

La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo (*)

I

Dice Lassalle en su libro (1) "Teoría sistemática de los derechos adquiridos", que "el período más largo de la historia de la Humanidad y del Derecho, está en absoluto regido por el principio de retroactividad considerado como natural. La idea de no retroactividad no es más que un producto ulterior del espíritu histórico".

No queremos dejar pasar en silencio esta afirmación, pues aunque creamos verdadera la idea que Lassalle, a nuestro juicio, quería expresar con ella, o sea que en un período larguísimo de la historia, según nosotros hasta las XII tablas, desde la prehistoria la conciencia o la promulgación de un Derecho implicaba su inmediata aplicación a toda la realidad jurídica, no creemos, en modo alguno, que sean exactos los términos en que se expresa, y de tomarse éstos literalmente, pueden inducir a error y dar una idea completamente equivocada de lo que era la realidad en el Derecho más antiguo.

Lassalle, como formado en la cultura alemana del siglo pasado, aunque judío, dice que en el mayor período de la historia, regía *el principio* de la retroactividad y esto no es cierto. Ni había principio alguno conscientemente expresado como tal, ni podía haberlo, ni lo que ocurría y se vivía, que era la inmediata aplicación del Derecho, puede

(*) Una nota del buen trabajo de la Redacción de esta Revista (pág. 615, número 184, 1943): «Apostillas al Derecho transitorio», en que, con referencia a la obra y afirmación de Lassalle, dice: «Hubo épocas y pueblos que atribuían a todas las leyes retroactividad», me ha movido, en mi disconformidad con Lassalle, a enviar este trabajo a su sabio director.

(1) Lassalle: *Theorie systematique des droits acquis*. Dos tomos. París, 1904, tomo I, página 68.

ni debe confundirse con la retroactividad. Para llegar a la idea de la retroactividad, se ha partido de la del Derecho adquirido como primaria, ésta ha impuesto la de la irretroactividad como su garantía y reconocimiento, y, al fin, la de la retroactividad como su desconocimiento y lesión.

Donde no hay derechos individuales, no hay derechos adquiridos; donde el Derecho es manifestación de la voluntad divina, que lo garantiza y castiga su infracción, no hay derechos adquiridos, y donde no hay derechos adquiridos, no se puede hablar de retroactividad ni de irretroactividad.

El Derecho de los pueblos primitivos se caracteriza por la aplicación inmediata y absoluta del mismo. El Derecho se manifiesta y es Derecho: lo contrario y opuesto a él, no es ya Derecho, es imposible que surja conflicto alguno. El nuevo Derecho, mejor dicho, el único Derecho se aplica general e inmediatamente, no se aplica retroactivamente.

Para hablar de aplicación retroactiva, había que considerar un Derecho móvil, vivo, evolutivo, dinámico, un devenir jurídico y esta idea, básica en nuestra cultura occidental es, en absoluto, desconocida y opuesta a la mentalidad primitiva.

No hay en la Historia dos *principios*, ni dos criterios: primero, retroactividad; después, irretroactividad de las leyes. La distinción básica y fundamental es muy distinta de ésta. Primero: Derecho estático; después, desde las XII tablas, reconocido legalmente para Occidente, Derecho dinámico. Son dos modos diversos de vivir y consideran el Derecho estático y dinámico (1). Culturas ahistóricas y cultura histórica o el Derecho como totalmente aprehendido en actos de revelación o como constantemente realizado en actos de elaboración. El Derecho manifestado inmutable y el devenir jurídico ininmovilizable. La irreformabilidad del Derecho en unos tiempos, la irreductibilidad del devenir al ser, en otros.

El Derecho primitivo era siempre el deber ser; el Derecho moderno no es nunca el deber ser estático en sí. El Derecho antiguo, que era plenamente, no podía alterarse; toda alteración era esencial y completa, era una sustitución; no podía imaginarse una continuidad jurídica: en

(1). V. Letellier: *Génesis del Derecho y de las instituciones civiles fundamentales*. Santiago de Chile y Buenos Aires, 1919, página 607: «Las instituciones y las ramas fundamentales del Derecho están, naturalmente, sujetas a la ley de una evolución permanente, como que su desarrollo jamás se ha paralizado.»

si era y era intemporal. El Derecho era, ahora y siempre; se manifestaba siempre como eterno y no dejaba nunca de ser; al dejar de ser, dejaba de serlo ahora y antes; ni era, ni había sido derecho. No hay progreso ni superación en lo que es lo que debe ser, mejor dicho, cuando el deber ser, era.

