

LA CONSTITUCIÓN NORTEAMERICANA Y LA PROTECCIÓN CONTRA LEYES *EX POST-FACTO*: UNA INFUNDADA LIMITACIÓN

Emmanuel Catardo

Universidad Católica Argentina. Universidad de Salamanca

ecatardo@gmail.com

<https://doi.org/10.26422/RJA.2025.0602.cat>

Recibido: 04/09/2025

Aceptado: 01/12/2025

Resumen

El itinerario doctrinal de la cláusula *ex post-facto* en la Constitución norteamericana revela la fragilidad de ciertos dogmas aceptados sin escrutinio. Este estudio indaga si la limitación de dicha cláusula al ámbito penal —consagrada por la Corte Suprema en *Calder v. Bull* (1798)— halla fundamento real en la tradición del derecho inglés o si, por el contrario, deriva de una interpretación ulterior, convertida en dogma por la conjunción de un error judicial y el aval de dos prestigiosos juristas.

Para contestar esta inquietud, que luego de más de dos siglos parece herética, el trabajo se interna en las fuentes del *common law*. La lectura en profundidad de los textos antiguos muestra un uso amplio y no especializado del término *ex post-facto*, aplicado indistintamente a materias civiles y procesales. El examen filológico confirma también que la expresión latina carece de sentido penal alguno y que su ulterior restricción constituye una innovación doctrinal, ajena a esa tradición.

También se revisan los debates de los constituyentes y de las convenciones estatales: en ellos no se advierte una noción técnica del término. Algunos delegados invocaron un supuesto significado jurídico; otros, el uso corriente; pero no surge de las palabras de ambos una intención común, claramente definida, de reducir la cláusula a las leyes penales.

De todo ello se sigue que la interpretación fijada en *Calder v. Bull* no procede de la tradición del derecho inglés ni del pensamiento constitucional originario. Es una elaboración judicial incompleta que, además de un daño general, ha desvirtuado uno de los principios más antiguos del derecho —aquel que veda a la ley retroceder sobre el pasado— y que ha generado la necesidad de erigir toda una pesada teoría sobre la distinción entre leyes penales y civiles, relegando el problema de la retroactividad a un simple elemento dentro del análisis del debido proceso y de figuras análogas, en lugar de ocupar el lugar central que le corresponde.

Palabras clave: retroactividad, *common law*, *ex post facto*, leyes retroactivas.

The US Constitution and Protection against Ex Post Facto Laws: An Unfounded Limitation

Abstract

The doctrinal itinerary of the *ex post-facto* clause in the U.S. Constitution reveals the fragility of certain dogmas accepted without scrutiny. This study inquires whether the limitation of that clause to the criminal sphere—established by the Supreme Court in *Calder v. Bull* (1798)—finds genuine foundation in the tradition of English law or whether, on the contrary, it derives from a later interpretation that became dogma through the conjunction of a judicial error and the endorsement of two eminent jurists.

To address this question, which after more than two centuries may seem heretical, the work turns to the sources of the Common Law. A close reading of the early texts reveals a broad and non-specialized use of the term *ex post-facto*, applied indiscriminately to civil and procedural matters. The philological analysis likewise confirms that the Latin expression bears no inherent penal meaning, and that its later restriction constitutes a doctrinal innovation foreign to that tradition. The debates of the Constitutional Convention and of the state conventions are also examined: within them, no technical notion of the term can be discerned. Some delegates invoked a supposed legal meaning; others, its common usage; yet from neither group's words emerges a clearly defined and shared intent to confine the clause to criminal laws.

From all this it follows that the interpretation fixed in *Calder v. Bull* does not proceed from the tradition of English law nor from the original constitutional understanding. It is an incomplete judicial elaboration which—beyond its general harm—has distorted one of the most ancient principles of law: that which forbids legislation from reaching backward into the past. This distortion has also produced the need to erect an unwieldy theoretical edifice upon the distinction between criminal and civil laws, relegating the problem of retroactivity to a mere component of due process analysis and related doctrines, instead of allowing it to occupy the central place it rightfully deserves.

Key words: retroactivity, common law, *ex post facto*, retroactive laws.

*Ante sermonem non laudes virum;
hæc enim tentatio est hominum.*
Eccl. 27,8

1. Introducción

El punto de partida de este estudio es una cuestión que, desde hace tiempo, ha recibido una atención desigual en la doctrina norteamericana: el verdadero

alcance de la cláusula *ex post-facto* en la Constitución de los Estados Unidos. Desde *Calder v. Bull* (1798), la Corte Suprema ha sostenido que dicha cláusula se aplica únicamente a las leyes penales. Esa interpretación, repetida con la firmeza de un dogma, sustituyó con el tiempo la antigua prohibición general de la retroactividad —heredada de la tradición inglesa— por un principio de alcance restringido.

El trabajo examina críticamente, desde una perspectiva histórica, el itinerario doctrinal que condujo a esa restricción. Comienza situando el problema de las leyes *ex post-facto* en el marco de la Constitución norteamericana y reconstruyendo los hechos, el contexto intelectual y la regla enunciada en *Calder v. Bull*; vuelve luego sobre la tradición inglesa como fuente inmediata del derecho estadounidense para seguir la pista del término *ex post-facto* en los grandes autores del *common law* y en los antiguos *abridgments*; más adelante, el análisis se desplaza hacia los diccionarios, tratados y manuales que formaron a los redactores de la Constitución y a los juristas de la América colonial, así como a los debates de las convenciones estatales, donde se discute el sentido “técnico” o “común” de la cláusula; por último, el estudio retorna a la jurisprudencia de la Corte Suprema, examina la construcción de las leyes *ex post-facto* como una categoría particular dentro de las leyes retroactivas, revisa las clasificaciones que la doctrina ha elaborado al respecto y ofrece, a modo de cierre, una reflexión de conjunto sobre el recorrido realizado.

En su desarrollo, el trabajo reconstruye el contexto histórico y conceptual en el que fue decidido *Calder v. Bull*, situándolo en el marco de una jurisprudencia todavía incierta acerca de los límites del poder legislativo y de la propia función judicial. Analiza, enseguida, las nociones de retroactividad empleadas en la decisión —imprecisas y, a veces, contradictorias—, así como los fundamentos que sirvieron para reducir la cláusula al ámbito penal.

El método seguido combina el examen histórico con el análisis lingüístico, pues ambos resultan indispensables para comprender la génesis de la cláusula. El primero permite situar las decisiones judiciales dentro del horizonte intelectual de su tiempo; el segundo, restituir el sentido original de los términos empleados por los redactores. Solo de esta conjunción puede surgir una interpretación fiel a la tradición jurídica que nutrió a los fundadores y al espíritu mismo del *common law*.

Se abandona luego el terreno de la jurisprudencia para internarse en las fuentes antiguas. Allí, en las páginas de Bracton, Coke y Blackstone, y en los compendios de Rolle, Bacon y Viner, que se han leído con detenimiento, el

término *ex post-facto* se revela con el sentido amplio y natural de una expresión común, aplicable a materias civiles, procesales o penales. El análisis filológico, no menos elocuente que el histórico, demuestra que la voz latina carece también de toda connotación criminal. Su reducción posterior a ese ámbito constituye una deformación tardía, ajena tanto al pensamiento jurídico inglés como a los tratados más difundidos en la América colonial durante la época de los fundadores. La cuestión, por tanto, no carece de interés. La interpretación de las cláusulas constitucionales no solo determina la extensión de los derechos, sino que traza, al mismo tiempo, los límites del poder. Examinar el verdadero sentido del término *ex post-facto* equivale a indagar cómo una comunidad concibe la relación entre la ley y el tiempo: si la norma puede proyectarse hacia el pasado o si debe detenerse ante él como ante una frontera infranqueable. La respuesta que se otorgue a esa pregunta revelará, quizá mejor que ninguna otra, la distancia que separa la idea moderna de Constitución de la tradición jurídica de la que nació. La conclusión que se desprende de este examen es que la interpretación de *Calder v. Bull* no procede de la tradición inglesa ni del pensamiento constitucional originario, sino de una lectura judicial posterior, convertida en dogma por la conjunción de un error y de su repetición. Con ello, la cláusula *ex post-facto* perdió su sentido primitivo —el de una interdicción general contra toda forma de retroactividad— y fue relegada a un lugar marginal dentro del derecho constitucional. Este estudio busca restituir su significado más genuino: el de un principio que, más allá de las divisiones entre lo penal y lo civil, preserva la idea misma de justicia frente al poder creador de la ley.

2. El caso *Calder v. Bull* (1798): hechos, contexto y la regla enunciada en la decisión

Conviene, ante todo, situar los hechos del caso (2.1) y las circunstancias en las que fue resuelto, ya que, además de versar sobre una cuestión de índole civil, la incipiente doctrina constitucional se hallaba todavía impregnada de vagas nociones en torno a la separación de los poderes y, en especial, de los límites que debían ceñir la acción de las legislaturas (2.2). Solo después podrá señalarse la regla formulada por la decisión (2.3).

2.1 Los hechos del caso

El caso es, en su esencia, una disputa sucesoria que atraviesa tres generaciones, todas enlazadas por un mismo nombre: Normand Morison. El primero, el abuelo, dispuso en su testamento que sus bienes pasaran a su nieto —quien sería luego el padre—. Este segundo Normand, fiel al orden de la sangre y del nombre, redactó su propio testamento, instituyendo como heredera universal a su esposa, Abigail Morison. Pero, en el momento de firmarlo, Abigail se hallaba encinta y él ignoraba que su linaje aún no se había extinguido. Poco después del otorgamiento, nació el niño —el tercer Normand Morison, el nieto— y el padre murió en un viaje por mar sin haber tenido noticia de aquel nacimiento que, en cierto modo, lo sobrevivía. Según la doctrina de ese tiempo, si la viuda no probaba que el marido conocía la existencia del hijo por nacer, tal desconocimiento obraba como revocación tácita del testamento, pues se presumía que ningún hombre, advertido de su descendencia, habría privado al hijo de su herencia para legar todo a la esposa.

Muerto el marido, Abigail Morison, ya viuda, se unió en segundas nupcias con un señor de apellido Bull. Presentó el testamento ante el tribunal, pero —por motivos que la historia no ha conservado— abandonó el trámite. Quizás juzgó, con cierta lógica, que el resultado sería el mismo: si el testamento era válido, heredaba como legataria; si se abría la sucesión intestada, conservaría su dote legal y el niño recibiría el resto; y si este moría antes que ella, los bienes retornarían a su poder. Ante la dificultad de probar que su esposo había sabido del hijo e igual decidió mantener el testamento, Abigail eligió el silencio antes que la incertidumbre, y el testamento quedó sin fuerza jurídica. El tribunal, más tarde, lo rechazó como inválido.

Años más tarde, en el estado de Connecticut reformó su ley de sucesión intestada, modificando el orden de los herederos. Desde entonces, si un hijo moría sin descendencia, los bienes no volvían ya a la madre viuda, sino que pasaban a los parientes de sangre del abuelo. Así ocurrió que, al morir el joven Normand, aún niño, en 1790, la herencia —que bajo la ley anterior habría retornado a su madre— fue reclamada por Jennet Knox, hija del abuelo Normand y esposa de Calder. Esa nueva ley, aplicada a un hecho anterior a su promulgación, obraba retroactivamente y privaba a Abigail —ya Abigail Bull— de la herencia que, conforme a la legislación vigente al morir su esposo, le habría correspondido.

Descubierto el agravio y vencido el plazo para apelar la resolución testamentaria, acudió a la legislatura de Connecticut, no en busca de una sentencia,

sino de equidad. Solicitó que se anulara la decisión que había rechazado el testamento y se ordenara un nuevo juicio para acreditar su validez. En 1795, la legislatura acogió su petición mediante un acto especial, que revocó la decisión anterior y reabrió el proceso. En ese segundo juicio, Abigail Bull consiguió probar la autenticidad del testamento y conservar lo que, a su entender, siempre había sido suyo. La Corte Suprema de Connecticut resolvió que la legislatura había actuado judicialmente, no legislativamente, al conceder el nuevo juicio: conforme a la antigua costumbre de Connecticut, la primera sentencia testamentaria no era definitiva ni inapelable, pues el caso no implicaba la promulgación de una ley *ex post-facto*.

Pero Calder, esposo de Jennet Knox, apeló el fallo. Alegó que el acto legislativo que había permitido el nuevo juicio era, en realidad, una ley retroactiva contraria a la Constitución, pues alteraba derechos adquiridos y anulaba una sentencia firme. Sostuvo que, al reabrir el caso, la legislatura, contrariamente a lo que dijo la Corte local, había dictado una ley *ex post-facto* en sentido material.

Así, un conflicto doméstico —una madre, un hijo muerto, una herencia— se transformó en el escenario de una de las decisiones más memorables de la naciente república.

2.2 El contexto en que se dictó la decisión

La sentencia se dictó en una época en la que todavía no se habían deslindado con precisión las funciones del Poder Legislativo, el cual, por herencia colonial, conservaba la facultad de revisar las decisiones de los tribunales. A nivel federal, los redactores de la Constitución habían consagrado ya una separación rigurosa de los poderes; pero se les permitió a los estados organizar sus Gobiernos con arreglo a sus propias tradiciones. Connecticut optó, en sus primeros tiempos, por mantener esa antigua estructura, aunque en la época del caso *Calder* se hallaba en proceso de transición. “La legislatura de Connecticut —observa Widen (2011, p. 33)— conservaba aún la facultad equitativa de conceder nuevos juicios, aunque había delegado en algunos tribunales la facultad de otorgarlos por motivos legales”. Tal entrelazamiento de competencias fue, sin embargo, objeto de severa censura por los publicistas más perspicaces del período. Entre ellos, destaco a dos que merecen especial mención.

Alexander Hamilton (Hamilton et al., 1868), en el N° 81 de *El Federalista*, condenó tal confusión de esferas. Sostuvo que someter el poder judicial a la legislatura —como ocurría en Gran Bretaña con la Cámara de los Lores— equi-

valdría a corromper el principio de separación de poderes. Afirmó que la independencia de los jueces es la única garantía de imparcialidad y templanza, y que la revisión legislativa de sus fallos no solo es impropia, sino también absurda: sería poner la ciencia del derecho bajo la tutela de la ignorancia o de la pasión. Celebró, por ello, que la Convención americana hubiera seguido el ejemplo de los Estados que confiaron la justicia suprema a tribunales independientes, preservando así al Poder Judicial de las usurpaciones del poder político.

Y Zephaniah Swift, jurista de temple firme y pensamiento ilustrado, sostuvo su parecer en un tratado poco recordado hoy, publicado en Windham en 1793, donde abordó el derecho del estado de Connecticut. En aquellas páginas —de prosa sobria y razonamiento acerado— fustigó con singular energía la práctica de la Asamblea General de conceder nuevos juicios y dejar sin efecto sentencias firmes, práctica que comparó con la promulgación, a su entender inconstitucional, de leyes *ex post-facto*. Swift (1795) empleó esta expresión con notable amplitud, aplicándola también a las leyes eclesiásticas (pp. 140-141) y civiles dictadas con efecto retroactivo (p. 76). Ninguna legislatura, afirma, tiene derecho a intervenir en las controversias privadas que son de conocimiento de los tribunales, aun cuando éstos hayan desestimado una pretensión aparentemente fundada. Tal intromisión no solo destruye la certeza y uniformidad del derecho, sino que también constituye en sí misma una ley retroactiva,¹ vedada por los principios esenciales de toda constitución que aspire a ser un freno al poder.

La Corte Suprema, sin embargo, no tomó en cuenta ninguna de estas observaciones al dictar su fallo. Widen (2011, p. 33) sostiene que, si en lugar de apresurarse hubiese examinado con mayor atención los escritos de las partes —en los cuales la expresión *ex post-facto* se empleaba con notable amplitud—, si hubiese indagado la naturaleza del acto emanado de la legislatura de Connecticut —esencialmente jurisdiccional— y confrontado su análisis con el tratado de Zephaniah Swift (1795), el desenlace en *Calder v. Bull* habría sido otro.

No creo, sin embargo, que tales operaciones habrían bastado. Es cierto que, tanto en la petición de los Bull ante la Asamblea General de Connecticut como en el acto legislativo que les otorgó un nuevo juicio, el término se usó en su sentido más extenso. Pero ello se explica, con toda probabilidad, porque —al

1 Swift (1795): “Tal interferencia no solo destruye la certeza y la uniformidad de las leyes, sino que constituye, en sí misma, una ley *ex post facto*, que ninguna legislatura puede dictar constitucionalmente. Que el poder legislativo se limite a hacer buenas leyes y deje a los tribunales la tarea de interpretarlas” (p. 76).

menos las partes— lo tomaron de la obra de Swift (1795), que en aquel tiempo era la fuente inmediata y más autorizada del derecho de Connecticut y cuya doctrina, además, coincidía con sus intereses. Swift, a su vez, escribe todavía bajo la sombra de la tradición inglesa, donde —con mayor fidelidad histórica— puede advertirse que aquella expresión se empleaba con el significado más vasto. Tras examinar la regla establecida por la Corte en *Calder v. Bull*, veremos en qué consistió esa tradición.

2.3 La doctrina de *Calder v. Bull*: el sentido penal de la expresión *ex post-facto*

El fallo *Calder v. Bull* fue decidido por una Corte Suprema integrada por cuatro jueces: Samuel Chase, William Paterson, James Iredell y William Cushing, bajo la presidencia del *Chief Justice* Oliver Ellsworth, quien no intervino en la causa. No participó, tampoco, el juez James Wilson, ausente por enfermedad. La decisión, por tanto, fue adoptada por una composición reducida del tribunal.

