

## II

**Noiones Ideológicas y Gramaticales**

16. La conciencia humana de los pueblos más progresivos en la historia ha dejado escritos en los monumentos de legislación, cuyos textos hemos copiado en el párrafo anterior, sus sentimientos, sus ideas, sus concepciones generales acerca de lo que es *derecho*, de lo que es *justicia*, y de lo que es *ley*.

17. La filiación histórica de esas concepciones reflejada enérgicamente en el parecido de los textos legales y de las definiciones doctrinarias, nos revelan desde luego que el punto de partida de todas nuestras ideas generales y abstractas en el orden jurídico es el derecho romano, que recibiendo infiltraciones imperceptibles del derecho canónico y de las ideas cristianas, ha conservado durante muchos siglos el ascendiente que le conquistara su espíritu eminentemente lógico, su labor secular de armonía y de método y su tendencia de adaptación constante á las necesidades de la vida real. Este esfuerzo científico de los jurisconsultos y de los legisladores romanos, esa aptitud para fundir la variedad infinita de los hechos de la vida social y civil en la unidad lógica de un conjunto, ese desenvolvimiento uniforme y serial de las



primitivas nociones de justicia llevado hasta recoger, unificar y depositar ordenadamente todo el caudal de experiencias de pasadas edades en el clásico molde de esas perdurables compilaciones llamadas *La Instituta*, el *Digesto* y el *Código*; ese esfuerzo científico y ese desenvolvimiento lógico seguido sin interrupción al través de la historia, es lo que ha hecho del derecho romano el criterio de todas nuestras ideas jurídicas, el modelo de nuestras legislaciones y el tipo de nuestros sistemas y clasificaciones, y el que ha otorgado á ese derecho el privilegio de gobernar al mundo por el *imperio de la razón*, después de haberlo gobernado por *razón del Imperio*.

18. Más allá del derecho romano nos encontramos con la filosofía griega á la que debe la humanidad, como adelante lo demostraremos, la concepción de un derecho natural, de una *ley natural* (1) rigiendo la vida moral y social del hombre, como las leyes físicas rigen los movimientos de los cuerpos y las funciones de la materia. La filosofía griega se infiltró en el derecho romano por el intermedio de la escuela estoica cuya influencia se hizo sentir en esa lenta absorción del primitivo, rudo, místico y sacramental derecho quirita-

(1) Esta concepción ha tenido no solamente una influencia jurídica en los escritores y en los legisladores, sino en las revoluciones sociales, como lo demostraremos después. *Les theories de l'égalité naturelle* (dice Ernesto Neys-Origines du Droit international) *et d'un état de nature ont rempli dans l'histoire de l'humanité un rôle bienfaisant, car c'est en leur nom que presque toutes les anciens abus ont été dénoncés, attaqués, détruits.*

En nuestro derecho patrio se encuentran las célebres leyes 29, 30, 31, tit. 28, Part. 3.<sup>a</sup> y 2 y 6, tit. 4 Lib. 3 Nov. Recop. (años 1369 y 1448) que previnieron que no se obedezcan las órdenes ó Decretos del Rey dados contra *derecho natural* ó contra fuero ó en que se mande despojar á alguno sin ser primero oído y vencido en juicio.

rio de las doce tablas en las fórmulas de la equidad de los pretores, en el derecho especial aceptado para peregrinos y extranjeros, y finalmente en la adopción teórica primero y legal después, de un derecho de gentes (*jus gentium*) y de un derecho natural (*jus naturale*) en oposición al derecho positivo, al derecho civil *romano*. Y esta oposición está de tal manera reconocida y con ella la existencia real de un *derecho natural* superior á la ley positiva, que el jurisconsulto romano no siente embarazo ninguno en proclamar que hay instituciones de la ley civil opuestas á la ley natural. “*Scivirtus est constitutio juris gentium* (et civiles; ley 5 De statu hominum) *quo quis dominio* “alicui “*contra naturam*” *subjicitur*. Florentino, 11 De “*de statu hominum.*”)

19. Mas allá de los griegos, cuyas concepciones filosóficas no llegaron á encarnarse en monumentos de legislación como los códigos romanos, más allá nos encontramos con leyendas, mitos religiosos, divinidades que legislan; el derecho, el culto y la religión confundidos en un solo sentimiento, en idénticos ritos, en confusa mezcla, al extremo de que un jurisconsulto y filósofo eminente ha podido decir, apoyado en datos históricos y filológicos, que la primitiva raza aria, aquella de donde han salido los pueblos más cultos de la historia, los itálicos, los griegos, los romanos, los germanos, todas las razas designadas hoy con el nombre de raza indo-europea, esa raza primitiva de cuyo idioma han brotado todos los idiomas modernos y todos los demás muertos con la civilización helena y el imperio romano; esa raza primitiva no tenía palabras para expresar la noción de *derecho*. “He vanamente buscado (dice Hering. *Les Indo-Européens a-*



