

IUS SUPERVENIENS

HUGO BOTTO OAKLEY¹

Sumario.

1. Introducción. 2. Presentación general. 3. Naturaleza jurídica y alcance. 4. Presentación en España. 5. Presentación en Argentina. 6. Presentación en Chile. 7. Principios procesales y civiles con los que se vincula. 8. Concepto. 9. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

El tema denominado *Ius Superveniens*, permite ser abordado desde distintas perspectivas o variables, todas importantes y profundas.

La pretensión de este trabajo es de carácter *introductorio*, para realizar un aporte y diagnóstico de su tratamiento en Chile con miras a promover estudios posteriores más específicos, determinando -en todo caso- sus lineamientos fundamentales, para un entendimiento general que permita su desarrollo integral en las distintas áreas del derecho en que resulte aplicable.

Esta institución jurídica ha tenido un escaso desarrollo doctrinal en nuestro país, no obstante su interesante y relevante trascendencia jurídica para el logro de una solución *justa* de los conflictos jurídicos sometidos al conocimiento de los Tribunales de Justicia y, también, para evitar resultados *disvaliosos* como consecuencia de la indeterminación de las normas y consecuencia de sus potenciales resultados negativos, derivados de eventuales lagunas legales, totales o parciales.

Se puede advertir y adelantar, desde un inicio, sin perjuicio de su vinculación integral con todas las *ramas o complejos normativos*² del derecho, que el *Ius Superveniens* tiene una estrecha vinculación con la aplicación de la ley en el tiempo y con los hechos y el derecho que tienen trascendencia para resolver todo conflicto jurídico, ya que incluso los llamados "*conflictos netamente de derecho*" también tienen un componente de hechos, pues en éstos solo es innecesaria la prueba, acreditación o actividad de con-

¹ Abogado (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso-Chile), Doctor en Derecho y Magister en Derecho Procesal (Universidad Nacional de Rosario-Argentina), LL.M. (California Western School of Law-EUU), Ex Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

² MARTÍNEZ PAZ, Fernando, Introducción al Derecho, Ed. Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 1982.

firmación de las alegaciones de las partes, atendido que la problemática a resolver es únicamente del derecho aplicable a los hechos del juicio, pero siempre hay hechos en todo juicio.

En otras palabras, puede decirse que no existen procesos sin hechos y que pueden existir procesos sin derecho aunque, en rigor, debe decirse que pueden existir procesos no penales sin derecho *positivo o vigente*, porque en tales casos, se aplicarán llamados *principios de equidad*, de aplicación subsidiaria, conforme la norma del artículo 170, inciso 1º, número 5 del código de enjuiciamiento civil³.

Por su parte, la relación entre hecho y derecho es inescindible, ya que toda norma jurídica lleva ínsita uno o más hechos, atendido su objetivo regulatorio de normas que mandan, prohíben o permiten⁴.

Su trascendencia es relevante, atendido que la institución en análisis, proporciona, en mi opinión, un *sistema* que permite buscar, encontrar y adoptar una decisión *justa*, respecto del fondo de la litis, cuando la ley no proporciona una solución normativa que sirva de base para la decisión jurisdiccional correcta.

Sin embargo, también tiene incidencia en la decisión sobre las cargas pecuniarias que están presente en todo juicio y que se conocen como *costas*, respecto de las cuales existen básicamente dos sistemas: uno objetivo, basado en el criterio de reparación integral a favor de la parte a la cual se le reconoce el derecho (la razón) a través de la sentencia, que se traduce en la fórmula siguiente: *La parte que pierde el juicio soporta y paga las costas* y, otro subjetivo, la que considera que son una sanción, pero sin impedir el acceso a la justicia por razones económicas, bajo la fórmula: *La parte que pierde, no siempre soporta y paga las costas*. Ejemplo del primero, es en gran medida el sistema de *Argentina y del segundo*, el de *Chile, en el cual*, el juez puede ponderar la plausibilidad de los fundamentos de la decisión de litigar, para exonerar de dicha condena, a la parte que pierde el juicio, como también, cuando no fue íntegramente vencida⁵.

Conforme lo señalado, constituye una suerte de paradoja que la aplicación de esta institución, puede dar lugar a que la parte que termine ganando el juicio sea condenado en costas, por cuanto al momento de trabarse la litis, una vez notificada la demanda, no le asistía la razón que vino a tener como consecuencia del *ius superveniens* y, también puede dar lugar a que la parte que termine perdiendo el juicio, no sea condenada al pago de las costas, por cuanto después de iniciado el juicio, se produjo el *nue-*

³ Las sentencias definitivas de primera o de única instancia y las de segunda que modifiquen o revoquen en su parte dispositiva las de otros tribunales, contendrán: 5º. La enunciación de las leyes, y en su defecto de los principios de equidad, con arreglo a los cuales se pronuncia el fallo.

⁴ *Código Civil, Art 1º*: La ley es una declaración de la voluntad soberana que, manifestada en la forma prescrita por la Constitución, manda, prohíbe o permite.

⁵ Código de Procedimiento Civil, Art. 144: La parte que sea vencida totalmente en un juicio o en un incidente, será condenada al pago de las costas. Podrá con todo el tribunal eximirla de ellas, cuando aparezca que ha tenido motivos plausibles para litigar, sobre lo cual hará declaración expresa en la resolución.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones de este Código.

vo evento que extinguió la razón que tenía, por una razón o causa ajena a la voluntad de esa parte.

En síntesis, la importancia de esta institución se extiende a los temas litigiosos que no encuentran una solución normativa clara, en cuanto al fondo de la decisión sometida a la decisión jurisdiccional. La gran mayoría de los casos, pueden ser resueltos con las normas generales, construidas con base en el principio general de la *irretroactividad* de la *ley o norma*; sin embargo, existen muchos otros donde no resulta pacífico aplicar ese principio como rector de la solución a adoptar, en especial, cuando se llega a un resultado *injusto*. Es en este sentido, donde la institución en análisis, demuestra su real valía y utilidad.

Además pero en el contexto anunciado, el propósito de este trabajo es intentar también demostrar que estamos frente a una institución que pertenece a la teoría general del derecho y, por tanto, aplicable a toda materia en que se den sus presupuestos, independiente de la naturaleza jurídica del conflicto jurídico de que se trate. En qué consiste y cómo y cuándo se debe aplicar, es lo que presento en este trabajo, a fin de proponer una metodología que dilucide como decidir un conflicto para la dictación de una sentencia *justa*, cuando se introducen en un proceso en curso, hechos nuevos o de nueva noticia o nuevas normas o derecho, sin que la ley lo resuelva, en forma expresa.

2. PRESENTACIÓN GENERAL

Francesco Messineo⁶ enseña que

“Un aspecto particular de la retroactividad de la norma jurídica es aquel que se conoce con el nombre de *ius superveniens*. Con ello quiere indicarse que una nueva norma de derecho, si sobreviene mientras está en curso un juicio, debe aplicarse también a la controversia objeto de aquel juicio, de manera que el mismo debe decidirse sobre la base de los principios nuevos; en sustancia, la norma nueva tiene efecto retroactivo.”.

y agrega que

“Se habla de *ius superveniens*, para indicar que, por eventos sobrevenidos, se modifica una situación de *hecho*, por lo cual queda modificada también la correspondiente situación de *derecho* (por ejemplo, muerte, o incapacidad sobrevenida del sujeto). El concepto, propiamente, pertenece al derecho procesal; pero se puede aplicar en el derecho privado, para explicar la función de la condición..., la posibilidad de que los efectos de un hecho jurídico, dirigidos en un cierto sentido, queden desviados o alterados por la acción del *ius superveniens*... Pero el significado más propio de *ius superveniens* es que el nuevo derecho *objetivo* debe aplicarse a la relación controvertida aun cuando entre en vigor después de la demanda judicial o en el curso del juicio; esto, a base del principio de la llamada *economía de los juicios*.”.

⁶ *Manual de Derecho Civil y Comercial*, Traducción de Santiago Sentis Melendo, Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1954, Código Civil Italiano Tomo I, p. 91-92 y Tomo II, p. 326

Lo anterior, previo señalar el mismo autor italiano que muchos invocan la teoría del *derecho adquirido*, para explicar el principio de la *irretroactividad*, indicando que

“... no siempre dicha teoría basta para resolver los problemas relativos a la eficacia de la ley en el tiempo, ya que no siempre es posible discernir si, en el caso singular, uno se encuentra ante un derecho *adquirido* o ante una *expectativa...*”, agregando que además esa teoría es restringida porque se refiere “solamente a la materia del derecho privado; incluso solamente a la materia de los derechos subjetivos patrimoniales”.

A continuación se refiere a las teorías basadas en la *naturaleza* y el fin *social* de la nueva ley, señalando que:

“Según que se trate de leyes sobre la *adquisición* de los 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 (*sic*) entre derecho privado (donde domina la exigencia de la *certeza* jurídica y se tienen 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*).”.

Termina, en este punto, expresando que

“La teoría que tiende a afirmarse cada vez más, es la teoría llamada de los *hechos pasados* (*facta praeterita*), o *hechos consumados*, esto es, *situaciones ya maduras*. Esta teoría ha sido formulada diciendo que el juez no puede aplicar la nueva norma a 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 norma nueva*; y sólo porque el hecho del cual dependen aquellas consecuencias no es conforme a la norma nueva. A la inversa, se debe considerar que está consentida la aplicación de la nueva norma (*retroactividad*), siempre que las consecuencias del hecho consumado sean consideradas en sí mismas y se pueda prescindir de la *valoración* de ese hecho consumado; o sea, *siempre que no sea necesario asumir el hecho consumado* como presupuesto de tales consecuencias.”.

Como puede advertirse, el profesor italiano de la Universidad de Milán señala que esta institución constituye un aspecto **particular** de la *retroactividad* de la norma jurídica, producido durante el desarrollo de un juicio. Y **ella existe** cuando, **por la ocurrencia de eventos sobrevenidos**, se modifica la situación de hecho o más precisamente su calificación y, de manera consecuencial, también se modifica la consecuencia de derecho, ubicándola dentro del derecho procesal, lo que revisaremos a lo largo de este trabajo.

Todo, con el objeto de proponer algunas variables con alcances distintos que, en mi concepto, se encuadran dentro de los límites de esta institución jurídica, ampliándolos con una mirada moderna del llamado *derecho integral*, entendiendo por tal la conjunción armónica de las disposiciones normativas respetando sus respectivas jerarquías en forma coherente y sin la clásica y antigua distinción entre derecho privado y derecho público, como si soportaran o admitieran una barrera infranqueable que los separara indefectiblemente en la solución de los conflictos judicializados.

En nuestro país, según entiendo, no existe un tratamiento sistematizado que permita explicar y comprobar su sentido y alcance en forma completa, sin perjuicio de que, a partir de la consideración exclusiva de los principios generales de la irretroactividad y de las normas sobre el efecto retroactivo de las leyes, puedan existir naturales dudas acerca de la procedencia de su aplicación en otras materias distintas al derecho penal y al derecho privado. De esta manera, pretendo dejar sentadas las bases tendientes a promover la discusión de su aplicación sistémica, con miras a una regulación normativa de carácter legal e idealmente completa.

