

A propósito de la retroactividad de la *Lex Atinia de rebus subreptis*

Aránzazu CALZADA

(*Université d'Alicante*)

En general, la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de las normas no ha preocupado excesivamente a la doctrina romanística¹, no habiendo unanimidad entre los autores acerca de si el principio de irretroactividad estaba formulado o no en época republicana².

La pandectística³, partiendo de las disposiciones justinianas y atendiendo a criterios dogmáticos, no históricos, consagró un régimen unitario basado en el principio de irretroactividad⁴.

¹ Como excepción podemos citar a C.F.GABBA, *Teoria della retroattività delle leggi*, Torino 1868; F.AFFOLTER, *Geschichte des intertemporalen Privatrechts*, Berlin 1902; D.DONATI, *Il contenuto del principio della irretroattività della legge*, RISG 56 (1915), p.150ss.; H.SIBER, *Analogie, Amstrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates*, Leipzig 1936; T.MARKY, *Appunti sul problema della retroattività delle norme giuridiche nel diritto romano*, BIDR XII-XIII (1948), pp.241-271; G.BROGGINI, *Retroactivity of Laws in the Roman perspective*, en *The Irish Jurist* 1 (1966), pp.151-170 = *La retroattività della legge nella prospettiva romanistica*, CONIECTANEA, Studi di Diritto Romano, Milano 1966, pp.343-412; M.BARTOSEK, *Variazioni metodologiche su tema ciceroniano*, en Studi Scherillo II, Milano 1972, p.649ss. que trata fundamentalmente el problema de la retroactividad a propósito de la *lex Voconia*.

² F.SCHULZ, *I principi del diritto romano*, Firenze 1946, p.200.

³ F.C.VON SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts* VIII, Berlin 1849, & 384, 373, 368ss.; H.DERNBURG, *Pandekten*, I.3, Berlin 1896, p.92ss.; B.WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 9ª ed. I.3, Frankfurt 1906 = reed. Aalen, p.108ss., entre otros.

⁴ T.MARKY, *Appunti*, *cit.*, p.241ss.; F.AFFOLTER, *cit.*, p.21ss., mantiene que el principio de la irretroactividad estaría ya formado en la época de Quinto Mucio Scaevola basándose tanto en los textos ciceronianos como en la expresión contenida en las leyes republicanas *post hanc legem rogatam*, que se encuentra profusamente en la *lex Irnitana* aunque sin la cualificación *rogata* sino *data*.

En la legislación decemviral no se planteaba el conflicto intertemporal propio de una dogmática legislativa más avanzada, debido a que, desprovista de una finalidad innovadora, recogía fundamentalmente normas consuetudinarias que se conservaron mediante tradición oral y que fueron de aplicación inmediata, como lo atestigua el uso del presente y del imperativo⁵.

Es el ordenamiento republicano el que toma conciencia de la inserción del derecho en el tiempo⁶, encontrándose íntimamente relacionado con las garantías ciudadanas y con la protección de los derechos adquiridos⁷.

En efecto, son numerosas las fuentes legislativas republicanas de diverso contenido en las que se inserta propiamente la cláusula *post hanc legem* o una limitación temporal análoga, pudiendo reconocerse en todas ellas una prohibición estereotipada de retroactividad, *verbi et tunc Regem*, en terminología alemana moderna⁸. Pero éste no es un problema moderno, porque encontramos apuntes referidos a la irretroactividad de la ley en la legislación tardo-republicana: *lex Latina tabulae Bantinae* 23; *lex agraria* 19.20.28.; *lex Acilia*

⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del Diritto romano*, Napoli 1947, p.65; T. MARKY, *Appunti*, cit., p.243; G. BROGGINI, *Retroattività*, cit., p.357.

⁶ H. SIBER, *Analogie*, cit., p.44. Para G. BROGGINI, *Retroattività*, cit., pp.358-359, “l’unità temporale dello *ius* è assicurata, malgrado l’uso della *lex*. Lo *ius*, poi, è sempre stato, dachè la città esiste, e l’origine della sua vigenza si perde nel tempo. D’altra parte l’evoluzione giudiziale e l’*interpretatio prudentium* mal si prestano ad una differenziazione temporale. Il giudizio, infatti, è sempre retrospettivo, poichè solo retrospettivamente un fatto può essere valutato e ciò è vero anche quando il giudizio si discosta dai parametri normativi in vigore”. Brogginì alude al “atteggiamento temporale” contenido en la *Lex Papiria de sacramentis* y en la *Lex Plaetoria de iurisdictione*.

⁷ G. BROGGINI, *La retroattività*, cit., p.360, sostiene que “quando la legge si presenta come un atto di autosoggezione del popolo e di ogni singolo cittadino, quando essa crea nuovi vincoli, agrava quindi la posizione di libertà del singolo, ne limita la sfera di autonomia, allora e solo allora si pone il problema temporale, nasce il periodo dell’invasione del passato –di situazioni giuridiche passate- da parte della nuova norma”.

⁸ H. SIBER, *Analogie*, cit., p.47 n.2, subraya la irretroactividad de la legislación penal republicana; T. MARKY, *Appunti*, cit., p.245 n.1-3; G. BROGGINI, *Retroattività*, cit., p.360, sostiene además que “la inapplicabilità della nuova norma a fattispecie trascorse avviene quindi per mezzo di una esplicita regola di conflitto intertemporale proibitiva, e non unicamente per via interpretativa, tramite cioè un’interpretazione conforme ad un criterio intertemporale generale, non necessariamente esplicito” (*deutende Regel*).

repetundarum 15.31.59.; *lex Municipi Tarentini* c.I.8.; *lex Ursonensis* c.132.14.; c.134.40.; *lex Municipi Salpensani* c.26.43.; *lex Irnitana* c.43. En todo caso, frente al insistente recurso a la regla de la irretroactividad en las leyes republicanas, Brogini⁹ entiende necesario preguntarse si se trata de un canon interpretativo habitual o si, por el contrario, es el índice de una voluntad legislativa que se está renovando continuamente¹⁰. En nuestra opinión, todos los indicios hacen pensar que desde el s. II ya estaba consolidado el principio de irretroactividad de la ley sustantiva (civil y penal) como confirma la narración de Gellio (*N.A.*17.7) referente a la *lex Atinia* y, aunque de la discusión jurisprudencial podría derivarse que la providencia atiniana no contenía una solución explícita al problema de los límites de su vigencia en el tiempo¹¹, no cabe duda de que su solución respecto a la *usucapio* de las *res furtivae* y *vi possessae* permite sostener su vigencia retroactiva, ya que declaraba explícitamente la anulación de consecuencias jurídicas (consumación de una *usucapio*) realizadas con arreglo a reglas anteriores a la providencia atiniana¹².