“*vant l'histoire*) una expresión significando  
 “*exclusivamente* el derecho, ó *exclusiva-*  
 “*mente* la ley, semejante á las palabras latinas *lex*,  
 “*jus*, ó siquiera un rudimento de la separación con-  
 “sumada desde su primer origen, en derecho romano,  
 “entre el derecho *divino* y el derecho *humano*  
 “(*fas et jus*,) entre el *derecho* divino y la reli-  
 “gión. Para el jurista esto equivale á decir que la na-  
 “turaleza particular del *derecho* no había sido aún  
 “reconocida. La palabra *dhârman* significa ley,  
 “orden establecido lo mismo en el cielo que en la  
 “tierra; *agas* es la violación del *dhârman*, los  
 “delitos contra Dios y contra los hombres; *rna*, la  
 “falta, en el sentido moral y criminal, como en el sen-  
 “tido patrimonial. Pero la vasta significación de es-  
 “tos tres términos que abrazan á la vez el derecho,  
 “la moral y los preceptos religiosos, prueba que la  
 “conciencia de los Aryas no percibía aun las diferen-  
 “cias que existen entre esos tres órdenes de ideas ó  
 “hechos.

20. Si de la raza indo-europea pasamos á la raza semítica, nos encontraremos que ella, menos que la primera, poseyó en las primitivas edades la noción del derecho humano independiente de dogmas, reglas y ritos religiosos. Todavía en la época de Moisés en los hebreos y en la época de Mahoma entre los árabes, la ley que rige los actos de la vida civil y política es la misma que rige los deberes religiosos, es el mandato divino, son los oráculos inspirados por un Dios ó por un Profeta; el decálogo dictado en el Sinay y el Koran recitado al oído del Profeta. Pero aunque ni la raza semítica, ni las demás razas y pueblos ya extinguidos ó de escasa importancia histórica, llegaron á emancipar sus ideas jurídicas de sus

ideas religiosas, como las emancipó la filosofía helénica, y por ella el derecho romano, y por este todos los pueblos cultos del mundo moderno, hay sin embargo una comunidad originaria de ideas en todos los pueblos y razas del género humano, un punto de partida común respecto del sentido, del significado atribuido á las nociones de *ley*, *derecho* y *justicia*.

21. El fondo primitivo y común para toda la humanidad, latente en esas tres nociones, es la idea de un *mandato*, de una *orden* dictada por un Sér superior y comunicada por diversos medios, según las diversas supersticiones de cada pueblo. La idea de *mandato* es la idea fundamental contenida en todas las palabras de los idiomas primitivos que han sido empleadas y se emplean aún con sus derivadas para expresar las ideas de *derecho*, *ley* y *justicia*. El hebreo tiene las palabras *thora* y *Jscharah* para significar *ley*, *derecho*, *justicia*, *santidad*, *rectitud*, *derechura*, (como dicen las leyes de Partida.) El sanscrito hace uso de las palabras *rog*, *arg*, que significan *dirigir*, *mover* en línea recta, de donde se derivan las palabras *argu* derecho, *ragistha* muy derecho; *raz* ó *eres* en zendo significa estar derecho, *erezu*, el derecho, *rati-za*. muy derecho; *oregô* en griego, dirigirse en línea recta de donde vino *orios*, recto; *ufrakjan* en gótico y *recan* en anglo sajón, dirigir, cuidar, y de ahí “riht raiht” reter reh” en los idiomas gótico, escandinavo y antiguo alemán; “regere,” “rectus,” y “directus” en latín, “direto” en italiano, “droit” en francés, “right” en inglés y “derecho” en español.

22. Esa idea primitiva de “mandato,” de “orden,” de “precepto,” de “regla de conducta” que contiene la



palabra "derecho" y sus derivadas en todos los idiomas, debió naturalmente, por efecto de la evolución inevitable de las sociedades, de las creencias y de los conocimientos humanos, debió transformar su primitivo significado en otro más amplio, más comprensivo y más complejo, pues ya se sabe que los idiomas ó el lenguaje sigue fielmente con flexibilidad y elasticidad de adaptación admirables los progresos del pensamiento y las descomposiciones y generalizaciones de los hechos observados por el humano espíritu. (1)

Si en las primeras edades lo "recto," lo "derecho," se refería únicamente á la obediencia hácia los mandatos de seres sobrenaturales, de dioses ó de héroes deificados; cuando la conciencia humana pudo elevarse á ideas más generales, debió aplicar y aplicó esas palabras á "mandatos" de otro orden, á los dictados por un ser menos material y grosero ó á los dictados por un poder más sensible y positivo, por el poder de los gobernantes humanos.