Su origen no es del todo certero, pero hay antecedentes de su existencia en el derecho romano y ha tenido un importante desarrollo en este último tiempo en el derecho internacional y un limitado desarrollo -en especial sistémico- en el derecho nacional de cada país, salvo excepciones como España, Argentina y, especialmente, Italia y Francia⁷, debido a labor jurisprudencial y comentarios doctrinales sobre las sentencias dictadas en tales países.

En **síntesis y preliminarmente**, señalo que su aplicación es de común ocurrencia e impacta o que puede impactar en la decisión jurisdiccional cuando en un conflicto de relevancia jurídica -concretamente, en un proceso judicial- se produce un *evento sobreviniente* que tiene incidencia en la materia objeto de la litis o *thema decidendum*, y que puede ser: a) un *hecho*⁸ nuevo o de nueva noticia o b) una nueva norma incompatible con la anterior vigente y que es materia del juicio. Con esto adelanto desde ya que, en mi opinión, el alcance es omnicompreensivo de situaciones de hecho y normativas y no de unas u otras solamente, como parte de la doctrina parece entender sin dar mayores fundamentos al respecto.

Su mayor desarrollo puede encontrarse en los países ya mencionados, sin perjuicio de la evolución que ha tenido en otros, principalmente en el ámbito del derecho administrativo aunque, en cuanto institución, deba considerarse de aplicación general en cualquier rama del derecho, ya que cumple con el estándar básico y requerido para tal efecto, esto es, su posibilidad de aplicación en todas las esferas del conocimiento jurídico y en la resolución de los conflictos judiciales.

Y ello porque, lógicamente, esta institución responde a un evento inmodificable de carácter doble: por un lado, la existencia en la realidad social de problemas y/o conflictos con relevancia jurídica que requieren de solución por vía de una sentencia imperativa y, por otro lado, el paso del tiempo que toma todo proceso, unido a la posibilidad de que se dicten normas en tanto no exista sentencia ejecutoriada, lo que no es un absoluto pues, por ejemplo en materia penal -y como lo veremos más adelante- existen algunas situaciones que determinan que aun cuando haya sentencia firme con efecto de cosa juzgada, pueda y deba aplicarse la nueva norma.

⁷ RONCAROLO, Francesca, Tesis Doctoral, *Lo ius superveniens tra esigenze di tutela del legittimo affidamento e legalità dell'azione amministrativa, nella dimensione italiana, francese ed europeale contròle et la garantie des droits acquis sur le fondement d'un acte administratif, entre les exigences de la sécurité juridique et le principe de légalité, en droit italien, français et européen*, anno accademico 2016-2017. Università Degli Studi di Milano, Dottorato in Scienze Giuridiche, Diritto pubblico italiano e sovranazionale, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, École doctorale de droit de la Sorbonne, Droit comparé.

⁸ Entendemos por tal todo aquél con relevancia jurídica que está sometido a un proceso decisional jurisdiccional.

Así, me enfocaré en el tema de la resolución de los conflictos jurídicos, con el objetivo de dar respuesta a la forma de cómo deberían resolverse cuando ocurre un cambio de las circunstancias de hecho o de derecho, pendiente la resolución final judicial, es decir, mientras exista proceso pendiente o, si se quiere, no exista sentencia ejecutoriada, sin perjuicio de los casos de recursos extraordinarios, como por ejemplo, en nuestro país, a través del de revisión⁹.

Lo afirmado es evidente, ya que las circunstancias de hecho siempre pueden variar con el transcurso del tiempo o bien, en rigor, pueden producirse nuevos hechos que afecten los anteriores e incidan en la resolución que deba adoptarse, sea por la vigencia de un proceso con sentencia pendiente o sea porque la naturaleza del hecho determina que la solución penda de varios procesos simultáneos o de varios sucesivos, como ocurre en los conflictos no sometidos a juicios de *lato conocimiento* o de fondo sino a decisiones *provisionales*, con efecto de *cosa juzgada formal*¹⁰, normalmente *de naturaleza cautelar*¹¹.

En lo penal, la irretroactividad de la ley es un principio que implica que no deba sancionarse un hecho con una ley que entre en vigencia con posterioridad al hecho punible, pero si la norma posterior es más favorable al imputado o condenado, debe aplicarse ésta con los extremos y limitaciones que dispone el artículo 18 del Código Penal¹², como adelanté *supra*.

En lo civil, concurre la misma lógica normativa a través del principio de *irretroactividad* de la ley, a partir del artículo 9 del Código Civil¹³; pero, sin embargo y como se verá luego, su temática no se agota con esa disposición legal ya que, no obstante su vigen-

⁹ Código de Procedimiento Civil, Art: 810 y ss.

¹⁰ PINOCHET CANTWELL, Francisco, *El Recurso de Protección, Estudio Profundizado*, Ed. El Jurista, segunda edición, 2020, p. 585 y ss. y ROMERO SEGUÉL, Alejandro, Notas sobre la Cosa Juzgada en el Recurso de Protección, Revista Chilena de Derecho, VOL.26, PP. 503 -515 (1999), Sección Jurisprudencia.

¹¹ En Chile, Constitución Política, Art. 20, Acción constitucional de Protección: El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19, números 1º, 2º, 3º inciso quinto, 4º, 5º, 6º, 9º inciso final, 11º, 12º, 13º, 15º, 16º en lo relativo a la libertad de trabajo y al derecho a su libre elección y libre contratación, y a lo establecido en el inciso cuarto, 19º, 21º, 22º, 23º, 24º, y 25º podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, *sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes.* Procederá, también, el recurso de protección en el caso del N°8º del artículo 19, cuando el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación sea afectado por un acto u omisión ilegal imputable a una autoridad o persona determinada. (El destacado no es del original). En Argentina, Medidas "Autosatisfactivas" y Sentencia Anticipada.

¹² Art. 18: Ningún delito se castigará con otra pena que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración. Si después de cometido el delito y antes de que se pronuncie sentencia de término, se promulgare otra ley que exima tal hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa, deberá arreglarse a ella su juzgamiento. Si la ley que exima el hecho de toda pena o le aplique una menos rigurosa se promulgare después de ejecutoriada la sentencia, sea que se haya cumplido o no la condena impuesta, el tribunal que hubiere pronunciado dicha sentencia, en primera o única instancia, deberá modificarla de oficio o a petición de parte. En ningún caso la aplicación de este artículo modificará las consecuencias de la sentencia primitiva en lo que diga relación con las indemnizaciones pagadas o cumplidas o las inhabilidades.

¹³ Art. 9º: La ley puede sólo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo.

cia, aplicación y alcance, parece evidente que su mandato no cubre todas las hipótesis que pueden producirse en materias particulares, sin perjuicio de tratarse de una norma de fondo aplicable a todo conflicto jurídico judicializado, en caso de falta de ley especial¹⁴.

Por lo anterior, presentaré esta interesante e indispensable institución a través de lo que son **sus principales manifestaciones en el derecho comparado** y, luego, sobre la base de las materias de **regulación normativa en Chile**, donde estimo que tiene sentido **analizar sus efectos y alcances** para (“con el objeto de”) que puedan servir para reconocerla como una institución jurídica *de aplicación general*, merecedora de un análisis y decisión legislativa, con miras a incorporarla a nuestro ordenamiento en forma sistémica, atendida su trascendencia.

Lo anterior se realizará con base en el esquema que propone la *Teoría Trialista del Mundo Jurídico*¹⁵, esto es,

“...a someter cualquiera de los fenómenos jurídicos al triple tratamiento *sociológico, normológico y dikelógico*¹⁶, lo que significa una propuesta de análisis integral del *hecho, norma y valor*¹⁷, entendiendo este último como representativo de lo que es *justo* o de *justicia*, lo que no es patrimonio exclusivo de esa teoría ya que, como es sabido, el llamado positivismo, también reconoce esos tres aspectos, aunque prioriza el normativo, al que se identifica como “...el elemento base específico...”¹⁸.

El planteamiento anterior es sin perjuicio de señalar —aunque sea obvio— que este instituto no es materia exclusiva del derecho interno de cada país, sino que también tiene una importancia trascendente en el derecho internacional, que es donde encuentra su origen y fuente más relevante a través del llamado *Ius Cogens*¹⁹ y *Ius Cogens Superveniens*²⁰. Esta materia no se incluye en este trabajo, no obstante su importancia; pero es muy importante y de necesaria consideración, desde el momento en

¹⁴ *Código Civil, Art. 4*: Las disposiciones contenidas en los Códigos de Comercio, de Minería, del Ejército y Armada, y demás especiales, se aplicarán con preferencia a las de este Código.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho, La Teoría Trialista del Mundo Jurídico y sus Horizontes*, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1996, Sexta Edición.

¹⁶ Misma obra citada en #11, página 31.

¹⁷ En palabras de SQUELLA NARDUCCI, Agustín, “*Norma, hecho social y valor*”, en *Derecho Desobediencia y Justicia*, Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Chile, Valparaíso, Edeval, 1977, p.XIII, sin perjuicio de la ponderación que le da a la norma respecto de los demás “datos”, misma página.

¹⁸ SQUELLA NARDUCCI, Agustín, misma obra, p. VX.

¹⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Viena, 23 de mayo de 1969: Art.53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

²⁰ Ídem número 15: Art. 64. Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (*jus cogens*). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

que nuestro país es Estado Parte de los respectivos Tratados Internacionales²¹ y que, a consecuencia de ellos, rigen en Chile con rango de ley, salvo los relativos a los *Derechos Humanos* que, como sabemos, están en un estadio normativo superior a la regla legal.

Por su parte, este instituto tiene intersección con la llamada *ultraactividad* de la ley²² o norma jurídica, sea un instructivo, orden, decreto, reglamento, ley, constitución, convención, sentencia²³, etc., consistente en la *supervivencia*²⁴ de la regla que contiene toda norma, no obstante que se deje sin efecto o se derogue. En tal circunstancia, es necesario resolver bajo qué disposición normativa se decidirá un conflicto jurídico sometido a un proceso judicial cuando, pendiente su sentencia definitiva, la norma alegada por las partes queda sin efecto y entra en vigor una nueva.

Tampoco se trata de la *irretroactividad* de la norma nueva, que impide su aplicación a hechos anteriores a su entrada en vigencia y consecuencial improcedencia de su aplicación al caso concreto, debiendo considerarse que la conceptualización de la ley como norma jurídica es amplia, es decir, aplicable para cualquiera disposición obligatoria que emane de la autoridad y deba ser cumplida, tanto por el administrado como por la misma autoridad en cumplimiento y respeto al principio de legalidad²⁵ y al Estado de Derecho.

Esta institución es parte o se ubica dentro del tema de la vigencia de la *ley* o *norma* en el tiempo, pero desde un enfoque distinto: en el caso del *ius superveniens*, cuando pendiente el litigio hay un cambio de las circunstancias de hecho y/o de la norma, a diferencia de la *ultraactividad* o *supervivencia*, en que se trata de la aplicación de la norma, a hechos más allá de su vigencia o no obstante su derogación y, también distinto de la *irretroactividad*, referida a hechos anteriores a la entrada en vigencia de la norma, respecto de los cuales, no resulta aplicable, rigiendo para los que ocurran en adelante de tal vigencia, sin perjuicio que pueda tener algún período de *vacancia*.