En este trabajo pretendemos aclarar algunas cuestiones que plantea la *lex Atinia* respecto de la retroactividad. La jurisprudencia del s.I a.C. contribuyó a despejar este problema y especialmente Quinto Mucio que probablemente conocía la discusión entre los *conditores iuris* de la segunda mitad del s.II a.C., directamente de su padre Publio o de la lectura de sus *decem libelli iuris civilis*, siguiendo una regla interpretativa apoyada en un análisis de las palabras utilizadas según las enseñanzas del gramático Negidio Fígulo sobre el valor del tiempo verbal *erit*¹³ que declaraba *subruptum erit utrumque tempus ostendit tam praeritum quam*

⁹ G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.361.

¹⁰ Así piensa H.SIBER, *Analogie, cit.*, p.48, aunque G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.361 n.50, le reprocha que no incida sobre la evidente protección de las posiciones subjetivas adquiridas y, por tanto, parezca carente del sustrato ideológico inherente al principio de retroactividad: el interés en la conservación del ordenamiento jurídico vigente y las posiciones económicas existentes.

¹¹ G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.363.

¹² Por el contrario, F.J.CASINOS, *Auctoritas rerum decemviralis*, RIDA 50 (2003), p.94, defiende la irretroactividad de la *lex Atinia*, avalando su tesis de la inexistencia en las XII Tablas de la prohibición de usucapir las cosas robadas.

¹³ Vid. sobre el tema M.FRUNZIO GIANCOLI, *La "Lex Atinia de rebus subreptis"*. *Un'ipotesi sulla datazione*, Labeo 43 (1997), p.270 n.37.

futurum (N.A.17.7.3.) y, por tanto, entendiendo una aplicación de la *lex Atinia* netamente retroactiva¹⁴.

Efectivamente, la *lex Atinia de rebus subreptis*¹⁵ plantea numerosos interrogantes¹⁶; de hecho, los tres juristas más notables de la época, Publio Mucio Scaevola (el célebre cónsul del 133, en principio favorable a Tiberio Graco), Bruto (pretor en el 140) y Manilio (cónsul en el 149), que al decir de Pomponio (D.1.2.2.39.¹⁷) *fundaverunt ius civile*, fueron los primeros que discutieron la posible retroactividad de esta ley en una controversia que conocemos gracias a Aulo Gellio.

Gell.N.A.17.7.1-8 :

1. *Legis veteris Atiniae verba sunt: "Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto".* 2. *Quis aliud putet in hisce verbis quam de tempore tantum futuro legem loqui?* 3. *Sed Q. Scaevolam patrem suum et Brutum et Manilium, viros adprime doctos, quaesisse ait dubitasseque, utrumne in post facta modo furti lex valeret an etiam in ante facta; quoniam subruptum erit utrumque tempus videretur ostendere, tam praeteritum quam futurum.* 4. *Itaque P. Nigidius, civitatis Romanae doctissimus, super dubitatione hac eorum scripsit in tertio vigesimo grammaticorum commentariorum.* 5. *Atque ipse quoque idem putat incertam esse temporis demonstrationem, sed anguste perquam et obscure disserit, ut signa rerum ponere videas ad subsidium magis memoriae suae quam ad legentium disciplinam.* 6. *Videbatur tamen hoc dicere suum verbum et <"est"> esse et "erit": quando per sese ponuntur. habent atque retinent tempus suum: cum vero praeterito iunguntur. Vim temporis sui amittunt et in praeritum contendunt.* 7. *Cum dico "in campo est" et "in comitio est", tempus instans significo; item*

¹⁴ En este sentido G.BROGGINI, *loc. ult. cit.*

¹⁵ Vid. A.TORRENT, s.h.v., *Diccionario de Derecho romano*, Madrid 2005, p.594. Una parte de la doctrina antigua suele citar esta ley como *lex Atinia de rebus furtis* o como *lex Atinia de usucapione*. Después de un célebre estudio de P.HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain I*, Paris 1915, reed. Roma 1968, la doctrina es unánime en datar esta ley a mediados del s. II a.C.

¹⁶ A.CALZADA, *La Lex Atinia de rebus subreptis en el contexto político, jurídico y económico del s. II a.C.*, de próxima aparición en Index 38 (2010).

¹⁷ Este texto ha sido estudiado desde todos los puntos de vista, cfr. M.TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, AA.VV. *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari 1981, p.15ss.; A.SCHIAVONE, *Pensiero giuridico e razionalità aristocratica*, Storia di Roma 2.1, Torino 1990, p.25ss.; R.QUADRATO, "Iuris conditor", Index 22 (1994), p.169ss.

cum dico "in campo erit", tempus futurum demonstrat; at cum dico "factum est". "scriptum est", "subruptum est" quamquam "est" verbum temporis est praesentis, confunditur tamen cum praeterito et praesens esse desinit. 8. "Sic igitur" inquit etiam istud, quod in lege est: si divides separeque duo verba haec "subruptum" et erit", ut sic audias" subruptum <erit>" tamquam "certamen erit", aut "sacrificium erit", tum videbitur lex in postfuturum loqui: si vero copulate permixteque dictum intellegas, ut "subruptum erit" no duo, sed unum verbum sid idque unitum patiendi declinatione sit, tum hoc verbo non minus praeritum tempus ostenditur quam futurum.

