

podieran resultar, y de obrar con la conciencia de no ser molestados dentro de los límites de lo justo, se llega á concebir un tipo de moralidad al cual deben acomodar todos sus acciones para que pueda subsistir la vida social, y cuya aplicación se desea en todos los casos... entonces este sentimiento eminentemente abstracto, el cual se funda á su vez sobre sentimientos doblemente representativos, es el sentimiento de la *justicia*.

31. La génesis psicológica de la conciencia del derecho y de la justicia, con las correspondientes ideas, ha dado lugar á muchas discusiones, aun mirando la cuestión desde el punto de vista puramente positivo. En efecto, los filósofos ingleses, tratando la materia experimentalmente, han llegado á la conclusión—aparte las diferencias de las distintas escuelas—de que el concepto de lo justo procede de la afirmación de las normas legislativas por parte de poder social. Como este asunto es el más interesante de todo el presente trabajo, bueno es que fijemos particularmente nuestra atención sobre el mismo.

Empecemos por exponer sintéticamente las ideas de H. Spencer. Cuando un niño se halla en brazos de su nodriza, dice Spencer, se sonríe al ver la fisonomía risueña y al oír la dulce voz de su madre que lo acaricia. Cuando, por el contrario, ve una persona irritada, que le habla con una voz ronca y áspera, la sonrisa desaparece, el rostro se contrae con una expresión de dolor, y el niño, rompiendo á llorar, trata de librarse de aquella impresión. Esto indica que en su cerebro, el cual se halla en vías de desarrollo, entran en juego los aparatos por medio de los cuales un grupo de impresiones visuales y auditivas excita emociones agradables, y aquellos otros aparatos por medio de los cuales un grupo de impresiones visuales y auditivas provoca emociones dolorosas. Lo cual proviene de que en las experiencias anteriores de las razas, las sonrisas y las inflexiones dulces de la voz en las personas circunstantes han sido los habituales acompañantes de emociones placenteras, mientras que los sufrimientos de diverso género, mediatos ó inmediatos, han ido continuamente asociadas con las impresiones recibidas en presencia de entrecejos arrugados, de dientes candados y de voces destempladas y desagradables. Después, las múltiples expresiones de la cara, los gestos hechos con las manos, con los pies y con todo el cuerpo, la diferente inflexión de la voz, son símbolos de felicidad ó de malestar, de suerte que, en último término, la percepción de un grupo ó de otro de hechos difícilmente puede

presentarse sin que vaya acompañado de la producción de una onda de emoción agradable ó dolorosa. Las emociones comunicadas al joven salvaje con el lenguaje natural del amor ó del odio sobre los miembros de la tribu se refieren á una determinación parcial en correspondencia con las relaciones que le unen á su familia y á sus compañeros, y él aprende por experiencia la utilidad, en cuanto hace relación á sus fines, de evitar las acciones que provocan en los demás manifestaciones de cólera y de hacer uso de aquellas maneras de obrar que provocan en los mismos manifestaciones de placer. Desde sus primeros años ha oído referir, elogiándolas, las empresas de su jefe, y ha visto pintarse sobre todos los semblantes la admiración al oír las narrar; mientras que, por el contrario, ha oído referir los actos de debilidad en tono despreciativo, con metáforas insultantes, y ha visto al autor de aquellos injuriado y envilecido.

Análogos sentimientos se desarrollan también en él. Pero estos sentimientos no se forman porque él, razonando á su manera, haya encontrado esta verdad: que el valor es útil á su tribu, y, por consiguiente, para sí mismo; ó esta otra: que la debilidad es causa de males. Quizá en la vida adulta llegará á comprenderlo así; pero no lo comprende, ciertamente, en la época en que el valor se asocia en su conciencia con todo lo que es bueno, y la debilidad con todo lo que es malo. Igualmente se producen en él los sentimientos de inclinación ó de repugnancia con respecto á otras normas de conducta que ordenan alguna acción ó que la prohíben, por ser ventajosa ó perjudicial para la tribu, aunque ni el joven ni el viejo sepan la razón de por qué han sido mandadas ó prohibidas. Así también la creencia en la deificación del jefe de la tribu después de muerto, y en que este jefe puede reaparecer y castigar á todos aquellos que han despreciado sus preceptos, se convierte en un estímulo poderoso para obedecer éstos. Si echamos una ojeada retrospectiva hacia las creencias del pasado y hacia los sentimientos correspondientes, tales como nos lo muestran el poema de Dante, los misterios de la Edad Media, la matanza de San Bartolomé y los autos de fe, encontraremos la prueba de que, aun en tiempos relativamente modernos, lo justo y lo injusto casi no significaban otra cosa más que la subordinación ó la insubordinación, primero al legislador divino, después al legislador humano (1).