Se trata de tres instituciones distintas y complementarias entre sí, que cubren eventos modificatorios de los hechos y/o del derecho, dentro de un proceso judicial pendiente: (i) la *irretroactividad*, se refiere a la *nueva* norma jurídica y su *inaplicabilidad a hechos pasados, a su entrada en vigencia*; (ii) la *ultraactividad* se refiere a la aplicación de la

²¹ *Constitución Política, Art. 5º*: La soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo a través del plebiscito y de elecciones periódicas y, también, por las autoridades que esta Constitución establece. Ningún sector del pueblo ni individuo alguno puede atribuirse su ejercicio. El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

²² Ley como sinónimo de toda norma jurídica, entendiéndose por tal, cualquier regulación obligatoria e imperativa, cualquiera sea su origen, rango y extensión de aplicación, Ver obra nota 11, p.14. y obra nota 14, p. XV.

²³ Sentencia con efecto de cosa juzgada formal.

²⁴ Conocida como *ultra actividad* de la ley.

²⁵ *Constitución Política, Art. 6*: Los del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley.

norma a determinados hechos, después de su vigencia o derogación; y, (iii) el *ius superveniens*, se refiere tanto al *hecho nuevo* o de *nueva noticia* como también a la *nueva norma o nuevo derecho*, cuando no existe disposición que señale bajo cuál de esos nuevos *eventos* se debe resolver -el inicial o el nuevo emergente-, en cuyo caso es el Juez quien debe discernir, para la adopción de la decisión *justa*, en el caso concreto que está bajo su decisión jurisdiccional de Derecho, esto es, en palabras de *Atienza*²⁶, *para obtener: "Una solución justa sin infringir el derecho positivo"*.

Bajo esta lógica, estimo que se justifica la viabilidad de esta institución jurídica en toda materia susceptible de ser judicializada y en la que resulte aplicable, si se cumplen sus condiciones de procedencia.

El presente trabajo, desarrolla solamente la institución del brocárdico de su título, sin perjuicio de tener presente sus intersecciones con la irretroactividad y con la ultra-atravedad o supervivencia de la norma jurídica, como también respecto de otras instituciones propias de lo que se conoce, genéricamente, como Derecho Intertemporal²⁷, como la abrogación, vacancia, derecho transitorio, *desuetudine* o desuso, etc., todas las cuales, están o pueden estar interrelacionadas, lo que cobra importancia, cuando sus presupuestos ocurren durante el desarrollo de un proceso judicial.

3. NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCE

Si bien no es despreciable la inquietud de identificar a las instituciones conforme sus naturalezas jurídicas, lo cierto es que ese objetivo pierde cada vez más fuerza o sentido a partir del moderno entendimiento *integral* del derecho. Y ello porque su visión segmentada, no encuentra buenos argumentos que impidan concluir que todas las ramas del derecho están interconectadas y bajo el mismo *paraguas* al cual someterse, esto es, la Constitución y los Tratados vigentes. Claro está, sin perjuicio de la relación *piramidal* existente entre todo el entramado normativo.

El tema en análisis es *¿civil o procesal?* En nuestra opinión, ni uno ni otro en exclusiva, ya que la definición de su naturaleza jurídica es más bien *dual o mixta* como ocurre, por ejemplo, con ciertos actos de comercio²⁸, aunque se sostenga una *preeminencia procesal* atendiendo a que, por una parte, contiene una disposición u ordenación o regulación de fondo y, por otra, rige en el ámbito temporal procesal sin perjuicio de quienes han sustentado su base conforme al principio de *economía procesal*²⁹.

²⁶ ATIENZA RODRIGUEZ, Manuel, Apuntalando hacia un Norte Jurídico: La Importancia de la Filosofía del Derecho en el Siglo XXI, entrevista, Themis, Revista de Derecho, 1965-2010, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009-2, p.307-311.

²⁷ MESSINEO, Francesco, nota 2, p. 85 - 93.

²⁸ *Código de Comercio*, Art. 3° inciso 1º: Son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos:

²⁹ Ver nota 49.

En efecto, al disponerse que la ley jamás tendrá efecto retroactivo, operando solamente para lo futuro o que la nueva ley favorecerá la posición menos gravosa para el sujeto pasivo de toda acción y condena penal, se regula, bajo la fórmula de mandato, cuál será la consecuencia y su aplicación en el caso concreto, emanando entonces con claridad y de su propia naturaleza que abarca las dos vertientes, la civil y la procesal.

Es cierto que en algunos aspectos y casos puede visualizarse como una institución del derecho procesal o del derecho civil, pero el *ius superveniens* en particular contiene elementos de ambas ramas del derecho. Y esto no es baladí, ya que la conclusión por una u otra posibilidad puede llevar al inconveniente de que no se considere su aplicación interpretativa con miras a la resolución que deba adoptarse mediante un razonamiento integrativo de ambas vertientes, lo que sin duda conduciría a una decisión jurisdiccional de inferior calidad y prestigio. Unidas ambas vertientes, se refleja o proyecta su aplicación a cualquier rama del derecho o materia litigiosa, incluso las que tengan comprometido algún interés público, como *familia, tributario, administrativo, migratorio*, etc.

La superada y artificial división entre derecho privado y derecho público, en especial en esta institución, no se justifica salvo para fines meramente enunciativos y docentes. No es que no sea importante definir su naturaleza jurídica ya que, por el contrario, esto permite determinar bajo qué normas debe entenderse, vincularse y aplicarse de manera *principal o preferente*, pero ello no significa que se *cierre* la posibilidad de una visión y aplicación integral, lo que permite incluso ir más allá del enfoque que enseña el *Trialismo Jurídico* y el *Positivismo*, llegando incluso al modelo *multidimensional*³⁰, que amplía el horizonte al ámbito cultural, lingüístico, sociológico, ético, etc., con un presupuesto *antropológico*, lo que resulta incluso plausible de considerar en relación al tema del derecho probatorio, a través de la llamada *Sana Crítica*³¹, en su elemento o componente denominado *máximas de la experiencia*, las que no deben confundirse con el conocimiento privado del Juez respecto de los hechos de la causa.

En consecuencia, postulo que se trata de una institución civil-procesal o procesal-civil, con preeminencia procesal —como se prefiera— pero, más allá de ese encasillamiento, considero que es propia de la *Teoría General del Derecho*³² en la cual concurren —ya en el plano judicial, al igual que en todas las normas positivas que contienen mandatos similares— los requisitos de la llamada *Causa de Pedir*³³ que, como sabemos, es un *presupuesto* de toda acción judicial (en rigor procesal, de toda pretensión) que se

³⁰ GONZÁLEZ CASTRO, Manuel, *La acción meramente declarativa*, Editorial de Derecho, 207, p. 26-27 y 40. No referido al Multiculturalismo de FERRAJOLI, Luigi, *Democracia y Garantismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2008, p.143 y ss.

³¹ PALAVECINO CÁCERES, Claudio, *Revista Laboral Chilena*, Septiembre-Octubre 2018.

³² Ver obra citada en nota 13.

³³ *Art. 177*: La excepción de cosa juzgada puede alegarse por el litigante que haya obtenido en el juicio y por todos aquellos a quienes según la ley aprovecha el fallo, siempre que entre la nueva demanda y la anteriormente resuelta haya: 1° Identidad legal de personas; 2° Identidad de la cosa pedida; y 3° Identidad de la causa de pedir. Se entiende por causa de pedir el fundamento inmediato del derecho deducido en juicio.

compone de dos elementos: *hecho* e *imputación jurídica*³⁴ (o derecho alegado subsu- mible) y que cumple el necesario objetivo de delimitar el alcance del conflicto y la competencia del sentenciador, como una verdadera garantía procesal, en protección del derecho humano de defensa.

De lo expuesto, fluye naturalmente la realidad de que los *hechos* son siempre tempora- les y que los ocurridos pueden verse alterados o modificados por otros posteriores, a lo que se suma que no existe la justicia instantánea. La civilidad universal ha impuesto el concepto de debido proceso como método de solución pacífica de las controversias de relevancia jurídica; y su desarrollo requiere siempre un tiempo más o menos dilata- do, por lo que puede ocurrir que durante su transcurso se produzca un nuevo evento constitutivo de uno o más hechos que tengan influencia en un proceso en curso, de donde resulta que será necesario tener presente este instituto y las soluciones que ofrece para resolver bajo el enfoque del nuevo hecho, valor o norma, de una manera *justa*, entendido esto conforme la famosa definición atribuida al jurista romano *Ul- piano* de *dar a cada uno lo que es suyo*.

Sin embargo, esto también ocurre cuando el nuevo evento consiste en una o más nue- vas *normas* (reglas) o *derecho* aplicable, ya que aquéllas o éste no siempre determinan en el caso concreto que deba resolverse conforme con la vigencia normativa a la fecha de la formalización de la relación jurídica procesal³⁵ o la de la notificación de la de- manda, debiendo también revisarse este instituto cuando ocurre ese cambio para de- finir bajo qué ley debe resolverse el conflicto.

Esto se ve con claridad en materia penal a partir de la regulación del artículo 18 del código del caso, pero también en materia civil, por ejemplo, si consideramos la regula- ción de los artículos 1º, 23 y 24 de la ley de efecto retroactivo de las leyes³⁶ en lo con- tractual y normas procesales de substanciación y ritualidad de los juicios, respectiva- mente, según las dos últimas disposiciones citadas.

En consecuencia, no cabe duda de que el *ius superveniens* es de carácter general en cuanto a su alcance y aplicación y que aborda el problema y su solución, no solamente en materia civil y penal pendiente el juicio, sino en cualquier área del derecho que esté sujeta a cambios en los hechos como en el derecho. Esto toma especial relieve en ma- teria *administrativa* donde, por su frecuencia, pueden conjugarse múltiples y tempora- les interrelaciones normativas de distinto rango y origen, debido a las intersecciones existentes en los conflictos entre particulares con la administración, donde con fre-

³⁴ ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, Thomson Reuters, 2011, p. 108 y 109.

³⁵ *Código Civil*, Art. 1603, *inciso final*: Se entenderá existir juicio desde el momento en que se haya noti- ficado la demanda.

³⁶ *Ley de 7 de octubre de 1861*. Art. 1º: Los conflictos que resultaren de la aplicación de leyes dictadas en diversas épocas se decidirán con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Art. 23: Los actos o con- tratos válidamente celebrados bajo el imperio de una ley podrán probarse bajo el imperio de otra, por los medios que aquélla establecía para su justificación; pero la forma en que debe rendirse la prueba estará subordinada a la ley vigente al tiempo en que se rindiere. Art. 24: Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que de- ben empezar a regir. Pero los términos que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación.

cuencia interactúan más de una entidad pública, con distintas competencias, respecto del mismo y único particular.

Como expresa *Aragoneses*, citado por *Palacio*³⁷, respecto del *Contenido del Derecho Procesal* en relación con las otras disciplinas jurídicas distintas a la procesal,

“...en lugar de un terreno de nadie, un terreno de todos, por donde los distintos sectores se comunican y, partiendo de puntos de vista diversos, hacen posible precisamente por tal comunicación la integración de los conceptos particulares en un concepto superior, que no pertenece ni a uno ni al otro sector, sino a la teoría general del Derecho”.

Finalmente, tiene especial importancia determinar la naturaleza jurídica y eventual preeminencia de uno u otro enfoque respecto de la institución en análisis, para definir la delimitación interpretativa que debe aplicarse a los que Dworkin denomina *casos difíciles*,³⁸ que prefiero llamar *complejos*.