Probablemente la *lex Atinia* se habría pronunciado de manera ambigua sobre este problema¹⁸, suscitando la discusión entre los *conditores iuris civilis*, tal como narra Gellio, que seguramente la conoció a través de Quinto Mucio, hijo de Publio.

Indudablemente existió una discusión sobre la retroactividad de la ley entre Publio Mucio, Bruto y Manilio, lo que demuestra el relieve de la providencia Atinia al prohibir la *usucapio* de las *res furtivae*, en una época en la que empezaban a aflorar graves problemas sociales y comportamientos indebidos en torno a la propiedad ajena, que obligaba a recobrar la vigencia de las antiguas reglas de las XII Tablas; por ello, consideramos muy probable que la propia *lex Atinia* reafirmara la prohibición de *usucapio* de las *res vi possessae* que había sido prohibida igualmente por los decenviros (Gayo 2.45), prohibición confirmada igualmente por una *lex Iulia et Plautia*. Se trata quizá de dos leyes distintas aunque con un mismo objetivo que Gayo une¹⁹: una *lex Plautia de vi* de fecha incierta -posiblemente del 78 a.C.- que reprimía supuestos de violencia, tanto contra las instituciones públicas y hechos que ponían en peligro la paz social, como contra los particulares²⁰, y una cesariana *lex Iulia de vi privata*²¹ con idéntica finalidad que las anteriores *leges Iulia*,

¹⁸ G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.364, sostiene que la *lex Atinia* anuló las adquisiciones de propiedad mediante *usucapio* que habían sido lícitas precedentemente.

¹⁹ La unificación de dos leyes es frecuente en la Jurisprudencia romana; pensemos en la mención conjunta de la *lex Iulia et Papia* que originariamente eran dos leyes distintas.

²⁰ A.TORRENT, s.v. *Lex Plautia de vi*, *Diccionario, cit.* p.619.

²¹ A.TORRENT, s.v. *Lex Iulia Caesaris de vi privata*, *Diccionario, cit.*, p.608.

Plautia, Atinia, y XII Tablas, prohibiendo la *usucapio* de las *res furtivae* y *vi possessae*.

En todo caso, entendemos que se trata de un problema importante si el tercero poseedor de buena fe había iniciado el *tempus ad usucapionem* antes de la promulgación de la ley, problema que de por sí tiene una incidencia de primer orden dentro de los modos *adquirendi rerum*. Por otra parte, la discusión sobre la retroactividad de la *lex Atinia* prueba que en su época (149 a.C.) los robos eran muy numerosos, y de ahí el interés en declarar incluidos en las prohibiciones de la ley que los cometidos antes de su entrada en vigor fueran válidos para iniciar la *usucapio* de las *res furtivae*; así, al mantener la *aeterna auctoritas* del propietario despojado e imposibilitar la prescripción adquisitiva, se destruyen las expectativas jurídicas conformes al derecho vigente en su época²².

La aplicación de la regla atiniana al *furtum praeteritum* prescribe la imposibilidad de usucapir las *res furtivae* que ya había previsto las XII Tablas 8.17. Precisamente ésta es una de las grandes incógnitas que plantea la *lex Atinia*: si está contemplando un *furtum* (o *vi possessio*) aisladamente como hecho jurídico en sí mismo, cuyos efectos -concluida la posibilidad de *usucapio* de las *res furtivae*-debían ser considerados conforme a la *lex temporis actus*, o por el contrario, y esta segunda posibilidad la apunta Broggin²³, si es posible desplazar el acento desde el *furtum* a la *usucapio* y plantear la construcción de la misma relación jurídica sobre la base de la ley vigente en el momento de haberse cumplido los plazos de la *usucapio*. Broggin añade que el legislador puede variar ulteriormente la perspectiva y valorar la misma relación jurídica desde la voluntad actual de negar toda eficacia adquisitiva a cualquier *furtum praeteritum*, comprendidos aquellos *furti* que en el pasado conducían *ad usucapionem*, de modo que la ley destruye posiciones jurídicas adquiridas, situaciones concluidas.

Por nuestra parte añadiríamos algunos interrogantes más: ¿Era necesario que la *lex Atinia* volviese a legislar sobre algo que ya había regulado la legislación decemviral según Gayo 2.45 y 49²⁴? ¿Las XII

²² G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.363.

²³ G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.364.

²⁴ P.HUVELIN, *Études sur le furtum, cit.*, p.296, sostiene que las XII Tablas no contuvieron un precepto prohibiendo la *usucapio* de las *res furtivae*, de manera que

Tablas habían caído *in desuetudine* o simplemente no se cumplían sus preceptos? ¿Serían las XII Tablas la exposición por escrito de normas consuetudinarias de difícil aplicación trescientos años más tarde de su promulgación?

Está claro que, a tenor de la controversia entre los *conditores iuris*, la *lex Atinia* plantea el problema de si había en el s. II a.C. una noción clara sobre la irretroactividad de las leyes. No cabe duda de que Publio Mucio, que en torno al 140 a.C. había compuesto los *decem libelli* que le atribuye la tradición, habría sido la fuente en que se inspiró su hijo Quinto, tal como relata Gellio. No vamos a entrar en el problema que plantea Frunzio Giancoli²⁵ sobre si Quinto hubiese tenido noticia de la controversia por tradición oral y por tanto de modo indirecto, o directamente leyendo a su padre Publio Mucio, lo cual, conjugado con la fecha de nacimiento de Quinto, le lleva a fechar la *lex Atinia* en el 149 a.C.

Magdelain²⁶ niega rotundamente que en esta época tuviera lugar la discusión sobre la retroactividad de la *lex Atinia*, porque en general en esa época las leyes ya debían tener un carácter irretroactivo. Por otra parte, tampoco fue ésta la única controversia técnico-jurídica entre los *conditores iuris*, siendo seguramente más famosa la sostenida en torno a la naturaleza del *partus ancillae*²⁷.

