

La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo

III

Admitido el principio de reforma, éste se introduce calladamente como normal, junto al Derecho positivo, pero realmente hace que éste lo sea o que frente a él se haya proyectado un Derecho natural, inevitablemente corrector de aquél, como su arquetipo idealizado «En Grecia, el concepto de Derecho natural se confunde de manera que sorprende con el de Derecho ideal. Comoquiera que normalmente el sentimiento jurídico se anticipa a la reforma de las leyes, la caducidad de las instituciones genera en todos los pueblos ideales nuevos, que se hacían servir de piedra de toque para juzgarlas. Cuando envejecieron en Atenas, no se atribuyó el envejecimiento a los cambios sociales, sino a que originariamente no se las había dictado en conformidad con las necesidades de la naturaleza humana» (1).

El camino a la idealización triunfante en Sócrates-Platón, fué desbrozado por los sofistas, de los que dice Hegel (2) que aparecieron «en Grecia en una época en que ya no satisfacía la referencia a la autoridad y a la costumbre en materia de religión o moral, y en que sentían la necesidad de elevarse por el pensamiento a la conciencia de las cosas que deben tener un valor para ellos.—Los so-

(1) V. Letelier: «Génesis del Estado y de sus instituciones fundamentales». Madrid-Buenos Aires, 1917, pág. 22.

(2) Hegel: «Logique». París, 1874 Tomo I, pág. 49.

listas se adelantaban a esta necesidad, enseñando a buscar los diferentes puntos de vista (1) bajo los que se pueden considerar las cosas cuyos diferentes puntos de vista no son, ante todo, más que razones de ser.—Pero como la razón de ser no posee aún un contenido determinado en y para sí, y se pueden hallar razones de ser para la inmoralidad y la injusticia, de igual modo que para la moralidad y la justicia depende del sujeto, de la intención y del punto de vista individual el decidirse por una u otra razón y dar valor a una más que a otra. Con ello, el fundamento objetivo de todo lo que tiene un valor absoluto y de aquello que es reconocido en todos, queda socavado, y es este aspecto negativo de la sofística, precisamente, el que ha dado lugar a su mala reputación. Sócrates, es sabido, combatió a los sofistas. Pero no los ha combatido oponiendo simplemente a sus razonamientos la autoridad y la costumbre, sino más bien demostrando por la dialéctica cómo se es débil en el terreno de las simples razones de ser, y haciendo valer en contradicción lo justo y el bien, lo universal en general o la noción de la voluntad.»

Bien marca Hegel la diferencia, pero no debe olvidarse, y por eso dijimos antes que los sofistas se detenían *aparentemente* en las contradicciones; que los sofistas, a pesar de serlo, y con ello empezar a dejar de ser ciudadanos, eran griegos, y si bien quebrantaron la autoridad de las leyes (exactamente igual hizo Sócrates, aunque creyese fundamentarlas), no se detuvieron en tal aspecto negativo, sino que, aunque esto sea menos conocido de ellos, invocaron, frente a la caducidad y desvalor de las leyes y normas, no ciertamente el bien socrático-platónico, pero sí la naturaleza.

Los sofistas vivieron ya la oposición de ley y naturaleza (2), y frente a las leyes mudables y contingentes, la naturaleza (que no era, ni mucho menos, la racionalista física-matemática de la ciencia moderna) encerraba la norma y era inmutable. Si fuese posible hablar de un Derecho natural de la sofística, éste era inmutable y corrector de las leyes, y los sofistas nos aparecen hoy, en contra de la

(1) L. Brunschwig: «De la connaissance de soi» París, 1931 «El equilibrio en la concepción del mundo y de la vida que aparecía unido a la soberanía mágica de la palabra, que imponía por ello el respeto ciego a la autoridad, la sofística lo rompió, en las Atenas del siglo V, en el terreno mismo del lenguaje en que se había establecido. «Acontecimiento decisivo». Págs. 85 y 89.