No se ha puesto, desgraciadamente, bastante atención en el importante hecho de que en el Derecho primitivo la idea de un Derecho posterior no existe. El Derecho no tenía duración; el alma y la cultura toda era ahistórica; la posibilidad de un Derecho, no ya nuevo, sino posterior, no existía; la posterioridad implica la temporalidad y la duración consiguiente, y el Derecho primitivo era simplemente y la idea de un cambio le era en absoluto desconocida. Es éste uno de los más claros ejemplos de cómo puede incurrirse en gravísimos errores por empeñarnos en querer ver, lo para y según nosotros, natural y racional, en el fondo de realidades de culturas extrañas. No ya la exigencia, sino la presuposición de lo natural racional como criterio de lo real, nos ciega por completo, y así, algo tan evidente y racional para nosotros como el que el Derecho posterior abroga o deroga al anterior, afirmación que, sin detenernos a estudiarla, creemos una verdad racional y primaria en Derecho, es en absoluto desconocida e incognoscible para la mentalidad primitiva, donde el que creemos indispensable concepto de un Derecho posterior es totalmente ignorado y no puede concebirse.

El Derecho moderno es un proceso, un devenir, es y deja de ser en todo momento, según la lógica del devenir cultural, no puede oponerse al devenir como ser en sí. Hacerlo sería una contradicción lógicamente imposible, y además, en la materia que nos ocupa, la injusticia total, la parcialidad absoluta.

Pero en el Derecho primitivo es al contrario; allí no hay retroactividad, porque es un Derecho estático. No sólo los juristas, los sociólogos, han reconocido el carácter estático de los primitivos Derechos, por su naturaleza casi totalmente penal, y lo que es más importante aún a nuestro juicio, su carácter religioso (1). Es imposible

(1) E. Durkheim. *De la division du travail social*. Paris, 1902, página 42: «En las sociedades primitivas, en que, como veremos, el Derecho es por completo penal...» página 44: «... casi exclusivamente penal; por eso es tan estacionario»; página 59: «El Derecho penal en su origen era esencialmente religioso».

Summer-Maine: *L'ancien Droit*. Paris, 1874, página 347.

conciliar la retroactividad con la estática jurídica, la irreformabilidad, la permanencia de las costumbres y de las leyes (1).

El Derecho primitivo es irreformable; claro que esto no quiere decir que hubiese una inmovilidad imposible al espíritu, a pesar de la lentitud de la evolución económicasocialcultural de los pueblos primitivos. Una nueva revelación, un juicio de Dios, un cambio religioso, la conquista por otros pueblos con el triunfo de nuevas divinidades, daban lugar, no a su reforma, que era imposible, sino a su derrumbamiento instantáneo, su completa desaparición y pronto olvido, nada eran frente al deber ser que era.

Buen ejemplo de efectos de un juicio de Dios, a los que acabamos de referirnos, es la reforma hereditaria judía, de la que dice Domat (2): "La Ley que llama a la sucesión a las hijas juntamente con los hijos es una Ley enteramente natural (*sic*); sin embargo, estaba en desuso (*sic*) entre los judíos; en fuerza de otra Ley que Dios había dado, por la cual las hembras no sucedían a sus padres, cuando había hijos varones; y fué una cuestión digna de tener por Juez al mismo Dios, el saber si hallándose las hijas sin hermanos podían o no suceder en los bienes de sus padres, en cuyo caso determinó Dios que sucedieran" (3).