Por su parte, Marky²⁸ opina que la controversia sobre la retroactividad o irretroactividad entre los *conditores* fue de carácter fundamentalmente teórico, porque en esos momentos ya se conocían

las apelaciones de Juliano y Gayo a la legislación decemviral se deberían a una tradición jurisprudencial esencialmente sabiniana que relacionaba las XII Tablas con la prohibición atiniana. Siguiendo a Huvelin, también niega esta conexión, F.J.CASINOS, *Auctoritas rerum decemviralis*, cit., p.93.

²⁵ M.FRUNZIO GIANCOLI, *Lex Atinia*, cit., p.265.

²⁶ A.MAGDELAIN, *Auctoritas rerum*, RIDA 5, Mélanges De Visscher 4 (1949), p.152; *Ius imperium auctoritas. Études de droit romain*, Roma-Paris 1990, p.701ss.

²⁷ *Vexatissima quaestio* que ha dado lugar a una extensa bibliografía; vid. por todos M.KASER, *Partus ancillae*, ZSS 75 (1958), p.156ss.; J.KINDERSKY, *Partus ancillae. A "vetus quaestio" in the light of a new inscription*, Labeo 33 (1987), p.192ss.; E.HERMANN-OTTO, *Ex ancilla natus*, Stuttgart 1994, p.268ss. Entre las fuentes literarias, cfr. Cic. *de fin.* 1.4.12., y entre las jurídicas, D.7.1.68 pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*).

²⁸ T.MARKY, *Appunti*, cit., p.244: "chi esaminati i testi delle leggi dell'epoca repubblicana nota nella loro redazione disposizioni esplicitamente volte ad escludere la loro retroattività".

disposiciones que excluían la retroactividad de las normas, por ejemplo la *lex Voconia*.

Resulta evidente que la *lex Atinia* debió tener un papel importante en la sociedad de la época recordándola Cicerón en repetidas ocasiones, siendo los *Atinii*, por lo que se sabe de la prosopografía romana de finales de la República, una familia que dio a Roma sucesivos *tribuni plebis* como informa Cicerón²⁹, que demuestra conocer bien la *lex Atinia*³⁰ y, en este caso, se pronuncia claramente por la irretroactividad de las leyes.

Es muy probable que en la época de la *lex Atinia* fuera conocida la irretroactividad de las leyes, problema tratado en el Mundo Antiguo desde Demóstenes³¹, entre los griegos³², y en el mundo romano en numerosas leyes republicanas, en Cicerón y en la jurisprudencia y legislación posteriores hasta Justiniano C.1.14.7 (Theod. et Valent. a.440): *Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum*.

En consecuencia, parece claro que al tiempo de la *lex Atinia* debía ser conocido y aplicado el principio de irretroactividad de la ley, salvaguardia de la libertad y seguridad jurídica, que impone el respeto al pasado excluyendo su invasión por el legislador; el individuo debe estar seguro de que realiza una acción con arreglo a la legalidad en el momento de su actuación, de los efectos de sus actos y de que ninguna norma futura anulará lo hecho en momentos anteriores. Así, la certeza del derecho y la irretroactividad de la ley llevan caminos paralelos³³.

²⁹ Cic. *De domo* 122: ... atqui C. Atinius patrum memoria bona Q. Metelli, qui sum ex senatu censor eiecerat, avi tui, Q. Metelli, et tui P. Servili, et proavi tui, P. Scipio, consecravit foculo posito in nostris adhibititoque tivicine., Quid tum? Num ille furor tribuni plebis ductus ex non nullis perveterum temporum exemplis fraudi Metello fuit, summo illi et clarissimo viro? Certe non fuit...

³⁰ Cic. *in Verr.* 2.1.42.109. *De iure vero civili si quis novi quid instituit, is non omnia quae ante acta sunt rata esse patietur? Cedo mihi leges Atinias, Furias, Fusias, ipsam ut dixi, Voconiam, omnis praeterea de iure civili: hoc reperies in omnibus statui is quo post eam legem populus utatur.*

³¹ Dem. *In Timocr.* 75ss., 116ss., 152.

³² Vid. G.S.MARIDAKIS, *Démosthène théoricien du droit*, RIDA 5 (1950), p.169 ss.

³³ Vid. A.TORRENT, *Manual de Derecho privado romano*, 13 reimpr., Madrid 2008, p.20ss.

En este sentido, es paradigmático el art. 2 del *Code civil français*: “*La loi ne dispose que pour l’avenir; elle n’a point d’effet rétroactif*”, dicción que en su acepción radical se confunde con la misma concepción iluminista de la libertad política³⁴.

Pero también podemos advertir para el mundo romano una secuencia lineal histórica entre Demóstenes y la constitución que cita Justiniano de los emperadores Teodosio y Valentiniano (a.440), secuencia que no es fortuita como pretende Maridakis³⁵. Destaca Broggin³⁶ que el principio de irretroactividad de la ley es una constante del pensamiento jurídico occidental: “se è vero che un ordinamento giuridico per essere degno di tale nome, deve affondare le sue radici nella responsabilità del soggetto di diritto, deve riconoscere in ogni singolo individuo il titolare di diritti inviolabili, il portatore di valori etici e sociali autonomi, deve riconosergli una sfera di libertà, sia pur modesta, sia pur ridotta, ma sufficiente per realizzare un suo proprio, inconfondibile destino; allora è altrettanto indispensabile che la *regula actionis*, il criterio di valutazione del comportamento del singolo e di tutte quelle formazioni sociali dove si svolge la sua personalità, preceda l’attività, il comportamento stesso”. Entendemos que su exposición, aunque referida al derecho moderno, es perfectamente aplicable al ordenamiento jurídico romano,

No se puede formular mas claramente el principio de irretroactividad de la norma que viene expresado en el Código civil español, art. 2.3 del siguiente modo: “Las leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieren lo contrario”, adquiriendo consagración específica en el art. 9.3 de la Constitución española que “garantiza... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y restrictivas de los derechos individuales”. La regla del art. 2.3 del C. c. vincula al juez en la aplicación del derecho, y el art. 9.3 de la Constitución vincula al legislador y específicamente en materia penal en el art. 25, reglas reiteradamente aplicadas por nuestra

³⁴ G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.348.