Así, si se determina que su naturaleza es civil (derecho privado), será a ese ámbito donde deba recurrirse primaria y preferentemente, a diferencia de que, si se concluye que es de naturaleza procesal (derecho público), la labor interpretativa será acorde a los institutos procesales indicados por el profesor Peyrano³⁹, entre otros. Lo anterior, sin perjuicio de que, como ya señalamos, la distinción entre derecho privado y público ha perdido la trascendencia que otrora se le reconoció.

En mi opinión, una visión sesgada o separatista respecto de la naturaleza jurídica en análisis, no es adecuada para resolver casos de mayor complejidad interpretativa, en los cuales sea necesario unir ambas visiones para llegar a la decisión jurisdiccional, más aún cuando un enfoque integral del derecho debería ser la tónica interpretativa ya que, en último término, debe recurrirse —frente a lagunas legales— a los principios de *equidad*⁴⁰ y ésta puede basarse en textos normativos comparables, sean nacionales o incluso extranjeros, por la vía indicada.

Además, no puede olvidarse que el fin último de todo proceso judicial es la solución *justa* del caso bajo litis. Para dichos efectos no deben restarse al juez las posibilidades de aplicación normativa a través del llamado *lura Novit Curiae*^{41 42} que, si bien es necesario para el objetivo indicado, deben respetarse, sin embargo, sus propios límites, ya que no puede afectar el *Derecho de Defensa* atendido que forma parte de la garantía constitucional del debido proceso, lo que ocurre cuando se modifica substancialmente

³⁷ PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Nociones Generales, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p.19.

³⁸ DWORKIN, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 4ª reimpresión, 1999, p. 146.

³⁹ Ver nota 49.

⁴⁰ *Art. 170 N° 5*, Código de Procedimiento Civil.

⁴¹ Corte Suprema, 10/03/2020, rol 12.615-2018, considerando sexto.

⁴² Corte Suprema, 21/07/2020, rol 9.034-2018, considerando cuarto.

la *causa de pedir*⁴³ o el *objeto*⁴⁴ de la pretensión, vulnerando el principio de *congruencia procesal*,⁴⁵ *propio y parte de todo el iter procesal*.

La correcta ecuación crítica entre el derecho invocado por las partes⁴⁶ y el *iura novit curiae*⁴⁷ está en el límite de la afectación del derecho de defensa, y en ese contexto resulta fundamental definir el alcance de la causa de pedir. En esta materia, creo que debe hacerse una distinción que propongo denominar causa de pedir *absoluta y relativa*, reservando para la primera los hechos e imputación jurídica que no pueden alterarse sin vulnerar el derecho de defensa de la contraparte y, por el contrario, la segunda para aquellos que no provocan tal afectación.

En este contexto, la aplicación del *ius superveniens* deberá considerar siempre la diferencia que existe entre *petitum* y *causa petendi*, sin que uno ni otro puedan alterar la *Causa de Pedir* absoluta, lo que ocurrirá cuando se introduzcan nuevos hechos o normas que, por sus alcances, afecten al derecho de defensa. Como siempre, en el ámbito del proceso judicial, esa afectación deberá ser materia de alegación de parte y de resolución por parte del juez, apreciando los elementos del caso concreto y que dan origen al debate. Otro tanto y en el mismo sentido puede decirse respecto del *objeto* de la pretensión, el cual tampoco puede ser modificado substancialmente, sin vulnerar la *congruencia* y consecuentemente, el *debido proceso constitucional y convencional*.

4. PRESENTACIÓN EN ESPAÑA

Por su importancia, me remito a lo expuesto por Miguel Llorente Gonzalvo y María López Mejía al comentar una sentencia del Supremo Tribunal Constitucional español de 14 de Febrero de STC 4/2011, Sala primera. Ponente, Sr. Manuel Aragón Reyes⁴⁸:

“Cuestión de inconstitucionalidad. Estimatoria. Vulneración de las competencias exclusivas del Estado. “Las Comunidades Autónomas no pueden vulnerar la competencia del Estado en materia de compraventas mercantiles. Ius Superveniens. El TC estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara que art. 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo, sobre el comercio interior, ... es contrario al orden constitucional de competencias y, por lo tanto, inconstitucional y nulo.

⁴³ Corte Suprema, 29/03/2019, rol 9443-2019, considerando octavo.

⁴⁴ Obra nota # 34, p.108.

⁴⁵ Corte Suprema, roles: 5455-2018, considerando 9º; 11.665-2019, considerando 4º; 7895-2014, considerando 4º; 5314-2012, considerando 3º.

⁴⁶ *Código de Procedimiento Civil, Art. 254*: La demanda debe contener: N° 4º: La exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoya; y Art. 309: La contestación a la demanda debe contener: N° 3º: Las excepciones que se oponen a la demanda y la exposición clara de los hechos y fundamentos de derecho en que se apoyan.

⁴⁷ Corte Suprema, roles: 3519-2010, considerandos 18º y 19º; 5314-2012, considerando 3º; 6624-2013, considerando 3º; 7895-2014, considerando 3º; 42298-2017, considerando 9º; 45106-2017, considerando 7º; 9034-2018, considerando 4º; 26474-2018, considerandos 4º y 5º.

⁴⁸ <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-37/793-sentencias-del-tribunal-constitucional-numero-37-0-996870871630377>

Como cuestión previa se advierte que no se aplica la doctrina del ius superveniens a las cuestiones de inconstitucionalidad, según reitera este Tribunal, de forma que la tacha de inconstitucionalidad debe ser valorada según la norma estatutaria vigente en el momento en el que fue planteada la cuestión en el proceso a quo, es decir, con el Estatuto de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, careciendo de relevancia para la presente cuestión la modificación estatutaria realizada por la Ley Orgánica 6/2006 por la que el vigente Estatuto reconoce a la Generalitat competencia en materia de comercio y ferias.

El precepto cuestionado infringe el art. 149.1.6 CE, que atribuye competencia exclusiva al Estado en materia de legislación mercantil, y del art. 24 de la Ley 7/1996, del comercio minorista, que regula la venta en rebajas, ya que incide en el núcleo normativo propio de la figura contractual de la venta en rebajas, desbordando el marco fijado por la Ley estatal al incluir como venta en rebajas la de aquellos productos que se ofertan en condiciones especiales de los precios que supongan una minoración en relación a los ofrecidos habitualmente. Esto provoca una alteración de una modalidad de contrato contenida en la regulación estatal”.

Lo pertinente de esta clara sentencia, radica en el alcance del *ius superveniens* desde la óptica constitucional y en la importancia que tiene para respetar el orden jurídico, en consonancia con la vigencia de normas sucesivas que puedan afectar la solución justa.

Al respecto, en la parte de los fundamentos jurídicos, esta sentencia, expresa:

“Asimismo, antes de pasar al examen del fondo de la cuestión debemos dar respuesta al alegato de la letrada del Parlamento de Cataluña, que sostiene la aplicación de la doctrina del ius superveniens por la modificación del Estatuto de Autonomía de Cataluña por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, para determinar si el inciso cuestionado del art. 34.1 del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo, sobre comercio interior, se adecua al reparto de competencias constitucionalmente garantizado.

Pues bien, ha de advertirse que la doctrina del ius superveniens, según la cual el control de las normas que incurren en un posible exceso competencial debe hacerse de acuerdo con las normas del bloque de la constitucionalidad vigentes al momento de dictar Sentencia [entre otras, SSTC 137/1986, de 6 de noviembre, FJ 4; 170/1989, de 19 de octubre, FJ 3; 1/2003, de 16 de enero, FJ 9; 109/2003, de 5 de junio, FJ 6; 14/2004, de 12 de febrero, FJ 8; 47/2004, de 25 de marzo, FJ 7; y 135/2006, de 27 de abril, FJ 3 a)], no resulta aplicable a las cuestiones de inconstitucionalidad, como este Tribunal ha venido a precisar (SSTC 178/2004, de 21 de octubre, FJ 5; 254/2004, de 22 de diciembre, FJ 5; y 164/2006, de 24 de mayo, FJ 4).

La consecuencia de lo expuesto habrá de ser que valoremos la tacha de inconstitucionalidad que se imputa al precepto cuestionado del Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo, sobre comercio interior, de acuerdo con la norma estatutaria vigente en el momento en que fue planteada la cuestión en el proceso a quo, lo que conduce a tomar en consideración lo establecido en el Estatuto de Autonomía de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 4/1979, de 18 de diciembre, careciendo de relevancia para la resolución de la presente cuestión la modificación estatutaria realizada por la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, en virtud de la cual el vigente Estatuto de Autonomía reconoce a la Generalitat competencia exclusiva en materia de comercio y ferias, en los términos establecidos en su art. 121, en relación con su art. 110, preceptos cuyas impugnaciones han sido objeto de la STC 31/2010, de 28 de junio, FFJJ 59 y 68 y fallo.

En suma, para la resolución de la presente cuestión ha de tenerse en cuenta que el Decreto Legislativo de la Generalitat de Cataluña 1/1993, de 9 de marzo, sobre comercio in-

terior, por el que se aprueba la refundición en un texto único de los preceptos de la Ley 1/1983, de 18 de febrero, y de la Ley 23/1991, de 29 de noviembre, de comercio interior, es una regulación dictada (al igual que las normas refundidas), al amparo de la competencia que el art. 12.1.5 del Estatuto de Autonomía de Cataluña de 1979 reconocía a la Generalitat, en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131, y 149.1.11 y 13 CE, en materia de comercio interior y defensa de los consumidores y usuarios, y sin perjuicio de la política general de precios y de la legislación sobre defensa de la competencia.”

Como puede apreciarse, el razonamiento de los sentenciadores incide directamente en el correcto enfoque que debe darse a la consideración de la norma constitucional respecto de las normas inferiores, tomando decisión, en lo cual se puede estar de acuerdo, salvo que tal conclusión lleve en el caso concreto a una solución que constituya un disvalor para el justiciable cuyo derecho merecía ser reconocido, fin último de justicia, entregado a la fe pública de la administración de justicia. Como enseña Werner Goldschmidt (Ver nota 11, p. 369), *“La justicia es un valor”* y, agrego, por mi parte, en el ámbito jurídico y social, sin duda, el más importante y trascendente.

5. PRESENTACIÓN EN ARGENTINA

La introducción más completa se encuentra, en mi parecer, en una explicación contenida en una sentencia de 9 de marzo de 1972 de 2ª instancia de la Cámara Civil y Comercial de Rosario, sala 3ª⁴⁹, pronunciada por los Ministros de la época Adolfo Alvarado Velloso, Guillermo Casiello y Jorge A. Isacchi, redactada por el jurista primero mencionado, donde se lee, en lo pertinente, con claridad meridiana:

“Ahora bien: existe una corriente doctrinaria aún actual, que sostiene que el contenido de la sentencia no debe apartarse ni un ápice de la litis contestatio porque precisamente ella forma parte de la relación sustancial que debe ser objeto del juicio.