Puede verse, en efecto, en la Biblia la decisión divina, fundamentando la innovación legislativa, promovida con motivo de la reclamación de las hijas de Zelaphedad, y también como, coincidiendo con el criterio antiguo y lo que hemos sostenido, dado el origen de la alteración legal, ésta se aplica inmediatamente, es decir, aun en el caso dicho, en que había muerto el causante, siguiendo la Ley antigua y antes que la reclamación de sus hijas.

Roubier (4) considera improcedente el referir este ejemplo como relacionado con la retroactividad, pues, según él, se trata de derecho consuetudinario, y tanto en éste como en la jurisprudencia no se da

(1) Lombroso y Laschi: *Le crime politique et les révolutions*. Paris, 1892, tomo I, páginas 31 y 33: «En las legislaciones primitivas vemos, al quebrantamiento de las costumbres constituir el máximo de delito y de inmoralidad.» «Diodoro de Sicilia cuenta que vió en Bubasto una columna en la que había escrito: «Yo soy Isis, reina de todo el país; criada por Hermes, he establecido leyes que nadie puede abolir.»

(2) Villarrubias y Sardá: *Las leyes civiles en su orden natural*, arreglada para uso de los españoles. Barcelona, 1844, página 56.

(3) Libro de los Números, capítulo 27, versículos 1-6.

(4) P. Roubier. *Les conflits de lois dans le temps*. Paris. 2 tomos. 1929-1933, I, página 24.

la retroactividad, y afirma que no se trata de una Ley, diciendo: "Tenemos aquí una clara manifestación de la formación de la costumbre: las palabras "las hijas de Zelaphedad tienen razón" demuestran que es una sentencia dada, no una ley en el sentido moderno de la palabra, y no puede, pues, tratarse de retroactividad." Es cierto que se trata, como en todo el Derecho antiguo, de aplicación inmediata, no de retroactividad; pero en modo alguno admitimos su opinión, pues cuando Dios hablaba por boca del gran legislador Moisés a los hebreos, en una cuestión jurídica, dictaba una Ley. Y en este caso era nuevo Derecho y Ley dada por el supremo Juez-legislador, aunque no le parezca así al buen francés, por no ser parlamentaria, y se aplicaba por ser Ley, sin que sea preciso, como hoy lo sería para nosotros, el recurrir a desnaturalizarla en costumbre para poderla aplicar a lo pasado.

En el Derecho antiguo, el nuevo Derecho era y se aplicaba, no sólo en el futuro a lo acaecido con posterioridad, sino a las consecuencias y efectos de hechos y actos anteriores, y no se podía ni imaginar que en nombre del Derecho se opusiese nadie al Derecho.

En el período más largo de la historia humana (1), aquel en que según nuestra fórmula el deber ser era, por lo mismo que el ser natural no se daba culturalmente aún, pues no era conocido, el cosmos todo estaba animado, no existía propiamente el ser, pues el hombre veía imágenes de su alma nebulosa en todo lo existente y todo íntima y extrañamente unido y relacionado con él y su grupo. Si empleamos los términos occidentales de los siglos pasados, podemos decir, por extraño que parezca, que la Naturaleza no era y el deber ser era a modo natural.

Por extraño que nos parezca, dada la amplitud cósmica de la cultura primitiva (2), las costumbres no son algo distinto de los hombres, sino el mismo ser del pueblo que las vive, y esto lo ve porque se impone, hasta un observador no jurista, Hurley, que dice (3): "Sus costumbres forman parte de su constitución física, del mismo modo que sus brazos y sus piernas."

El ser el deber-ser y el ser religioso, imponen al Derecho su abso-

(1) Bergman, en su obra *Das Verbot der rückwirkenden Kraft...* (Hannover, 1818), incluye en este período hasta todo el de la República romana.

(2) Ver nota número 1, página 752.

(3) F. Hurley: *Perlas y salvajes. Mis aventuras entre los canibales y cazadores de cabezas de Nueva Guinea*. Barcelona, 1931 página 23.

luta irreformabilidad. Bien conocida es la atención prestada a esta inmutabilidad del Derecho primitivo por tantos y tantos escritores, Summer-Maine, Starcke, Morgan, Durkheim, Levy-Brühl, Lubbock, Lyell, Lavaleye, Fustel de Coulauges, Dareste, Tylor, Letourneau, Letelier, etc., etc. (1). Tal permanencia hacía que el Derecho pudiese dejar de serlo en bloque; pero lo que no podía ser es discutido: intentar la más mínima reforma era negarlo en absoluto, era un crimen (2).