Fue la primera ocasión en que la Corte Suprema de los Estados Unidos se pronunció sobre el alcance constitucional de la prohibición de las leyes *ex post-facto*. El juez Samuel Chase, autor de la opinión principal, introdujo en su razonamiento una distinción que habría de marcar toda la jurisprudencia posterior: la separación entre el sentido “vulgar” y “técnico” del término. Según Chase, si en el uso común la expresión designaba toda ley que operaba sobre hechos pasados, en su acepción técnica —“ya establecida mucho antes de la Revolución entre legisladores, abogados y autores”— debía entenderse únicamente como referida a leyes penales. De allí su fórmula más citada: “Toda ley *ex post facto* es necesariamente retrospectiva; pero no toda ley retrospectiva es una ley *ex post facto*” (*id.*, p. 390). Con base en esa premisa, delimitó los casos comprendidos por la cláusula: las leyes que crean delitos nuevos, las que agravan la calificación o la pena de los existentes, las que alteran las reglas de prueba en perjuicio del acusado o las que imponen sanciones más severas que las vigentes al tiempo del hecho. Los jueces Paterson e Iredell coincidieron con esta interpretación, sosteniendo que el término, “en su sentido técnico”, se aplicaba exclusivamente a las leyes criminales: el primero señaló que “las palabras *ex post facto* [...] se refieren a los crímenes, penas y castigos” (*id.*, p. 392), mientras que el segundo afirmó que “la prohibición de las leyes *ex post facto* se limita a las de naturaleza criminal”. Lo curioso es que la Corte no declaró estar creando un nuevo sentido del término ni interpretando el alcance fijado por los fundadores. Afirmó, por el contrario, haberlo hallado ya establecido en la tradición inglesa: en el uso que

de él hacían los escritores y abogados del *common law*. En esa pretendida fidelidad a la historia reside la paradoja: creyó descubrir en los antiguos comentaristas una distinción que, en realidad, nunca existió. Desde Bracton y Coke hasta los *Abridgments* de Rolle, Bacon o Viner, el término se empleaba de modo uniforme para designar toda acción —incluida la ley— que alterara las consecuencias de lo pasado. No existía, por tanto, tal dualidad, sino una amplitud conceptual que abarcaba toda acción que pretendiera regir “después del hecho”.

La decisión terminó por consolidarse solo después de recibir el aval de Joseph Story, quien le otorgó el prestigio doctrinal que hasta entonces no tenía. Story transformó en cuestión debatible lo que, en rigor, no admitía controversia: la interpretación de Chase carecía de toda base defendible. Al presentar la disputa como un problema razonablemente opinable, cubrió con el barniz de la autoridad un error histórico. Por un lado, reconoció que el término, “tomado en un sentido amplio”,² abarca toda ley retroactiva, esto es, toda norma que rige o afecta hechos pasados, ya sean civiles o penales; pero añadió, sin embargo, que la interpretación generalmente admitida ha sido, y sigue siendo, que “dicha expresión se refiere exclusivamente a actos de carácter penal”.³ Esa aparente ecuanimidad —una concesión inicial seguida de una restricción definitiva— le dio a su exposición el aire de una síntesis conciliadora, cuando en verdad consolidaba el equívoco de Chase.

Otro de los juristas que dio su aval fue Thomas M. Cooley, quien observó que, desde una época temprana, se resolvió —en oposición a lo que podría parecer el sentido “más natural y evidente”⁴ del término *ex post facto*— que tales disposiciones debían limitarse, por su alcance y finalidad, a leyes “relativas a sanciones penales”,⁵ sin relación alguna con “otras formas” de legislación retroactiva. Con ello, Cooley confirmó y normalizó la lectura restrictiva: lo que en

2 Story (1858): “La expresión *ex post facto laws*, en un sentido amplio, abarca todas las leyes retrospectivas, o las leyes que rigen o controlan transacciones pasadas, sean de naturaleza civil o penal” (vol. II, § 1345, p. 240).

3 Story (1858, vol. II, § 1345, p. 240): “La interpretación general ha sido, y continúa siendo, que la expresión se aplica únicamente a los actos de naturaleza penal; y que la prohibición abarca toda ley por la cual un acto sea declarado delito y castigado como tal cuando no lo era en el momento de su comisión; o por la cual el acto, si ya constituía un delito, se agrave en su naturaleza o en la severidad de su pena; o por la cual se exija una prueba diferente o menor para condenar al infractor que la requerida en el momento en que el acto fue cometido”.

4 Cooley (1898, p. 312): “En su sentido natural y ordinario, este término abarca todas las leyes retrospectivas”.

5 Cooley (1898, p. 312): “[...] pero en la Constitución, el sentido es más restringido y se limita exclusivamente a las leyes de carácter penal”.

un principio había sido un error interpretativo se convirtió, con el tiempo, en ortodoxia constitucional. Con ello —dijo más tarde Kent (1884, I, lect. XIX)— las leyes que despojan de derechos adquiridos no están comprendidas dentro de la prohibición contenida en la Constitución de los Estados Unidos, “por más contrarias que resulten a los principios de una legislación razonable” (p. 410).

Las intervenciones de Story y Cooley, en suma, resultaron decisivas: lo que había sido un desliz hermenéutico se convirtió en dogma. Ninguno de ellos examinó las fuentes inglesas citadas por Chase; ambos ignoraron la jurisprudencia contemporánea que contrariaba su lectura y desatendieron los propios materiales del caso —la petición de Bull y el tratado de Swift—, que empleaban *ex post-facto* en un sentido general, no penal. Ese triple descuido, cometido por los dos juristas más influyentes de su tiempo, selló el destino del fallo. Desde entonces, *Calder v. Bull* dejó de ser un error discutido para convertirse en un punto pacífico de la doctrina constitucional norteamericana.

Corresponde, por tanto, internarse en una consideración más detenida de la tradición histórica inglesa en torno al término, cuyas huellas —a veces dispersas, a veces elocuentes— permiten rescatar su sentido primitivo, anterior a la deformación que le impuso esta interpretación judicial.

3. La tradición inglesa sobre la retroactividad y sobre el término *ex post-facto*

Los redactores de la Constitución, formados en una tradición definida por los escritores ingleses, advirtieron con claridad los peligros de las leyes retroactivas y establecieron una serie de barreras y principios para impedir sus efectos. Entre ellas, destacan las cláusulas *ex post-facto*, la prohibición de los *Bills of Attainder*, la protección de los contratos frente a injerencias legislativas y las garantías de expropiación y debido proceso.

La Suprema Corte, lejos de fortalecer estos principios, ha limitado su alcance en el ámbito civil hasta hacerlos prácticamente inoperantes. La prohibición de las leyes *ex post-facto* ha sido reducida al derecho penal, mientras que las demás cláusulas, pese a su formulación explícita, han sido interpretadas con tal laxitud que le permiten al legislador operar con tranquilidad cuando decide hurgar el pasado. Lo que en su origen parecía una salvaguarda firme contra el abuso se ha transformado,⁶ por obra de la jurispuden-

6 Tienen, dice Aiken (1992), una fuerte presunción de legitimidad: “Antes de que pueda considerarse configurada una violación *ex post facto* en el ámbito civil, quien la impugna debe demostrar que la ley civil es inequívocamente punitiva” (p. 324).

cia, en una barrera que, en ocasiones, carece de la fuerza necesaria para ser realmente efectiva.

Resulta aún más revelador advertir que, al examinar con detenimiento esa tradición y las obras que moldearon la formación jurídica de los redactores de la Constitución, no se descubre rastro alguno de la distinción entre una acepción vulgar y una profesional de la retroactividad. Antes bien, todo conduce a la certeza de que el principio de no retroactividad fue concebido como una garantía, destinada a proteger, sin excepciones, los derechos individuales frente a leyes que, como señaló James Iredell, encarnaban la esencia de la tiranía. A continuación, examinaremos en qué consistió realmente esa tradición sobre el concepto de retroactividad en general (4.1) y el uso del término *ex post-facto* en particular (3.2).

3.1 La tradición del *common law* sobre la retroactividad en general

Cualquier examen de la tradición inglesa en torno a la hostilidad hacia la legislación retroactiva debe, necesariamente, detenerse en el estudio de tres escritores fundamentales: Henry de Bracton (3.1.1), sir Edward Coke (3.1.2) y sir William Blackstone (3.1.3). Ellos comparten un rasgo común que resulta esencial para comprender la evolución de sus ideas: todos estuvieron profundamente influidos por el derecho civil romano, cuya lógica y principios impregnaron, de forma más o menos explícita, las bases doctrinales del *common law*.

Aunque en ocasiones sus escritos se abstienen de reconocerlo explícitamente, no dejan de construir sobre los cimientos del derecho romano los principios esenciales del orden jurídico inglés. Así, el rechazo a la retroactividad de las leyes encuentra en sus obras no solo alguna justificación técnica, sino también una continuidad histórica que vincula el pensamiento jurídico medieval y moderno con la herencia clásica, reafirmando la universalidad de ciertos principios.

3.1.1 Henry de Bracton

El nombre de Henry de Bracton está asociado con la adopción y uso del derecho romano en Inglaterra. A su famoso tratado —*De Legibus et Consuetudinibus Angliae Libri quinque, in varios tractatus distincti* (1640)— se le atribuye la inten-

ción de recoger en un texto el *jus non scriptum*,⁷ las leyes⁸ en uso en el país.⁹ Fue un mejor modo de conocer el derecho que, desde el trabajo más limitado de Ranulph de Glanville,¹⁰ había evolucionado y no se podía ya aprender por el uso o la divulgación. Un libro regular de estudio sobre las reglas fue necesario para guiar a los profesionales y, como dice Güterbock, para “proteger a los demandantes contra jueces ignorantes o malévolos” (1866, p. 17) que, en aquellos tiempos, podían hacer “de su propia voluntad arbitraria un sustituto de la ley”.¹¹ Un gran mérito de Bracton fue percibir esa carencia y ofrecer, bajo el modelo de las Instituciones de Justiniano, el primer tratado científico sobre la ley inglesa. En él reproduce, a veces sólo con ligeras alteraciones, muchos pasajes del *Corpus Iuris Civilis* y de la *Summa* del glosador italiano Azon.¹²

No trata —en lo que aquí interesa— la retroactividad, aunque se refiere a ella en forma marginal. Sobre la “servidumbre de pastoreo”, al explicar las decisiones de Merton de 1236, deja Bracton esta sentencia: “Item tempus spectandum erit, cum omnis nova constitutio futuris formam imponere debeat & non præteritis”.¹³ Una acotación que indica que la función de las nuevas leyes consiste en dar forma a los actos futuros, y no a los pasados, que —sin cita y con similares palabras— no es más que la reproducción de la antigua regla teodosiana.¹⁴ Es, asimismo, la que indica Azon cuando, al anotar el *Código*, dice: “[...] si factum præcedat novam l.[ex] si non erat decisum, lex antiqua servatur, non nova”.¹⁵

7 Bracton (1640, lib. I, cap. 1, núm. 2): “[...] sola Anglia usa est in suis finibus jure non scripto et consuetudine”. Cfr. Hale (1716, cap. II, p. 22).

8 Bracton (1640, lib. I, cap. 1, núm. 2): “Sed absurdum non erit leges Anglicanas (licet non scriptas) leges appellare, cum legis vigorem habeat [...] auctoritate regis sive principis præcedente, juste fuerit definitum et approbatum”.

9 Puede suponerse que este derecho —o, al menos, parte de él— estaba ya vigente en la Inglaterra del 1200. Debe, en consecuencia, considerárselo una de las fuentes del *common law* pese a que, como dice Güterbock (1866), muchos “[...] jueces y abogados ingleses [...] no se avergonzaban de presumir de su ignorancia y de mostrar aversión e incluso desprecio por él” (p. 13).

10 Cfr. Scrutton (1885, p. 74).

11 En el mismo sentido dice, más tarde, Cunningham (1783, vol. II, v. *Will*): “La discreción de un juez es la ley de los tiranos: siempre es incierta, varía de un hombre a otro, depende de la constitución, el temperamento y la pasión. En el mejor de los casos, es a menudo simple capricho; en el peor, refleja cada vicio, necedad y pasión a los que es propensa la naturaleza humana”.

12 Güterbock (1866): “El grado en que Azo era conocido y utilizado en Inglaterra se muestra claramente en un pasaje de Bracton, que remite directamente al lector a los escritos de Azo para obtener más detalles” (p. 54).

13 Bracton (1640, lib. IV, cap. 38, núm. 17, fol. 228).

14 D.1.14.7: “Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta præterita revocari, nisi nominatim et de præterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit”.

15 Solo cede —dice Azon (1540)— en el caso de la usura “cuyo límite antiguamente no estaba determi-

Es, sin duda, la primera vez que estas fuentes se mencionan en un texto inglés y, a partir de allí, comienza a pensarse como una posible regla útil para el *common law*.

3.1.2 Sir Edward Coke

La obra de Bracton fue considerada, durante largo tiempo, como la más alta y prestigiosa autoridad en el *common law*. Su reconocible rigor técnico la elevó a un lugar de privilegio en el desarrollo del derecho inglés. Sin embargo, su tamaño considerable y el elevado costo de su reproducción dificultaban su consulta y difusión. Para superar estas limitaciones, se elaboraron diversos manuales y resúmenes que buscaban condensar sus enseñanzas principales. Estos compendios, además de reproducir los aspectos más destacados de su obra, incluían frecuentemente desarrollos posteriores, adaptaciones al contexto jurídico vigente o incluso las opiniones de sus autores. Este fue un motivo más para que, con mayor o menor fidelidad, se divulgara la “ley de Bracton” en Inglaterra. Pero tanto en la *Summa* de Gilbert de Thornton,¹⁶ como en el *Fleta*¹⁷ o en el *Britton* — que Selden no considera una obra original (1685, II, III, p. 458)—, no hay otra referencia a la retroactividad. Debe entonces reconocerse a sir Edward Coke el mérito de haberla incorporado, y divulgado, como —ahora sí— una “regla y ley del Parlamento”, propia del *common law*.

En sus *Institutes of the Laws of England* (1797), Coke sugiere que los juristas repudiaban el derecho civil en general, y el romano en particular, como autoridad o fuente del *common law* existente. Indica, en ocasiones, algún acuerdo o desacuerdo entre ambos, pero “con tal inexactitud que demuestra que su propio conocimiento del derecho civil era escaso” (Scrutton, 1885, p. 133). Induce, con ello, un gran prejuicio contra estas fuentes,¹⁸ que dura —aunque atemperado— hasta nuestros días.

nado, pero hoy lo está; y esta determinación se aplica no solo al porvenir, sino también al pasado” (núm. 41, fol. 43).

16 Selden (1685, *ad Fletam*, II, I, p. 455).

17 Selden (1685, *ad Fletam*, II, I, p. 454).

18 Pearce (1848) lo recuerda: “El derecho civil, que el clero se había esforzado por introducir en Inglaterra, resultaba desagradable para la nación; por ello, desde una fecha muy temprana, muchas personas se dedicaron con celo y diligencia al estudio del derecho común o, como se le llamaba enfáticamente, *la ley del país*; sabemos que se enseñaba en la ciudad de Londres, en el decimonoveno año del reinado de Enrique III, por juristas eruditos que establecieron escuelas con ese propósito” (p. 1).

Pero su idea contra la retroactividad —extrañamente— la escribe con palabras romanas. Al comentar el Estatuto de Gloucester (6 Edw. I) dice que se extiende a las enajenaciones posteriores a su vigencia y no a las anteriores, ya que “[...] is a Rule and Law of Parliament, that Regulary Nova constitution futuris formam imponere debet, non præteritis” (Coke, 1669, II, p 292). Y, sobre el Estatuto de Merton (20 Hen. III), en relación con las restricciones al derecho de pastura, repite también que se aplicaba al futuro, considerando “[...] item tempus specandum erit cum omnis nova consticutio, futuris formam imponere debeat & non præteritis” (p. 87). Dos textos que, con variaciones, reproducen la fuente latina que desdenea.

A partir de esas reglas, la hostilidad contra la aplicación retroactiva de la ley fue no solo un “principio legal”, sino también un criterio de justicia que, como bien dice Smead (1936), está unido “a la teoría de la naturaleza de la ley” (p. 778), cuya esencia indica su aplicación prospectiva, salvo que la soberanía del Parlamento dispusiera lo contrario.¹⁹

3.1.3 Sir William Blackstone

Pese a esa larga tradición del *common law*, no existió, hasta mediados del siglo XVIII, una cátedra universitaria de Derecho. Se lo estudiaba en los Inns of Courts, un grupo de edificios e instituciones legales en Londres adjuntos a los Inns of Chancery. En aquellas “posadas”, que datan al menos del año 1344, los estudiantes se dedicaban al estudio del derecho, asistían a los juicios en los tribunales y establecían vínculos con los miembros del colegio de abogados, con el propósito de adquirir un conocimiento práctico de sus métodos y costumbres. William Blackstone estudió, con cierto rigor, en uno de ellos —el Middle Temple— Derecho anglosajón; y en el All Souls College de Oxford, derecho romano. Tras la muerte de Charles Viner²⁰ en 1756 —quien legó su patrimonio para crear la cátedra de Derecho Consuetudinario— se convierte en el primer *Vinerian Professor of the Common Law* (1758) de Oxford. En 1753, ya había publicado una breve obra titulada *An Analysis of the Laws of England*,²¹

19 Troy (1988): “Sin embargo, incluso la formulación de Coke estaba sujeta a la doctrina de la supremacía parlamentaria. Un Parlamento decidido podía aprobar una ley retroactiva, siempre que lo expresara con suficiente claridad” (p. 26).