“De esta forma, el debate queda conformado en ese momento y las circunstancias fácticas que posteriormente se presenten no pueden alterarlo. Es éste -dicen los sostenedores de esta doctrina, entre ellos, Hernando Devis Echandía (Nociones Generales de Derecho Procesal Civil ed. Aguilar, Madrid, 1966, p.288)- un principio general de Derecho Procesal, de múltiples aplicaciones y unánimemente aceptado por cuanto -caso contrario- se rompería la igualdad de oportunidades que les corresponde a las partes y la lealtad en el debate si pudiese modificarse la litis por hechos posteriores a su formación; porque las partes enderezan sus actividades de ataque y defensa, de prueba y de recursos en presencia de la litis así configurada.

“Esta tesis, que se aplica tanto a la legitimación en la causa como al interés para obrar, no ha encontrado el apoyo unánime que pregona, toda vez que la teoría que acepta la posibilidad de actuar un derecho sobreviniente ha tomado cuerpo -creo que definitivo- en la doctrina y en la jurisprudencia.

*“En efecto: “se habla del *ius superveniens* para indicar que, por eventos sobrevinidos, se modifica una situación de hecho, por la cual queda modificada también la correspondiente situación de derecho, (por ejemplo, la muerte o incapacidad sobreviniente del sujeto”), (Messineo..., misma cita nota 2).*

⁴⁹ Obtenido de: https://campus.academiadederecho.org/upload/Cvaav/Pdf/senten/Art5100_150DPI.pdf

“Este concepto que pertenece propiamente al Derecho Procesal, se usa también en el Derecho Privado, donde se le conceptúa con otro significado y relacionándolo con el problema de la retroactividad de la ley.”, (Messineo..., misma cita nota 2).

*“Detallándolo concretamente, se dice que “la aplicación rigurosa del principio de que la ley debe actuarse como si fuese en el momento de la demanda llevaría a dos consecuencias prácticas: a) que el juez no debería tener en cuenta los hechos extintivos del derecho, posteriores a la demanda y b) que no debería tener en cuenta los hechos constitutivos del derecho y de la acción posteriores a la demanda. De este rigor en ambas aplicaciones hay huellas en el Derecho Romano clásico. En el Derecho Moderno, este rigor, sin embargo, fue amortiguado por el principio de la economía de los juicios. Consecuentemente, el juez falla tanto cuando: a) absuelve al demandado si el derecho se ha extinguido durante el litigio (era ya la máxima de los sabinianos: *omnia iudicia esse absolutoria*). En este caso, no pudiéndose declarar infundada la demanda, la absolución está motivada por la extinción de la materia en discusión; b) acoge la demanda si el hecho sobre el cual se funda se ha verificado durante el litigio (*ius superveniens*). En este segundo caso es necesario, sin embargo, que no se trate de demanda nueva según los principios de la identificación de las acciones”⁵⁰): la prohibición, por consiguiente, de cambiar la demanda durante el transcurso del litigio y, por lo tanto, de cambiar la causa petendi, no excluye que pueda ser hecha valer una causa superveniens cuando ésta sea el mismo hecho jurídico que fue afirmado existente en la demanda judicial y que en aquel momento no existía todavía; así en la reivindicación la posesión del demandado; en la acción hereditaria; la muerte del de cujus; la necesidad en la acción de alimentos y casos semejantes. En ambos casos, las costas del litigio reciben una regulación especial” (Chiovenda, G. *Instituciones del Derecho Procesal Civil*, 1ª ed., Rev. de Derecho Privado, Madrid, 1936. t. 1º, f. 195).*

*“Este criterio que acepta el *ius superveniens* ha obtenido -como ya lo anticipara- recepción jurisprudencial en nuestra provincia ... , sin encontrar óbice en la normativa... ni en la ausencia de disposición legal que contemple la posibilidad de aplicar aquél por cuanto el propio Código autoriza a los jueces... a arbitrar la tramitación que deba observarse, en caso de silencio u oscuridad, de acuerdo con el espíritu que lo inspira y con los principios en materia procesal.*

*Y precisamente uno de éstos, el de economía, contemplado en forma expresa en nuestra legislación adjetiva... y que enseña que debe tratarse de obtener el mayor resultado con el mínimo empleo de actividad procesal, es el fundamento definitivo y último de la aplicación del *ius superveniens*”.*

Otro antecedente del país vecino, también valioso y más reciente, es el del conocido profesor argentino *Jorge W. Peyrano* quien, como consecuencia de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial que rige desde el 1º de agosto de 2015, realizó una publicación⁵¹ sobre esta institución, refiriéndose a su artículo 7º⁵²⁵³, en la cual señala que está:

⁵⁰ Léase *pretensiones*, en la terminología de la moderna doctrina procesal: PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, Nociones Generales, Segunda Edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, capítulo VI, Objeto del Proceso Contencioso, p. 367 y ss.

⁵¹ LA LEY 04/06/2015, Cita Online: AR/DOC/1866/2015.

⁵² Art. 7º: Eficacia temporal. A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes.

Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

“...persuadido acerca de que el asunto es polémico y susceptible de muy diferentes y respetables enfoques”, agrega que “...La temática que nos ocupa es susceptible del ejercicio judicial del iura novit curia”, “...vale decir que, v.gr, el acuerdo entre las partes acerca de la normativa aplicable en danza (Código Civil o Código Civil y Comercial) no obsta a que el órgano jurisdiccional interprete y disponga otra cosa. Sobre el punto, se ha dicho que su "aceptación se traduce en la necesaria libertad con que debe contar el sentenciante para subsumir los hechos alegados y probados por las partes, dentro de las previsiones normativas que rija el caso. Libertad que subsiste aun en la hipótesis de que los litigantes hubieran invocado la aplicabilidad de otras disposiciones tesis reiteradamente mentada en el plano jurisprudencial". También entiende que es propia de las "instituciones procesales tales como el ius superveniens”.

Termina con claridad sus enseñanzas indicando, en lo que interesa al efecto, que estima:

“... insoslayable en la temática que nos ocupa tener en cuenta la ya citada doctrina procesal del ius superveniens, algo dejada de lado -por ahora- por quienes se han ocupado del asunto. Se trata de un mecanismo que convalida que el juez pueda ponderar al momento de dirimir la controversia judicial la incidencia de hechos sobrevinientes posteriores a la traba de la litis y la de las resultas de disposiciones normativas no vigentes en los albores de una causa. Ciertamente es que la doctrina del ius superveniens ha sido pensada para el supuesto de que alguna norma legal "aparezca" después de abrirse el debate judicial viniendo a reconocer su influencia sobre la suerte de la litis.”.

Finalmente señala que:

“... acerca de cuál es la ley temporalmente aplicable... ella debe ser puesta en contacto con instituciones procesales tales como el ius superveniens, la cosa juzgada, la sustracción de materia, la preclusión, la traba de la litis, el principio de ejecución de los actos procesales, el comienzo del cómputo de términos procesales, la congruencia y otras que también, de alguna manera, son portadoras y defensoras de garantías constitucionales que no pueden ser preteridas. La constitucionalización del Derecho Civil no puede olvidar y así computar el fenómeno de la constitucionalización del proceso civil. Es decir, que, llegado el caso, se deberá procurar armonizar la elección normativa con el funcionamiento de los mencionados institutos procesales.”.

6. PRESENTACIÓN EN CHILE

En nuestro medio, estando de acuerdo con el planteamiento del profesor trasandino recién antes citado, agregaría a la lista de los institutos que señala uno no procesal pero trascendente, el de la *confianza legítima*⁵⁴ ya que, en las relaciones de los privados con la autoridad, su aplicación se ha impuesto razonable y necesariamente, doctrinal y jurisprudencialmente, como un resguardo inspirador de la legitimidad en el obrar

⁵³ GONZÁLEZ CASTRO, Manuel, Normas Procesales del Código Civil y Comercial de la Nación, Ed. Advocatus, Córdoba, 2015: “El CCC ha adoptado la tesis de su aplicabilidad a las relaciones jurídicas que están en curso (art.7). De este modo, se puede entender que sean aplicable a los procesos ya iniciados y que se encuentran pendientes en su tramitación.”.

⁵⁴ Corte Suprema, 29/11/2018, rol 100.759-2016, considerando décimo noveno.

del particular, la confianza pública en el actuar de la administración y la buena fe de ambos, que ha de *presumirse*⁵⁵.

Otro tanto —con menor énfasis, aunque debiera ser considerado de igual intensidad— puede concluirse respecto de la doctrina o teoría de los *actos propios*⁵⁶ en aquellos casos en los que una parte modifica y contraría sus conductas pasadas dentro del mismo marco regulatorio.

Ambas instituciones —confianza legítima y actos propios— deben considerarse parte de la *teoría general del derecho* no penal y se sustentan en la necesaria exigencia del actuar de *buena fe*, como marco regulatorio, en la materia.

No puede olvidarse la conocida y antigua enseñanza que indica que *el Estado es la Nación jurídicamente organizada*, de lo que deriva que todo el entramado jurídico que se otorgan los países interna e internacionalmente entre ellos, es un sistema de Gobierno para regular y asegurar la convivencia pacífica y resolver los conflictos de relevancia jurídica a través de decisiones jurisdiccionales imperativas que sean *justas* y previo *debido proceso legal*, todo en el marco de un Estado de Derecho democrático, tal como ofrece y garantiza nuestra Carta Magna, en la Garantía Constitucional de un procedimiento e investigaciones que sean racionales y justos.

En primer lugar, debemos preguntarnos si existen normas positivas que regulen el *Ius Superveniens* en Chile. Y la respuesta es parcialmente afirmativa. Ya lo adelantamos al citar como principios generales los artículos 9 del código de Bello y el 18 del código penal, los cuales consagran la *irretroactividad de la ley*, con las disposiciones o efectos que arrancan de sus respectivos textos, debiendo considerarse que esta institución es, de alguna manera, parte del principio de irretroactividad o retroactividad, según como quiera denominárselo.

Otro tanto aporta la Ley de 1861 sobre *Efecto Retroactivo de las Leyes* y de la cual podemos extraer como principio regulador, ese mismo efecto, sin perjuicio del marco normativo y excepciones que establece en los artículos respectivos⁵⁷ y su propio campo de aplicación.

Como puede colegirse de los artículos citados y de los demás de la indicada y antigua ley, todos consagran el principio de la irretroactividad de la ley, con ciertas excepciones en las materias que respectivamente tratan, pero, solamente en esas materias y respecto de las normas y no de los hechos, de modo tal que el *Ius superveniens*, en forma alguna puede entenderse resuelto para todos los demás casos en que resulta relevante, conveniente y necesario de aplicar.

⁵⁵ *Código Civil, Art. 707*: La buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria. En todos los otros la mala fe deberá probarse. En procesal, LAZO, Santiago, Los Códigos Chilenos Anotados, Código de Procedimiento Civil, Poblete Cruzat Hnos. Editores, 1918, p.279: Texto aprobado en Comisión Mixta, previa enmienda de la “Cámara de Senadores” respecto de suprimir “..la consignación para no estorbar el legítimo derecho de pedir ampliación de la prueba” acordada por la “Cámara de Diputados”, fundando el rechazo en “...evitar que se entorpezca el juicio con la alegación de mala fe de hechos nuevos.”, insistiendo la Cámara de Diputados.”.

⁵⁶ <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/viewFile/244/225>

https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722013000100004

⁵⁷ Ver nota 36.

En consecuencia, esta institución tiene una directriz normativa y otra fáctica y contempla una regulación legal en nuestro sistema jurídico en la primera vertiente mencionada, pero no así en la segunda, sin perjuicio de concluir que, respecto de la primera, no es suficiente para todos los casos posibles de prever, como por ejemplo, cuando en ejercicio de la potestad anulatoria o invalidatoria se afecta o se deja sin efecto o se modifica o se reemplaza el marco regulatorio de una autorización o permiso legítimamente solicitado, otorgado y obtenido, alterando la situación de hecho de temporalidad primaria.

Por su parte, en materia de *procedimiento administrativo*, la vigencia de los principios regulados en la ley 19.880 e indicados en su artículo 4º⁵⁸, correspondientes a celeridad⁵⁹, conclusivo⁶⁰ y economía procedimental⁶¹, también demuestran la aplicabilidad del llamado *Ius Superveniens, en este ámbito del derecho*. En efecto, teniendo en consideración que la celeridad y la economía se consagran como garantías para la dictación de una resolución oportuna, a través de un acto conclusivo o terminal, el *Ius Superveniens*, también tiene aplicación desde el momento que las relaciones del particular con la administración, normalmente a través de actos de *petición y resolución*, respectivamente, requieren una temporalidad revisora cuando no, además, de períodos de prueba o de acreditación, también llamados de confirmación.

Esta ley, incluso tiene una normativa específica que tiene incidencia en la materia, en sus artículos 53, 59, 60 y 61 respecto de la *invalidación, reposición, jerárquico, revisión y revocación* de los *actos administrativos*, siendo posible que también dentro del procedimiento administrativo, ocurran nuevos eventos constitutivos de hechos o normas o que influyan en un procesal judicial en curso. Pero, además, en forma expresa, su artículo 52, contiene la regla de la irretroactividad pero también de la retroactividad, al disponer que *“Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros.”*

⁵⁸ Principios del procedimiento. El procedimiento administrativo estará sometido a los principios de escrituración, gratuidad, celeridad, conclusivo, economía procedimental, contradictoriedad, imparcialidad, abstención, no formalización, inexcusabilidad, impugnabilidad, transparencia y publicidad.

⁵⁹ Principio de celeridad. El procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites. Las autoridades y funcionarios de los órganos de la Administración del Estado deberán actuar por propia iniciativa en la iniciación del procedimiento de que se trate y en su prosecución, haciendo expeditos los trámites que debe cumplir el expediente y removiendo todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión. En el despacho de los expedientes originados en una solicitud o en el ejercicio de un derecho se guardará el orden riguroso de ingreso en asuntos de similar naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia.

⁶⁰ Principio conclusivo. Todo el procedimiento administrativo está destinado a que la Administración dicte un acto decisorio que se pronuncie sobre la cuestión de fondo y en el cual exprese su voluntad.

⁶¹ Principio de economía procedimental. La Administración debe responder a la máxima economía de medios con eficacia, evitando trámites dilatorios. Se decidirán en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan un impulso simultáneo, siempre que no sea obligatorio su cumplimiento sucesivo. Al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo establecido al efecto. Las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspenderán la tramitación del mismo, a menos que la Administración, por resolución fundada, determine lo contrario.

Así regulado, se mantiene la regla de la irretroactividad pero, invirtiéndola, disponiendo la de retroactividad, en los casos que señala, lo que también abre la posibilidad de casos propios de *ius superveniens*.

Otro aspecto relevante, en esta materia, es la interdependencia jerárquica que existe entre el proceso judicial y el proceso administrativo (mejor dicho, procedimiento administrativo). En efecto, no siempre la relación entre un privado y la autoridad administrativa, se agota con una sola petición y resolución, procedimiento administrativo de por medio, el cual normalmente puede consistir en tan solo esos 2 actos jurídicos, por ejemplo, solicitud de una certificación que no requiere de un período de acreditación o prueba o la que requiere se adjunta a la petición, o bien, cuando tampoco requiere de otras resoluciones previas de la misma u otras autoridades. En otros, sin embargo, esa relación, puede estar determinada por más de un procedimiento administrativo, cuando la resolución final depende de otras resoluciones previas de la misma autoridad o incluso de otras, por ejemplo, en un permiso de construcción, de importación o exportación de ciertos productos o medioambientales, etc., en que para acceder a la resolución final depende de otras previas propias o sectoriales.

En este contexto, iniciado el proceso judicial, frente a la insatisfacción de la pretensión administrativa, el *interesado*⁶² no puede recurrir a la vía administrativa, con la misma pretensión, pero la autoridad administrativa no queda inhibida de su potestad decisoria⁶³ y en caso de hacer uso de ella, invalidando o modificando un acto, puede dar lugar a un caso de *ius superveniens*⁶⁴, cuyas consecuencias deben resolverse también de manera *justa*.

En materia *procedimental civil*, el código del ramo también regula esta institución respecto de los denominados hechos nuevos o de nueva noticia, en los artículos 85⁶⁵, 159 inciso 4º⁶⁶, 181⁶⁷ 68, 234⁶⁹, 310⁷⁰ y 321⁷¹ y 322 inciso 1º⁷², entre otros.

⁶² Ley 19.880, Art.20: Interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

1. Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses individuales o colectivos.

2. Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

3. Aquéllos cuyos intereses, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se apersonen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

⁶³ Ley 19.880, Art. 54, inciso 3º: Si respecto de un acto administrativo se deduce acción jurisdiccional por el interesado, la Administración deberá inhibirse de conocer cualquier reclamación que éste interponga sobre la misma pretensión.

⁶⁴ O, en su caso, de *sustracción de la materia, según decida el Tribunal*.

⁶⁵ Art. 85: Todo incidente originado de un hecho que acontezca durante el juicio, deberá promoverse tan pronto como el hecho llegue a conocimiento de la parte respectiva. Si en el proceso consta que el hecho ha llegado al conocimiento de la parte, y si ésta ha practicado una gestión posterior a dicho conocimiento, el incidente promovido después será rechazado de plano, salvo que se trate de alguno de los vicios o circunstancias a que se refiere el inciso 3º del artículo anterior. (El subrayado no es del original).

Probatoriamente, a su vez, se relaciona en segunda instancia, con los artículos 348 inciso 1º⁷³, 385 inciso 2º⁷⁴ y 405 inciso 2º⁷⁵, este último, no obstante, no estar excep-

⁶⁶ *Art. 159, inciso 1º:* Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver. Las que se dicten fuera de este plazo se tendrán por no decretadas. Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas: ...*Inciso 4º:* Si en la práctica de alguna de estas medidas aparece de manifiesto la necesidad de esclarecer nuevos hechos indispensables para dictar sentencia, podrá el tribunal abrir un término especial de prueba, no superior a ocho días, que será improrrogable y limitado a los puntos que el mismo tribunal designe. En este evento, se aplicará lo establecido en el inciso segundo del artículo 90. Vencido el término de prueba, el tribunal dictará sentencia sin más trámite. (El subrayado no es del original).

⁶⁷ *Art. 181:* Los autos y decretos firmes se ejecutarán y mantendrán desde que adquieran este carácter sin perjuicio de la facultad del tribunal que los haya pronunciado para modificarlos o dejarlos sin efecto, si se hacen valer nuevos antecedentes que así lo exijan.

⁶⁸ "...debiendo entenderse por nuevo antecedente todo hecho jurídico que no estuvo en conocimiento del tribunal cuando pronunció resolución: Ap.Talca 1911 (Gac 1911, T2, P72, s 796). LAZO, Santiago, Los Códigos Chilenos Anotados, Código de Procedimiento Civil, Poblete Cruzat Hnos. Editores, 1918, p.188-189.

⁶⁹ *Art. 234:* En el caso del artículo anterior la parte vencida sólo podrá oponerse alegando algunas de las siguientes excepciones: pago de la deuda, remisión de la misma, concesión de esperas o prórrogas del plazo, novación, compensación, transacción, la de haber perdido su carácter de ejecutoria, sea absolutamente o con relación a lo dispuesto en el artículo anterior, la sentencia que se trate de cumplir, la del artículo 464 número 15 y la del artículo 534, siempre que ellas, salvo las dos últimas, se funden en antecedentes escritos, pero todas en hechos acaecidos con posterioridad a la sentencia de cuyo cumplimiento se trata. También podrá alegarse la falta de oportunidad en la ejecución. Esta excepción y las del artículo 464 N° 15 y del artículo 534 necesitarán, además, para ser admitidas a tramitación, que aparezcan revestidas de fundamento plausible. La oposición sólo podrá deducirse dentro de la citación a que se refiere el artículo precedente. El tercero en contra de quien se pida el cumplimiento del fallo podrá deducir, además, la excepción de no empecerle la sentencia y deberá formular su oposición dentro del plazo de diez días. La oposición se tramitará en forma incidental, pero si las excepciones no reúnen los requisitos exigidos por el inciso 1º se rechazará de plano. do en el artículo 80. (El subrayado no es del original).

⁷⁰ *Art. 310:* No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, las excepciones de prescripción, cosa juzgada, transacción y pago efectivo de la deuda, cuando ésta se funde en un antecedente escrito, podrán oponerse en cualquier estado de la causa; pero no se admitirán si no se alegan por escrito antes de la citación para sentencia en primera instancia, o de la vista de la causa en segunda. Si se formulan en primera instancia, después de recibida la causa a prueba, se tramitarán como incidentes, que pueden recibirse a prueba, si el tribunal lo estima necesario, y se reservará su resolución para definitiva. Si se deducen en segunda, se seguirá igual procedimiento, pero en tal caso el tribunal de alzada se pronunciará sobre ellas en única instancia.

⁷¹ *Art. 321:* No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, es admisible la ampliación de la prueba cuando dentro del término probatorio ocurre algún hecho substancialmente relacionado con el asunto que se ventila. Será también admisible la ampliación a hechos verificados y no alegados antes de recibirse a prueba la causa, con tal que jure el que los aduce que sólo entonces han llegado a su conocimiento. (El subrayado no es del original).

⁷² Al responder la otra parte el traslado de la solicitud de ampliación, podrá también alegar hechos nuevos que reúnan las condiciones mencionadas en el artículo anterior, o que tengan relación con los que en dicha solicitud se mencionan.

⁷³ Los instrumentos podrán presentarse en cualquier estado del juicio hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta la vista de la causa en segunda instancia.

cionado en el inciso 1º del artículo 207 pero sí considerando el inciso 2º de este último artículo, en relación al inciso 2º de aquél, al hacer referencia a un *tribunal colegiado*.

Finalmente, en *materia constitucional*, el llamado bloque de constitucionalidad, unido a la garantía del artículo 19 número 3⁷⁶ —conocida como *debido proceso*— bajo el *sintagma* de *procedimiento e investigación, racionales y justos*, permiten aseverar que el fenómeno del *Ius Superveniens* también debe responder a la exigencia de una resolución *justa*, entendida por tal aquella sentencia legítima que se dicta después de un *proceso legalmente tramitado*⁷⁷ y conforme el mérito del proceso particular en que se dicta y en el que produce sus efectos plenos, conforme lo dispuesto en el artículo 3º inciso 2º del Código Civil⁷⁸.

Sin embargo, desde la perspectiva regulatoria de la Carta Magna, la mayor expresión de esta institución está en el control a través de la acción de *inaplicabilidad*⁷⁹ por inconstitucionalidad, cuando una sentencia del Tribunal Constitucional así lo declara. En este caso, el *Ius superveniens* deriva de una sentencia abrogatoria.