El Derecho era algo sagrado: conocemos las precauciones de los antiguos legisladores, y el manifestar el Derecho como revelado para implantarlo y mantenerlo, y esto aun en Grecia, cuna de la civilización occidental antigua (3). En el bloque de diorita que contiene el llamado Código de Hammurabi, cuando la escritura había sustituido a la tradición oral y a las leyes en verso cantado, recurso nemotécnico de las tribus primitivas, figura el Dios-Sol dando las leyes al Monarca.

El Derecho antiguo era estático; el nuevo Derecho será dinámico. Seguramente es Grecia, y según nuestra opinión, algo influida por Egipto, donde con Amasis y su célebre Asamblea legislativa, había triunfado, aunque pasajera, el principio del Derecho reformable, la que da ingreso en Europa al nuevo principio, aunque no tenemos su expresión en texto legal ninguno. Platón en el Teetetes

(1) Levy-Brühl: *Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive*. París, 1931, página 112: «Usos sagrados de los que depende periódicamente el bienestar y la felicidad del grupo.»—Durkheim: O. c., página 109: «Las costumbres de los antepasados se rodean de tanto respeto, que no se pueden derogar sin ser castigado.» Páginas 283 y siguiente: «Jamás han sido entre nosotros las costumbres de los antepasados objeto del culto supersticioso que se les prestó en Roma «*La γρηγορή παρασημειον*» del Derecho ateniense, oponiéndose a toda innovación. Aun en tiempos de Aristóteles se discutía aún si era un bien cambiar las leyes vigentes para mejorarlas, y el filósofo no se pronuncia por la afirmativa sino con la mayor circunspección.» (Pol., II, 8, 1.268 b, 26).—Letelier: O. c., página 590: «Toda innovación tiene por efecto algún mal»; página 600: «La tolerancia es un crimen, y un principio fundamental del orden social la inmodificabilidad del régimen consuetudinario».

(2) P. Iferin: *L'idée de justice dans la conception de l'Univers chez les premiers philosophes grecs. De Thalés a Hérachte*. París, 1934, páginas 11 y 26.—Lombroso y Laschl: O. c., tomo I, páginas 11-31.

(3) Filangieri: *Ciencia de la legislación*. Madrid, 1822, tomo I, páginas 56 y siguientes: «Homero nos dice que Minos, de nueve en nueve años hacía un viaje a la cueva de Júpiter, haciendo creer que en ella esta divinidad le inspiraba las leyes que después dictaba a los cretenses. Zamolsis en Tracia y Zalenco en la Locria quisieron igualmente apoyar sus leyes en la autoridad del cielo» «Licurgo atribuyó sus leyes a Apolo.»—Letelier: O. c., página 642: «En realidad nunca hubo en parte alguna ningún gran legislador que pretendiese inventar el Derecho»

hace decir a Sócrates "cuando damos leyes, las damos como debiendo ser útiles en una época ulterior", es decir, para el futuro, y al par también, contra la aplicación inmediata y general de las leyes, se empiezan a elevar protestas del individuo y sus derechos y empieza a abrirse paso el principio de la irretroactividad, como hoy decimos.

De igual modo la noción del pasado, como algo naturalmente excluido de los efectos de un juicio práctico posterior, es reconocida, y por ello la finalidad de la sanción se reconoce también como un efecto posterior. Así dice Protágoras, en el diálogo de su nombre de Platón. "quien trata de castigar con fruto, no hiere a causa del pasado—*pues lo hecho, hecho está*—, sino en previsión para el porvenir, con objeto de que el culpable ni los que son testigos de sus acciones caigan en la tendencia de imitar ejemplo tan funesto". Igual sentimiento expresara después Cicerón, en su defensa de Piso, lo pasado es inmutable, está fuera de nuestro alcance, *quoniam præterita mutare non possumus*.

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario