controversia sobre este punto concierne más bien á las formas del procedimiento ó acción mediante la que puede ser amparado el derecho de servidumbre, y no á la acción misma que tiene por objeto directo la fuerza jurídica del derecho.

No es solamente el derecho á la acción judiciaria (es decir, el de emprender un determinado procedimiento) el que debe en ciertos casos ser considerado como un verdadero derecho creado, sino que también puede del mismo modo constituir un derecho perfecto el de poder ejercitar la acción ante determinado Magistrado, cuyo derecho, cuando haya sido adquirido mientras estaba en vigor la legislación anterior, no puede tampoco ser desconocido por la ley nueva sin incurrir en retroactividad.

Debe en efecto admitirse como regla, según diremos más adelante, que las leyes relativas á la jurisdicción, á la competencia y en general las que determinan la Autoridad á quien corresponde el poder declarar los derechos civiles pertenecientes á cada uno de los ciudadanos, y el de amparar su ejercicio, deben tener autoridad retroactiva en el sentido de quitar todo imperio á las leyes anteriores que estuvieren en contradicción con las mismas. Sin embargo, á pesar de esto, si las partes hubieren adquirido mientras regía la anterior legislación un derecho perfecto á una determinada jurisdicción ó á determinado sistema de procedimiento, con arreglo á las disposiciones de la misma, dicho derecho deberá ser respetado aun cuando hubiere comenzado á regir la ley nueva. Por ejemplo: si pudiera ser objeto de contrato, con arreglo á la legislación en vigor, la determinación del Juez competente y la jurisdicción, ó si esto pudiese ser efecto legal de un contrato celebrado ya con sujeción á la legislación vigente, sería necesario respetar el derecho y la relación contractual con respecto á él, salvo el caso en que la nueva ley haya dispuesto expresamente lo contrario (1). Y consecuentemente con ello, no solo debería admitirse la jurisdicción arbitral que se hallase legalmente establecida en el momento de celebrarse el contrato, sino también que deba ser eficaz el convenio celebrado por aquellas partes, que teniendo facultad para establecer por dicho medio ese sistema de procedimiento y la extensión del poder de los árbitros, hubieren suscrito dicho convenio cuando estaba vigente la legislación anterior que lo autorizara, habiendo de ser eficaz, aunque la ley nueva ordenase y estableciese de distinto modo la forma del juicio arbitral y hubiera de subsistir el compromiso después de haber empezado á regir ésta.

Esta opinión se halla conforme con la doctrina de los jurisconsultos, entre los que se cuentan Malher de Chassat (2), Gabba (3), Archiqui (4), y confirmada está también por la jurisprudencia. Dalloz, que sostiene lo mismo, cita en su apoyo la sentencia del Tribunal de Casación de París del 27 Fructidor, año 5.°, la cual estimó que lo relativo á la admisibilidad de un juicio arbitral debe ser resuelto con arreglo á la legislación que estuviere en vi-

---

(1) El Tribunal de Apelación de Milán, en sentencia de 18 de Marzo de 1881, decidió que debia ser reputado eficaz y obligatorio entre las partes el pacto de sumisión á una jurisdicción personal distinta de la competente por la ley, expresamente convenido por las partes en contrato celebrado bajo el imperio de la ley austriaca de 20 de Noviembre de 1852, vigente en las provincias italianas sujetas á la legislación austriaca, aun después de empezar á regir la legislación italiana, vigente la cual se hubiere iniciado la *litis*, porque esta legislación no habia declarado expresamente nulas semejantes convenciones hechas anteriormente, y porque además no podian ser consideradas ilícitas ni contrarias á ninguna disposición de orden público.

Véase el texto de esta sentencia en el *Monitor de los Tribunales de Milán*, año 1881, pág. 437.

(2) *Traité de la retroactivité des lois*, t. 2.°, pág. 249, núm. 16.

(3) *Teoria della retroattività delle leggi*, vol. 4.°, pág. 454.