³⁵ G.S.MARIDAKIS, *Demosthène, cit.*, p.171, que acertadamente critica BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.345 n.8.

³⁶ G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, pp.344-345.

Jurisprudencia ordinaria y constitucional³⁷. En realidad, estas reglas son las que se siguen en los tribunales europeos.

Frente a la tesis de Schulz, que no acababa de admitir que el principio de irretroactividad hubiera sido conocido en la Roma republicana, se opone la discusión entre los grandes *conditores iuris* sobre la eficacia retroactiva de las disposiciones de la *lex Atinia* que había prohibido la *usucapio* de las *res furtivae* y *res vi possessae* que, según Gayo 2.45 y 49, ya había sido prohibida por las XII Tablas, introduciendo la *lex Atinia* la *reversio in potestatem domini*³⁸ para reparar la prohibición de *usucapio*³⁹.

Compartimos con Albanese⁴⁰ la opinión de que no existe diferencia entre las *res furtivae* y *vi possessae* en cuanto al régimen de la *usucapio* y la *reversio*, y entendemos que la discusión entre los *conditores* debía partir de la base de la irretroactividad de la ley para admitir su quiebra en determinados supuestos previstos por la *lex Atinia*. En consecuencia, no parece convincente Frunzio Giancoli⁴¹ cuando sostiene que si los tres *conditores* discutían sobre la eficacia retroactiva o irretroactiva de la ley se debe a que reflejaría una situación anterior a su época (149 a.C.), en cuyo caso nuestra ley habría que situarla con anterioridad, entre el 212 y 197 a.C., cuando aún no había sido formulada la irretroactividad de las leyes, que ya estaría claramente delineada a finales de la República; sin embargo, reconoce que fechar la *lex Atinia* atendiendo exclusivamente a la circunstancia de que las disposiciones legislativas contemporáneas de Bruto Manilio y Scevola no habían alcanzado una formulación más evolucionada -absoluta irretroactividad de las leyes-, parece demasiado arriesgado desde el punto de vista metodológico, por lo que prefiere centrar la disputa *inter conditores* en el plano de si la controversia tenía un específico relieve práctico.

³⁷ Vid. por todos con bibliografía y jurisprudencia, M.ALBALADEJO, *Derecho civil. I. Introducción y Parte General*, 17 ed., Madrid 2006, p.191ss.

³⁸ Vid. G.NICOSIA, *Acquisto del possesso "per procuratorem" e "reversio in potestatem domini" delle "res furtivae"*, IVRA 11 (1960), p.188ss.

³⁹ Cfr. M.FRUNZIO GIANCOLI, *Sabino e l'usucapione delle "res furtivae"*, Labeo 42 (1996), p.493ss.

⁴⁰ B.ALBANESE, *Contributo alla storia dell'interpretazione della "lex Atinia"*, Labeo 12 (1966), p.31.

⁴¹ M.FRUNZIO GIANCOLI, *Lex Atinia, cit.*, p.266.

Realmente entendemos que es arriesgado mantener aquella opinión, porque Cicerón no duda de la irretroactividad de las leyes y, además, cita como ejemplos concretos la *lex Atinia*, la *lex Voconia* y la *lex Furia*.

Cic. in Verrem 2.42.109.

De iure vero civili si quis novi quid instituerit is non omnia quae ante acta sunt rata esse patietur? Cedo mihi leges Atinias Furias Fussias, ipsam, ut dixi, Voconiam, omnis praeterea de iure civili: hoc reperies in omnibus statui ius quo post eam legem populus utatur.

A nuestro modo de ver, el fin práctico de la *lex Atinia* no pudo ser otro que defender el *dominium* del que había sido robado o desposeído con violencia, y de ahí la prohibición de *usucapio* de las cosas indebidamente poseídas, algo que ya había apuntado De Visscher⁴²: “l’interdiction d’usucaper les choses volées n’est en somme qu’une restriction, un correctif apporté à l’institution de l’usucapion en faveur des victimes de flagrantes injustices”, lo que supone, en definitiva, negar legitimidad de actos adquisitivos efectuados ilícitamente.

Hemos de tener en cuenta además que el *tempus ad usucapionem* era muy breve desde la formulación de las XII Tablas VI.3: *usus auctoritas fundi biennium est... ceterarum rerum omnium ... annus est usus* (Cic. *Top.*4.23) de la que se hace eco Gellio, relacionando la regla decemviral sobre la *aeterna auctoritas*⁴³ con el *quod subruptum*..

En este sentido, la *lex Atinia*, cuya discusión entre los *conditores iuris* sobre sus efectos *ante facta* o *post facta* había sido tan intensa, volvía al antiguo problema de poner obstáculos a todo malhechor que pretendiera adquirir el *dominium* de las cosas ajenas robadas o poseídas con violencia, requisito negativo al que Gayo, recordando la legislación decemviral, añade un nuevo perfil que probablemente estuviera también contenido en nuestra ley: ni aún el poseedor de buena fe tenía el *ius usucapiendi* sobre tales cosas, lo que viene confirmado por Pomponio y el propio Gayo (2.45).

⁴² F.De VISSCHER, *De la défense d’usucaper les choses volées*, RIDA 3^a serie 5 (1958), p.471.

⁴³ Son muchos los problemas de la *auctoritas* en la compraventa romana; vid. P.FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e “auctoritas” nella vendita romana, Vendita e trasferimento della proprietà I, cit.*, p.73ss.

Este problema no es trivial, porque afecta directamente a la validez de una *emptio-venditio* nula por el vicio (*furtum, vi possessio*) en la adquisición de la cosa por parte del transmitente y, a su vez, prescinde de la buena fe del tercer adquirente que ve su adquisición frustrada. La causa ilegítima del poseedor transmitente anula las sucesivas transmisiones, lo que a su vez plantea la trascendencia de la *causa possessionis* del ladrón o del poseedor violento que excluye tanto la *usucapio* de la cosa como su comercio en el tráfico jurídico-económico debilitando la *bona fides* de posteriores adquirentes de la *res furtiva*.

Gayo 2.49.

Quod ergo vulgo dicitur, furtivarum rerum et vi possessarum usucapionem per legem XII Tabularum prohibitum esse, non eo pertinet ut ne ipse fur quive per vim possident usucapere possit (nam huic alia ratione usucapio non competit, quia scilicet mala fide possidet), sed nec ullus alius, quamquam ab eo bona fide emerit, usucapiendi ius habeat.

Pomponio (24 ad *Quintum Mucium*) D.41.3.24pr.

Ubi lex inhibet usucapionem, bona fide possidenti nihil prodest

Gayo 2.45.

Sed aliquando etiamsi maxime quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, velut si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII Tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia.

Desde este punto de vista, la novedad de Gayo no parece realmente tal, y entendemos que esta perspectiva igualmente debía ser prevista por la *lex Atinia* dentro de sus objetivos de saneamiento del tráfico jurídico e incluso, dentro de las coordinadas políticas y económicas de la época en que fue promulgada en un momento de expansión comercial de Roma -a partir de la II Guerra Púnica- que la convirtió en la primera potencia del Mediterráneo.

Por eso se entiende que la *lex Atinia* se refiriera también al pasado y tuviera en cuenta las situaciones en que se había iniciado el *tempus ad usucapionem* de *res furtivae* con anterioridad a la promulgación de la ley, planteando el problema de su eficacia retroactiva, pues obviamente eliminaba el *dominium* sobre la cosa usucapida por el ladrón y la *possessio bonae fidei* de terceros adquirentes; ello podría explicar que las controversias *inter conditores iuris* no fueran una mera discusión teórica, como piensa Marky, sino una discusión con

gran trascendencia práctica para los poseedores y terceros adquirentes de *res furtivae*⁴⁴. Si los *conditores* discutieron este problema tal vez pudiera deberse a su distinta posición en algún asunto planteado *in iure*⁴⁵, porque el tema tiene trascendencia al anular tanto la adquisición de la cosa por el *fur* como la venta de cosas furtivas, si damos por cierto el carácter consensual de la *emptio-venditio* en el s. II a.C., como suponen Arangio-Ruiz⁴⁶ y Pugliese⁴⁷.

Nuestra explicación es que la ley nada decía sobre su irretroactividad, lo que plantearía la duda entre juristas prácticos de sus efectos respecto a las situaciones posesorias de *res furtivae* iniciadas antes de su promulgación, y éste es el núcleo central de la disputa *inter conditores* en cuanto la aplicación de la nueva ley podía perjudicar derechos adquiridos por los terceros adquirentes de las *res furtivae* con independencia de las reglas anteriores (*usus fundi biennium*).

Aunque desde otro punto de vista, también se puede ver como una discusión teórica entre los *conditores iuris* sobre la inconveniencia de respetar a toda costa los derechos adquiridos, que llevaría a la absoluta petrificación del ordenamiento jurídico eliminando la regla *tempus regit actum*. Así ha sido declarado por nuestro Tribunal Constitucional⁴⁸ en sentencia de 16 de julio de 1987: una regulación a ultranza de la irretroactividad de las leyes, cualquiera que sea su contenido, llevaría a la petrificación del ordenamiento jurídico, siendo así que éste, “al regular relaciones de convivencia humana

⁴⁴ En este mismo sentido se pronuncia M.FRUNZIO GIANCOLI, *Lex Atinia*, cit., p.267.

⁴⁵ Son muy ilustrativas al respecto las explicaciones de A.TORRENT, “*De conservando iure civili*”. *Los antagonismos forenses en la “Causa Curiana”*, BIDR 89 (1988), pp.145-163, donde analiza la célebre disputa entre Q.Mucio Scaevola, el pontífice y M.Licinio Craso, el más famoso *rhetor* de la época, a propósito de la interpretación de una cláusula de sustitución en el testamento de M.Coponio. Torrent demuestra que la defensa de los intereses de los clientes hacen cambiar de opinión a los juristas según actuaran como demandantes o como demandados ante los tribunales.

⁴⁶ V.ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* I, Napoli 1957, p.73.

⁴⁷ G.PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, en *Vendita e trasferimento della proprietà* I, cit., p.44.

⁴⁸ R.GAYA SICILIA, *El principio de irretroactividad de las leyes en la jurisprudencia constitucional*, Madrid 1987, ha realizado un estudio crítico de la doctrina del Tribunal Constitucional. Cfr. también F.LÓPEZ MENUDO, *El principio de irretroactividad de las normas jurídico-administrativas*, Sevilla 1982.

debe responder a la realidad social de cada momento como instrumento de perfeccionamiento y de progreso⁴⁹, y en la técnica legislativa moderna se admite que caben diversos grados de retroactividad.

También es posible que la discusión entre los *conditores* tuviera una finalidad puramente orientadora, y la retroactividad discutida estuviera en relación con las disposiciones decenvirales enervadoras (según Gayo) de la *usucapio* de las *res furtivae*, disposiciones obviamente inaplicadas que la *lex Atinia* tuvo que recordar y poner en vigor de nuevo, dada la inestabilidad del s. II a.C. También es algo obvio que cuando se pretende la retroactividad de una norma la discusión tiene que plantearse desde un punto de vista esencialmente casuístico, y a ello responden evidentemente estas *quaestiones inter conditores de lege Atinia*.