Sin perjuicio de las menciones normativas precedentes, lo importante es la conclusión que se impone, esto es, que la evolución del *Ius superveniens* ha sido tal que no puede caber duda que debe considerarse su análisis y aplicación, exista o no regla normativa que la regule y consagre positivamente, ya que siendo una *institución del derecho*, su eventual falta de regulación integral o completa, en alguna materia, impone su aplicación, por vía de interpretación e integración de las normas, nacionales e internacionales, para así poder responder a un fenómeno jurídico de normal ocurrencia, en los procesos judiciales, con criterios ciertos, conocidos, razonables y justos.

Luego del repaso normativo indicado precedentemente, teniendo presente el principio general de *irretroactividad* que emana del artículo 9 del código civil, corresponde revisar si las disposiciones indicadas son suficientes para abordar y confrontar o subsumir todas las hipótesis que pueden darse en los conflictos no penales, entendiendo por tales a los civiles, comerciales, administrativos, en sus distintas especies, como me-

⁷⁴ Esta diligencia se podrá solicitar en cualquier estado del juicio y sin suspender por ella el procedimiento, hasta el vencimiento del término probatorio en primera instancia, y hasta antes de la vista de la causa en segunda. Este derecho sólo lo podrán ejercer las partes hasta por dos veces en primera instancia y una vez en segunda; pero, si se alegan hechos nuevos durante el juicio, podrá exigirse una vez más.

⁷⁵ Si el tribunal es colegiado, podrá comisionar para que practique la inspección a uno o más de sus miembros.

⁷⁶ Constitución Política: La Constitución asegura a todas las personas: Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos.

⁷⁷ CERDA FERNANDEZ, Carlos, *Juris Dictio*, Ed. Jurídica de Chile, agosto de 1992, primera edición, p.229.

⁷⁸ Sólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio. Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronuncian.

⁷⁹ *Constitución Política, Artículo 93, Nº 6º*: Resolver, por la mayoría de sus miembros en ejercicio, la inaplicabilidad de un precepto legal cuya aplicación en cualquier gestión que se siga ante un tribunal ordinario o especial, resulte contraria a la Constitución;

dioambientales, extranjería, urbanísticos⁸⁰, falta de servicio, función pública, aguas, minería, energía, forestales, pesca, familia,⁸¹ seguros,⁸² etc.

Para estos efectos, es necesario realizar un análisis de hipótesis, pudiendo distinguirse como principales, las siguientes:

1.- El juicio se inicia y termina con los mismos hechos y derecho invocado y se resuelve dentro de ese marco de competencia.

Esta hipótesis excluye la posibilidad del vicio de nulidad denominado *ultrapetita* y, en este caso, no resulta aplicable el *ius superveniens*. La sentencia deberá encuadrarse en los hechos y en el derecho alegado por las partes como fundamentos de sus pretensiones, salvo la aplicación de normas no invocadas por las partes y que el juez decida aplicar con base en el *iura novit curiae*, lo que podrá hacer sólo si con su aplicación no se altera la *Causa de Pedir* absoluta ni afecta el *Derecho de Defensa*, requisitos ambos copulativos, atendida la incidencia que tienen en el respeto a la garantía constitucional del *debido proceso*.

2.- El juicio se inicia y termina con los mismos hechos pero no con el mismo derecho invocado.

Esta hipótesis puede darse por iniciativa de parte o del propio juez, abriéndose el análisis del *iura novit curiae* que, como ya señalamos, no puede afectar el derecho de defensa y, por su parte, sí da lugar al *ius superveniens*.

3.- El juicio se inicia con determinados hechos y termina con otros hechos distintos, mancomunados o excluyentes, pero con el mismo derecho invocado.

Esta hipótesis requiere un análisis riguroso acerca de la naturaleza de los hechos nuevos o de nueva noticia, ya que no pueden incorporarse a la sentencia aquellos que afecten la causa de pedir (absoluta) y, por otra parte, también da lugar al *ius superveniens*.

Ahora bien, cuando se trata de *hechos nuevos o de nueva noticia*, la regla general es que no produzcan problemas de determinación respecto de la posibilidad de incorporarlos o no a la sentencia, ya que si no alteran la causa de pedir indicada, no debiera haber problema en que así se resuelva, en la medida en que la parte que no los incor-

⁸⁰ GEIS CARRERAS, Gemma, La Ejecución de las Sentencias Urbanísticas, Tesis Doctoral, Mención Europea, Universitat de Girona, 2008.

⁸¹ Ley 19.968, Art. 63 bis: Prueba no solicitada oportunamente. A petición de alguna de las partes, el juez podrá ordenar la recepción de pruebas que ellas no hayan ofrecido oportunamente, cuando justifiquen no haber sabido de su existencia sino hasta ese momento y siempre que el juez considere que resultan esenciales para la resolución del asunto.

Si con ocasión de la rendición de una prueba surge una controversia relacionada exclusivamente con su veracidad, autenticidad o integridad, el juez podrá autorizar la presentación de nuevas pruebas destinadas a esclarecer esos puntos, aunque ellas no hayan sido ofrecidas oportunamente y siempre que no haya sido posible prever su necesidad.

⁸² LAGOS VILLARREAL, Osvaldo, Las Cargas del Acreedor en el Seguro de Responsabilidad Civil, Ed. Mapfre S.A., Madrid, 2006, p. 11-17, en relación a la Carga Procesal, materia que también se vincula con la institución en análisis, en especial, entre aquellos que son partidarios de la llamada *carga dinámica de la prueba*, con quienes no estoy de acuerdo.

poró tenga oportunidad de audiencia y, ambas partes, derecho a la prueba, en caso de ser necesaria, cuando existan hechos controvertidos que sean substanciales y pertinentes. Pero si se altera la causa de pedir absoluta, claramente no podrán incorporarse a la sentencia, salvo para declarar su improcedencia, a través de un considerando resolutorio y no en la parte resolutoria de la misma, porque no es materia de la litis a resolver, es decir, no para su rechazo de fondo, quedando abierta la posibilidad para un juicio distinto, en la medida que los hechos nuevos no queden encuadrados en los discutidos, en el juicio primitivo.

Por su parte, respecto de la nueva norma, generalmente traerá consigo una disposición o regulación que resuelva el conflicto con la regla vigente, normalmente denominada *transitoria*, sea para respetar su aplicación o para conjugar una aplicación distinta y preferente respecto de aquélla, pero ello, por decisión del legislador.

Hasta aquí el problema es simple. Sin embargo, pueden ocurrir casos en que la norma no es clara o simplemente no regula ni resuelve la duda que puede darse respecto de qué rigen para la resolución del juicio: ¿Los hechos y/o el derecho, con que se trabó la litis o los nuevos?

Si a esta hipótesis le sumamos un cambio de eventos regulatorios por acto de autoridad, cobra una inmensa importancia preguntarse cómo debe resolver el conflicto, cual ocurre, por ejemplo, cuando se modifica un estatuto de inmigración o se modifican las reglas que imponen requisitos ambientales o cuando se reduce una cuota de captura de pesca, existiendo juicios pendientes, a la fecha de dichas modificaciones, complejidad que aumenta, dependiendo de la oportunidad del nuevo evento, esto es, si ocurre en primera o segunda instancia o en la fase recursiva extraordinaria ante la Corte Suprema⁸³.

Este último escenario se complica aún más cuando se trata de un cambio normativo sin indicar la misma regla bajo qué normas deberá resolverse el conflicto, lo que, si bien no es común en las disposiciones legales, es perfectamente posible que ocurra, lo cual recomienda que exista un método que resuelva el punto.

Por otro lado, puede ocurrir que bajo una determinada hipótesis de hecho, consistente en una autorización o permiso administrativo, por ejemplo, éste se vea afectado por una modificación, total o parcial o que se deje sin efecto por acto de la autoridad administrativa, vía nueva regulación, o bien, por acto de la autoridad judicial (sentencia).

Entonces, será necesario distinguir, en el primer caso si el afectado impugnó o no tal decisión administrativa ante los Tribunales de Justicia o, en el segundo caso, si tal afectación es consecuencia de una sentencia con efecto de *cosa juzgada material* o con efecto de *cosa juzgada formal*, ya que solamente en la primera el *ius superveniens* no resultaría posible de aplicar por el efecto de inmutabilidad que deriva de tal decisión jurisdiccional, a diferencia de la segunda, que permite que pueda resultar posible concurrir alguna nueva hipótesis de *ius superveniens*, en el nuevo juicio posible de iniciar.

Es en estos casos donde la aplicación de *ius superveniens* toma cuerpo e importancia, permitiendo al sentenciador, salvo norma expresa que señale cómo resolver y decidir,

⁸³ *Código de Procedimiento Civil, Art. 774*: Interpuesto el recurso, no puede hacerse en él variación de ningún género. Por consiguiente, aun cuando en el progreso del recurso se descubra alguna nueva causa en que haya podido fundarse, la sentencia recaerá únicamente sobre las alegadas en tiempo y forma.

considerarla en conjunto con las demás instituciones que hemos indicado u otras que puedan resultar pertinentes, según la naturaleza de la materia objeto del juicio, sean procesales, civiles, administrativas, etc.

Como se advierte, el campo de aplicación de esta institución es amplio y sirve para resolver los conflictos jurídicos cuando se incorporan al proceso eventos, constitutivos de hechos nuevos o de nueva noticia y/o nuevas normas, es decir, distintos y posteriores a los alegados en el período de discusión, posibilidades que son de común ocurrencia.

Claramente, la incorporación de tales eventos durante el proceso no puede afectar el derecho de defensa, como ocurriría si la consecuencia fuere la modificación substancial de la *Causa de Pedir*, en cuanto a los hechos o el derecho. Pero, dentro de ese límite, respecto de los hechos y, en todo caso, respecto del derecho, si la norma no es suficiente para llegar al resultado correcto, el *ius superveniens* puede suplir esa falta esencial que es arribar a la sentencia justa, ya que no resulta posible esperar que la Jurisdicción no se preocupe del resultado final de las decisiones que adopte. Solamente, a vía de ejemplo, en caso de substracción de la materia o de derogación normativa no regulada con claridad mediante normas transitorias o de nuevas normas jurisdiccionales o administrativas, la institución en análisis, permite un método racional de decisión. A su vez, debe considerarse que el nuevo *evento normativo*, puede derivar de una (i) decisión jurisdiccional o (ii) legislativa o (iii) administrativa, como ocurre respectivamente con la sentencia de inaplicabilidad, sea en el sistema *concentrado* o *difuso* del control constitucional de legalidad que incide en el proceso en curso o bien, de una ley o, incluso, de una decisión de orden administrativo, como lo es la llamada *potestad reglada* de la Administración.

Aquí, tiene vinculación la llamada "*sustracción de la materia*"⁸⁴, para lo cual seguimos a la profesora peruana *Eugenia Ariano*, quien señala los siguientes ejemplos⁸⁵, sin perjuicio de mencionar su autonomía respecto del *ius superveniens*⁸⁶.

"1. La muerte de una de las partes, si el proceso tiene por objeto derechos personalísimos, en cuanto la muerte provoca la extinción del derecho deducido (p. ej., la muerte de una de las partes en un proceso de divorcio).

2. La imposibilidad (material o jurídica) para el actor de obtener el objeto (mediato) de su pretensión (p. ej. la destrucción de la cosa reivindicada por causa no imputable al demandado).