(1) Spencer: *Principes de psychologie*, trad. fr., II, pág. 625-632.

32. Esta teoría, sostenida también y llevada hasta las más extremadas consecuencias por Stuart Mill y Bain, creemos nosotros que no es aceptable, y que más bien puede ser peligrosa en sus aplicaciones. En efecto, si en el fondo, la idea jurídica y el sentimiento correspondiente provienen de la ley, viene de esta manera á admitirse la omnipotencia del legislador. En tal caso, el pueblo sería puramente inerte y pasivo en la obra legislativa, no crearía nada por sí mismo, y tendría una conciencia moral y jurídica puramente refleja. El arbitrio del legislador formaría la ley, y la historia jurídica no sería, en tal caso, más que un conjunto de hechos desligados, que no tendrían ninguna conexión lógica, ninguna explicación científica.

Stuart Mill admite sin más que la palabra justicia viene de *judicatura*. Pero entonces, ¿cómo es que llamamos injusto á un acto no comprendido en la ley? Y contesta: en este caso, el sentimiento de la injusticia se aplica á la violación de las leyes tal y como deberían existir, comprendiendo en esta frase las leyes que deberían existir y que no existen, y aquellas otras normas de conducta social que podrían entrar en el campo legislativo (1).

Pero ¿qué supone esto? Supone que si bien en el lenguaje vulgar puede alguna vez confundirse la justicia con la afirmación de la misma por parte del poder social, sin embargo, una y otra cosa son científicamente distintas; la primera de ellas surge en la conciencia popular, abstrayendo las ideas y los sentimientos jurídicos que se forman en el pueblo mismo, y la segunda procede del legislador, cuyas miras, ora por virtud de intereses particulares, ora por la ignorancia del mismo en materias históricas y sociales, pueden no corresponder á las exigencias de la sociedad. La escuela histórica y la experiencia diaria nos prueban que el derecho no está sometido al arbitrio del legislador, y que toda ley que choca con el sentimiento jurídico del pueblo ó no se cumple ó provoca una reacción correspondiente. Sin duda que los filósofos ingleses de que hemos hecho mención no pretenden dar el concepto científico de la justicia, sino que sólo se proponen explicar la génesis de la misma. Mas debe recordarse que el principio, según el cual el derecho no está sometido al arbitrio, es constantemente verdadero, porque el derecho, sea como costumbre, sea como ley, es siempre la fuerza específica del organismo social, y, por consiguiente, depen-

(1) J. Stuart Mill: *L'Utilitarisme*, trad. fr., cap. v, pág. 25.

de del organismo mismo, crece y se desarrolla con éste, independientemente del arbitrio. No queremos decir con esto que todo el pueblo conciba la justicia de la misma manera y tenga idea del perfecto equilibrio social, pues esto no ocurre ni en el tiempo, ni en el espacio, ni entre todos los individuos del mismo pueblo; pero lo cierto es que cada pueblo sabe concebir y realizar lo que es necesario para su conservación, independientemente de la obra del legislador, cuando ésta es nula, efímera ó caprichosa. Por lo cual no podemos creer, como Mill, que *justitia* venga de *judicatura*, ó, como dice Bain, que la conciencia moral provenga de los preceptos legislativos (1), ó, finalmente, como Spencer, que la idea de lo justo se origine en un principio del mandato del más fuerte y hasta en los tiempos recientes de la subordinación al legislador divino y humano. Es verdad que los hechos que aduce Spencer en apoyo de su teoría tienen un valor incontrastable; pero nosotros creemos que pecan por demasiado generalizados. El hecho de que un niño ó un salvaje no se elevan por sí solos á la idea abstracta de la justicia y juzgan de lo justo y de lo injusto según ven que una acción va acompañada de manifestaciones de encomio ó de castigo, es lo mismo que aquello de que una mala educación puede torcer las tendencias naturales de un individuo. Pero esto ¿qué prueba? No prueba más sino que no existe una idea innata de la moral y de la justicia, pero no que esta idea se derive de la educación ó del derecho positivo.

