

# La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo

## II

Hemos dicho que el Derecho era, y que era por su carácter de deber ser jurídico, la más alta realidad en un larguísimo período en que el ser y la realidad natural eran desconocidos, y que era inmutable. No hemos profundizado lo bastante en el significado de la fuerza normativa en los pueblos antiguos de la revelación mágica, hecha en las más diversas formas por brujos, magos y sacerdotes, que no sólo eran intérpretes inapelables de los ritos, sino custodios del incumplimiento del castigo de las infracciones de las minuciosas prohibiciones que pesaban sobre el hombre primitivo, cuyos actos tenían una extraña repercusión en el mundo por sus relaciones inmediatas con los dioses (1), por lo que su no cumplimiento podía acarrear, no un cambio, pero sí, por caminos secretos e inmutables, el rompimiento de la paz con las fuerzas mágicas, únicas reales y activas para ellos, y atraer sobre los suyos males inevitables, de no restablecerse la situación con la repetición invertida del acto u otros ritos y sacrificios.

Los brujos, los sacerdotes, no sólo eran intérpretes y definidores de las normas, sino los depositarios de la ciencia tradicional, y en uno y otro sentido, reveladores del deber ser (2). Eran al par definidores de la norma, por ser los conocedores del misterioso ser de todo y sus leyes, y al par celosos guardianes de sus conocimientos

(1) Levy-Brühl, o. c., prólogo, xvi-xvii. «Para protegerse y defenderse poseen tradiciones transmitidas por sus antepasados. La confianza en las mismas parece inquebrantable. No buscan otra cosa, más que por pereza mental, por respeto religioso y temor a lo peor. En tales materias, más que en cualquier otra, toda innovación podría ser peligrosa. No se atrevían a correr el riesgo»

No es, como cree Levy-Brühl, que viesen un cambio posible y el temor les impedía reconocerlo, sino que se trata de algo mucho más difícil de comprender por nosotros, que la idea de un cambio, de un devenir cultural les es totalmente extraña, y aun causando un cambio, no podían concebir que se alterase lo que era

(2) E. Durkheim, o. c., pág. 306: «El levita y el braman, para cumplir las obligaciones de su empleo, no precisaban ninguna ciencia voluminosa, pero precisaban una superioridad nativa de inteligencia, que les hacía accesibles a ideas y sentimientos cerrados al vulgo»

y del cumplimiento escrupuloso de los usos inmutables (1). Según Platón, en el libro II de *Las Leyes*, los egipcios prohibieron alteraciones hasta a los artistas, pintores y escultores. Entre los antiguos aztecas, la asamblea de los representantes de los calpullis tenía por principal misión, no el dictar nuevo derecho, sino, al contrario, velar por el mantenimiento de las costumbres antiguas (2).

La estática inmovilidad del Derecho se revela en las precauciones minuciosas para evitar su crítica y reforma (3); de aquí el fraude a veces para revestir la norma de una intangibilidad absoluta, de su origen divino (4), y el ocultar celosamente su creación y hasta su conocimiento. Licurgo va a Delfos a recibir la inspiración de sus leyes, y en Roma costó una larga lucha la publicación para que fuese conocido del *ius Flavianum*. A los jóvenes de Creta y Lacedemonia les estaba prohibida la crítica de las leyes (5).

El legislador reformador tenía que plegarse a buscar la garantía divina para sus leyes en su promulgación, en su observancia, amenazando con la cólera divina a los infractores, y en épocas más modernas sólo podía llevar a cabo la reforma con poderes dictatoriales. Licurgo, Dracón, Solón y los mismos Decenviros, recurriendo otros a fraudulentas revelaciones o hallazgos fraudulentos de libros, como el del sumo sacerdote Hilcias (6).

Conocida es la resistencia a la innovación en el Derecho antiguo, que perdura manifestándose en el seguir utilizando las formas anti-

(1) Deuteronomio, XVII, v. 12 y 13: «Y el hombre que procediere con soberbia, no obedeciendo al sacerdote, que está para ministrar allí, delante de Jehová tu Dios, o al juez, el tal varón morirá y quitarás el mal de Israel. Y todo el pueblo oírán y temerán y no se ensoberbecerá más.»

Lubbock, *Les origines de la Civilisation*, París, 1887, pág. 440 «El salvaje no es libre en ninguna parte. En el mundo entero su vida diaria está regulada por una cantidad de costumbres complicadas y generalmente muy incómodas, prohibiciones y privilegios absurdos. Numerosas reglas severísimas, aunque no estén escritas, acompañan todos los actos de su vida.»

(2) Letelier, o. c., pág. 599.

(3) Este horror a lo nuevo ha sido llamado por Lombroso «misonismo». O. c., II, capítulo I, pág. 31. «Chez les Jhuviens, celui qui proposait la réforme d'une loi devait se passer un lacet au cou, si le peuple repousait sa proposition in était immédiatement étranglé.» (Diodoro, lib. XII.)

(4) El Código de Manu, lib. I, art. 108, relaciona con la revelación hasta la costumbre.

(5) El espíritu irreformador parece renacer en los períodos codificadores; el prefacio del Digesto dice: «nemo.. audeat commentaris iisdem legibus advertere»; en Prusia, después del Landrecht del 1794, se establecieron penas para los comentaristas.