20 En el volumen XXII de su *A General Abridgement of Law and Equity* (1794, p. 147), repite la sentencia de Coke y cita 2. *Inst.* 292.

21 Sobre ella observa Brooke (1788), que “[...] por la elegancia particular de su redacción, ha generado un desagrado hacia los libros elementales más áridos y técnicos, que antes se consideraban compo-

pero, finalmente, en 1765 aparece el primer volumen de sus famosos *Commentaries on the Laws of England* (Blackstone, 1768).

La obra está excepcionalmente escrita. La influencia del derecho civil, y de los textos romanos y humanistas, es evidente (Blackstone, 1768, sec. I, p. 5).²² Tiene el orden y organización de la que carece el trabajo de Coke y, en general, de todos sus predecesores. No solo resume los principios centrales del *common law*, sino que también introduce, según el modelo de las instituciones, un sistema novedoso para Inglaterra. Un esfuerzo, sin duda, similar al de Domat.

Recordemos que en su conocida obra —*Les loix civiles dans leur ordre naturel*— Domat intentó poner “en orden” las leyes civiles. Expresión que, para el autor francés, refería a los fragmentos del *Corpus Iuris Civilis* y, en general, a cualquier regla que hubiese considerado Justiniano en su legislación. Pero, como ese *Ordo legalis*, que desde la *Glosa* se acató puntillosamente, parecía artificial en el siglo XVII por falta de “sistema”, los humanistas trataron de encontrar otro que, alejado de la dialéctica, fuera conforme con “el plan de la sociedad”.²³

En Blackstone, en cambio, el orden se refería al estado caótico y disperso del *common law* tal como se había desarrollado con posterioridad a Bracton y Coke. Un “enorme e irregular montón”, como observó este último, que era, como agregara Minot (2018, p. 1372), no sólo impenetrable, sino que “tampoco se prestaba a concepciones normativas amplias o a un estudio preciso”. Los *Commentaires*..., por tanto, se presentan ordenados y de fácil acceso, con una estructura y organización²⁴ totalmente novedosa para Inglaterra.

Trata Blackstone (1768) — en lo que aquí interesa — la función de la ley en el tiempo en la sección II de la Introducción. Distingue la ley natural,²⁵ de gentes

nentes necesarios que debían asimilarse para seguir un método científico en el estudio de nuestra jurisprudencia” (p. 236).

- 22 Refleja, dice Minot (2018, p. 1371), las obras de derecho civil al catalogar un sistema jurídico en subgrupos.
- 23 Domat (1787), con elegancia, dice: “Omnes juris civilis materiae habent inter se simplicem ac naturalem quemdam ordinem, quo in corpus redigantur. In eo autem ordine facile est leges omnes conspicere, ac uno oculi ictu videre, ubi earum unaquæque sit locata. Atque hujusmodi ordo fundatur in forma societatis, de qua alibi” (cap. XIV, núm. 1).
- 24 Tienen una introducción, dividida en 4 secciones, donde estudia la naturaleza y forma de la ley, así como su aplicación en Inglaterra y en otros países. El Libro I trata, en 18 capítulos, el “Derecho de las personas”; el Libro II, en 32 capítulos, el “Derecho de las cosas”; el Libro III, en 26 capítulos, los “Delitos privados”, en los que incluye sus reglas procesales; y el Libro IV, en 33 capítulos, los “Delitos Públicos”, también junto con su organización judicial. Es el sistema, en suma, que años atrás propuso Domat.
- 25 Blackstone (1768): “El hombre, considerado como criatura, debe necesariamente estar sujeto a las leyes de su Creador [...] Esta voluntad de su Hacedor se llama la ley natural” (secc. I, p. 39).

y municipal.²⁶ Y, a esta última, tema central del escrito,²⁷ la considera una regla “prescrita”. Esto, a su criterio, significa dos cosas. En primer lugar, que debe exteriorizarse su contenido. No puede quedar en el “pecho del legislador”, por lo que es necesario que “sea notificada a quienes han de obedecerla”.²⁸ No importan la forma o el medio que se utilice, siempre que la promulgación se dé de la manera “más pública y perspicua”, para no ser motivo de engaño.²⁹ Y, en segundo lugar, que las leyes deben ser hechas para comenzar “en el futuro”³⁰ y ser notificadas antes de su inicio, lo cual está implícito en el término “prescrito”, pues es irrazonable hacer leyes para después de que se comete una acción.

3.2 La tradición del *common law* sobre la cláusula *ex post facto*

3.2.1 La cláusula en los escritores del *common law*

La cláusula —escrita en latín— es ampliamente conocida en el antiguo *common law*. A la sazón, no se advierte una limitación a los casos penales. Se la trata, en general, como un “asunto” o “cuestión” (*Matter ex post facto*) que modifica una situación anterior, es decir, contrasta con la expresión *ab initio*.

Tres ejemplos: un acto, que era indiferente cuando se hizo (*ab initio*) puede convertirse en ilícito por una ley posterior (*ex post-facto*). Un acto que desde el principio (*ab initio*) fue inútil, no se puede convalidar por otro posterior (*ex post-facto*).³¹ Un acto, finalmente, que se estableció (*ab initio*) válidamente y conforme a derecho, puede, por un hecho posterior (*ex post-facto*), invalidarse.³²

Bracton (1878), en este aspecto, utiliza la contraposición (varias veces) para referirse a la validez de las donaciones, las cuales —dice— pueden ser válidas *ab initio* y dejar de serlo *ex post-facto* o viceversa.³³ O sobre la forma de ejercer las ac-

26 Blackstone (1768): “[...] una regla de conducta civil prescrita por el poder supremo de un Estado, que ordena lo que es justo y prohíbe lo que es injusto” (secc. I, p. 44).

27 Blackstone (1768): “[...] *the principal subject of this section*” (secc. I, p. 44).

28 La notificación es un tema central en su pensamiento. Es, a la vez, una imposición al legislador y una obligación para el ciudadano, quien debe familiarizarse con ella pues su ignorancia no lo excusa.

29 Blackstone (1768): “[...] no como Calígula, quien (según Dio Casio) escribió sus leyes con caracteres muy pequeños y las colgó en lo alto de unas columnas, para atrapar con mayor eficacia al pueblo” (secc. I, p. 46).

30 Blackstone (1768): “Todas las leyes, por tanto, se hacen para comenzar a regir *in futuro*” (secc. I, p. 46).

31 La idea, evidentemente, se toma del derecho romano: D. 50.17.210; D. 50.17.29, entre otros.

32 D.45.1.98.

33 Bracton (1878): “Item donationum quædam valida esse possunt ab initio, et invalida fieri ex post facto, et e converso” (lib. II, cap. V, núm. 3); “[...] quæ donationes validæ sunt ab initio et quæ validæ efficiuntur ex post facto” (lib. II, cap. V, núm. 5); “[...] incontinenti revocari poterit res data

ciones que también *ab initio* pueden ejercerse con “justo juicio”, pero volverse improcedentes *ex post-facto*.³⁴ Igualmente, Coke (1662), cuando comenta el Estatuto de Gloucester sobre arrendamientos³⁵ o las acciones sobre apropiación de animales.³⁶

Más ampliamente, la expresión se encuentra en los antiguos *abridgments*,³⁷ trabajos que proporcionan una referencia rápida y accesible a la jurisprudencia más relevante y a los principios legales establecidos. Suelen clasificar las categorías temáticas alfabéticamente para facilitar la búsqueda y poner algún orden entre muchas opiniones contradictorias o en desuso.³⁸ Redactados por juristas especializados, en general para su uso particular, fueron con su divulgación una herramienta útil para la formación jurídica.³⁹

Uno de los primeros que se publicó, alrededor de 1490, generalmente se le asigna a Nicholas Statham, quien fue lector en el Lincoln’s Inn en 1471. Se lo denomina *Epitome Annalium Librorum tempore Henrici Sexti* o, más comúnmente, *Statham’s Abridgment*. Pero, dado que no tiene portada, su autoría, como dice Holdsworth (1923, II, p. 543), solo “puede deducirse de la tradición”.

sine brevi, & non sine brevi ex post facto” (lib. II, cap. VIII, núm. 3); “[...] quamvis donum irritari possit ex post facto” (lib. IV, cap. VII, núm. 1).

34 Bracton (1878): “[...] contra ipsum qui disseysinam ratam habet ex post facto, vel quia injuriam non emendaverit” (lib. IV, cap. X, núm. 1); “Sed si alius ex facto & disseysina principis statim vel ex post facto in seysina extiterit, quavis talis incidat in assisam & in poenam vel tantum ad restitutionem” (lib. IV, cap. X, núm. 1); “Item poterit intervenire justum judicium ad initium, ut in destructionibus faciendis, & vertit ex post facto in disseysinam, sicut in burgagiis, terris, tenementis & tenuris exterioribus” (lib. IV, cap. XXVII, núm. 1); “[...] et disseysitus donum confirmaverit, et alio modo ratu habuerit ab initio, vel ex post facto” (lib. IV, cap. XXVII, núm. 1); “Item poterit esse legitima ab initio sed inefficax ex post facto”.

35 Coke (1699, p. 295), donde reproduce la sentencia de Bracton (1878, lib. IV, cap. XXVII, núm. 1).

36 Coke (1699): “Y aunque la aprehensión hubiera sido lícita, por un hecho *ex post facto* puede calificarse de *vetitum namium*, es decir, una toma ilícita” (p. 141).

37 *Abridgment*, según el diccionario de Benjamin V. Abbot (v. *Abridge*, I, p.4), es el proceso de condensar el lenguaje de una obra en un espacio más pequeño; es, también, el resultado de tal condensación. Difiere de una compilación, que en general se compone de extractos. Tiene, para el anglosajón, un sentido especial: una clase de libros en los que la sustancia de los *reports*, o las reglas de la ley que se deducen de ellos, se exponen de forma concisa y algo ordenada.

38 Rolle (1668), en The Publisher’s Preface, indica que el trabajo se ha hecho “[...] considerando la enorme magnitud que, con el paso del tiempo, han alcanzado los volúmenes y libros del *Common Law*”.

39 Hale (The Publisher’s Preface, en Rolle 1668): “Sería de desear que de los muchos libros de nuestras leyes inglesas se extrajera un *Corpus Iuris Communis* completo, para uso público y con el fin de condensar las leyes en un ámbito y método más reducidos, al menos para el estudio ordinario. Pero esta es una obra que requiere tiempo y la colaboración de muchas manos y mentes laboriosas y juiciosas” (p. 12).

Otro importante fue la selección de sir Anthony Fitzherbert (1565). Escrito en francés en 1516, lleva el título de *La Graunde Abridgement: Collect par le Judge tresreverend monsieur Anthony Fitzherbert*. Una obra puntillosa que recopila una amplia gama de casos judiciales, que han perdido hoy vigencia. Organizada alfabéticamente, su modelo sirvió para las generaciones futuras, que, por la reputación de su autor como juez y la fama de conocedor del derecho, la aceptaron y citaron como autoridad. La expresión, sin embargo, aparece pocas veces⁴⁰ y, en términos generales, no presenta un desarrollo considerable.

Le sigue el trabajo de sir Robert Brooke (1576), impreso en el año 1568, igualmente llamado *La Graunde Abridgement: Collecte & escrie per le Iudge tresreverend Syr Robert Brooke Chivalier*. No solo Brooke reproduce el título de la obra, sino también su contenido, al que solo agrega nuevos casos que, en la actualidad, tampoco presentan interés. No tiene, como su antecesor, un tratamiento específico de la cláusula *ex post-facto* y solo la menciona en pocas oportunidades,⁴¹ aunque expresa una regla novedosa. Una cosa, dice, por alguna circunstancia particular, “puede variar” por un hecho posterior: “[...] per matter ex post facto hōe poit varier de son specialtie”.⁴²

Pero, más puntualmente, me interesa destacar tres de ellos porque, según se sabe, circulaban en Norteamérica entre los redactores de la Constitución y fueron centrales en su formación jurídica. Me refiero al *Abridgment de Rolle* (3.2.2), el de *Bacon* (3.2.3) y, más detalladamente, el de *Viner* (3.2.4), por ser este último inmediatamente anterior al trabajo de *Blackstone* (3.2.5).

3.2.2 La cláusula en el *abridgment de Rolle* (1668)

Este trabajo es una colección de diversos casos,⁴³ opiniones y resoluciones del *common law*, resumidos bajo títulos alfabéticos y subdivididos en otros títulos y párrafos. Una obra póstuma escrita en francés y pensada por el autor para el uso privado. El texto, que nunca fue corregido, alcanzó singular fama luego de

40 Fitzherbert (1577, vol. II, v. *Voucher*, núm. 45, *in fine*; v. *Travers*, núm. 17, *in fine*; v. *Quare impedit*, núm. 134, *in fine*).

41 Brooke (1576, vol. I, v. *Audita querela*, núm. 4, *in fine*; v. *Feoffements al uses*, núm. 30, *in fine*; y, en el vol. II, v. *Non est factum*, núm. 11).

42 Brooke (1576, vol. II, v. *Variance*, núm. 1), anotado al margen como: *Vary per matter ex post facto*.

43 Hale (1668): “[...] la materia principal del libro consiste en recopilaciones tomadas de los *Year Books* y de los informes posteriores ya impresos, de informes privados de otros autores y de algunas notas del propio recopilador, principalmente en el *King’s Bench*, desde aproximadamente el año duodécimo del reinado de Jacobo I; contiene poco en lo relativo a los *Pleas of the Crown*” (p. 12).

su publicación y, en buena medida, fue rápidamente divulgado entre los abogados y estudiantes ingleses por el luminoso prólogo que, a la primera edición de 1668, añadió Matthew Hale (1688).⁴⁴

Hale esboza allí el método de cómo, según las anteriores generaciones, debía aprenderse el derecho. Todo estudiante, piensa, por el vasto cúmulo de reglas, debe redactar un *commonplace book* para su uso particular: un tipo de diario o cuaderno donde se registran citas, pensamientos, ideas, observaciones o cualquier otra cosa que le parezca útil o relevante. Creía, en general, que el *common law* es reducible a un “método competente” en cuanto a sus principios generales. Y su estudio, que debía variar “según el capricho particular de cada hombre”,⁴⁵ obligaba a quien quisiera aprenderlo a hacerse de uno de estos apuntes y dividirlo en títulos alfabéticos, colocando el resumen o sustancia de los casos que se leían “bajo sus títulos apropiados”⁴⁶.

El *abridgment* de Rolle, aunque no sea el primero, consolida este método de aprendizaje. Allí, la expresión *ex post facto* aparece algunas veces. Se la encuentra en una declaración de reconocimiento de la tenencia de una propiedad (*avowrie*) o tierra de un señor feudal,⁴⁷ la cual más tarde se repite en el *abridgment* de Knightley D’Anvers (1772),⁴⁸ una traducción al inglés de este trabajo de Rolle.

También la recoge Rolle en relación con la nulidad. Si un contrato —dice— contiene diversos y distintos convenios necesarios, y alguno de ellos es alterado por una adición, interlineación o tachadura, esta falla, sin la debida corrección *ex post facto*, anulará todo el contrato.⁴⁹ Y, finalmente, en relación con las leyes mercantiles y la práctica de designar ciertas mercancías como *Staple*, si se adquiría la propiedad de una cosa bajo estas reglas y, más tarde, se obtenía un

44 Se encuentra, asimismo, en la *Collectanea Juridica* de Hargrave (1791), núm. 10, p. 263.

45 Hale (1668): “[...] es necesario un método, aunque varíe según la inclinación particular de cada persona” (p. 12).

46 Hale (1668): “De este modo conservará reunido, bajo títulos apropiados, todo cuanto haya leído [...] Al volver con frecuencia sobre cada título, según lo requiera la ocasión de una búsqueda o de nuevas adiciones, reavivará e imprimirá de un modo sorprendente en su memoria lo que antes había leído” (p. 13).

47 Rolle (1668): “[...] matter ex post facto il nest dauer le chose pur que le distres suit” (I, v. *Avowrie*, N. 4, p. 318).

48 D’Anvers (1705): “[...] by a matter ex post facto he is not to have the thing for which the Distress was made” (v. *Avowrie*, P. 4, vol. I, p. 652).

49 Rolle (1668): “[...] cest missesans ex post facto avoidera tout le fait” (II, v. *Faits*, Y., núm. 6, p. 30).

beneficio casual (*ex post facto*),⁵⁰ que no era parte del acuerdo, se concedía una *Scire facias ad rehabendum terram* para reivindicarla.

La cláusula, en toda la obra, se utiliza en relación con cuestiones civiles: no hay ninguna referencia a las penales.

3.2.3 La cláusula en el *abridgment* de Bacon

Conocido también como *New Abridgment of the Law*, es una obra recopilada a partir de materiales recolectados por el destacado jurista Lord Chief Baron Gilbert. Tiene el mérito, sobre sus predecesores, de ser un escrito reflexivo y original,⁵¹ que presenta la información de manera clara y metódica,⁵² y, para su época, el de omitir las reglas obsoletas o en desuso. Por estas razones, fue muy popular entre sus lectores, pasando por cinco ediciones renovadas desde su aparición entre 1736 y 1759.

La expresión se utiliza varias veces, sin ninguna referencia a los casos penales. Se menciona un caso donde un comerciante giró una letra de cambio y posteriormente cayó en bancarrota antes de que la letra venciera o hubiera sido presentada para su aceptación. Bacon señala que el beneficiario mantenía su derecho y que sus comisionistas no podían ser considerados intrusos por un pago *ex post facto* realizado por un tercero, que no podían prever.⁵³

En el caso del *Executor de son tort*, cuando una persona asume funciones propias del ejecutor testamentario sin haber sido formalmente designada, se le atribuye responsabilidad por los actos realizados como si se tratara de un ejecutor legítimo. La doctrina legal comentada por Bacon impone una responsabilidad que no puede ser eximida mediante un hecho *ex post facto*.⁵⁴

También se emplea en el caso del *Writ of Error*, una herramienta procesal para impugnar el error judicial. Este recurso, ejercido por el ejecutado mediante una acción de *Scire facias ad audiendum errores*, consiste en citar al actor para que comparezca y escuche los defectos señalados en su contra. En este contexto,

50 Rolle (1668): “[...] prist plus profit ex post facto per casual profit” (II, v. *Statutes*, K., núm. 1, p. 483).

51 Wooddeson (1792a): “[...] está redactado más bien en el estilo de una disertación, pues el autor extrae, en su mayor parte, de los casos citados al margen lo que considera ser su resultado; por lo tanto, debe leerse con precaución” (lect. VI, p. 175).

52 Bridgman (1807): “[...] está ordenado y sistematizado de un modo claro y científico” (p. 10).

53 Bacon (1798): “[...] y no podían convertirse en infractores por un pago *ex post facto* realizado por un tercero, que ellos no podían prever” (vol. I, v. *Bankrupt*, p. 665).

54 Bacon (1798): “[...] habiéndose hecho responsable de la acción como *Executor de son tort*, no podrá luego exonerarse mediante un hecho *ex post facto*” (vol. II, v. *Ex. and Adm.*, núm. 3, p. 391).

se expone el *Scire facias quare executionem non debet*: argumentos o razones que justifican por qué la ejecución no debería continuar. El escrito, con tales manifestaciones —es accesorio al expediente, pero *ex post facto* puede convertirse en principal cuando se alega que en otra causa hay “una liberación u otro asunto posterior”⁵⁵—, permite detener la ejecución o modificar su alcance.

Finalmente, se la menciona en el caso de un documento que transfiere una propiedad en fraude al acreedor, que *ex post facto* puede volverse válido.⁵⁶ O en un contrato verbal (*assumpsit*) de servicios, cuando procede la acción *quantum meruit*, ya que no es válida la excepción *onerari non debet* si el demandado reconoce la promesa como válida, pero intenta evitarla con una cuestión *ex post facto*.⁵⁷

3.2.4 La cláusula en el *abridgment* de Viner

Este *abridgment* es una de las obras jurídicas más destacadas de la época georgiana. Creada por Charles Viner (1707-1756), un eminente abogado y jurista inglés del siglo XVIII, alcanzó tal notoriedad que Brooke (1798) años después, lo describió como uno de los escritores más “clásicos y pulidos de nuestra nación” (p. 235). Viner se propuso ofrecer, en veinticinco volúmenes,⁵⁸ una síntesis completa y ordenada del derecho inglés, creando una obra que no solo abarcaba las leyes y principios fundamentales, sino que también se convertía —más allá de las críticas— en una herramienta de consulta indispensable para juristas, jueces y estudiantes de Derecho de su época.

En esta vasta obra, se evidencia, ya sin ninguna duda, que el término *ex post facto* ha sido conocido y empleado desde tiempos remotos con notable amplitud. No es infrecuente encontrarlo en títulos que lo adoptan como marco de referencia para los asuntos tratados: *Made Good, or Void; By Matter Ex Post Facto*, se lee, por ejemplo, en el volumen XVIII.⁵⁹ No se restringe al ámbito

55 Bacon (1798): “[...] por un hecho *ex post facto*, puede convertirse en un registro” (vol. II, v. *Of Ass. Errors*, núm. 1, p. 217).

56 Bacon (1798): “Un título, aunque sea fraudulento en su origen, puede, por un hecho *ex post facto*, volverse válido” (vol. II, v. *Fraud*, núm. 1, p. 217).

57 Bacon (1798): “[...] el demandado admite que la promesa es válida, pero la invalida mediante un hecho de liberación *ex post facto*” (vol. V, v. *Pleas and Pleadings*, núm. 1, p. 402).

58 El propio Viner (1794) señala que, por su naturaleza, “debe ser una obra voluminosa”. La producción más extensa de un solo individuo, dice Marvin (1847), en “toda la bibliografía del Common Law” (p. 711).

59 Viner (1794, vol. XVIII, v. *Recovery Common*, Q, p. 216).

penal —aunque incluye consideraciones relevantes en dicho campo—, sino que su alcance se extiende a cuestiones de diversa índole, tales como la condición de los extranjeros, el arbitraje, las condiciones suspensivas, el consentimiento, las declaraciones, las herencias y sucesiones, la transmisión de inmuebles y la destrucción de bienes. Asimismo, los asuntos de naturaleza procesal no son ajenos a su aplicación. Entre ellos, pueden citarse el retiro de demandas judiciales, los recursos basados en errores en el proceso o las declaraciones sobre acciones consideradas contrarias a derecho.

Veamos, más en extenso, un análisis de los primeros diez volúmenes. Ello parece suficiente para mostrar la variedad de significados que el término *ex post-facto* ha tenido en el derecho antiguo, así como los usos que —a partir de Viner— recibió y sistematizó Blackstone al redactar su obra.

En el volumen II aparece el término en relación con el concepto de *alien* (extranjero),⁶⁰ eje del conocido *Calvin's Case* (1608), que permitió discernir entre los *antenati* —personas nacidas antes de la unión de Inglaterra y Escocia— y los *postnati* —nacidos después de dicha unión—, estableciendo una diferencia esencial en cuanto a la nacionalidad y la obediencia a la Corona. Según la doctrina desarrollada y aprobada por Viner (1794), los primeros eran considerados extranjeros desde su nacimiento (§ 7 Rep. 18 b.), sin que la unión de los reinos alterara esta condición. El principio que rigió la materia es claro e inmutable: la naturalización por nacimiento es irrevocable. Incluso frente a una hipotética separación de los reinos, quien fue súbdito por nacimiento no puede convertirse *ex post-facto* (por esa mutación en el reino) en extranjero.⁶¹

En el volumen III se lo usa en el contexto de los procedimientos de arbitraje y particularmente en relación con la figura del *umpirage*. En primer lugar, los *arbitrators* (árbitros) son los encargados de resolver las disputas sometidas, siendo su misión emitir un fallo conjunto (*award*). No obstante, en aquellos casos en los que no logran ponerse de acuerdo en su decisión, y tras declarar formalmente tal desacuerdo (*disagreement*),⁶² se activa la intervención del *umpire*, quien actúa como árbitro especial e independiente. Este, al no estar limitado por las divergencias de los anteriores, adquiere la autoridad para emitir la decisión

60 Viner (1794): “Un extranjero es un súbdito nacido fuera de la obediencia del rey y bajo la lealtad de otro” (vol. II, v. *Alien*, núm. 19, p. 262).

61 Viner (1794): “[...] ni quien, por sentencia de derecho, era súbdito natural en el momento de su nacimiento, puede convertirse en extranjero por un hecho *ex post facto*” (vol. II, v. *Alien*, nota al núm. 18, p. 262).

62 Viner (1794): “[...] el *umpire* no puede dictar ningún laudo hasta que se haya producido un desacuerdo entre los árbitros” (vol. II, v. *Arbitrement*, núm. 2, p. 92).

final sobre el asunto en cuestión,⁶³ denominada *umpirage*, la cual se convierte en vinculante para las partes que lo han sometido a su jurisdicción. Debe, sin embargo, resolver en el plazo estipulado, de modo que, si los árbitros no declararon el desacuerdo hasta el último instante de la fecha de vencimiento de ese plazo, su intervención, por tal hecho *ex post-facto*, se vuelve nula.⁶⁴

En el volumen V se lo presenta en el contexto de los arrendamientos y concesiones sujetas a condición (*conditions precedent*). Esto implica que la existencia del derecho, interés o estado sobre tierras u otros bienes se encuentra subordinada a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto. En este marco, se cita la distinción formulada en el caso *Rector of Chedington*, recogida por Coke (1662, I Rep. 155 b.), entre convenios ciertos e inciertos. Los primeros son aquellos cuyos términos están claramente definidos y no dejan lugar a ambigüedades; los segundos, por el contrario, dependen de la ocurrencia de un hecho posterior (*ex post-facto*) que permita precisarlos. Estos últimos carecen de eficacia jurídica hasta que puedan ser “reducidos a certeza”⁶⁵ mediante dicho acto posterior.

La doctrina que establece y precisa Viner es la siguiente: en un convenio cierto, el interés sobre la tierra se adquiere inmediatamente, aun cuando la posesión pueda diferirse al futuro; en uno incierto, en cambio, el interés no se activa hasta que sus términos sean determinados con precisión a raíz de una circunstancia *ex post facto*.⁶⁶

En el mismo volumen se hace referencia al principio que se encierra en un adagio conocido: *A consent ex post facto is not of any signification*. Este precepto recuerda que el consentimiento otorgado después de que se haya realizado un acto no tiene la misma relevancia ni el mismo efecto legal que el otorgado antes de que el acto ocurra. El consentimiento *ex post facto*, como dijo el Justice Vaughan en el caso *Fry v. Porter* de 1670,⁶⁷ no puede cambiar la naturaleza de la acción que ya ha tenido lugar.

En el volumen VI se alude también al *copyhold*, un sistema feudal que les confería a los campesinos derechos de uso sobre tierras pertenecientes al señorío (*manor*). La esencia del *copyhold* residía en que la tierra formara parte del

63 Viner (1794, vol. II, v. *Arbitrement*, núm. 2, p. 92).

64 Viner (1794, vol. II, v. *Arbitrement*, nota al núm. 2, p. 93).

65 Viner (1794, vol. V, v. *Condition*, núm. 24, p. 76).

66 Viner (1794): “[...] debe adquirir certeza mediante un hecho futuro *ex post facto*” (vol. V, v. *Condition*, núm. 24, p. 76).

67 Viner (1794): “Un consentimiento *ex post facto* carece de toda significación, pues no puede otorgarse respecto de cosas que no pueden ser de otro modo” (vol. V, v. *Consent*, núm. 24, p. 76).

señorío, vínculo indispensable dado que el derecho del tenedor se basaba en la costumbre, reconocida y registrada en la *Manorial Court*. Como prueba de su tenencia, el poseedor recibía una copia del registro de la corte, origen del término *copyhold* (“tenencia por copia”). Los derechos del tenedor, determinados por las costumbres locales, solían abarcar el uso de las tierras para cultivo o pastoreo, a cambio de cumplir con ciertas obligaciones hacia el señor feudal, tales como el pago de una renta, la prestación de servicios o el abono de tasas al transferirse la tenencia (*heriot, fine*, etcétera).

Viner recoge un caso en el que el señor otorga una tenencia de *copyhold* y, posteriormente, separa esta propiedad del señorío mediante la concesión de la herencia a un tercero. Aunque con ello desaparezca uno de los elementos esenciales del instituto —el formar parte del señorío—, dicha separación, al ser un hecho *ex post-facto*, no puede destruir la tenencia de *copyhold* otorgada previamente.⁶⁸

En el volumen VI se menciona asimismo el término *ex post-facto* en relación con el *writ of covenant*, un procedimiento para hacer cumplir acuerdos o contratos solemnes, escritos y sellados, conocidos como *specialties*. Se aplicaba, principalmente, cuando se producía una violación de los términos del documento, cuyo contenido debía ajustarse a una interpretación formal. Sin embargo, dicha interpretación podía modificarse cuando eventos posteriores alterasen el sentido o la aplicación del documento original: “[...] *for by matter ex post facto a man may vary from his specialty*”.⁶⁹

En el volumen VII, tomado de *Coke upon Littleton*, Viner cita un caso relativo a la transmisión hereditaria. Señala que, si al momento de la muerte del poseedor legítimo (*dying seised*) el heredero tenía derecho a tomar posesión, ningún hecho posterior (*ex post facto*) podrá privárselo.⁷⁰ El principio subyacente es claro: los derechos nacidos conforme al derecho vigente en el momento en que se produce el hecho generador —en este caso, la muerte del titular— no pueden ser eliminados retroactivamente por acontecimientos o normas posteriores.

En el volumen VIII se registran tres casos de interés. El primero refiere a un legado hecho en favor de un hijo aún no nacido, que —como el destino quiso—

68 Viner (1794): “[...] esta separación, siendo un hecho *ex post facto*, no puede considerarse como causa de la extinción del *copyhold*, especialmente tratándose del acto exclusivo del propio señor” (vol. VI, v. *Copyhold*, núm. 6, p. 24).

69 Viner (1794, vol. VI, v. *New Charter. Pleadings*, núm. 1, p. 286; *ibidem*, vol. XXI, v. *Variance*, núm. 7, p. 539).

70 Viner (1794): “[...] ningún hecho *ex post facto* podrá privarlo de ese derecho de entrada” (vol. VII, v. *Descent*, L. 2, núm. 29, p. 593).

nunca llegó a existir. La cláusula disponía que, si fallecía antes de los veintiún años sin dejar descendencia, el bien pasaría a otros beneficiarios (*remainders*). El tribunal sostuvo que, aunque el legado al hijo resultó nulo *ex post facto*, tal nulidad no contaminaba las disposiciones sucesivas, que adquirirían eficacia como si aquel primer legado jamás hubiera existido.⁷¹ El segundo caso trata de un legado subordinado al cumplimiento de cierta edad, que deviene nulo *ex post facto* si el beneficiario fallece antes de alcanzarla. Aunque la cláusula parecía válida en su concepción, el hecho sobrevenido la desbarata, y el bien revierte a los herederos del destinatario anterior, porque una condición no cumplida (*contingency*) impide que el derecho llegue siquiera a consolidarse.⁷² Finalmente, el tercero examina la figura de la *discontinuance*, esto es, la interrupción de derechos futuros, la cual no nace de hechos posteriores, sino únicamente cuando el acto inicial lesiona, desde su origen, un derecho legítimo ajeno.⁷³ La invalidez no se declara por lo que sucede después, sino por lo que el acto produce en el momento mismo de su celebración.

En el volumen IX se recoge una doctrina —que también considera Bacon—⁷⁴ según la cual el *scire facias* —orden judicial que requiere justificar por qué no debe ejecutarse una sentencia firme— constituye, en principio, un acto colateral, es decir, ajeno al cuerpo del expediente principal. Carece, por sí, de eficacia procesal. Pero si *ex post facto* —esto es, a raíz de una actuación posterior— el actor (*in error*) comparece y formula una defensa sustancial, el documento se incorpora al proceso y adquiere rango de acto judicial válido. En cambio, si no hay actuación o se presenta una deficiente, el *scire facias* no pasa de ser una hoja más que queda archivada. Su valor jurídico, en suma, no se define por su emisión, sino por su desenvolvimiento posterior.⁷⁵

En el volumen X se recogen también tres casos. El primero es el resuelto en *Webbe v. Potter* (25 Eliz.), donde se discutió una donación de tierras realizada con motivo de matrimonio, bajo la forma del *frank-marriage*. Figura que exigía

71 Viner (1794): “[...] aunque nula solo *ex post facto*, cae por tierra tanto como si lo hubiera sido desde su origen, y ello hace que los derechos residuales entren en vigor de inmediato” (vol. VIII, v. *Device*, núm. 53).

72 Viner (1794): “[...] hace que la disposición testamentaria sea nula por un hecho *ex post facto*” (vol. VIII, v. *Device*, p. 342).

73 Viner (1794): “[...] pero no una interrupción producida por un hecho *ex post facto*” (vol. VIII, v. *Discontinuance*, núm. 16, p. 515).

74 Bacon (1794, vol. II, v. *Of Ass. Errors*, núm. 1, p. 217).

75 Viner (1794, vol. IX, v. *Error*, núm. 2, p. 549): “[...] por un hecho *ex post facto*, puede llegar a convertirse en un registro”.

una fórmula gramatical rigurosa —por lo general, en ablativo latino: *cum filia mea*— para que surtiera sus efectos característicos. En el caso, sin embargo, la redacción empleaba el dativo (*Johannae filia mea*), lo que suscitó dudas sobre la validez del acto bajo dicha modalidad. Aunque en un primer momento se lo tuvo por eficaz, más tarde se resolvió que no constituía ni un *frank-marriage* ni una donación en *estate tail*, sino un simple *fee*, esto es, una propiedad plena y sin restricciones hereditarias. No obstante, los jueces reconocieron que, aun sin haber producido en origen los efectos propios del *frank-marriage*, la disposición podía, por un hecho *ex post facto*, transformarse en una donación en *estate tail*. Así, la eficacia jurídica del acto no dependía exclusivamente de su forma inicial, sino también de la manera en que sus efectos se consolidaban con el tiempo. En el segundo caso se usa el término *ex post facto* en un caso de *Estoppel*;⁷⁶ y en el tercero, para negar que un arrendamiento, nulo en su origen, pueda después ser válido por un hecho posterior.⁷⁷

No tiene mayor sentido continuar acumulando los ejemplos propuestos por Viner en esta vasta obra, en los que la expresión *ex post-facto* se emplea con un alcance distinto del estrictamente penal. La reiteración, en este punto, pierde utilidad: su sola abundancia basta para mostrar que tal uso era frecuente y doctrinalmente significativo. Está claro, además, que fue Blackstone —por su proximidad con Viner y porque él mismo, en muchos casos, retoma y reproduce esos ejemplos en su propia obra— quien sistematizó y profundizó esta pluralidad de sentidos. Por ello, corresponde ya remitirnos directamente al examen de su texto.

3.2.5 La cláusula en William Blackstone

Los *Commentaries...* de William Blackstone (1768) fueron decisivos para introducir el término —escrito en latín— en la Constitución norteamericana y limitarlo a los casos penales. En su obra, indica que las leyes, por un medio adecuado, deben ser notificadas a los ciudadanos y que es irrazonable cualquier acción que dificulte tal conocimiento. Pero aclara que existe un método “más

76 Viner (1794): “Existe una diferencia cuando la escritura transfiere de inmediato el derecho que las partes pretendían, y posteriormente, por algún hecho *ex post facto*, ese derecho se extingue debido a la extinción del patrimonio del arrendador del cual se derivaba. En tal caso, las partes no están impedidas de alegar las circunstancias particulares del asunto” (vol. X, v. *Estoppel*, núm. 10, p. 483).

77 Viner (1794): “[...] cuando es nulo desde su origen, no puede volverse válido por un hecho *ex post facto*” (vol. X, v. *Estate (Leases)*, núm. 13.1, p. 359). Ídem, núm. 12.

irrazonable” de afectar su publicidad, que consiste —justamente— en hacer leyes *ex post facto*, cuando después de que se comete una acción el legislador declara por primera vez que ha sido un crimen, e inflige un castigo.⁷⁸ Es irrazonable, explica, porque “es imposible que la parte pudiera prever que una acción, inocente cuando se hizo, se convirtiera después en culpable por una ley posterior” (*Introduction*, sec. I, p. 46). Un castigo, por tanto, que es “cruel e injusto” (p. 46). Y por ello concluye que las leyes “deben comenzar *in futuro* y ser notificadas antes de su inicio”⁷⁹.

En el mismo sentido, Richard Wooddeson, su discípulo de Oxford, remarcó la injusticia de los estatutos penales “aprobados *ex post facto*”, donde la justicia viste su aspecto más severo⁸⁰ y la conciencia moral y la fragilidad humana ya cuentan con la guía adicional de la ley.⁸¹

Lo que se deduce con claridad de estas citas es que una ley penal que se aplica a conductas del pasado es indudablemente una ley *ex post-facto*. Pero, salvo por el ejemplo mencionado, no parece que la mente Blackstone se limitara a restringir el alcance de tales leyes al ámbito penal. En su obra, pueden hallarse incluso indicios que sugieren lo contrario. Todo lleva a considerar que la interpretación establecida en *Calder v. Bull*, sostenida aparentemente en el pensamiento de Blackstone, no es más que un error histórico (Aiken, 1992, p. 335; Field, 1922, p. 327). Encuentro, al menos, cinco argumentos en este sentido.

En primer término, el lugar del que está tomado el párrafo citado. Me refiero a la Sección II (*Of the Nature of Laws in General*) de la Introducción, que trata la naturaleza de las leyes “en general” y, más específicamente, al párrafo quince, donde desarrolla la “ley municipal” y sus características. Sobre esta, afirma que se trata de una regla que disciplina la conducta civil de los ciudadanos y que debe ser “prescripta”, es decir, manifestada por signos exteriores a través de la promulgación. Está, por tanto, considerando toda clase de leyes.

En segundo lugar, imagina la ley *ex post facto* como un método “irrazona-

78 Blackstone (1768): “[...] cuando, después de haberse realizado una acción (en sí misma indiferente), el legislador declara por primera vez que constituye un delito e impone una pena a quien la cometió, resulta imposible que la persona haya podido prever que una acción inocente en el momento de su realización sería posteriormente convertida en culpable por una ley posterior; por consiguiente, no tenía motivo alguno para abstenerse de realizarla” (*Introduction*, sect. I, p. 46).

79 Blackstone (1768): “Todas las leyes deberían, por tanto, comenzar a regir *in futuro* y ser promulgadas antes de su entrada en vigor; lo cual está implícito en el término ‘prescritas’” (*Introduction*, sect. I, p. 46).

80 Wooddeson (1792a): “Debe admitirse que, en todas las leyes penales dictadas *ex post facto*, salvo cuando la innovación atenúa el rigor del código penal, la justicia presenta su aspecto más severo” (lect. XLI, núm. 641).

81 Wooddeson (1792a, lect. XLI, núm. 641).

ble” de publicación. Luego de señalar que las leyes deben ser dadas a conocer de la forma más “pública y perspicua” posible —no como Calígula, que procuraba ocultar su conocimiento—, advierte que existe otro método igualmente irrazonable: el de hacer leyes de esa clase. En este pasaje también se refiere, sin distinción, a toda clase de leyes.

En tercer lugar, cuando Blackstone menciona la ley penal, no define: ilustra. No recurre al rigor de la definición —pues cuando lo hace exhibe cierta precisión⁸², sino a la elocuencia del ejemplo. “Una ley penal *ex post facto*”, dice, no como quien delimita un concepto, sino como quien lo expone. Elige una figura concreta para denunciar un principio general: la objeción no se dirige al contenido sancionatorio, sino al procedimiento “irrazonable” de su promulgación. Así, bajo la forma de una ley penal, señala la anomalía que vicia a toda norma que, nacida después, pretende gobernar lo ya realizado.

En cuarto lugar, resulta claro que Blackstone (1768) emplea el término en consonancia con el sentido consagrado por la tradición —tal como se ha expuesto—, extendiéndolo con soltura a múltiples esferas. A veces lo usa para oponer, como hacía Bracton (1640), situaciones *ab initio* y *ex post-facto*; otras veces insinúa, siguiendo a Coke (1797), que ciertos hechos pueden alterarse por causas sobrevenidas, y que esa mutación —no el acto en sí, sino su nuevo contexto— puede tener consecuencias jurídicas. Conviene, pues, recordar algunos pasajes.

El primer sentido aparece cuando Blackstone (1768) trata la rendición de tierras de *copyhold*, un modo particular de transferencia por el cual el arrendatario le entrega su derecho al señor feudal, ordinariamente en favor de un tercero o de sus sucesores. Tal cesión se expresa mediante la entrega de un objeto —una vara, un guante— que simboliza la renuncia total del arrendatario a todo interés en la tierra. Luego, con la admisión, el señor le confiere la tenencia al nuevo ocupante conforme a los términos convenidos. Ahora bien, antes de esa admisión, el arrendatario original no puede ceder el terreno ni alterar sus cargas: si lo hiciera, dice Blackstone, la rendición sería “nula *ab initio*” y no podría volverse válida.⁸³ Aunque el beneficiario fuese luego admitido y adquiriese pleno derecho, toda cesión anterior seguiría siendo ineficaz, porque en ese instante el

82 Blackstone (1768), cuando define lo hace así: “An accessory after the fact may be, where a person, knowing a felony to have been committed, receives, relieves, comforts or assists the felon. Therefore, to make an accessory *ex post facto*, it is in the first place requisite that he knows of the felony committed” (vol. I, book IV, cap. 3, p. 37).

83 Blackstone (1768,): “[...] ningún hecho *ex post facto* puede convalidarla” (vol. I, book II, cap. 22, p. 275).

rendidor tenía apenas un interés, no la propiedad, y no podía transferir lo que no poseía. Ninguna admisión posterior puede conferir validez a un acto que nació viciado.⁸⁴

También un documento que carece de alguno de sus requisitos esenciales es nulo *ab initio*. Pero, aunque haya nacido válido, puede anularse posteriormente (“*by matter ex post facto*”), por ejemplo, a causa de raspaduras, roturas, disenso entre las partes o en virtud de una sentencia judicial.⁸⁵ Asimismo, Blackstone (1768) emplea el término en materia matrimonial: si una causa *ex post facto* torna impropia la vida en común, el derecho eclesiástico prevé la separación o el divorcio *a mensa et thoro* como remedio. En cambio, si la causa existía antes del matrimonio y lo hacía ilegal *ab initio* —como en los casos de consanguinidad—, la ley lo considera inválido desde su origen, por haberse contraído *in fraudem legis*, y decreta su disolución *vinculo matrimonii*.

En el segundo de los sentidos, Blackstone (1768) se refiere a diversos casos en los que hechos posteriores pueden modificar la esencia de una cosa.⁸⁶ Un ejemplo son los hijos nacidos fuera del matrimonio. Mientras que la ley romana permite legitimarlos mediante el matrimonio posterior, sin restricciones de edad, la ley inglesa solo admite remediar dicha irregularidad si el matrimonio se celebra “dentro de unos pocos meses” tras la concepción y siempre antes del nacimiento. Esta solución, según el autor, es superior,⁸⁷ pues tal incidente solo puede ocurrir una vez: todos los hijos futuros serán concebidos y nacerán necesariamente dentro de los límites del honor y las normas de la sociedad civil (vol. I, book I, cap. 16, p. 361).

Y por quinto y último lugar, aunque tal vez ello no resulte concluyente, los comentaristas más célebres de la obra, al examinar estos pasajes y el uso general del término, se inclinan a interpretarlo en un sentido amplio. En la edición de

84 Blackstone (1768): “Ninguna admisión posterior puede validar un acto que fue nulo *ab initio*” (vol. I, book II, cap. 22, p. 275).

85 Blackstone (1768): “También puede invalidarse por un hecho *ex post facto*: como, 1) por raspadura, intercalación u otra alteración en alguna parte sustancial [...] 2) por romper o dañar el sello [...] 3) por entregarlo para su cancelación [...] 4) por el desacuerdo de quienes deben concurrir para que el instrumento conserve su validez [...] 5) por sentencia o decreto de un tribunal de justicia” (vol. I, book II, cap. 20, p. 227, III).

86 Blackstone (1768): “[...] puede cambiar de uno a otro por circunstancias *ex post facto*” (vol. I, book II, cap. 20, p. 245).

87 Blackstone (1768): “Porque, según el derecho romano, un hijo puede continuar siendo ilegítimo o ser legitimado a elección del padre y de la madre mediante un matrimonio *ex post facto*; con lo cual se abriría la puerta a muchos fraudes y favoritismos que nuestro derecho impide” (vol. I, book I, cap. 16, p. 361).

1827, Chitty observa que estas leyes son “el recurso del despotismo, ansioso de revestirse con la apariencia de justicia legislativa”.⁸⁸ Por su parte, Archbold sostiene que las leyes *ex post facto* son contrarias “tanto al espíritu como a la práctica de la Constitución”.⁸⁹ Finalmente, Christian, en la edición de 1838 publicada en Nueva York, precisa que pueden ser “de naturaleza pública o privada”, pero que, en términos generales, se refieren a una legislación que abarca “a toda la comunidad”.⁹⁰

Mal podría pensarse, entonces, que en el pensamiento de Blackstone las leyes *ex post-facto* se limitan exclusivamente al ámbito penal. Si bien el ejemplo que ofrece para ilustrar su injusticia es el de una ley penal retroactiva, lo hace dentro de una reflexión general sobre la naturaleza de las leyes y su promulgación razonable, sin restringir su análisis a dicho ámbito. Por el contrario, tanto el lugar sistemático en el que introduce el concepto como el uso amplio que hace del término en distintas partes de su obra permiten concluir que su objeción alcanza a toda norma que pretenda regir hechos anteriores a su promulgación.

4. La cláusula *ex post facto* en la Constitución norteamericana

4.1 El texto constitucional y la terminología utilizada

Su prohibición aparece dos veces en la Constitución. En el artículo I, sección 9, cláusula 3, se le dice al Congreso: “No se aplicarán [...] leyes *ex post facto*”; y, en el artículo I, sección 10, cláusula 1, se impone el mismo límite a los Estados: “No aprobarán [...] leyes *ex post facto*”. Su significado, tanto en lo gramatical como en lo material, es, sin embargo, problemático.

Esta expresión latina, considerada desde el punto de vista gramatical, suele traducirse como “después del hecho” o “después de que ocurre un hecho” y presentarse en tres palabras separadas. Sin embargo, dicha formulación no transmite adecuadamente su verdadero sentido por tres razones.

88 Chitty (como se citó en Blackstone, 1768): “Las leyes *ex post facto* son el recurso del despotismo, ansioso por revestirse con la apariencia de una justicia legislativa” (vol. I, book I, cap. 2, p. 122, nota 20).

89 Archbold (como se citó en Blackstone, 1768): “¿No sería este acaso un caso aún más grave que el de una ley *ex post facto*, contraria tanto al espíritu como a la práctica de la Constitución?” (vol. I, book I, cap. 2, p. 122, nota 20).

90 Christian (como se citó en Blackstone (1838): “[...] cuando hablamos en general de una ley *ex post facto*, quizá entendamos siempre una ley que abarca a toda la comunidad” (*Introduction*, sec. 2, p. 31, nota e).

En primer lugar, separar las palabras *post* y *facto* no genera una adecuada relación gramatical. *Post*, en realidad, debe conectarse con *facto*, ya sea como una palabra entera (*postfacto*), como correctamente aparece en D. 50.17.210, cuando se dice que lo inútil en el origen “[...] *ex postfacto convallescere non potest*”; o bien como una palabra doble (*post-facto*), como hace Aulo Gelio al contraponer los *post-facta* a los *ante-facta*.⁹¹

En segundo lugar, tampoco es correcto afirmar que *facto* esté limitado a los actos individuales. Los *ante-facta* y *post-facta*, tal como se contraponen en el pasaje de Gelio, se refieren, sin duda, a los actos de los individuos. Pero en la expresión *ex post-facto*, el *post-factum* (“después del acto” o “post-acto”) es el acto de la legislatura, contenido en la ley que, sobre el *ante-factum* (acto del individuo), opera retrospectivamente.

Y, en tercer lugar, la traducción que separa las palabras olvida el sentido y la fuerza de la partícula *ex*. Supone que el uso de *ex* está en yuxtaposición inmediata con *post* (*ex post*), tratando ambas palabras como preposiciones, cuando *post* es, en verdad, un adverbio que indica “después”. Tanto si se escribe como una palabra entera (*postfacto*) como si se presenta compuesta (*post-facto*), la partícula *ex* tiene un significado propio que, como veremos, se corresponde con el de *ab* en la expresión *ab initio*. *Ex postfacto* (o *post-facto*), así, correlaciona mejor con *ab initio*.

En suma, el significado más adecuado para la frase aparece cuando se escribe *post-facto* (o *postfacto*) como una sola palabra y se le da a la partícula *ex* su sentido propio: el de “por” o “de”. De este modo, se advierte con mayor claridad —no solo por la traducción literal, sino también desde el plano gramatical— que una ley *ex post-facto* es aquella que, mediante una promulgación posterior, actúa sobre hechos anteriores.

4.2 La formación jurídica de los redactores: los libros que circulaban en la América colonial

Para conocer el pensamiento de los redactores de la Constitución, parece nece-

91 La *lex Atinæ* contenía esta prohibición: *Quod subruptum erit, ejes rei aeterna autoritas esto*. Aulii Gellii (*Noctæ Atticæ*, XVII, 7) recuerda en un conocido pasaje que se discutió si la palabra *erit* permitía entender que se trataba de una ley *ex post-facto* que “[...] *utrumne post-facta modo furta lex valeret, an in ante-facta*”, es decir, abarcaba junto a los hechos futuros (*post-facta*), también los pasados (*ante-facta*). Hay, sin embargo, diferencias en las obras. En la página 419 de la edición de Joannnis Frederici Gronovii (*Lugduni Batavorum*, 1688) y en la 418 de Ludovicum Elzevirium (*Amstelodami*, 1651) “*postfacta*” y “*antefacta*” se escriben juntos. En la página 602 de Joannem Gymnicum (*Coloniae*, 1537), en cambio, separados.

sario, en primer término, analizar las obras que, a mediados de 1700, circulaban en Norteamérica, a fin de precisar cómo estaba estructurada su formación jurídica y qué concepto de ley *ex post-facto* habrían podido tener.

Es un lugar común afirmar que los redactores se habían formado con la obra de Blackstone y que por ello él puede considerarse, como dijo alguna vez la Corte Suprema, la “autoridad preeminente en derecho inglés para la generación fundadora” (*District of Columbia v. Heller*, 554 U.S. 570, 2008). No obstante, no existen elementos concluyentes que sostengan tal afirmación. Es cierto, como señala Minot (2018), que, una vez establecida la República, la obra de Blackstone se convirtió “en un recurso primordial para estudiantes y profesores de Derecho” (p. 1364), pero ello no justifica la idea de que su obra haya influido en la época anterior, es decir, cuando se formaron los Fundadores.

Otros eran los libros —de origen inglés— que circulaban antes de la publicación de la edición norteamericana de Bell en 1772 y con los que comúnmente se estudiaba en las colonias. Estos pueden clasificarse en tres categorías.

En primer término se encontraban las obras de carácter general, concebidas con sencillez y accesibilidad para el lector no especializado en la materia. Entre ellas, ocupaban un lugar destacado los diccionarios jurídicos, tales como el *Nomolexicon* de Thomas Blount, cuya primera edición data de 1670; el *New Law Dictionary* de Jacob Giles Jacob, publicado en 1729; y el *A New and Complete Law-Dictionary* de Timothy Cunningham (1783), impreso entre 1764 y 1765. Estas obras, si bien proporcionaban definiciones más o menos rigurosas de términos y conceptos, no pretendían ofrecer una exposición sistemática ni exhaustiva del derecho en su totalidad.