Se ha dicho muchas veces que el derecho debe responder á las exigencias del pueblo, sin lo cual el organismo social no puede subsistir. Esto lo prueba claramente la historia. Entre los pueblos salvajes (Spencer no lo pone en duda), las leyes corresponden perfectamente al organismo social y al género de vida de estos pue-

(1) Bain dice que el criterio de la obligación moral es el castigo; que la conciencia toma como modelo á la autoridad exterior; que la aprobación moral se halla ligada á la recompensa. ¿Qué cosa, dice, constituye la moralidad, el deber, la obligación, el derecho, el bien? Yo creo que el verdadero significado ó valor de estas palabras, es el de una serie de actos sometidos á la sanción punitiva. Se puede no estimar una cierta forma de conducta, pero sólo se considerará como obligatorio el abstenerse de esta conducta cuando ha sido castigada. Los poderes que imponen la sanción obligatoria son las leyes y la sociedad, ó la comunidad que obra por medio del gobierno, por respecto á los actos judiciales públicos, ó que obra fuera del gobierno por medio de la desaprobación y por medio de la exclusión de los servicios sociales. (Bain: *Les émotions et la volonté*, traducción francesa, pág. 255 y sigs.) Pero en este caso, decimos nosotros, ¿qué es una desaprobación por parte de la conciencia pública? ¿No es algo anterior á los preceptos legislativos, y no proviene de los fenómenos mismos de la conciencia, independientemente de la afirmación de la ley por parte del poder social?

blos. Por tanto, si admitimos que es sólo el capricho del más fuerte lo que forma la ley en estos pueblos, ¿cómo se explicaría que estas leyes respondan perfectamente á las exigencias sociales, cuando el capricho debía tender á conseguir fines puramente individuales? Luego debe haber algo de más íntimo en la conciencia del pueblo que la idea de una mera sumisión absoluta á la voluntad de los jefes. Hay además otro argumento que viene á probar también nuestra afirmación. Es una cosa muy frecuente entre los pueblos salvajes las insurrecciones á mano armada, con el fin de destronar al jefe, así como no es raro el caso de que una vez reducido á la impotencia este jefe, sus súbditos se venguen de él (á su manera, se entiende) por los malos tratamientos de que han sido víctimas. Si la conciencia jurídica dependiese del mandato del más fuerte, ¿cómo se explicaría en los casos de que se trata, que son muy frecuentes, como decimos, tanto encarnizamiento por deshacerse del jefe y vengarse de él? ¿Quién podría quejarse de aquello que considera justo? Ciertamente es que siempre ha habido, y quizá habrá siempre, algún teorizante que suponga que es justo todo aquello que ordena el que está en lo alto; pero ¿qué tienen que ver las aberraciones individuales con los verdaderos sentimientos del pueblo? Salvo raras excepciones, en todo tiempo y en todo lugar, el pueblo se hace justicia por sí mismo contra quien lo gobierna sin cuidarse de sus intereses. Y esto porque la conciencia de lo justo, lejos de ser un reflejo de las normas legislativas, es en el fondo la conciencia de las propias necesidades, cuya satisfacción debe armonizarse con la de las necesidades ajenas. Ahora bien; contra la observación de Spencer y de su escuela, decimos nosotros que no se necesita una inteligencia elevada para formarse una conciencia jurídica de la manera que hemos expuesto; por cuanto los sentimientos individuales están en relación con el grado de civilización, y cada uno se revela naturalmente contra cualquiera que (hable en nombre propio ó en nombre ajeno) impide la satisfacción de sus necesidades y el empleo de sus facultades.