(6) Libro II de los Reyes, 22, v. 8-10-13, y 23, v. 2.

guas para servir a un distinto contenido, por ser inmutables, dice Gayo en su *Instituta* (1), refiriéndose a las *legis actionis*, en relación con las ampliaciones del Derecho pretorio, "*vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant, et ideo immutabilis proinde atque legis observatus*", y estas *legis actionis* tuvieron su origen en un tribunal, no civil, sino religioso, así como también la *sponsio* era en su origen una obligación religiosa (2).

Si tuviese sentido hablar de retroactividad o irretroactividad en el período del Derecho primitivo, podríamos decir que todo el orden jurídico era un derecho adquirido; ningún legislador podría dar leyes con efecto retroactivo, no obstante aplicarse el nuevo Derecho inmediatamente por su carácter; por ello negamos que en dicho período, el más largo de la Historia, rigiese el principio de la retroactividad de las leyes, como dice Lassalle, porque antes del principio de la retroactividad ha de abrirse camino y triunfar el de la reformabilidad de las leyes.

Este principio no puede tampoco ser admitido repentinamente; precisa un proceso de siglos y traerá consigo una nueva cultura; no ha de presentar batalla, en modo alguno, sino penetrar poco a poco en la conciencia ciudadana, que llegará a humanizarse, y lo hace primero respetando exteriormente el principio opuesto, limitándose a que el individuo pueda reconocer e invocar, no el principio de reforma de la ley y de caducidad de la misma, que sería la ruina del mundo antiguo, sino un Derecho superior a las leyes (3) con el cual se concilia la variación que se impone, con la inmutabilidad, dado que conservara la inmutabilidad, que va perdiendo el que tiende a convertirse en inferior, en Derecho positivo de las ciudades.

Con la nueva personalidad griega, y como opuesta una mayor objetivización y un alejamiento del hombre del mundo objetivizado, éste se va haciendo hostil e impenetrable, lo natural va apareciendo como materia y se empieza a negarle verdadera realidad, que se va excluyendo idealmente del mundo como algo que sobre él planea in-

(1) Libro IV, § II.

(2) Ihering, *El espíritu del derecho romano.*, t. I, pág. 346, y t. II, pág. 247.

(3) Ver en Sófocles, *Antígona*, la respuesta de ésta a Creón, 446-468: «... los decretos de un hombre no pueden prevalecer contra las leyes no escritas, obra inmutable de los dioses, que no son de hoy ni de ayer, sino que existen desde todos los tiempos...»

También en su *Edipo rey* se hace referencia a leyes divinas que jamás se abolirán. Páginas 863 y sigs

contaminado, ordenando e informando el caos material perecedero.

Pero esta idealización racionalista no es, naturalmente, lograda de pronto. El Solón, será una justicia divina (1), aun relacionada y manteniendo a la justicia ciudadana. A nuestro juicio, es Heráclito el que rompe resueltamente la antigua paz (2), y antes de llegar al estoicismo romano, forma de superación de la cultura antigua, el devenir se manifiesta en dos direcciones que cooperan ambas en una misma obra (3).

De un lado están los que se detienen, aparentemente, en las contradicciones y antinomias y en la mutabilidad recién descubierta—los sofistas—; de otro, el que quiere superarla, con una ciencia superior a la ciencia, la ciencia necesariamente *inmutable* (4), del Derecho natural, la ciencia suprema del bien y del mal—Sócrates—.

Ambas direcciones cooperan en la ruina del mundo antiguo y ya está plenamente admitido el principio renovador en la Constitución ateniense, donde los Yesmotetas debían revisar las leyes y proponer anualmente al pueblo la corrección y el día once de la primera prítania releer al pueblo las leyes y tratar en la junta de su corrección y reforma, y, de creerse precisa, los nomotetes la estudiaban y la proponían en la última junta de la misma prítania (5).

ANTONIO MARÍN Y MONROY

Notario.

(1) P. Guérin, o. c., pág. 29 y nota. La Diké, justicia divina, en Solón.

(2) J. Binder, *Philosophie des Rechts*, Berlín, 1925, pág. 752: «Das *ins naturae*, dem *πῶς δίκαιον* der Griechen entsprechend, ist ein ungemein weiter Begriff, der gewonnen wird, indem man die Idee der Gesetzes von der *πόλις* auf das *Universum* überträgt. Das hat zuerst Heraklit getan und nach ihm die Stoa: so wird die Welt als ein geordneter Staat betrachtet, in dem Gesetze regieren und Gesetzen gehorcht wird und diese Gesetze gelten dann ebenso wie für die ganze Natur so auch für den Menschen.»

(3) L. Robin, *La pensée grecque*, París, 1923. *La sofística del siglo V*, págs. 160 y sigs., pág. 161: «Los principales artífices de la revolución que en la orientación del pensamiento tuvo lugar hasta mediados del siglo V, han sido a la vez los sofistas y Sócrates. A pesar de la tradición, en un sentido bien fundada, de su antagonismo mutuo, no es paradoja el considerarlos como colaboradores de una misma obra.»

(4) El pensamiento de que, junto a los ordenamientos jurídicos formales y positivos, ciertos derechos son eternos e imperecederos, es un bien cultural del mundo antiguo» J. Serrano Serrano, «Justa causa traditionis», *REVISTA CRÍTICA DE DERECHO INMOBILIARIO*, núm. 120, diciembre 1934, pág. 894.

(5) Filangieri, o. c., t. I, págs. 66 y sigs.