El problema de la retroactividad es ciertamente complejo y en Roma como en nuestros días, sigue sin haber una doctrina generalmente aceptada, por lo que a título orientativo y desde un punto de vista teórico caben tres posibilidades según establece la moderna dogmática civilística: en primer lugar, una retroactividad en grado máximo cuando la nueva ley se aplica a la misma relación jurídica básica y a sus efectos sin tener en cuenta que aquélla había sido creada y sus efectos ejecutados bajo el imperio de la ley anterior; en segundo lugar, una retroactividad en grado medio cuando la nueva ley se aplica a efectos nacidos durante la vigencia de la ley anterior, pero sólo cuando hayan de ejecutarse durante la vigencia de la ley posterior; y, en tercer lugar, una retroactividad en grado mínimo, en que la nueva ley se aplica a los efectos de una relación jurídica regulada según la ley anterior, pero sólo a los que nazcan después de la promulgación de la ley nueva.

Es significativo que una legislación referida a temas privatísticos desde una mentalidad moderna, aunque en la mentalidad romana encuadrada dentro del llamado *ius publicum*⁵⁰, vetara la posibilidad de usucapir ciertas cosas y en ciertas condiciones poniendo fin a tres siglos de compleja problemática de la *usucapio*, cuya operatividad

⁴⁹ Vid. J.L.LACRUZ BERDEJO, *Parte general del derecho civil. I. Introducción*, Barcelona 1988, p.242.

⁵⁰ Sobre la distinción *ius publicum-ius privatum*, vid. con bibliografía A.TORRENT, *Derecho público romano y Sistema de fuentes*, 13 reimpr., Madrid 2008, pp.439-443.

había permanecido anclada tal como había sido fijada por los *decemviri legibus scribundis*, si bien cabe precisar que en las XII Tablas el punto de partida para entender la *adquisitio rerum* por el paso del tiempo, era el *usus*.

Obviamente la situación era muy diversa en el s. II a.C., cuando se encontraban *cives Romani* en diversas partes de Italia, de modo que muchos ciudadanos romanos habitaban lejos de Roma, del territorio de sus tribus y de su propio lugar de residencia, tanto por motivos militares como comerciales; todo esto hacía que, como ha explicado Guarino⁵¹, la sociedad romana del s.II fuera mucho dinámica que la del siglo de los *decemviri legibus scribundis*, lo que hacía no sólo demasiado corto el *tempus ad usucapionem* fijado por las XII Tablas, sino además demasiado restringido el aparato de garantías requeridas para que la *usucapio* no fuese utilizada por personas con pocos escrúpulos para actuar en fraude de ley con evidente perjuicio social.

En este contexto se explica el interés de los juristas del s.II a.C. por la *usucapio* y, probablemente, no sólo de los grandes que a juicio de Pomponio habían fundado y consolidado el *ius civile*, sino de todos los de la época; es muy probable que por influencia y a requerimiento de los juristas cuya labor, prestigio, y trascendencia social había alcanzado cotas muy elevadas, se promulgase, en torno a mediados de ese siglo⁵², la *lex Atinia de rebus subreptis*, una ley moralizadora que prohibía la *usucapio* de cosas sustraídas ilícitamente a sus propietarios o poseídas con violencia.

Con este enfoque se comprende mejor la trascendencia de la *lex Atinia* cuya cita textual conocemos gracias a Aulo Gellio, que también hace una apelación explícita a las XII Tablas e informa de la discusión entre Publio Mucio, Bruto y Manilio, tema recogido un siglo más tarde por el gramático P. Negidio Figulo.

La discusión entre los tres grandes juristas del s. II a. C. la explica Gellio en torno al valor de *subruptum erit*, que unos entendían no en futuro (*erit*) sino en pasado (*est*); en definitiva, se cuestionaba si la ley era de aplicación a los ilícitos cometidos antes de su entrada en vigor. Por otra parte, no parece creíble que éste fuera el único tema

⁵¹ A.GUARINO, *La coerenza di Publio Mucio*, Napoli 1981 = *Studi di diritto costituzionale romano II*, Napoli 2008, pp.90-91.

⁵² Entre el 150 y 149 a. C.; vid. F.FABBRINI, s.v. *Usucapione (dir. rom.)*, NNDI 20 (1975), p.280. M.FRUNZIO GIANCOLI admite claramente el 149 a. C.

de discusión entre aquellos grandes juristas, porque obviamente la *lex Atinia* legislaría para el futuro; debían subyacer importantes intereses prácticos que, para Guarino⁵³, serían la posibilidad de cuestionar la validez de usucapiones verificadas antes de la emanación de la ley, o al menos la posibilidad de considerar nulas las usucapiones en curso de verificación en el momento de su entrada en vigor.

Además, la formulación de la *lex Atinia* “*quod subruptum erit*” comprende la posibilidad a mediados del s.II de un *furtum* igualmente referido a los bienes inmuebles, como se desprende del texto de Gellio (N.A.18.13.), además de una serie de textos referidos por Albanese⁵⁴, avalando la hipótesis de Guarino de que la acción delictiva (*sub* y *rapio*) no se limitase a los desposeimientos estrictamente furtivos, o sea de carácter clandestino, sino que incluiría también los desposeimientos violentos de la víctima⁵⁵.

El problema tratado por la *lex Atinia* venía de antiguo, y tuvieron que ser frecuentes a partir de las XII Tablas las ocupaciones abusivas de tierras en posesión de los particulares, en ocasiones incluso de procedencia pública, como también en torno a las abusivas regularizaciones formales invocadas por los usurpadores recurriendo a la *usucapio* (con la cuestión conexas de la retroactividad-irretroactividad de la ley). Desde el punto de vista estrictamente agrario una solución al problema vino dado por las *leges Semproniae agrariae*, concediendo los *triumviri agris adsignandis iudicandis* a los poseedores abusivos las tierras de las que no hubieran sido desposeídos al concentrar su cabida en los 500 *iugera* y las dos mitades más por cada hijo que había dispuesto la *lex Licinia de modo agrorum*, que de alguna manera dejaba en suspenso lo dispuesto por la *lex Atinia* pocos decenios antes, a la que se debió la solución prohibitoria de las adquisiciones y *usucapiones* indebidas sobre las *res furtivae*.