23. Pero de todos modos, la idea de *mandato* aunque diversificándose, especializándose, faccionándose ó descomponiéndose en múltiples sentidos, ha persistido siempre como la idea fundamental ideológica, gramatical y socialmente expresada en la palabra *derecho*. La palabra *derecho* sugiere irresistiblemente en el espíritu de todos los hombres; lo mismo en la ruda inteligencia del vulgo, que en las inteligencias familiarizadas con el tecnicismo convencional de la literatura jurídica; lo mismo en el idioma de los parla-

[1] Así la palabra *física* que antes designaba todas las ciencias naturales, aún la medicina [los médicos eran llamados físicos] hoy sólo designa un ramo especial de las ciencias naturales, pues para las otras ciencias existen la palabra *botánica*, *química*, etc.

mentos y oficinas, que en las altas especulaciones de los filósofos; lo mismo en los tiempos lejanos en que los Dioses, y los oráculos, y los mitos gobernaban directamente á los pueblos, que en las edades en que se ponen á discusión los títulos de los Gobiernos, los poderes del sacerdocio y los orígenes de las instituciones políticas y religiosas; lo mismo en el lenguaje familiar de la vida ordinaria que en la fraseología tradicional de los códigos, en todas partes y en todos tiempos la palabra *derecho*, palabra de que ningún idioma carece, sugiere irremisiblemente la idea de *mandato*, de *regla* que debe obedecerse, de *precepto* (particular ó general, según las épocas) que liga la voluntad humana. Esa idea fundamental se presentará vaga y confusa á la inteligencia del hombre inculto que no podrá precisar ni el origen, ni la estension, ni la naturaleza del *mandato*; se ofrecerá con ciertos contornos y lineamientos técnicos al espíritu del jurista que recitará las definiciones, divisiones y subdivisiones de la nomenclatura doctrinal para explicar su saber en *derecho*; resplandecerá con toda la intensidad luminosa de su origen histórico, de sus trasformaciones sociales y psicológicas, y de su función moral, política y religiosa, en el cerebro del filósofo; pero todos, el pensador profundo, el especialista en el arte de las leyes y el hombre vulgar todos atribuirán un sentido uniforme, una significación idéntica á la palabra *derecho*; todos se comprenderán y de hecho se comprenden recíprocamente al usar de esa palabra en las necesidades ordinarias de la vida y en la discusión de problemas elevados, porque para todos ellos tienen un sentido común, para todos responde á un hecho universal y perfectamente comprendido.



24. Este hecho es la existencia de un *mandato* ó de un conjunto de *mandatos* obligatorios; la existencia de una *regla* de conducta que *se debe* obedecer por aquellos que invocan á contra quienes se invoca esa palabra *derecho*. Cuando un creyente afirma que otro creyente (cristiano por ejemplo) no tiene *derecho* para negar el culto á San Expedito, afirma implícitamente que hay un *mandato religioso*, una *regla* canónica obligatoria que ordena tributar culto á ese santo, á esa imagen; cuando un hombre vulgar discutiendo con otro ú otros sostiene que álguien no tiene *derecho* para censurar los defectos de una persona á quien debe beneficios, supone implícitamente que existe una *regla moral* que obliga á los hombres á tener gratitud; cuando en una reunión recreativa se afirma que ninguno tiene *derecho* para comprometer á una señorita á dar una pieza de baile que otro tiene ya concedida, se tiene por cierto que hay una *regla de urbanidad* obligatoria que prohíbe esa conducta; cuando un abogado y un hombre de negocios defienden su *derecho* á cobrar réditos por la morosidad de un deudor, es porque saben que existe una *regla civil*, esto es, una ley positiva que impone esa obligación; y cuando por último los escritores, los literatos, los filósofos en sus discusiones y en sus investigaciones consignan que no hay *derecho* para alterar la sintaxis del idioma, ni para emplear sofismas en un debate, ni para atribuir semejantes resultados á determinadas instituciones, es porque esos literatos, esos escritores y esos filósofos discurren sobre la base de que hay una "regla del idioma," "una regla de lógica," una "regla" de "método" y "criterio" científicos cuyos cánones ó preceptos obligan á los literatos, á los polemistas y á los filósofos.

