

La irretroactividad de la Ley

DERECHO ROMANO TRANSITORIO

I

R E G L A

El principio de la sola aplicación futura de la ley, llamado vulgarmente de irretroactividad, aparece en el Código de Justiniano, constitución 7. C. I. 14 "Leges et constituciones futuris certum est dare forman negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praetereto tempore et adhunc pendentibus negotiis cautum sit", siendo conocida esta Constitución de Teodosio II y Valentiniano III, del año 440, con el nombre de regla Teodosiana, por haber sido ya expuesto su principio por Teodosio I en constitución del año 393 (1), que decía: "omnia constituta non praeteritis calumnian faciunt, sed futuris regulam ponunt".

Dicha regla expone, en primer lugar, el principio de que las leyes nuevas se aplican a los actos jurídicos "negotiis" ulteriores, no a los actos pasados, y este principio, ya admitido antes como hemos dicho, no se cree que precise justificación, ni declaración aclaratoria alguna, porque se considera evidente y admitido por todos "certum est". Se exceptúan, sin embargo, aquellas leyes que expresamente "nominatim" (2) dispusieran su aplicación retroactiva al pasado y aquellos efectos, de los actos anteriores, aun pendientes. Conocidos son de los tradistas de la llamada teoría de los derechos adquiridos, sus esfuerzos para fijar el concepto de lo pasado y de lo pendiente jurídicamente.

El principio general pasó a ser expreso en un caso especial. Por una

(1) Código Teodosiano. 3. C. II. 1.

(2) Según Philippi—*in usum practicum de iure nat. gent. civ. ecles. 10*— significa expreso y especial.

constitución del emperador Atanasio, 66 § 1. C de decurionibus et filiis eorum. X. 32, del año 497 a 499 y para suprimir la retracción de la Constitución 64. ed. tit, del emperador Zenón, se declara "cum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare" y de ella pasó al Codex, ya generalizada por Teodosio I, como se ha dicho.

El principio en el Código justiniano, se cree evidente y admitido por todos "certum est"; por ello dice Savigny, en su Sistema de derecho romano actual, que su autor "no pretende dictar una disposición nueva que reemplazase a otra anterior contraria; quiere, únicamente, expresar lo que resulta necesariamente de la naturaleza y el objeto de la legislación".

Admitido el principio reformador, como vimos (1), y la expresión por el pueblo del nuevo derecho, con igual fuerza, ya lo haga expresa, ya tácitamente "eadem vis in est tacitis atque expensis", la consecuencia necesaria era el respeto a los derechos anteriores al estado actual que aun fuesen derecho para la nueva ley; de aquí que el tener sólo efecto para el futuro, tan evidente ya en la esfera penal, pasa a serlo en la civil "certum est".

¿Por qué, sin embargo, no hay texto legal anterior a las constituciones dichas que nos sea conocido? ¿Cómo decimos, por otra parte, que no le hay, a pesar de ser conocido, que se discutió por Scaevola, Bruto y Manilio, la aplicación de la ley Atinia a hechos anteriores a ella, dados sus términos "Quod subruptum erit, ejus rei cetera auctoritas esto"? ¿Quizá no se estudió este caso, porque de su no aplicación al pasado no dudaban ni Q. M. Scaevola ni Cicerón, que, en su acusación contra Verres, la incluyó entre las no retroactivas? Segundo Savigny, el no tener textos más antiguos, a pesar de las investigaciones de Godofredo, Vinnio y otros, se debe a circunstancias puramente accidentales. Según Lassalle, porque no se ha sabido verla en las Pandectas, porque, aunque no en una declaración general, dado el prudente temor de los juristas romanos a éstas, se encuentran allí pruebas evidentes de que los juristas aplicaban al cambio legal igual principio que al caso de cambio en la situación de hecho, y, referente a este último caso, hay disposiciones que prueban la admisión y reconocimiento del principio (2).

(1) Ver mi trabajo sobre «La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo» en REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO, núm. 190, marzo 1944, pág. 160.

(2) F. Lassalle: *Theorie systematique des droits acquis*, págs. 300 y sigs. París, 2 vol. 1904.

Affolter, sin atreverse a resolver con plena seguridad (1) sobre si la falta de declaración expresa en la época del derecho romano clásico en contraste con el imperial, es debida a no ocuparse de tal materia los juristas o a creer superflua la declaración o a no haber tenido ocasión adecuada para hacerla, o preferir, de acuerdo con el espíritu romano, la resolución concreta de cada caso, más que declaraciones de principios, dice por todo ello, que no es extraño que los juristas que se han ocupado de investigar en tal desierto y veladura, hayan perdido la cabeza (2).

Las Pandectas, a primera vista, no contienen decisión alguna referente a lo que debe ocurrir por una modificación legal (al menos, así lo han creído los tratadistas y de ello se han quejado amargamente), pero Lassalle cree poder probar que el reconocimiento en ellas del principio puede ser evidenciado, porque dice: "Es chocante que ninguno de los autores que se han ocupado de tal materia haya tenido la idea de referirse al principio de las Pandectas de que el contrato queda caduco cuando se presenta un caso tal que, si el contrato no estuviese concluso, ya no pudiese serlo, y aplicar tal principio por analogía—es decir, teniendo en cuenta las diferencias posibles entre las modificaciones de hecho y las de derecho—a la acción ejercida sobre los contratos por las leyes nuevas."

Según Savigny, repetimos, no hay texto anterior a las constituciones dichas, porque el principio era generalmente admitido y evidente en materia penal, y en general en Derecho público (3). Ya Cicerón, en su segundo discurso contra Verres sobre la aplicación de la ley Voconia al testamento de P. Annio, dado que aquél, como pretor *urbanus*, la había dado efecto retroactivo—aun en testamentos hechos antes de dicha ley y muerto también el testador antes de la ley nueva—con las palabras "fecit fecerit", añadida por él la primera en su edicto anual. "Praetoris edictum legen anuam dicunt esse", exclama: "... In lege Voconia non est: fecit, fecerit: neque in ulla (4) praeteritum tempus reprehenditur, nisi in ejus rei quae sua sponte scelerata ac nefaria

(1) *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, págs. 64 y sigs. Leipzig, 1902. «Mit vollkommener Sicherheit lassen sich alle diese Fragen mangels Quellenstoffes nicht beantworten.»

(2) Ob. cit., págs. 66 y sigs. «Es ist nicht zu verwundern wenn die späteren Romanisten welche diesen Justinianischen Wüst bearbeiten, den Kopf verloren.»

(3) No es cierto que se admitiese en absoluto en el Derecho público, siendo conocida la lucha de Cicerón contra Clodio, que se hizo primero abrogar y luego emancipar por el plebeyo Fontejo para estar en condiciones de ser tribuno de la plebe.

(4) Se refería a las leyes Atinia, Furia, Fusia y Voconia.

est, ut etiam si lex non esset, magnus opera vitanda fuerit” (1), y salvo este caso último, de justificada excepción por la gravedad del delito, en que revivía el carácter sagrado de la ley, siempre era reprobable la aplicación retroactiva del edicto al año anterior, debiendo considerarse el acto como nefario.

Según Affolter (2), se aplicaban dos reglas principales y opuestas, sin que ninguna lograse la primacía exclusiva (3). Una, la más antigua, negando efecto al cambio de hecho en las circunstancias del contrato por el carácter ferreo y concreto del hecho y la forma, para el Derecho civil antiguo; la otra, más moderna y progresiva, representada principalmente por Marciano y Marcelo, admitiéndola, y sistematiza el Derecho intertemporal en ocho reglas, cuatro con referencia a cambios de hecho y cuatro a los del derecho. De ellas, cuatro se refieren al Derecho privado de la época clásica y republicana (4), y estudia después las que las sucedieron en la época imperial, siendo el mérito principal de todas su objetividad (5).

Según Lassalle, como dijimos, la falta de la regla general es debida a que los juristas romanos, maestros expertos en la lógica formal del Derecho, y cuya incomparable virtuosidad es para siempre inaccesible (6 y 7), habían conocido el principio y lo habían aplicado al caso de alteración en la situación de hecho, distinguiendo bien el tiempo de iniciación del contrato “*ad initium spectandum*” del tiempo de celebración “*tempus quo contrahimus*” y separando en uno u otro el qué la alteración que impidiese el cumplimiento fuese de hecho o material o fuese una alteración legal (Marcelo, 98 de v. o. XLV, 1; Paulo, 144,

(1) Obras de Cicerón, trad. Díaz Tendero, t. I, pág. 318. En el § 107 dice Cicerón: «*Fecit fecerit? Quis umquam eius rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum reprehendi neque ante edictum providere potuit.*» Cicerón mantiene expresamente el principio de no aplicación de la ley a hechos anteriores en su defensa de Rabirio Postumo.