Ciertamente Gellio N.A.17.7.1ss., al limitarse a repetir textualmente el contenido de la *lex Atinia*, centró la discusión entre los *conditores iuris* en torno a la retroactividad de la previsión

⁵³ A.GUARINO, *Coerenza*, cit., p.93.

⁵⁴ B.ALBANESE, *La nozione del furtum fino a Nerazio*, *Annali Palermo* 23 (1953), pp.56ss.

⁵⁵ S.SOLAZZI, *Sulla “Lex Atinia de rebus subreptis”*, *Scritti di Diritto Romano V*, Napoli (1972), p.477ss.

atiniana, probablemente porque se trataba de un caso práctico en el que cada jurista propugnaba la solución más adecuada a los intereses de sus clientes⁵⁶, e interesaba saber si la *usucapio* sobre las cosas robadas o poseídas con violencia se hubiera iniciado antes o después de la publicación de la ley. Esta discusión podría deberse, según Stein⁵⁷, a que se resentían de una concepción anterior de la *lex* que fijaba el *ius civile* tanto para momentos anteriores como posteriores a la *publicatio legis*, aunque Cicerón dice muy claramente que ya en el s.II a.C. la legislación no era retroactiva sino que miraba el futuro.

La discusión entre *qui fundaverunt ius civile* sin embargo no debió ser superflua, pero ¿para qué discutir el problema si la *lex Atinia* se había limitado a confirmar las previsiones decemvirales? Indudablemente alguna innovación debió aportar la *lex Atinia*; en nuestra opinión, establecer la *reversio in potestatem*, bien *domini*, bien *eius* (acreedor pignoraticio, comodatario, en el ejemplo citado por Paulo) que, en todo caso, implicaba una fractura en la interpretación jurisprudencial de las ventajas de la *possessio bonae fidei* por el origen vicioso de la cosa poseída.

En general, hemos de concluir que la retroactividad de la ley es un problema que los *veteres* ya discutieron pero sobre el que la jurisprudencia no llegó a formular un principio regulador; la incertidumbre y las oscilaciones de la praxis y de la jurisprudencia en la materia se explican con el contraste fundamental existente entre las normas del derecho civil y las del derecho honorario, irretroactivas y retroactivas, respectivamente⁵⁸. Igualmente diverso es el tratamiento en el ámbito del derecho penal que admitiría la retroactividad según ciertos criterios, mientras que el derecho civil requeriría, sin excepciones, la irretroactividad⁵⁹.

Actualmente, afirma Brogini⁶⁰, se admite que el problema de la retroactividad de la ley pueda resolverse acudiendo a la temporalidad del derecho positivo; en efecto, si existe una fecha de publicación de

⁵⁶ Esto es lo que ocurrió en la *causa Curiana*: vid. A.TORRENT, *De conservando iure civili. Antagonismos forenses en la causa Curiana*, BIDR 89 (1988), p.145ss.

⁵⁷ P.STEIN, *Lex Atinia*, Athenaeum 62 (1983), p.199ss.

⁵⁸ T.MARKY, *Appunti*, cit., p. 271.

⁵⁹ Partiendo de la distinción de Cic. (*In Verrem*, 2.1.42.107ss.), vid. H.SIBER, *Analogie*, cit., p.46ss., y F.SCHULZ, *Principi*, cit., p.200, quien afirma que este régimen nunca se abandonó, siendo confirmado decididamente por Justiniano.

⁶⁰ G.BROGINI, *Retroattività*, cit., p.343.

la norma, de entrada en vigor o de *vacatio legis*, y una fecha de finalización, de derogación, si es el producto de un momento histórico determinado, necesariamente ha de relacionarse con el supuesto de hecho que debe regular. En esta “*Gleichzeitigkeit*” entre *ius* y *factum*, en esta correspondencia temporal entre ser y deber ser, entre norma general y supuesto de hecho concreto, encuentra su fundamento el principio de la *giustizia intertemporale* y el principio de la irretroactividad. Ello impone el respeto al pasado evitando toda intromisión por parte del legislador, todo intento de regular supuestos que pertenecen definitivamente a un mundo que precede a la entrada en vigor de la ley⁶¹. Pero si se hace, y éste es el caso de la *lex Atinia*, Brogginini encuentra la justificación dogmática de la destrucción de un derecho de propiedad adquirido antes de la entrada en vigor de la nueva ley, en el concepto de orden público⁶².

Esta última justificación nos parece interesante, y de alguna manera coincide con la explicación dada de la retroactividad de la *lex Atinia* en la represión de actos ilícitos (*furtum*), o violentos (*vi possessio*) que debieron ser particularmente frecuentes a mediados del s.II a.C., pero la justificación de las prohibiciones atinianas de *usucapio* de las *res furtivae* basada en el orden público, parece traer esta fundamentación desde el campo penal al derecho privado, lo que por otra parte, genera, a su vez, nuevos problemas dogmáticos que no podemos abordar en este trabajo.

En todo caso, convenimos con Brogginini que la historia del principio de la irretroactividad de la ley es uno de los aspectos más interesantes del concepto mismo del derecho, es una constante del pensamiento jurídico occidental y representa una antigua conquista jurídica, habiendo dejado las profundas reflexiones suscitadas a este respecto una huella indeleble en la historia jurídica europea⁶³.

⁶¹ G.BROGGINI, *loc. ult. cit.* Para el autor, en la investigación sobre esta materia es preciso realizar una distinción entre los conceptos de retroactividad e irretroactividad de la ley, la legitimidad de la ley retroactiva y la interpretación de la ley desprovista de referencias temporales, procurando buscar soluciones de justicia y no meramente formales.

⁶² G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, p.364. El concepto de orden público como fundamento de algunas *leges publicae* tiene particular importancia en el campo económico-financiero; vid. con bibliografía, A.TORRENT, “*Crimen annonae*” y *mantenimiento del orden público económico*, en *El derecho comercial: de Roma al Derecho moderno 2*, Las Palmas de Gran Canaria 2007, p.1005ss.

⁶³ G.BROGGINI, *Retroattività, cit.*, pp.345, 347 y 351.