25. ¿Cuál sea el origen de esta *regla* cuál la autoridad que la haya dictado, cuál la fuerza y extensión obligatoria del mandato ó del conjunto de mandatos contenidos en ella, son problemas que se resolverán de distinta manera según la diversidad de las *reglas* ó *mandatos* de que se trate, según que se quiera estudiar el origen, naturaleza y eficacia de las reglas de religión, ó de moral, o de urbanidad, ó de derecho positivo, ó de lógica, ó de método, ó de cualquiera otra esfera de la actividad humana cuyo desenvolvimiento esté ó pueda estar sujeto á determinado orden, á determinadas reglas, á determinados *mandatos*.

26. Estos serán convencionales, serán hijos de la superstición, serán establecidos y sostenidos por la fuerza, serán impuestos por una autoridad de hecho, por una autoridad aceptada espontáneamente, por una autoridad cuyos poderes se funden en la ignorancia, en la tradición ó en el engaño; pero de todos modos el lenguaje de todos los pueblos, la palabra humana de todas las razas ha tenido una expresión para enunciar la idea de *derecho* y con ella la idea de *mandato*; ha tenido primero el instinto, después la conciencia, más tarde la convicción razonada de que hay un *orden* que debe obedecer, una autoridad que puede dictar *mandatos*, una *disciplina* á que debe ajustarse la conducta social, una *regla* que debe ligar los actos de la voluntad, y á ese orden, á esos mandatos, á esa disciplina, á esa regla la ha llamado *derecho*.

27. La noción de *derecho*, es por lo mismo universal, tan universal como las sociedades humanas. Desde las primeras agrupaciones bajo el Patriarcado ó bajo el jefe de la tribu, hasta las grandes familias de naciones civilizadas, la noción, la idea de derecho ha significa-



do y sigue significando y continuará significando *mandato*. Donde quiera que el hombre use de esa palabra, usará de ella en el sentido de que hay un mandato, un conjunto de *mandatos* ó una *regla* de conducta que liga la voluntad, que somete las acciones humanas á determinada dirección; donde quiera que el hombre sienta la necesidad de orden, de un orden determinado que le permita vivir, conservar su existencia, desenvolver sus facultades, tendrá que ocurrir á la palabra *derecho* como la expresión del sentimiento de esa necesidad de orden, el cual tiene forzosamente que encarnarse en la esfera ideológica y en la esfera de los hechos exteriores, en la idea y en la existencia de un mandato, ó de una serie de mandatos, en una palabra, en la idea de *ley* (1) (2) ó *nomos* (regla) en griego.

(1) "En concepto de Vico la palabra latina *lex* debió significar primero cosecha, *recolección* de cortezas, de donde ha venido la palabra *lex* ó *illex*, encino. Aquilex significó sin duda alguna recolector de aguas, y más tarde *ley* (*lex*) significó cosecha ó manojos de legumbres de donde viene *legumina*. En seguida y cuando las letras vulgares en que se podían escribir las leyes no estaban inventadas, *lex* debió significar agrupamiento de ciudadanos, es decir, parlamento, lo que quiere decir que el pueblo por su presencia hacía las leyes y reconocía la validez de los testamentos, *calatis comitiis*. El acto en fin de recoger las letras y de hacer diversos grupos fué llamado *legere, lex*."

(2) Es fácil comprender que cuando la noción de *derecho* ó de *mandato* dictado por una autoridad real ó fantástica dejó de informarse en simples tradiciones y costumbres ó en las órdenes *verbales* del patriarca, del sacerdote ó del caudillo de la tribu; cuando el crecimiento de la sociedad exigió que los gobernantes dictaran sus órdenes en forma solemne por pregoneros que las recitaban ó en forma escrita, la palabra *ley* debió aparecer en el lenguaje haciéndose insensiblemente sinónima de derecho. Ya venga esa palabra del *logos* griego (hablar) ó de la correspondiente al *legere* latino (*lex*) ó á *ligare*

28. Sin pregiudicar, por lo mismo el origen de las *leyes*, el origen del *derecho*, el origen del *mandato* ó de los *mandatos* y *reglas* que gobiernan la voluntad y los títulos porque la gobiernan en las diversas esferas en que el hombre acepta esas sanciones; sin prejudicar por ahora estas ideas que adelante tendrán amplísimo desenvolvimiento, bástenos al pronto saber cual es el sentido, el significado, la acepción que el vulgo de los ignorantes y las inteligencias cultivadas, los peritos en el tecnicismo jurídico y los letrados y filósofos, el idioma familiar y el lenguaje científico, las generaciones de hoy y las generaciones del pasado, los códigos modernos y las primitivas creencias han dado uniforme y constantemente á las palabras *derecho* y *ley*.