(2) Ob. cit., págs. 31 y sigs., 49 y 75.

(3) «Im römischen Rechte keine von beiden genannten Regelpaaren die Alleinherrschaft errang.»

(4) Ob. cit., pág. 53. «Von diesen acht verschiedenen Rechtsregeln, die wir aus einer eingehenden Untersuchung des republikanischen und klassischen Rechtes gewonnen haben, gehören nur die letzten vier dem intertemporalen Privatrechts an.»

(5) Ob. cit., págs. 73 y sigs., 175 y 323.

(6) Ob. cit., pág. 316.

(7) Con razón los romanos consideraban el Derecho como su vocación nacional—Valerio Máximo, VI. 6. «*Justiciae proincipium et certissimum exemplum inter omnes gentes nostra civitas*»—, en el cual, según Ihering, llegaron a la verdad absoluta. Ihering: *El espíritu del Derecho romano*, t. II, pág. 323, y t. IV, pág. 347.

§ 1 de reg. iur., L, 17, y 140, § 2, de v. o. XLV, y Ulpiano, 15 ad L. Aquil, IX, 2). La alteración de hecho, la pérdida de la cosa, el cambio físico, no afecta al contrato, que sigue subsistente (1); pero si es el derecho el que se pierde, si no es que un contenido material se ha alterado o ha desaparecido, sino un contenido jurídico el que no puede ser ya objeto del contrato, éste queda sin efecto, sin que haya derecho ni a indemnización (2), por lo que dice Affolter que operaban con hechos pasados, no con derechos adquiridos (3).

Encuentra una aplicación de este criterio, que cree Lassalle era el admitido por los juristas romanos, a la doctrina sobre los riesgos en la compraventa, explicando así la a su juicio aparente y tan conocida contradicción de las fuentes sobre dicha materia. Esta célebre contradicción, que ante la imposibilidad de resolverla llevó a un jurista de la talla de Cuyatio a afirmar que se trata simplemente de un error, y a Voet y Vangerow a suponer que el texto de Africano se refiere al caso de pérdida de la cosa antes de la venta, y para resolverla decimos, que Lassalle recurre al criterio o distinción de alteraciones dicho, o sea que unos textos se refieren a la pérdida de la cosa por alteraciones de hecho (Juliano, 5, § 2, "Des rescind vendit", XVIII, 5; Paulo, 21, "De hoeredit. vel. act. vend", XVIII, 4; Celso, 16, "De c. c. d. c. non s.", XII, 4; Inst, § 3, "De emp. et vend", III, 23, que es el texto más conocido "periculum rei venditæ statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit..."), y los, según él, aparentemente contradictorios a los casos de variaciones legales. (Paulo, 83, § 5, "De v. o.", XLV, 1 y 98, § 8, "De solut.", XLVI, 3, y Africano, 33, "Locatio cond.", XIX, 2.) (4).

Tal criterio, que responde al de Lassalle, de leyes que alteran la posibilidad de titulación y al de Savigny, de leyes prohibitivas, debía, según aquél, haber sido aplicado al caso de reformas legales, máxime habiéndolo aplicado Savigny con buen éxito en derecho hereditario (5).

(1) Lassalle: Ob. cit., pág. 308. Contra Paulo, 37 de v. o. XLV-1.

(2) Lassalle: Ob. cit., pág. 314.

(3) Affolter: Ob. cit., pág. 573: «Das römische intertemporale Privatrecht operiert mit facta praeterita oder negotia praeterita nicht mit iura quaesita.»

(4) Lassalle: Ob. cit., pág. 312.

(5) Lassalle: Ob. cit., pág. 304.

Sea o no cierto (1) que los juristas romanos demuestren en las Pandectas que tenían conciencia de los conceptos y de sus límites (2), desde luego es indudable que, desde los textos del Codex, desde el Teodosiano, si no en general, con ciertas limitaciones aparece el principio de la aplicación de las leyes sólo al futuro y según Savigny sin distinguir consecuencias pasadas y futuras, sólo hechos pasados y futuros.