En segundo lugar se hallaba una visión más amplia y sistemática que aspiraba no solo a describir, sino también a ordenar el derecho con coherencia. Esta ambición, ya presente en obras anteriores al siglo XVIII, encontró expresión en *Law, Or A Discourse Thereof* de sir Henry Finch, publicada en 1627, y en el *Analysis of the Law* de sir Matthew Hale (1761), obra póstuma que vio la luz en 1713. Ambas reflejaban el anhelo de reducir el vasto y enmarañado cuerpo del derecho común a un sistema claro y metódico donde cada principio ocupara su lugar adecuado.

Finalmente, los escritores del siglo XVIII mostraron un mayor interés por el método y el orden de las materias jurídicas. En 1751, con la publicación del *A General Abridgement of Law and Equity* de Viner (1754), surgió una nueva modalidad de compendio, distinta de las que se habían escrito desde el siglo XVI,

expresión de una creciente demanda por obras más sistemáticas y basadas en principios. Entre 1736 y 1740, se publicaron los tres primeros volúmenes del *New Abridgment of the Law* de Matthew Bacon (1798), que se distinguía notablemente de los compendios anteriores. Aunque organizado en torno a títulos alfabéticos, sus entradas adoptaban el estilo de tratados estructurados, comenzando con definiciones y distribuyendo el material en subtítulos más lógicos, cada uno partiendo de proposiciones generales. En sentido similar, aunque con un enfoque más original, se encuentra el *Digest of the Laws of England* de John Comyns, publicado en 1762, obra que buscaba ordenar el derecho no como un mero catálogo, sino como un sistema de principios interconectados. Y, finalmente, el *A System of the Laws of the State of Connecticut* de Zephaniah Swift, uno de los juristas más relevantes de la primera generación republicana estadounidense, cuyo trabajo es inmediatamente anterior a la decisión adoptada en *Calder vs. Bull*.

Veamos seguidamente qué decían u omitían estas obras sobre la cláusula *ex post-facto*.

4.2.1 Los diccionarios

En primer lugar, cabe mencionar el *Nomolexicon* de Thomas Blount, uno de los primeros diccionarios en lengua inglesa, publicado en 1670. Su título completo, *Nomolexicon: A Law-Dictionary Interpreting Such Difficult and Obscure Words and Terms as are Found Either in Our Common or Statute, Ancient or Modern Laws*, revela su propósito: proporcionar definiciones claras y accesibles de términos y conceptos jurídicos complejos u oscuros para los no iniciados. Blount, anticuario y lexicógrafo del Inner Temple, compiló esta obra para servir tanto a abogados y estudiantes de derecho como a cualquier persona interesada en comprender el lenguaje legal. Curiosamente, no contiene referencia ni explicación alguna sobre la expresión *ex post-facto*.

En segundo lugar, destaca el *A New Law-Dictionary* de Giles Jacob, publicado por primera vez en 1729 y que se convirtió en uno de los diccionarios legales más influyentes del siglo XVIII. Esta obra fue una herramienta fundamental durante el período colonial y, posteriormente, tras la independencia, al proporcionar definiciones claras y explicar principios jurídicos esenciales para abogados y jueces en formación, especialmente en un contexto donde la educación formal en derecho en Norteamérica era limitada.

Jacob presenta una definición del término *ex post-facto* que explica sus tres

sentidos en el ámbito jurídico. En primer lugar, indica que se refiere a “algo hecho después de que ocurrió otra cosa”;⁹² en segundo término, a un acto realizado o un bien otorgado que originalmente no era válido, pero que “se convalida por un hecho posterior” (*by matter ex post facto*);⁹³ y, en tercer lugar, a algo que inicialmente fue bien hecho, pero que con el tiempo puede “volverse incorrecto”.⁹⁴

De estas definiciones generales se desprenden algunas aplicaciones más concretas. Respecto al *executor de son tort*, se señala que, si este otorga bienes a otro o paga deudas propias, aunque posteriormente adquiera legítimamente la administración, no puede liberarse de la responsabilidad por dicho hecho *ex post-facto*.⁹⁵ Sin embargo, en *equity* se le admiten todos los pagos que un ejecutor legítimo debería haber realizado.⁹⁶ En cuanto al *remainder*, se afirma que su validez no puede depender de un hecho posterior.⁹⁷

En tercer lugar, el *A New and Complete Law-Dictionary* de Timothy Cunningham, publicado en dos volúmenes en 1764, siguió la senda trazada por Jacob, pero con un espíritu más erudito y profundo. Este diccionario, al reunir los principios fundamentales del derecho inglés, no se limitó a enumerarlos: los explicó, ilustró con ejemplos y enriqueció con referencias a fuentes autorizadas y a la jurisprudencia contemporánea. Su profundidad y método lo distinguen de sus predecesores. Respecto al término *ex post-facto*, Cunningham (1783) reproduce la definición de Jacob en sus tres sentidos⁹⁸ y aporta, además, aplicaciones particulares.

Cunningham refiere un caso en el que, en virtud de una orden de asentamiento, se dispuso la colocación de un niño pobre como aprendiz mediante

92 Jacob (1729): “Es un término usado en el derecho, que significa algo hecho después de otra cosa que se había realizado anteriormente” (v. *Ex post facto*).

93 Jacob (1729, v. *Ex post facto*): “Y un acto realizado o un derecho concedido puede volverse válido por un hecho *ex post facto*, aunque no lo fuera en un principio”. *Id.*, v. *Incertainey*: “La incertidumbre puede convertirse en certeza mediante un hecho *ex post facto*”.

94 Jacob (1729, v. *Ex post facto*): “Así como algo bien hecho al principio puede, con el tiempo, volverse incorrecto”.

95 Jacob (1729, v. *Executor de son tort*): “[...] habiéndose hecho responsable de una acción como *executor de son tort*, no podrá luego exonerarse mediante un hecho *ex post facto*”.

96 Jacob (1729, v. *Executor de son tort*): “Un *executor de son tort* tendrá derecho, in *Equity*, a que se le reconozcan todos los pagos que un ejecutor legítimo debería haber efectuado”.

97 Jacob (1729, v. *Remainder*): “[...] pero no puede depender de un hecho *ex post facto*”.

98 Cunningham (1783, vol. I, v. *Ex post facto*): “Es un término usado en el derecho, que significa algo hecho después de otra cosa que se había realizado anteriormente. Y un acto realizado o un derecho concedido puede volverse válido por un hecho *ex post facto*, aunque no lo fuera en un principio, por

contrato de aprendizaje (*indenture*). Para tal efecto, el maestro recibió la suma de veinte chelines y el niño sirvió bajo su dirección durante varios años. No obstante, el maestro incurrió en el incumplimiento de su obligación fiscal al omitir el pago del impuesto de seis peniques por libra, exigido por la legislación vigente. Dicha normativa disponía, de manera expresa, que la falta de pago acarrearba la nulidad absoluta del contrato en todos sus efectos y propósitos. Sometido el asunto al juez del circuito, este resolvió que el asentamiento debía reputarse válido, argumentando que la normativa le concedía al maestro un plazo de seis meses para cumplir con la obligación fiscal. Durante dicho intervalo, razonó el juez, el aprendiz había adquirido un derecho que no podía quedar sujeto a la voluntad *ex post-facto* del maestro.⁹⁹ Sin embargo, el *King's Bench*, conociendo en última instancia, revocó la decisión y sostuvo que la interpretación del tribunal inferior equivalía a conferir eficacia al contrato para un propósito determinado, cuando la ley lo declaraba nulo de manera absoluta.

También Cunningham (1783) menciona el caso del *scire facias quare executionem non debet*. Cuando el demandado en error solicita este recurso para impugnar la ejecución de la sentencia, el procedimiento se considera únicamente colateral al expediente principal. No obstante, por un hecho posterior (*ex post-facto*), el *scire facias* puede adquirir la naturaleza de un registro formal.¹⁰⁰ Esto ocurre si, al regreso del mandamiento, el demandante comparece y presenta una liberación u otra excepción válida, con lo cual la alegación se incorpora al expediente original. Por el contrario, si el demandante comparece y asigna errores en la sentencia o se le concede plazo para hacerlo, pero su asignación resulta insuficiente o incorrecta, el *scire facias* carece de valor jurídico, limitándose a ser un documento archivado sin efecto procesal alguno.

Se utiliza el término, asimismo, en relación con el valor del consentimiento dado con posterioridad,¹⁰¹ los requisitos del arrendamiento,¹⁰² la interpretación

elección, etc.; así como algo bien hecho al principio puede, posteriormente, volverse incorrecto”.

99 Cunningham (1783): “[...] no debería estar en poder del señor anularlo mediante un hecho *ex post facto*” (vol. I, v. *Apprentice*).

100 Cunningham (1783): “[...] y, sin embargo, mediante un hecho *ex post facto* puede convertirse en un registro” (vol. I, v. *Error*).

101 Cunningham (1783): “Un consentimiento *ex post facto* no tiene ninguna significación; porque no puede darse respecto de cosas que no pueden ser de otro modo” (vol. I, v. *Consent*).

102 Cunningham (1783): “[...] o bien reduciéndolo a certidumbre sobre la base de alguna contingencia precedente mediante un hecho *ex post facto*” (vol. II, v. *Lease*).

de las leyes retroactivas,¹⁰³ los testigos en los testamentos,¹⁰⁴ la capacidad de contratar del menor (vol. II, v. *Infant*) y algunos casos de fraude (vol. II, v. *Fraud*).

4.2.2 Las obras metódicas y sistemáticas que no mencionan el término *ex post-facto*

Algunas obras desarrollaron una concepción más amplia y sistemática del derecho, que no se limitaba a su mera descripción, sino que aspiraba a dotarlo de coherencia y estructura. Esta tendencia se manifestó en *Law, or a Discourse Thereof* de sir Henry Finch (1627) y en *Analysis of the Law* de sir Matthew Hale (1716). Ambas procuraban reducir el vasto cuerpo del *common law* a un sistema claro y metódico, en el que cada principio ocupara su lugar adecuado.

Sin embargo, en ninguna de ellas se hace referencia al término *ex post-facto*. En la primera, Finch (1627) adopta un enfoque inspirado en la lógica y en la clasificación de conceptos y principios, influido por la tradición escolástica y por los métodos del derecho romano. No obstante, al tratar la ley positiva, omite toda alusión a su aplicación retroactiva.

En la segunda, que ofrece un esquema de los distintos títulos y divisiones del derecho inglés, Hale (1713) tampoco aborda esta cuestión. Aunque se trata de una obra concisa cuyo propósito es proporcionar un marco lógico y accesible para la comprensión del *Common law*, apartándose del enfoque meramente casuístico de los *Year Books* y otros textos jurídicos medievales, en ella no se hace mención siquiera a las funciones de la ley.

Habría, por tanto, que considerar otras obras metódicas que sí hayan tratado expresamente el tema.

4.2.3 Las obras metódicas y sistemáticas que mencionan el término

Entre las obras de esta índole disponibles en las colonias hacia 1700 se destacan el *New Abridgment of the Law* de Matthew Bacon (1798) y el *General Abridgment of Law and Equity* de Charles Viner (1794), ya analizadas por separado. Resta considerar, dentro de la misma línea pero con un matiz propio, dos obras de relevancia.

103 Cunningham (1783): “[...] al interpretar una ley del Parlamento dictada *ex post facto*, no debe forzarse el sentido de las palabras para dejar sin efecto un convenio respecto del cual una de las partes tenía pleno derecho al momento en que dicha ley fue dictada” (vol. II, v. *Statute*).

104 Cunningham (1783): “[...] a witness, who was not credible at the time, can become so by matter *ex post facto*” (vol. II, v. *Will*).

En primer término, el *A Digest of the Laws of England* de John Comyns (1824). En al menos dos secciones de esta obra de seis volúmenes el concepto *ex post-facto* se emplea en su sentido más amplio, abarcando todo lo que ocurre tras un hecho previo (“For matters ex post facto”).

En el volumen I, hay un título entero dedicado con particular detenimiento al *abatement* (H.32 a H.56), es decir, a la extinción o suspensión de una acción judicial por la ocurrencia de ciertos hechos o por la existencia de determinados defectos procesales antes de que el fondo del asunto sea resuelto. Los casos incluyen: la muerte del demandante (H.32) o de uno de varios demandantes (H.33); la muerte del demandado (H.34) o de uno de varios demandados (H.35); la muerte de un tercero ajeno (H.36), del *vouchee* (H.37), del rey (H.38) o de los jueces (H.39); hechos como el nacimiento o mayoría de edad del heredero o administrador (H.40); actos de las partes como asumir una profesión (H.41), matrimonio o insolvencia (H.42), divorcio (H.43), aceptación de dignidad (H.44), administración de bienes (H.45), privación de cargo (H.46), *disseisin* por el propio actor (H.47), entrada en el inmueble litigado (H.48), *demise* o *admittance* (H.49), búsqueda de otro remedio legal (H.50), recepción parcial del bien (H.51), excusa de una falta procesal (H.52), invocación de falta de citación (*non-summons*, H.53) y recuperación de la posesión por un tercero durante el proceso (H.54). En cada caso se analiza si el hecho extingue la acción, si debe alegarse formalmente mediante *plea* y cómo procede la réplica.

En el volumen VI explica cómo deben plantearse en el *pleading* los hechos *ex post-facto*, es decir, aquellos posteriores al acto jurídico que pueden anular un derecho ya concedido —como una herencia, un arrendamiento o una pensión—. Cuando un derecho ha nacido válidamente, pero existe una condición resolutoria posterior que puede extinguirlo, no es necesario que el actor alegue en su demanda que esa condición no ha ocurrido. Por ejemplo, quien reclama una anualidad condicionada a mantener seis soldados no debe afirmar que lo ha hecho; si no se cumple, el demandado debe alegarlo en defensa (Comyns, 1824, vol. VI, v. *Pleader*, c. 56). De igual modo, si la anualidad se concede “hasta ser promovido a un beneficio eclesiástico”, el actor no debe decir que aún no fue promovido, pues esa condición posterior extingue el derecho y corresponde al demandado probarla (c. 56).

En Comyns, por tanto, *ex post-facto* se aplica solo a hechos civiles y procesales: a circunstancias posteriores que afectan derechos o procedimientos, sin considerar la ley penal ni su retroactividad. Se trata, en esencia, de actos y procesos, no de castigos ni de delincuentes.

Y, en segundo término, merece mención una obra de importancia central para nuestro tema: el *A System of the Laws of the State of Connecticut* de Zephaniah Swift (1795). Fue uno de los juristas más eminentes de la primera generación republicana norteamericana. Abogado, legislador y luego juez de la Corte Suprema de Connecticut, consagró su vida a ordenar y racionalizar el derecho local. Entre 1795 y 1796, publicó esta obra monumental, aunque —como advierte Widen (2011, p. 33)— el manuscrito ya circulaba desde 1793. En ella, Swift dedica un extenso capítulo a la jurisdicción de la Asamblea General, donde examina los límites del Poder Legislativo frente a los tribunales ordinarios. Señala que la Asamblea solía arrogarse funciones judiciales, concediendo nuevos juicios, decretando divorcios o resolviendo peticiones privadas. Tal práctica, a su juicio, vulneraba la separación de poderes y amenazaba la seguridad jurídica. “Debe considerarse un principio inviolable que, cuando se instituyen tribunales competentes de justicia, el poder legislativo queda despojado de toda autoridad judicial” decía Swift (1795, p. 76). Esa intervención de la Asamblea en causas ya resueltas o prescriptas constituía, aunque se la presentara bajo el ropaje de la equidad, una verdadera ley retroactiva: “Tal interferencia no solo destruye la certeza y uniformidad de las leyes, sino que constituye en sí misma una ley *ex post facto*, que ninguna legislatura puede aprobar constitucionalmente” claramente indicaba (p. 76). En suma, para Swift, toda medida que reabra un juicio, modifique una sentencia firme o altere retrospectivamente los efectos de una ley vigente es una forma de retroactividad legislativa contraria al principio constitucional de legalidad.

Su razonamiento anticipa con exactitud el problema que, cinco años más tarde, habría de plantearse en *Calder v. Bull* (1798). En aquel caso, como vimos, la Asamblea de Connecticut había dictado una resolución legislativa que les otorgaba a los esposos Bull un nuevo juicio en una causa testamentaria ya decidida. La cuestión sometida a la Corte Suprema era si ese acto constituía una ley retroactiva prohibida por la Constitución. A la luz del pensamiento de Swift, la respuesta no admitía duda: aquella resolución era de esa índole, pues representaba una intervención legislativa sobre una decisión judicial firme. Aunque no impusiera una pena, afectaba derechos adquiridos y quebrantaba el principio de separación de poderes. Pese a ser el tratado más autorizado del derecho de Connecticut y describir con precisión el mismo tipo de actos que dio origen al litigio, la Corte Suprema ignoró por completo su doctrina.

4.3 Los debates y la ratificación en las convenciones estatales

El sentido de la cláusula *ex post-facto* fue motivo de un debate prolongado y, en ocasiones, vehemente durante la Convención Constitucional de 1787 y en las subsiguientes convenciones estatales. Resulta, sin embargo, manifiesto —y hasta desconcertante— que ninguno de los delegados evidenció un conocimiento preciso sobre este punto. En sus exposiciones no se advierte alusión directa a la tradición ni a los tratados doctrinales que, como hemos mostrado en páginas anteriores, circulaban con cierta familiaridad en la Norteamérica de mediados del siglo XVIII.

Los oradores, en cambio, se conformaron con generalidades opinables sobre el sentido y alcance que, según su particular criterio, correspondía atribuir a tales leyes. De esa omisión se siguió, como era de esperarse, una diversidad de posturas: desde quienes interpretaron la cláusula en su sentido amplio, abarcando tanto normas penales como civiles, hasta aquellos que pretendieron restringir su aplicación al ámbito criminal, apoyándose para ello en distinciones de supuesto carácter histórico. Así, en vez de una deliberación jurídica, se produjo un intercambio de impresiones apenas articuladas que desmienten el rigor que tantas veces se presume en los Fundadores.