(4) *Dei diritti acquistati in forza delle leggi civile abrogate*, páginas 80-84.

gor en el día en que fuere hecho el compromiso; y el mismo Tribunal después, en sentencia de 3 de Agosto de 1825, decidió que la duración del poder de los árbitros debía ser determinado con arreglo á la legislación anterior, aunque hubiesen sido sustituídos los primeramente nombrados por otros nuevos árbitros después de haber empezado á regir la nueva ley (1).

Necesario es también aceptar que para decidir acerca de los motivos de nulidad de la sentencia arbitral, y sobre el derecho de oposición á la misma, hay que atenerse igualmente á la legislación bajo cuyo imperio se hubiese llevado el convenio de sumisión á dicha clase de juicio.

Los actos de procedimiento, una vez iniciados ó empezados, pueden también hacer nacer un derecho creado que no debe ser desconocido tampoco por la ley nueva sin incurrir en retroactividad.

No es posible, en verdad, sostener que en todo caso constituya un derecho creado, como opinaba Meyer, el derecho á continuar el procedimiento, empezado ya, con arreglo á la legislación bajo cuyo imperio hubiere tenido principio; pero hay que tener en cuenta que el procedimiento no puede ser estimado como un montón incoherente de actos sueltos ó desligados entre sí, sino que, por el contrario, debe ser reputado como un sistema, unido de tal modo, que los actos posteriores vienen á ser el desenvolvimiento de los precedentes, y de esta consideración, el autor citado y los que sostienen su opinión, deducen como conclusión la regla de que las nuevas formas procesales establecidas por la ley nueva no puede tener aplicación á los actos ya pendientes y á los procedimientos ya comenzados (2).

Esto, sin embargo, no puede sostenerse en todos los casos. En efecto; el objeto del procedimiento es llegar á establecer, con el mejor método jurídico, la existencia de los derechos adquiridos en materia civil, y evidente resulta, por lo tanto, que esos sistemas ó métodos procesales deben ser estimados tanto más perfectos, cuanto mejor y con mayor prontitud y seguridad puedan conseguir el resultado que se proponen, y puesto que ellos no son más que medios adoptados para un fin con el cual han de estar en correlación, el legislador puede siempre y en todo tiempo determinar, en interés general, las formas procesales que considere mejores para que los interesados puedan por ellas asegurar judicialmente el goce de sus respectivos derechos civiles.

(1) *Repertorio de las leyes*, números 359, 347.
(2) *Principes sur les questions transitoires*, pág. 14.

El legislador puede ciertamente, al introducir una nueva forma de procedimiento, estimar prudente suspender la aplicación de la misma á los actos ya comenzados; pero cuando no se haya establecido esto de una manera expresa, no se puede sostener que en todo caso deba desarrollarse y acabarse con arreglo á la legislación bajo cuyo imperio se hubieren incoado los procedimientos comenzados ya, como opina Meyer. Ese principio sólo es admisible en aquellos casos en que los actos de procedimientos considerados por sí mismos, y ejecutados antes de empezar á regir la ley nueva, hagan nacer un derecho creado, debiendo estimarse así, no sólo por lo que concierne al fondo del derecho (es decir, á la validez del acto procesal terminado bajo el imperio de la ley antigua), sino también por consideración á ciertos efectos jurídicos derivados de dicho acto, toda vez que del mismo modo, el derecho de derivar tales efectos debe ser reputado como creado y adquirido por parte de aquel que hubiere ejecutado el acto procesal, y ser apreciado con arreglo á la legislación vigente en el momento en que le hubiere puesto en ejecución.

Conviene, además, advertir que durante el curso de los procedimientos relativos á un asunto, las partes se encuentran ante los Tribunales ó en *controversia* (que es cuando pueden nacer entre ellos relaciones contractuales, en virtud del contrato judiciario *ut in stipulatione contrahitur ita judicio contrahi)* (1), ó sin controversia y le-

(1) L. 5.ª, § 11, Dig. *De peculatu.*