(2) Platón: «Diálogos». Protágoras, 65-82. Georgias, 201.

antigua opinión, como colaborando con Sócrates tanto en su labor destructiva como en la constructora.

El deber ser, al separarse el ser con el espíritu científico naciente y la naciente nueva personalidad de que es obra, no puede mantenerse unido a aquél; pero como se conserva aún viva la tradición de milenios, no puede atribuirse al ser del mundo, al ser verdadero, sino que éste es extrañamente proyectado con el deber ser a que había estado unido, y por conjunción ideal nueva de ambos, frente a lo real caótico, contradictorio y perecedero, se enfrenta la norma, más real en los sofistas, más ideal en Sócrates, cooperando todos a la caducidad del antiguo mundo religioso y siendo el jalón que marca en Occidente el fin de la mentalidad primitiva.

Ambas direcciones recogen el fin del primer periodo de filosofía jurídica, pudiéramos decir. De no tener las fórmulas con sus peligros, diríamos que el proceso del saber jurídico había sido el siguiente: Primer periodo, inmutabilidad total, el deber ser era, no hay mundo opuesto a norma, derecho natural y positivo uno, todo nebulosamente confundido. Segundo periodo, ya lo hemos indicado; lo real es proyectado idealmente, fuera del mundo, como la verdadera realidad de éste; la idea se opone a las cosas y el derecho natural a las leyes; época aún no superada y cuyos gravísimos errores aún arrastramos los europeos, neciamente orgullosos muchas veces de ello, y un tercer periodo que angustiosamente descansamos, de no frustrarse en la guerra, marcarse en Europa la alborada de una nueva cultura.

Ahora bien, en el periodo naciente del Derecho natural, que nos ocupa, la referencia a Sócrates se impone; nadie buscó más ansiosamente que él, para saber del verdadero ser, la ciencia superior a todas, la ciencia del bien y del mal (1); pero, sin embargo, hemos de decir, a pesar de su superioridad sobre ellos, que si combatía a los sofistas no podía realmente enfrentárseles como mantenedor de lo antiguo.

Sócrates tenía razón en su humanismo (2), aunque fuese más real el de Protágoras. La lectura de su apología por Platón, a través de los siglos, por su realismo humano, por la fuerza de su personalidad, nos conmueve a nosotros, modernos occidentales. Só-

(1) Platón. «Diálogos». Madrid, sin fecha, «Charmides», pág. 150.

(2) L. Robin. «La pensée grecque». París, 1923, pág. 160.

crates tenía razón, pero no era la suya la razón de la Polis; la suya era la ruina y la muerte de la ciudad antigua y de sus instituciones; por eso, aparte del odio de la masa al hombre superior, para los representantes de la ciudad merecía la muerte por traerla para los antiguos dioses, y por ello la acusación era verdad, era su verdad, aunque fuese superior la de él, que bien supo restringirla con su gloriosa muerte.

No quiso y murió por no violar las leyes; pero su ley era la muerte de aquéllas. En él es ya plenamente el nuevo derecho, el de aquellas leyes no escritas, que, como dice a Hipias, reinan en todos los países (1) «*reglas geométricas e inmutables* del bien obrar», dice a Calícles en el «Georgias» (2); pero no olvidemos nunca que la proyección del Derecho natural no rompe plenamente la unidad antigua, sino que de él emana la realidad y con ello se soporta la ruptura, que realmente total no es quizás en Occidente hasta los tiempos modernos, quizás desde Kant (3).

De todos modos, puesto a salvo el principio de santidad e inmutabilidad de las leyes, aunque haya habido, naturalmente, para ello que sacarlas del mundo, con su ascenso a Derecho natural, la caducidad y modificabilidad de las leyes positivas es creencia general, y tanto ella como el Derecho natural pasan a Roma.

El principio reformador penetra en Roma hasta en el campo religioso, como acredita el que en los augurios la interpretación del último podía destruir la del anterior «*in auguriis prima posterioribus cedere*» (4).