3. La modificación de la Ley reguladora del caso (ius supervivens), que hace a la situación ya no "tutelable".

⁸⁴ ARIANO DEHO, Eugenia: "...se presentaría una "*sustracción de la materia*" de un proceso pendiente cuando por hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda (en rigor, a la notificación de la demanda) el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha devenido ya imposible de obtener.": Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa. Revista PUCP, p. 146.

⁸⁵ ARIANO DEHO, Eugenia, ídem nota 83, p. 145-146.

⁸⁶ ARIANO DEHO, Eugenia, ídem nota 83, p. 146, nota 12.

4. La modificación de la fuente de la relación (p. ej., las partes transan extrajudicialmente) vaciando así de objeto la controversia.

5. La extinción del derecho objeto de controversia (p. ej. el demandado cumple con la prestación cuyo cumplimiento se demandó) con la consecuente satisfacción del actor, etc.”.

En términos generales, respecto de la *sustracción de la materia*, son innumerables los casos que pueden existir como hipótesis de *ius superveniens*, considerando, en términos simples, que el efecto práctico de su concurrencia puede determinar un resultado final adverso del juicio, como en el caso de quien demanda teniendo el derecho a su favor pero el evento sobreviniente se lo despoja o, en el caso inverso, tener un resultado favorable, cuando inicialmente no se tenía el derecho pero, el evento sobreviniente, se lo otorga, en cuyos casos, si no hay afectación de la *causa de pedir absoluta* ni del *derecho de defensa*, esta institución permite resolver el conflicto judicial, con mérito de una sentencia conforme a los hechos y al derecho vigentes al momento de que se dicte la sentencia, lo que resulta lógico y necesario, excluidos, obviamente, aquellos casos en que las leyes de retroactividad determinan la regla de *fijeza o permanencia* de las normas⁸⁷.

Finalmente, en materia jurisprudencial, encontramos una interesante sentencia⁸⁸ que, en lo pertinente, expresa:

“Tercero: Que, en la especie, al haberse tramitado y fallado la causa en primera instancia por quien no tenía la investidura legal de Juez con sus facultades propias, ha acontecido lo que algunos autores denominan proceso aparente (De las Nulidades Procesales. Nelson Pozo Silva, Ediciones Jurídicas la Ley. 1993, pag.82).

Cuarto: Que, la decisión del Tribunal Constitucional de hacer inaplicable la norma del artículo 116 del Código Tributario configura el denominado Ius Superveniens, esto es, "que el nuevo derecho objetivo debe aplicarse a la relación controvertida, aun cuando entre en vigor después de la demanda judicial o en el curso del juicio" (Manual de Derecho Civil y Comercial", de Francesco Messineo, Tomo II, Ediciones Jurídicas Europa-Américas Chile, Pág. 326).”.

7. PRINCIPIOS PROCESALES Y CIVILES CON LOS QUE SE VINCULA

Como ya vimos en el trabajo del profesor Peyrano, esta institución se vincula con el tema de la aplicación y temporalidad de las normas legales y, además, con una serie de otras instituciones procesales que menciona, a saber: la *cosa juzgada*, la *sustracción de materia*, la *preclusión*, la *traba de la litis*, el *principio de ejecución de los actos procesales*, el *comienzo del cómputo de términos procesales*, la *congruencia* y otras, explícita-

⁸⁷ Por ejemplo, en la Ley Sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes, Art. 22: En todo contrato se entenderán incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. Exceptúanse de esta disposición:

1.º Las leyes concernientes al modo de reclamar en juicio los derechos que resultaren de ellos; y 2.º Las que señalan penas para el caso de infracción de lo estipulado en ellos; pues esta será castigada con arreglo a la ley bajo la cual se hubiere cometido.

⁸⁸ Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20/06/2017, rol 3385-2005.

tando su postura respecto de la naturaleza jurídica de esta doctrina al indicar “... *instituciones procesales tales como el ius superveniens...*”.

Si bien comparto esa relación, estimo que una posición limitada o reduccionista a lo procesal, sin explicitar su vinculación con otras áreas del derecho, puede llevar al error de considerar que no podría recurrirse, en la fase argumentativa y decisional, a instituciones originarias del derecho civil como la *buena fe*⁸⁹, que ya es incluso de regulación positiva procesal⁹⁰ o como la doctrina de los *actos propios* o bien, en el campo del derecho administrativo, como la *confianza legítima*, todo, para la decisión jurisdiccional.

Además, no comparto que sea *otra* institución procesal, al menos no exclusivamente sino, por el contrario, bajo la norma constitucional es más bien una institución del derecho o de todas las ramas del derecho, en especial no penal, lo que la sitúa en un peldaño superior o al menos diferente del encasillamiento piramidal tradicional.

En todo caso, debe valorizarse el interés y esfuerzo por la determinación doctrinal de las instituciones jurídicas en cuanto a las respectivas naturalezas jurídicas de cada una de ellas. Esto ayuda a la comprensión normativa, sus efectos y alcances, contribuyendo a la seguridad jurídica, pero, a la vez, la visión moderna del derecho, sin eliminar tales alcances, impide aceptar exclusiones normativas posibles, ya que, frente a dudas o lagunas, la aplicación integral de las reglas vinculadas y aplicables es el derrotero que debe seguir todo acto de juzgamiento que cumpla el *requisito* o *exigencia* de *fundamentación* y presupuesto de la *imparcialidad*^{91 92}, para que redunde en una sentencia legítima y justa.

⁸⁹ Tratado de la Buena Fe en el Derecho, Doctrina Extranjera, varios autores, Marcos M. Córdoba, La Ley, T. II, 2004: RAMÍREZ ARRAYÁS, José Antonio, Interpretación Constitucional y Principio de la Buena fe, p.47 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, El principio general de la buena fe en el derecho administrativo, p.337 y ss.;

⁹⁰ Ley 20.886, Art. 2, letra d: *Principios*. La tramitación de las causas regidas por la presente ley se sujetará a los siguientes principios generales: d) Principio de buena fe. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso conforme al sistema informático de tramitación deberán actuar de buena fe. El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe.

⁹¹ Pacto de San José, Art. 8, número 1: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

⁹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha elevado a la categoría de presupuesto y no solamente de elemento del Debido Proceso, a la exigencia contenida en el art. 8.1 de la Convención, dentro de la cual está la del Juez Imparcial. GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Ex Juez y Ex Presidente del indicado Tribunal Internacional, El Debido Proceso en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Derecho Procesal Contemporáneo” tomo I página 19, primer párrafo del punto 5., Ed. Jurídica de Chile, Agosto de 2010. Ver también sentencias como Apitz Barbera y otros, párr. 56; Caso Barreto Leiva, párr. 98 y caso Caso Usón Ramírez, párr. 117), expresándose en este último: “La imparcialidad del tribunal implica que sus integrantes no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia. La imparcialidad personal o subjetiva se presume a menos que exista prueba en contrario. Por su parte, la denominada prueba objetiva consiste en determinar si el juez cuestionado brindó elementos convincentes que permitan eliminar temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad sobre su persona”. También, mismo autor, en la

8. CONCEPTO

Como puede advertirse, se trata de una institución del derecho en su conjunto o, si se prefiere, que abarca todas las áreas del derecho interno, en especial no penal, sin perjuicio de su vertiente internacional, es decir, es propia de la teoría general del derecho, la cual acepta un método de valoración e interpretación racional integrativa que permite, cuando resulta aplicable, encontrar la solución más correcta para el caso concreto, respetando el derecho de defensa, la igualdad de las partes y la imparcialidad del juez⁹³, con lo que colabora a que la justificación resolutoria se base en un razonamiento jurídico y no en uno intuitivo o subjetivo que cumpla el fin principal y último de hacer *Justicia*, en forma legal y de acuerdo al mérito del caso justiciable.

Consecuencia de todo lo antes expuesto, propongo el siguiente concepto, para esta *institución del derecho*:

La institución denominada *Ius Superveniens* pertenece a la teoría general del derecho y consiste en el conjunto de normas y principios que ayudan a resolver metodológicamente cómo debe decidirse un conflicto para la dictación de una sentencia justa, cuando hechos nuevos o de nueva noticia o nuevas normas o derecho se introducen legalmente al proceso, una vez iniciado éste y antes de su sentencia de término, cuando la disposición no señala en forma expresa y clara, bajo cuál de esos eventos debe decidirse, en el caso concreto.

9. CONCLUSIONES

1.- La institución del *Ius Superveniens*, cuyo origen es de antigua data, no ha tenido recepciones normativas sistémicas en los países en que es conocida y rige, incluido Chile, y comprende su aplicación no solamente a hechos nuevos sino también a los originales, en caso de nuevo derecho.

2.- Su naturaleza jurídica es mixta, ya que es propia del derecho adjetivo, en cuanto a la regulación temporal procedimental y también substantiva, en cuanto a sus mandatos normativos de fondo, pero con preeminencia de lo procesal, atendidos los principios con los cuales se vincula, sin perjuicio de su encasillamiento o ubicación dentro de la Teoría General del Derecho, con el efecto expansivo que de ello deriva.

obra antes indicada: *“La imparcialidad exige que el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad.”*.

⁹³ Pacto de San José, Art. 8 N° 1: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

3.- Es necesaria una norma que la regule en específico para cada materia, sin perjuicio de su vigencia general, como un principio rector aplicable con independencia de la naturaleza de la materia de que se trate y de las disposiciones legales que la contemplan diseminadamente y no de manera sistémica, en los respectivos textos normativos o de reglas, especialmente de rango legal, aplicándose a todo el cuadro normativo jurídico o de derecho, no solamente al del indicado rango.

4.- Su actual regulación en Chile es incompleta y su aplicación a determinadas materias y hechos debe decidirse por vía de *integración* interpretativa normativa nacional e, incluso, internacional, salvo que, dentro de un proceso judicial en curso, se concluya que existe una laguna legal, en cuyo caso puede aplicarse bajo la carpa de los principios de equidad, todo a la espera de una regulación legal para todas las ramas del derecho y materias litigiosas. Lo mismo, para aquellos casos en que existiendo norma que la regule, la solución a que conduzca no sea *justa*, debido a su indeterminación o falta de claridad, límites o extensión o sus efectos.

5.- Su trascendencia jurídica es alta, atendida la frecuencia de los casos en que concurre dentro de un juicio en curso, permitiendo su correcta aplicación despejar incertezas jurídicas e indeseables efectos para los justiciables, pudiendo su falta de entendimiento llevar a resolver de manera injusta en un caso concreto, lo que siempre debe tratar de evitarse.

6.- Su aplicación es de carácter general, es decir, para todo tipo de juicio, independientemente de la naturaleza jurídica de la materia litigiosa y, su aplicación, puede realizarse, a falta de norma expresa y clara,⁹⁴ a través de las instituciones procesales y substantivas analizadas, considerando incluso a una o más de éstas, interrelacionadas. El mismo criterio es aplicable, cuando el resultado que se produce como consecuencia de la operación lógica de la *subsunción jurídica* entre hecho y norma, es *disvalioso* o *injusto*, al tenor del mérito del proceso sometido a decisión jurisdiccional.

Chile, Febrero de 2022.

⁹⁴ Código Civil, Art.19, inciso 1º: Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.