El arduo trabajo de examinar y desarrollar, en su propio contexto y ámbito de deliberación, las opiniones vertidas en la Convención ha sido ya realizado por plumas más doctas¹⁰⁵ y no es nuestro propósito repetirlo aquí. Nos limitaremos, por tanto, a enunciar, en primer término, el consenso inicial en torno a la conveniencia de incorporar una cláusula de esta naturaleza; y luego, a exponer las tres posiciones principales que, a mi juicio, se formularon durante la Convención de 1787 y, ulteriormente, en las convenciones estatales: en primer lugar, las opiniones favorables a una interpretación amplia; en segundo término, las dudas y argumentos técnicos que restringen la cláusula al solo ámbito penal; y, por último, las objeciones a tales reservas y las posturas que rechazan expresamente esa lectura limitada.

4.3.1 Acuerdo sobre la necesidad de la cláusula

En el curso de los debates, emergió con nitidez una intención compartida por varios de los delegados: insertar en la Constitución una cláusula que prohibiera expresamente las leyes *ex post-facto*. Esta voluntad, sin embargo, no descansaba

105 Cfr. Field (1922, p. 315), Crosskey (1947, p. 547), Ricciardi y Sinclair (1996, p. 311), Natelson (2003, p. 490).

en una concepción única ni en fundamentos uniformes, sino que reflejaba un haz de motivaciones divergentes y comprensiones desiguales del problema. Las justificaciones esgrimidas por los delegados, por ello, variaban sensiblemente.

El señor Gerry sostuvo que esta precaución era aún más necesaria en la legislatura nacional que en la estatal, porque el número de miembros en la primera era menor y, por tanto, se les temía más. Su argumento, de índole eminentemente político, revelaba una desconfianza hacia el Poder Legislativo federal, cuya concentración numérica lo tornaba, según su criterio, más proclive a los abusos y al ejercicio arbitrario de su autoridad. Morris, en cambio, consideraba “esencial” extender la prohibición al *Bill of Attainder*. La cláusula, para él, protegería contra la persecución política, impidiendo los actos de venganza o castigo contra personas determinadas.

Otros delegados se resistieron a consagrar la prohibición, no por indulgencia con el legislador, sino por apego a la sobriedad y al decoro del texto constitucional. Mientras Ellsworth la juzgaba innecesaria, pues el principio ya estaba implícito en el derecho mismo, James Wilson sostenía que su inclusión generaría dudas sobre la Constitución y proclamaría que ignorábamos los primeros principios de la legislación o de nuestro gobierno constitucional. Para Wilson, en definitiva, la prohibición expresa implicaba una confesión de inseguridad o ignorancia jurídica.

A pesar de tales reservas, la cláusula fue finalmente aprobada. Su inclusión, sin embargo, no fue la expresión de una doctrina consolidada ni la recepción natural de una tradición compartida. Fue, más bien, el producto de un consenso precario, tejido entre razones políticas, temores institucionales y concepciones dispares —cuando no contradictorias— sobre su alcance y fundamento.

4.3.2 Opiniones a favor de una interpretación amplia

Ciertos delegados y actores políticos de la época entendían la prohibición como una barrera general contra toda legislación retroactiva, tanto penal como civil. George Mason, uno de los más claros, argumentó que “las leyes *ex post-facto* y las retroactivas son términos sinónimos”.¹⁰⁶ Para Mason, confiar en una definición meramente técnica y penal podía permitir que se cometieran injusticias graves, especialmente en el ámbito económico, donde las leyes retroactivas po-

106 *Convention of Virginia*, en *Elliot's Debates* (1836): “Sea lo que fuere en el foro o en el ámbito profesional, considero que, según la acepción común de las palabras, las leyes *ex post facto* y las leyes retrospectivas son términos sinónimos” (vol. III, p. 479).

dían “destruir y aniquilar a todos los ciudadanos de los Estados Unidos para enriquecer a unos pocos”.¹⁰⁷

Esta visión amplia se reflejó también en la preocupación sobre la redención de los dólares continentales, una cuestión central en las discusiones estatales, particularmente en Virginia. Estos, ampliamente depreciados, representaban deudas gubernamentales cuya valoración al valor nominal implicaba una carga fiscal considerable para los estados. Las propuestas de leyes para “escalar” su valor a la cotización de mercado —es decir, leyes con efecto retroactivo— se consideraban prohibidas por la cláusula *ex post-facto*, lo que generó debates intensos. Como señaló Patrick Henry, “sus manos están atadas por esta cláusula y deben pagar *shilling por shilling*”. Esta preocupación —por lo que aquí interesa— evidenciaba que, para muchos, la prohibición alcanzaba a los actos legislativos que alteraban derechos contractuales y no solo a los delitos.

La correspondencia política de la época también reflejó esta interpretación. Por ejemplo, Ellsworth y Sherman usaron la expresión para referirse a leyes que “perjudiquen la obligación de los contratos”,¹⁰⁸ lo que confirma que la visión predominante entre los actores políticos incluía el ámbito civil en el alcance de la prohibición. Estas interpretaciones muestran que la noción común y práctica del término en 1787 excedía el ámbito estrictamente penal.

4.3.3 Dudas y argumentos sobre el alcance penal de la cláusula

En contraste con estas interpretaciones amplias, algunos participantes en la Convención y comentaristas jurídicos defendieron una interpretación técnica y restringida de la cláusula *ex post-facto*, limitada a las leyes penales. Esta posición se fundamentó principalmente en el análisis de John Dickinson, quien se basó en los comentarios de William Blackstone.¹⁰⁹ Según Dickinson, la prohibición de las leyes *ex post-facto* se refería a impedir que una acción “indiferente en sí

107 *Convention of Virginia*, en *Elliot's Debates* (1836, vol. III, p. 479).

108 *Elliot's Debates*: “La restricción impuesta a las legislaturas de los distintos estados —en lo relativo a la emisión de vales de crédito, a hacer que cualquier cosa distinta del dinero sea de curso legal para el pago de deudas, o a menoscabar la obligación de los contratos mediante leyes *ex post facto*— se consideró necesaria como garantía del comercio, en el cual podían verse afectados tanto los intereses de extranjeros como de ciudadanos de distintos estados” (1836, vol. I, p. 492).

109 *Records of the Federal Convention*, en *Farrand* (1911, vol. II, pp. 448-449.): “El señor Dickenson mencionó ante la Cámara que, al examinar los *Commentaries* de Blackstone, encontró que los términos *ex post facto* se referían solo a los casos penales; que, en consecuencia, no restringirían a los Estados respecto de leyes retrospectivas en materia civil, y que sería necesario establecer alguna otra disposición con tal propósito”.

misma” (*an action indifferent in itself*) se convirtiera en delito y se sancionara retroactivamente. Esta restricción buscaba evitar la “crueldad y la injusticia” (*cruel and unjust*) de aplicar penas por conductas que, en el momento de su realización, no eran ilícitas. Dickinson, así, consideraba que la prohibición debía interpretarse como un freno a las leyes penales retroactivas, pero no a las civiles, donde la legislación retroactiva podía ser legítima.

Esta interpretación técnica fue defendida también por el gobernador Edmund Randolph, quien sostuvo que “las leyes *ex post-facto*, tomadas técnicamente, se refieren únicamente a asuntos criminales”,¹¹⁰ apoyándose en el hecho de que la Constitución también prohibía los *Bills of Attainder*, que eran exclusivamente penales.¹¹¹ Randolph añadió que la prohibición, por tal limitación, no afectaba la capacidad del Congreso para legislar sobre deudas federales, distinguiendo así entre competencias federales y estatales.

4.3.4 Objeciones a la interpretación técnica

Frente a la interpretación restringida, varios delegados objetaron el uso de definiciones técnicas para delimitar la cláusula. George Mason reprochó el recurso a definiciones técnicas y advirtió contra confiar el negocio público a estas, afirmando que “la construcción contraria es el sentido común de las palabras”.¹¹² Para Mason y sus aliados, la prohibición debía entenderse en su sentido común y amplio, aplicándose a toda legislación retroactiva que afectara derechos previos. Asimismo, la oposición a la interpretación técnica se reflejó en el rechazo unánime a la moción para eliminar del texto constitucional la prohibición de leyes *ex post-facto*, lo que sugiere que la mayoría consideraba la cláusula como una protección general no limitada a los delitos. En las convenciones estatales, el debate continuó. En Carolina del Norte, por ejemplo, el futuro juez de la Corte Suprema James Iredell señaló que “no hay nada en la Constitución que afecte nuestro papel moneda presente”,¹¹³ pero reconoció que la prohibición “sería *ex post-facto* si la construcción propuesta fuera correc-

110 *Records of the Federal Convention*, en Farrand (1911, vol. III, p. 328).: “Las leyes *ex post facto*, si se toman en sentido técnico, se refieren únicamente a los casos penales”

111 *Records of the Federal Convention*, en Farrand (1911, vol. III, p. 328).

112 *Convention of Virginia*, en Elliot’s *Debates*: “¿Debemos confiar este tipo de asuntos a la definición técnica? El significado claro de las palabras indica lo contrario” (1836, vol. III, p. 479).

113 *Convention of North Carolina*, en Elliot’s *Debates* (1836, vol. IV, p. 185).

ta”,¹¹⁴ reafirmando la preocupación por la aplicación retroactiva de leyes que comprometieran intereses económicos.

Incluso en Nueva York, la propuesta de limitar la prohibición a leyes penales fue presentada como una enmienda, con la intención expresa de que “no se interpretara que impedía llamar a los defraudadores públicos a rendir cuentas”, lo que indica que el significado general se entendía de modo más amplio y que la enmienda pretendía acotarlo. Finalmente, la mayoría de los presentes —como precisa Field (1922)— “no dio evidencia de usar el término *ex post-facto* en sentido técnico” (p. 321), predominando la idea de que la cláusula alcanzaba tanto a las leyes penales como a las civiles con efecto retroactivo.

5. La interpretación de la Corte Suprema norteamericana

5.1 El caso *Calder v. Bull*

En el célebre caso *Calder v. Bull*,¹¹⁵ la Corte Suprema fue llamada a interpretar el verdadero alcance de la cláusula *ex post-facto* en el marco de la Constitución. La cuestión planteada, como vimos, consistía en determinar si una ley promulgada por la legislatura de Connecticut —que autorizaba nuevo juicio en una causa sucesoria ya concluida— podía considerarse prohibida por dicha cláusula. El conflicto surgió cuando una intervención legislativa anuló un decreto judicial previo y permitió reabrir el juicio testamentario del nieto de Normand Morrison, favoreciendo a Calder y su esposa. En oposición, Caleb Bull y su mujer objetaron esta medida, argumentando que la ley era una verdadera ley *ex post-facto* y, por ende, inconstitucional.

La Corte, sin embargo, adoptó una interpretación restringida: sostuvo que la prohibición constitucional se aplicaba únicamente a las leyes de naturaleza penal y que la retroactividad, por sí sola, no bastaba para invalidar una disposición legislativa que hubiera sido aplicada en una causa civil.

El caso es célebre no solo por su novedad, sino también por la opinión concurrente del juez Chase, quien, más allá de expresar ciertas inquietudes sobre las imprevisibles y quizás graves consecuencias institucionales de aplicar la cláusula *ex post-facto* a los casos civiles¹¹⁶ —así como sobre la posible redundancia de

114 *Convention of North Carolina*, en *Elliot's Debates* (1836, vol. IV, p. 185).

115 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386 (1798).

116 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “Si el término ley retroactiva se interpreta de manera que incluye y prohíbe la promulgación de cualquier ley después de un hecho, esto restringirá en gran medida el poder de las legislaturas federales y estatales; y las consecuencias de tal

dicha cláusula respecto de las leyes que afectan obligaciones contractuales—,¹¹⁷ fundamentó el núcleo del fallo en una distinción fundamental: las leyes *ex post-facto* no deben confundirse con las demás leyes retroactivas. Esta distinción, dudosa —pero decisiva— se asienta a su vez en otra —también discutible— diferenciación: la que existe entre el sentido técnico y el sentido común que la cláusula puede tener en la tradición. En su razonamiento, el juez Chase no solo establece este deslinde, sino que también ofrece una definición de lo que, para él, constituye una ley *ex post-facto*. Juzguemos, con lo desarrollado hasta aquí, si tales fundamentos son suficientes y sólidos para sostener la decisión adoptada.

5.2 La ley *ex post-facto*: una clase especial de ley retroactiva

En su opinión concurrente, el juez Chase establece una célebre distinción entre las leyes *ex post-facto* y las leyes retroactivas. Para ello, advierte que la cláusula constitucional “simple y sin explicación, es ininteligible y carece de significado”,¹¹⁸ lo que exige, según él, una interpretación rigurosa de su alcance. Lo sintetiza en una fórmula que, con el tiempo, ha ganado cierta notoriedad: “Toda ley *ex post facto* debe ser necesariamente retroactiva; pero no toda ley retroactiva es una ley *ex post facto*”.¹¹⁹

No resulta claro, sin embargo, el concepto mismo de retroactividad que emplea. En su voto, pueden advertirse dos nociones distintas —e incluso difícilmente conciliables— de ley retroactiva. Por un lado, adhiere a la doctrina de los derechos adquiridos al afirmar que es retroactiva “toda ley que anule o menoscabe derechos adquiridos conforme a las leyes existentes”.¹²⁰ Por otro, introduce una definición fundada en una idea hoy rechazable de retro vigencia, al considerar retroactiva “toda ley que deba entrar en vigor antes de su promulgación”.¹²¹

interpretación pueden ser imprevisibles”.

117 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “[...] las dos prohibiciones, no utilizar nada más que monedas de oro y plata como medio de pago de deudas y no aprobar ninguna ley que menoscabe las obligaciones de los contratos, eran inadecuadas e innecesarias”.

118 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “La prohibición de que ‘ningún estado dictará ninguna ley *ex post facto*’ requiere necesariamente alguna explicación; porque, desnuda y sin explicación, es ininteligible y no significa nada”.

119 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “Toda ley *ex post facto* debe necesariamente ser retrospectiva; pero no toda ley retrospectiva es una ley *ex post facto*: solo estas últimas están prohibidas”.

120 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “Toda ley que suprima o menoscabe derechos adquiridos conforme a las leyes vigentes es retrospectiva, y es generalmente injusta; y puede ser opresiva”.

121 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.): “Toda ley que haya de tener efecto antes

El problema central reside en la relación conceptual entre la ley retroactiva y la cláusula *ex post-facto*. Si se admite que la retroactividad es el género y que la cláusula *ex post-facto* representa tan solo una de sus especies —es decir, una forma particular y limitada de retroactividad—, entonces cualquier intento de vincular ambos conceptos exige, como punto de partida, una definición precisa y coherente de qué debe entenderse por “ley retroactiva”.

Esta tarea —que se pretende en la sentencia— tropieza con un obstáculo teórico de fondo: la falta de una noción suficiente de retroactividad. Las doctrinas clásicas que han intentado llenar ese vacío —en particular, la teoría de los derechos adquiridos y la teoría de la retro-entrada en vigor (*rétro-mise en vigueur*)— se han revelado, en última instancia, como inadecuadas para capturar la complejidad del fenómeno. Tal como han demostrado con detalle autores como Héron (1985, p. 293) y Fleury-Le Gros (2005, p. 55), estas teorías descansan en distinciones conceptuales que no resisten un análisis riguroso ni se sostienen con coherencia ante los diversos supuestos prácticos en los que una norma actúa sobre hechos anteriores a su promulgación.

La teoría de los derechos adquiridos, por ejemplo, pretende trazar una línea nítida entre situaciones jurídicas consolidadas —que la nueva ley no podría alterar— y simples expectativas —que sí podrían verse afectadas retroactivamente—. Pero esta distinción, aunque intuitiva, se apoya en una noción ambigua de “adquisición” y, en la práctica, conduce a resultados contradictorios. Por su parte, la idea de una ley que “entra en vigor hacia atrás” o que “es aplicable antes de su vigencia” incurre en una ficción normativa difícil de justificar desde una perspectiva racional.

Así, en ausencia de una teoría general satisfactoria de la retroactividad, cualquier intento de situar la cláusula *ex post-facto* dentro de esa categoría más amplia corre el riesgo de descansar sobre un terreno inestable, o incluso circular: se presupone la existencia de un género —la ley retroactiva— cuya definición es nebulosa. Por ello, más que un simple problema de clasificación conceptual, lo que aquí se revela es una insuficiencia estructural en la arquitectura teórica de la retroactividad.

de su sanción, como para comenzar en un tiempo anterior”.

5.3 El sentido “común” y “técnico” de la retroactividad

Esa relación de género a especie da lugar a una distinción complementaria entre el sentido común del concepto y su acepción técnica. Sobre esta última, el juez Chase observa: “Las expresiones ‘leyes *ex post-facto*’ son técnicas; se utilizaban mucho antes de la Revolución y habían adquirido un significado apropiado por legisladores, abogados y autores”.¹²² Ese significado “apropiado” —fundado, según se argumenta, en la célebre y juiciosa autoridad de sir William Blackstone— se limita al ámbito penal. Igualmente lo dice el juez Paterson: “El término ‘*ex post-facto*’, aplicado a una ley, tiene un significado técnico y, en la terminología jurídica, se refiere a delitos, penas y sanciones”,¹²³ y añade que la descripción que el juez Blackstone hace de estos términos es clara y precisa. Como consecuencia de ello, el juez Iredell resume su voto en la siguiente conclusión: “[...] la verdadera interpretación de la prohibición se extiende a los casos penales, no a los civiles”.¹²⁴

Del examen de estas tres opiniones se infiere que el carácter “técnico” de la expresión no proviene de una definición abstracta, sino del uso que se le ha atribuido a la cláusula en la práctica jurídica. No se trata, por tanto, de una fórmula doctrinal, sino de una acepción consagrada por una tradición prolongada —“mucho antes de la Revolución”— y repetidamente invocada por “legisladores, abogados y autores”. Esa constancia en el uso ha fijado su sentido y de allí dimana su fuerza normativa.