(ligar), de todos modos la aparición de esa palabra supone la existencia de una nueva forma *exterior* del derecho, de una forma *ordenada* y *general*, en la que los mandatos de la autoridad se publicaban con cierto aparato y en que se dirigían á una multitud, á una agrupación vasta. Ya no eran mandatos especiales, actos de justicia particulares como los *themistes* de los griegos, como las órdenes de los patriarcas que comprendían casos particulares y escaso número de súbditos; eran órdenes *generales*, y esta generalidad que es hoy el carácter distintivo de la ley, como lo explicaremos, esa *generalidad* traducida en manifestaciones exteriores de promulgación fué la que originó la aplicación metafórica que se ha hecho de la palabra *ley* trasladando su significado del orden moral al orden físico. "La aplicación de la palabra *ley* á otra cosa que á las órdenes de un gobierno, dice Bentham, ó á las *voluntades* de un legislador, constituye una verdadera figura de retórica." Esto es incontestable, observa un publicista francés; es preciso reconocer que en las ciencias físicas, matemáticas y en las ciencias morales distintas del derecho positivo, se extiende la significación primordial y específica de la palabra *ley* aplicando esta palabra á toda proposición que expresa que tal fenómeno se realiza constantemente como si una voluntad superior le hubiese ordenado. El jurisconsulto Blakstone se expresa en iguales términos:



Ellas, pues, han sido, son y serán las palabras con que la humanidad ha expresado, expresa y seguirá expresando la idea de *mandato*, de *regla* de conducta, de precepto obligatorio; sino que respondiendo esas palabras á los hechos expresados y habiéndose transformado los hechos con el curso de las edades, la significación de esas palabras ha tenido que seguir, como todo el idioma, el desenvolvimiento cada vez más comprensivo, más amplio, más general y abstracto de los hechos, rudimentarios en su origen y complexos y vastos en las sociedades modernas. A la idea de *mandatos* particulares dictados por autoridades divinas particulares, por los Dioses de la tribu ó de la nación, y perpetuada por la tradición oral, ha sucedido la idea de *mandatos generales* abarcando grandes masas sociales; de *mandatos* derivados de gran variedad de autoridades aceptadas por el sentimiento moral mo-

“Cuando el vulgo habla de las leyes de la materia, como cuando refiriéndose al movimiento de los cuerpos celestes dice que está determinado por ciertas *leyes*, quiere expresar solamente que ciertos cuerpos se mueven de cierta manera uniforme, como bajo la orden y mandatos de Dios; pero siendo insensibles esos cuerpos á toda *sanción* de *ley* son incapaces de obligación.” Esta extensión por metáfora del sentido de la palabra *ley* á toda uniformidad de fenómenos físicos, no prejuzga, ni resuelve en ningún sentido la cuestión de si existen *leyes naturales* del orden moral, esto es, *derecho natural*, ni en qué sentido sea aceptable la existencia de ese derecho; cuestión que oportunamente trataremos. Por ahora nos limitaremos á decir con Berriat Saint Prix que si una proposición es cierta; qué importa el nombre que se le dé? Si ciertas causas producen los bienes y los males con una constancia invariable á despecho de todos los esfuerzos humanos, es preciso que los pueblos y los individuos rijan su conducta con arreglo á ese orden de causalidad, bajo pena de sufrir ó de ser aniquilados.” En este sentido hay *leyes naturales*, como las hay positivas, políticas, humanas.

derno; de autoridades religiosas, políticas, literarias, en que se ha descompuesto por la ley de especificación la primitiva, homogénea y única autoridad de las edades rudimentarias; de *mandamiento* comunicado por medio de formas más solemnes y en términos más explícitos que la simple costumbre ó tradición oral. A la vaguedad mística de las ideas primitivas de las palabras *derecho*, *ley*, *justicia*, han sucedido ideas perfectamente definidas en el orden ideológico, por más que ellas envuelvan problemas discutidos de filosofía; la conciencia humana de nuestra época, el lenguaje actual de los hombres, el tecnicismo científico moderno atribuyen unánimemente á esas palabras el siguiente significado.

29. *Derecho* es un conjunto de leyes relativas á un objeto determinado ó colocadas bajo la unidad de un propósito.

*Ley* es un precepto de GENERAL observancia dictado por una autoridad.

*Justicia* es la conformidad de las acciones humanas con la ley.