El Derecho natural es reconocido por Cicerón como vigente en todo pueblo y tiempo, «*omnes gentes e omni tempore*», y bien distinto del «*ius gentium*», pues no es, como éste, un derecho común a pueblos, sino uno innato al hombre, «*quod non opinio genuit sed quae dam innata vis inservit*» (5), «*quod universum in mundum regeret imperandi prohibindique sapientia*» (6).

La nata lex es estudiada por él en «*De leg.*», libro I, capítulos X, XI y XV, y tal ley estaba de tal modo sobre la positiva.

(1) Jenofonte «Noticias socráticas». Madrid, sin fecha. Pág. 392.

(2) Platón. Ob. cit. «*Georgias*», pág. 248.

(3) J. Binder: Ob. cit., pág. 753.

(4) Ihering: Ob. cit., tomo I, pág. 402.

(5) Libro II de *Invent.*

(6) *De leg.* II (4-8).

que ésta podía apartarse de ella y desconocerla; pero nada de ello afectaba ni a la vigencia ni a la inmutabilidad de aquélla, porque sigue siendo aún desconocida por la ley positiva, como creen Gayo y Ulpiano; de la ley natural llega a decir Cicerón (*pro Milone*) que «*non institui, sed imbuti sumus*».

El principio de reforma, *«lex posterior derogat legis priori»*, está en esencia en 4 de const. princ. I 4, y en 80 de reg. iuris L. 17. ¿Cuándo fué primeramente reconocido en la legislación romana? Es punto a nuestro juicio resuelto, dada la declaración de las XII Tablas, en cuya Tabla XI resplandece la majestuosa declaración como piedra fundamental del posterior desarrollo jurídico. «*Quod postremum populos insserit, id ius ratumque esto*».

Aparte de la declaración básica dicha, tuvieron después los romanos en la labor de los *pretores* un ejemplo que no pudo pasar desapercibido del cambio legislativo, a un pueblo tan práctico y prudente como el romano y en el campo más genuinamente suyo. El principio reformador anima desde su origen el Derecho pretorio, con la facultad del *pretor* de alterar el edicto de sus antecesores. Esta visión anual de la alteración jurídica, como dice Alffalter, dará base a las posteriores disposiciones intertemporales de la legislación imperial.

El principio reformador del Derecho ha de actuar no sólo como positivo al admitir la nueva declaración jurídica, sino como negativo al no exigir la declaración y admitir también el cambio en el antes petrificado e inmutable Derecho consuetudinario. Juliano se pregunta si *¿* hay acaso diferencia entre que el pueblo declare su voluntad expresa o la manifieste por actos?, y resuelve que no, y que por tanto se admite justicieramente el que las leyes puedan abrogarse por el desuso y por un tácito consensu general que implica (1).

La consecuencia inevitable del principio reformador es la necesidad, al llevarlo a la práctica, de delimitarlo conceptualmente, dado que los perjudicados por las leyes nuevas, bien tratan de delimitarlo realmente. La reforma de la ley lleva en sí misma el límite conceptual de lo irresformable en absoluto, el hecho pasado, y frente a lo jurídicamente reformable, el Derecho natural, que era antes fermento

(1) 32, § 1. *D. de legibus*. I-3; 1. § 1. *De inst. et iure*. XI-1. y 27, § 4. *Ad. leg. Aq.* IX-2

de renovación, será ahora invocado contra la reforma para proteger los intereses y los que luego serán llamados derechos adquiridos.

Admitido el principio reformador, los derechos antes todos, formando un gigantesco derecho adquirido con pretensiones de eternidad irreformable, a salvo ya las características de santidad del Derecho, trasladadas al natural, han de limitarse en sus pretensiones a las de su reconocimiento y defensa. Cuando sean desconocidos surgirá la idea de la retroactividad, que antes en modo alguno ha actuado en el mundo antiguo.

ANTONIO MARÍN MONROY
Notario.