Mas tal afirmación —como hemos procurado establecer a lo largo del presente estudio— se revela desprovista de todo apoyo en la realidad histórica. No se encuentra, en efecto, en la tradición jurídica anglosajona un uso “técnico” de la expresión que permita cimentar la distinción sugerida, y menos aún uno que autorice a pensar que, antes de la Revolución americana, la cláusula *ex post-facto* se hallaba confinada al ámbito penal.

Ese no es, ciertamente, el alcance que se desprende de la obra de Bracton, ni de la de Coke ni del uso que ambos escritores hacen de dicha fórmula. En los *abridgments*, por lo demás, el término conserva un sentido manifiestamente más amplio: así lo demuestran Rolle, Bacon y, con particular amplitud, Viner, quien, si bien recoge algunas aplicaciones de índole penal, las entrelaza con una profusión de referencias al derecho civil que tornan imposible —salvo por

122 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.).

123 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Paterson, J.).

124 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Iredell, J.).

arbitrariedad— limitar su campo a lo criminal. Tampoco se desprende una restricción semejante en la obra de Blackstone ni de las aplicaciones concretas que este autor realiza fuera del ámbito penal.

Análogo carácter extensivo presenta el uso de la expresión en los textos que circulaban con mayor frecuencia en la América colonial, y que —según parece razonable suponer— contribuyeron a la formación intelectual de los Fundadores. En efecto, los diccionarios elementales de Blount, Jacob y Cunningham emplean también la locución en un sentido general, no circunscripto al ámbito penal. Comyns, por su parte, va más lejos aún: consagra en el primer volumen de su obra un título particular a las cuestiones *ex post-facto* en materia civil, con lo cual disipa toda duda sobre el sentido que debe darse a la expresión en la tradición americana.

5.4 Las clasificaciones de las leyes *ex post-facto*

Finalmente, el juez Chase intentó también delimitar el alcance de la cláusula que prohíbe las leyes *ex post-facto* mediante una enumeración de los casos que, a su juicio, quedarían comprendidos bajo dicha categoría. Según su formulación, serían leyes *ex post-facto*: (1) aquellas que convierten en delito un acto que era lícito al momento de su realización y que luego lo sancionan penalmente; (2) las que agravan la calificación jurídica de un delito ya cometido; (3) las que aumentan la pena prevista al momento de la infracción; y (4) las que modifican las reglas de prueba vigentes al momento del hecho en perjuicio del imputado.¹²⁵

Aunque esta clasificación se presenta como una definición sustantiva de estas leyes, en realidad no ofrece una caracterización del fenómeno jurídico de la retroactividad, sino más bien una descripción de sus posibles efectos adversos en el ámbito penal. Lo que el juez Chase enuncia son, en definitiva, las consecuencias jurídicas que puede acarrear una ley retroactiva —esto es, su contenido materialmente injusto o gravoso— sin llegar a precisar el mecanismo normativo que da lugar a tales efectos.

Desde una perspectiva dogmática más rigurosa, resulta indispensable distinguir entre los efectos de una ley retroactiva y su estructura normativa. El rasgo constitutivo de la retroactividad reside, a mi criterio, en la pretensión de una norma de regular —como han probado Bach (1969, p. 405) y Héron (1996, p.

125 *Calder v. Bull*, 3 U.S. (3 Dall.) 386, 390 (1798) (Chase, J.).

53)—¹²⁶ situaciones o hechos pasados, es decir, en su intención consciente de extender su ámbito de aplicación a conductas o relaciones jurídicas ocurridas con anterioridad. En este sentido, la retroactividad no se define por las consecuencias que produce (por ejemplo, criminalizar lo antes permitido o agravar una pena), sino por su vocación normativa de proyectarse hacia el pasado; esto es, por la desconexión entre la fecha de la norma y la de los hechos que regula.

Así planteado, el listado del juez Chase no constituye una verdadera teoría de la retroactividad, sino apenas una tipología de injusticias legislativas bajo el ropaje del derecho penal. Esta reducción al ámbito penal empobrece, una vez más, la comprensión del problema y desatiende el uso más general —e históricamente más extendido— del término *ex post-facto* en el derecho anglosajón.

6. Conclusión

El examen realizado permite concluir que la interpretación restrictiva de la cláusula *ex post-facto* —limitada por la Corte Suprema al ámbito penal— carece de sustento en la tradición del *common law* y en el pensamiento constitucional originario. Ni Bracton, ni Coke, ni Blackstone ni los compendios que nutrieron la formación jurídica de los redactores de la Constitución reconocen en esa expresión una acepción técnica confinada a las leyes criminales. Muy por el contrario, la emplean con amplitud, refiriéndola a todo acto normativo que pretenda proyectar sus efectos sobre lo ocurrido.

La distinción de la retroactividad introducida por *Calder v. Bull* —entre un sentido común y otro profesional— no fue heredada del derecho inglés ni nació del texto constitucional, sino que constituye una construcción jurisprudencial posterior, consolidada por la reiteración. Tal limitación ha reducido el alcance de una garantía que, en su origen, se dirigía a preservar la seguridad de los derechos y la estabilidad de las relaciones jurídicas frente a la arbitrariedad del legislador.

Reconocer el verdadero alcance de la cláusula *ex post-facto* no implica alterar su sentido, sino devolverle el que tuvo en su origen: una prohibición general contra toda ley que actúe sobre hechos anteriores a su promulgación. Su restablecimiento no sería una innovación, sino una reparación. Sin embargo, resulta paradójico que haya sido precisamente en el ámbito constitucional

126 Héron (1996): “Se verá, en efecto, que la aplicación retroactiva o retrospectiva de la ley nueva exige a menudo la adopción de disposiciones transitorias sustanciales, que no constituyen reglas sino decisiones” (p. 53).

—que debía ofrecer la máxima garantía frente a los abusos del poder— donde la retroactividad terminó debilitando la posición del ciudadano. Lo que en el *common law*, y antes en el *civil law*, se había concebido como una defensa frente al legislador, en la jurisprudencia norteamericana se convirtió en un límite meramente formal, reservado al derecho penal, que deja sin amparo al individuo frente a la arbitrariedad civil, económica o administrativa. Así, la Constitución, nacida para asegurar la libertad, ha terminado por restringirla: su interpretación ha servido más para justificar la intervención del Estado en el pasado que para impedirla. Restituir a la cláusula su sentido originario equivale, en última instancia, a devolver al ciudadano la protección que la Constitución prometió y que la jurisprudencia, poco a poco, le arrebató.

Bibliografía

- Abbott, B. V. (1879). *Dictionary of terms and phrases used in American or English jurisprudence*. Boston.
- Aiken, K. H. (1992). Ex post facto in the civil context: Unbridled punishment. *Kentucky Law Journal*, 81(2), Article 4, 323-336.
- Azon. (1540). *Summa Perutilis Excellentissimi iuris monarchæ domini Azonis nuperrime maxima diligentia castigata*. Lugduni.
- Bach, L. (1969). Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps. *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 77, 405-465.
- Bacon, M. (1798). *A new abridgement of the law*. A. Strahan.
- Ballow, H. (1737). *Treatise of equity*. Nutt and Gosling.
- Black, H. (1887). *An essay on the constitutional prohibitions against legislation impairing the obligation of contracts, and against retroactive and ex post facto laws*. Little, Brown.
- Blackstone, W. (1768). *Commentaries on the laws of England: In four books*. Clarendon Press.
- Blackstone, W. (1803). *Analyse des lois anglaises, précédée d'un discours préliminaire sur l'étude des lois* (Trad. M. Joguet). Chez Leblanc.
- Blackstone, W. (1838). *Commentaries on the laws of England*. Tucker.
- Blount, T. (1670). *Nomolexicon: A Law-Dictionary Interpreting Such Difficult and Obscure Words and Terms as are Found Either in Our Common or Statute, Ancient or Modern Laws*. Printed by Newcomb for John Martin and Henry Herringman.
- Bracton, H. de. (1640). *De legibus et consuetudinibus Angliae. Libri quinque: In varios tractatus distincti*. Richardum Tottellum.
- Bracton, H. de. (1878). *De legibus et consuetudinibus Angliae libri quinque in varios tractatus distincti* (Ed. T. Twiss). Trübner & Company.
- Bridgman, R. (1807). *A short view of legal bibliography: Containing some critical observations on the authority of the reporters and other law writers*. Reed, Bell-Yard, Temple Bar.

- Brooke, E. (1788). *Bibliotheca Legum Angliae*. Bell-Yard.
- Brooke, R. (1576). *La Graunde Abridgement: Collecte & escrie per le judge tresreverend Syr Robert Brooke Chivalier*. Tottell.
- Brunner, H (1888). *The sources of English law*. Edinburgh.
- Coke, E. (1669). *The second part of the Institutes of the Lawes of England*. Printed for A. Crooke, W. Leake , A. Roper, F. Tyton , T. Dring and T. Collins.
- Coke, E. (1797). *Institutes of the laws of England*. Brooke.
- Coke, E. y Coventry, T. (1830). *A readable edition of Coke upon Littleton*. Saunders.
- Comyns, J. (1824). *A Digest of the Laws of England*. Collins & Hannay.
- Cooley, T. (1898). *The general principles of constitutional law in the United States of America*. Little, Brown.
- Cooley, T. (1927). *A treatise on the constitutional limitations*. Little, Brown.
- Cormacain, R. (2017). Legislation, legislative drafting and the rule of law. *The Theory and Practice of Legislation*, 5(2), 115–135.
- Crabb, G. (1829). *A history of English law*. Baldwin & Cradock.
- Crosskey, W. (1947). True meaning of the constitutional prohibition of ex-post-facto laws. *University of Chicago Law Review*, 14, 539-566.
- Cunningham, T. (1783). *A new and complete law-dictionary, or, general abridgment of the law*. J. F. and C. Rivington, T. Longman, S. Crowder, G. Robinson, W. Flexney, R. Baldwin, and W. Fox.
- D’Anvers, K. (1705). *A general abridgment of the common law: Alphabetically digested under proper titles. With notes and references to the whole*. John Walthoe.
- Domat, J. (1785). *Leges civiles juxta naturalem earum ordinem; jus publicum, & legum delectus*. Venetiis.
- Duxbury, N. (2013). Ex post facto law. *The American Journal of Jurisprudence*, 58(2), 135-161.
- Elliot, J. (Ed.). (1836). *The debates in the several state conventions on the adoption of the Federal Constitution*. Jonathan Elliot.
- Field, O. (1922). Ex post facto in the Constitution. *Michigan Law Review*, 20, 315-333.
- Finch, H. (1627). *Law, or a discourse thereof in foure books*. Societie of Stationers.
- Fisch, J. (1997). Retroactivity and legal change: An equilibrium approach. *Harvard Law Review*, 110, 1055-1123.
- Fitzherbert, A. (1565). *La Graunde Abridgement: Collect par le judge tresreuerend Monsieur Anthony Fitzherbert*. In Aedibus Ricardi Tottell.
- Fleury-Le Gros, P. (2005). *Contribution à l’analyse normative des conflits de lois dans le temps en droit privé interne*. Dalloz.
- Fuller, L. (1969). *The morality of law*. Yale University Press.
- Jacob, G. (1729). *A new Law-Dictionary*. E. and R. Nutt, and R. Gosling.
- Glanville, Ranulph de (1780). *Tractatus de legibus & consuetudinibus regni Angliae, tempore regis Henrici Secundi compositus: justitiae gubernacula tenente illustri viro Ranulpho de Glanvilla, juris regni et antiquarum consuetudinum eo tempore peritissimo*. Londini.
- Graetz, M. J. (1985). Retroactivity revisited. *Harvard Law Review*, 98, 1821-1841.
- Güterbock, C. (1866). *Bracton and his relation to the Roman law*. J. B. Lippincott & co.
- Hale, M. (1668). The Publisher’s Preface: Directed to the Young Students of the Common Law.
- En Rolle, H. (1668), *Un abridgment des plusieurs cases et résolutions el common ley: Alphabetically digested desouth severall titles*. A. Crooke and others.

- Hale, M. (1716). *The history and analysis of the common law of England*. John Walthoe.
- Hale, M (1716). *The Analysis of the Law: being a scheme, or abstract, of the several titles and partitions of the Law of England, digested into method*. London.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (1868). *El Federalista. Artículos sobre la Constitución de los Estados Unidos*. Impr. del Siglo.
- Hargrave, F. (1791). *Collectanea Juridica: Consisting of tracts relative to the law and constitution of England* (Vol. I). E. and R. Brooke.
- Hawkins, W. (1742). *An abridgement of the first part of my Lord Coke's Institutes*. Henry Lintot.
- Héron, J. (1985). Étude structurale de l'application de la loi dans le temps (À partir du droit civil). *Revue trimestrielle de droit civil*, (1985), 277-296.
- Héron, J. (1987). L'application dans le temps des règles de conflit. *Revue critique de droit international privé*, (76), p. 305-360.
- Héron, J. (1996). *Principes du droit transitoire*. Dalloz.
- Holdsworth, K. C. (1923). *A history of English law* (3^a ed.). Methuen & Company.
- Kent, J. (1884). *Commentaries on American Law*. Charles M. Barnes
- Littleton, T. (1594). *Littleton's tenures in English. Lately persued and amended* B. L. C. Yetsweirt Esq.
- Marvin, J. G. (1847). *Legal bibliography; or a thesaurus of American, English, Irish, and Scotch law books*. T & J.W. Johnson.
- McCreary, J M. (2002). Retroactivity of laws: An illustration of intertemporal conflicts law issues through the revised civil code articles on disinheritance. *Louisiana Law Review*, 62, 1321-1352.
- Minot, M. J. (2018). The irrelevance of Blackstone: Rethinking the eighteenth-century importance of the Commentaries. *Virginia Law Review*, 104, 1359-1397.
- Natelson, R. (2003). Statutory retroactivity: The founders' view. *Idaho Law Review*, 39, 489-529.
- Pearce, D. C. (2019). *Statutory Interpretation in Australia*. LexisNexis Butterworths, Australia.
- Pegues, F. (1953). Medieval origins of modern law reporting. *Cornell Law Review*, 38, 491-510.
- Ricciardi, L. y Sinclair, M. (1996). Retroactive civil legislation. *University of Toledo Law Review*, 27, 301-379.
- Rolle, H. (1668). *Un abridgment des plusieurs cases et résolutions el common ley: Alphabeticalment digest desouth severall titles*. A. Crooke and others.
- Scrutton, T. E. (1885). *The Influence of the Roman Law on the Law of England*. Cambridge.
- Sedgwick, T. (1857). *A treatise on the rules which govern the interpretation*. J. S. Voorhies.
- Selden, J. (1685). *Fleta, seu commentarius juris Anglicani sic nuncupatus sub Edwardo rege primo*. H. Twyford, T. Basset, J. Place, & S. Keble.
- Smead, E. E. (1936). The rule against retroactive legislation: A basic principle of jurisprudence. *Minnesota Law Review*, 20, 775-797.
- Stimson, E. S. (1939). Retroactive application of law. A problem in constitutional law. *Michigan Law Review*, 38, 30-56.
- Story, J. (1858). *Commentaries on the Constitution of the United States*. Hilliard, Gray, and company.
- Swift, Z. (1795). *A System of the Laws of the State of Connecticut, in Six Books* (Vol. I). John Byrne.
- Troy, D. (1998). *Retroactive legislation*. The AEI Press.
- Turner, R. (1985). *The English judiciary in the age of Glanvill and Bracton (c. 1176-1239)*. Cambridge University Press.

- Usman, J. (2013). Constitutional constraints on retroactive civil legislation: The hollow promises of the federal Constitution and unrealized potential of state constitutions. *Nevada Law Journal*, 14.
- Vaughan Abbott, B. (1879). *Dictionary of terms and phrases used in American or English jurisprudence* (Vol. I). Little, Brown, and company.
- Viner, C. (1794). *A general abridgement of law and equity: Alphabetically digested under proper titles; with notes and references to the whole*. G.G.J. and J. Robinson.
- Warren, S. (1846). *A popular and practical introduction to law studies, and to every department of the legal profession, civil, criminal, and ecclesiastic*. D. Appleton & Company
- Widen, W. (2011). *Original Sin. Calder v. Bull Revisited*. Paper No. 2011, 33-201.
- Winfield, P. (1925). *The chief sources of English legal history*. Harvard University Press.
- Wood, T. (1720). *An institute of the laws of England*. Eliz. Nutt and R. Gosling.
- Wooddeson, R. (1792a). *A systematical view of the laws of England*. Thomas Payne.
- Wooddeson, R. (1792b). *Elements of jurisprudence*. H. Fitzpatrick.
- Zoldan, E. (2015). The civil ex post facto clause. *Wisconsin Law Review*, 727-784.

Roles de autoría y conflicto de intereses

El autor manifiesta que cumplió todos los roles de autoría del presente artículo y declara no poseer conflicto de interés alguno.