La regla de Teodosio aparece en varias constituciones y leyes imperiales en función de derecho transitorio regulador de la aplicación de la ley nueva. Así en la Novela 22, cap. 1, "Illis enim cedentes et ita contrahentes nullus culpavit, quan non futurum sciverunt", en la 68, capítulo 1, §§ 4 y 5, en que se considera el caso de no ser siempre posible renovar el testamento en la nueva forma exigida, en el Codex Un, § 16, V, 13; Un 13, VII, 6; 29, VI, 23, y 18, VI, 20.

En las constituciones se excluían, por regla general (3), los asuntos terminados (*causæ finitæ*) o transigidos (*Transacta, finitavæ ea de re rata sunt*) que ya no podían considerarse pendientes. Cuáles son los asuntos conclusos, está especificado en las fuentes, Ulpiano, 1 § 12 D, XXXVIII, 17, "Quod aid Senatus: quæ iudicata, transacta, finitave sunt, rata maneant, ita intelligendum est, ut "iudicata", accipere debeamus ab eo, cui iudicandi ius fuit, "transacta", scilicet bona fide, ut valeat transactio, "finita" vel consensu, vel longo silentio sopita"; Paulo, 229-230 D, L. 16: "Transacta finitave, intelligere debeamus

(1) Roubier: *Les conflits de lois dans le temps*, págs. 52 y sigs. París. 2 vol. 1929-1933. Después de citar textos de la Iustitia y Digesto, resuelve que «de la lectura de esos textos resulta innegable una sola conclusión: la de que había habido una controversia entre los juristas romanos. Todo lo demás es conjectura», y añade, en la página 66, que no se encuentra en el Digesto ni unidad ni claridad.

(2) Affolter. Ob. cit., pág. 45. Después de unas citas de Marcelo y Paulo, resuelve que los juristas romanos, aunque no con conciencia plena (nicht mit vollen Bewusstsein), habían utilizado la distinción entre leyes en sentido formal y leyes en sentido material, pero que no habían resuelto la cuestión del cambio legal, limitándose a considerar la del cambio en la situación de hecho. Pág. 47.

(3) Savigny: *System...* Hay traducción española, de Mesía y Poley: *Sistema de Derecho romano actual* (6 vol.); el Derecho intertemporal en ésta, está en t. VI, cap II: «Límites temporales de las reglas de Derecho sobre las relaciones jurídicas», págs. 331 y sigs.—«Cosa singular, el Derecho romano establece para los casos en que la ley recibe una extensión excepcional, una restricción que puede considerarse como una excepción de otra excepción. La retroactividad ordenada excepcionalmente (según su teoría) no tiene lugar si la relación de derecho a que podía aplicarse ha sido ya objeto de un juicio o de una transacción (*judicatum vel transactum*). Esta limitación no está ciertamente expresada en ninguna parte, como principio permanente y general, pero está reproducida, coincidiendo en tantos textos del Derecho romano, que podemos indudablemente considerarla como una regla general reconocida por los romanos» (*dass sie unzweifelhaft als eine von den Römern allgemein anerkannte Regel betrachtet werden muss*). Págs. 410 y sigs.

non solum, quibus controversia fuit, sed etiam, quæ sine controversia sint possessa", "ut sunt iudicio terminata, transactione composita, longioris temporis silentio finita", y a ellos se refieren: 3 C. VII, 54; 17 C. IV, 21: "...nisi jam, super hic transactum sit, vel iudicatum, quæ retractari non possunt"; Ult. C. VI, 58; 16 C. II, 4: "Causas vel litis transactionibus legitimis finitas", y en la Novela 19: "Excep-tis illis negotiis, quæ contingit ante leges a nobis positas aut decreto iudicium, aut transactione determinari".

En dichos casos, en que concluso el negocio no podía afectarle el cambio legal por estar todo concluso y finito sin quedar nada pendiente y que pudiera ser afectado, siempre se entendió era si la nueva ley contradecía la anterior, pero nunca para lo favorable en que era inmediatamente aplicada. Gayo, 39 de neg. gest. III, 5, "Naturalis enim, simul et civilis ratio suagit, alienam conditionem meliorem quidem, etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorum non posse".

ANTONIO MARÍN MONROY.
Notario.