33. Supuesto que el sentimiento de lo justo nace espontáneamente en la conciencia del pueblo, veamos sumariamente cuáles son sus primeras fases evolutivas.

Es imposible que este sentimiento se muestre claro y preciso desde su primera aparición. La sociedad va poco á poco organizándose, y el sentimiento de lo justo sigue las mismas transformaciones que aquélla.

En un primer período, todo aquello que se estima como necesario para la convivencia social es considerado como justo y obligatorio, sin preocuparse de la protección de los débiles. El derecho, pues, ni aparece objetivamente por medio de leyes escritas, puesto que no existe la escritura, ni subjetivamente se concibe como lo concebimos nosotros; pero en el fondo de aquellas oscuras manifestaciones del sentimiento de lo justo existen los primeros gérmenes que han dado después lugar á los sentimientos que originaron el *Corpus juris* y la revolución francesa. Las necesidades de la convivencia comienzan, pues, á imponer algunas normas de conducta adecuadas á estas necesidades, normas á las cuales se someten todos, porque, si no lo hicieran, inmediatamente se disgregaría el grupo social. He aquí las primeras costumbres y los primeros usos, que luego varían de pueblo á pueblo, según las diferentes circunstancias de tiempo y de lugar. Por lo tanto, el criterio de lo justo es diferente en las diferentes sociedades, no, como dice Spencer (1), porque sea diferente la voluntad de los gobernantes, sino por ser diferentes las circunstancias en que el pueblo se halla obligado á vivir.

La conciencia jurídica, con su correspondiente idea confusa é indistinta de la moral y de la religión, y en gran parte formada de elementos de carácter individual, no sin el reconocimiento, dentro de ciertos límites, del arbitrio del más fuerte, en las fases posteriores del desarrollo psíquico y moral, va elevándose, á medida que se separa cada vez más del principio egoísta y tiende persistentemente hacia el principio altruista. En efecto, aquí decimos con Spencer que «si el sentimiento de la justicia vive ante todo para mantener intacta la esfera que cada individuo necesita para el despliegamiento normal de sus fuerzas y para la satisfacción de sus deseos, sirve de una manera secundaria cuando es excitado simpáticamente para originar el respeto á las esferas semejantes en que se mueren los demás individuos; y aun sirve, por vía de excitación simpática, para dar origen á la defensa de los demás, cuando sus respectivas esferas de acción han sido invadidas. Evidentemente, cuanto más altamente representativo llega á hacerse el sentimiento bajo su forma egoísta, hasta el punto de hacerse excitable por simples ataques indirectos y remotos contra la libertad, más capaz se hace para sentir, en su forma altruista, el valor de la li-

(1) Spencer: Obra citada, II, pág. 632-633.

bertad de los demás; cuanto más respetuoso es con relación á las reivindicaciones de los semejantes suyos, más desea no invadir los derechos de los demás, iguales á los suyos. Aquí, lo mismo que en los demás casos, no hay sentimiento altruista posible fuera de aquellos que nacen por vía de excitación simpática de un sentimiento egoísta correspondiente, y por consecuencia, no podría existir sentimiento alguno de justicia para con los demás si no tuviésemos un sentimiento correlativo con respecto á nosotros mismos (1). »

Estos conceptos nos parecen en el fondo exactos, si bien la locución empleada por Spencer nos parece equívoca. Allí donde hay un gran predominio del egoísmo (empleando esta palabra en oposición á la de altruísmo), no puede darse un sentimiento muy elevado de la justicia, porque el egoísmo absoluto trae consigo las desigualdades y los privilegios; por el contrario, el altruísmo nace del desarrollo de los sentimientos simpáticos y sociables, de la subordinación cada vez mayor del interés individual al interés social. El sentimiento de la justicia es tanto más elevado, cuanto mayor es la simpatía hacia los demás, pero al mismo tiempo es tanto más elevado cuanto más desarrollado se halle el amor propio, cuanto mayor es la conciencia de los propios derechos, cuanto más se siente el propósito de hacerlos respetar.

Volveremos á insistir sobre esta materia cuando en la sección segunda de esta parte general nos ocupemos de la evolución del sentimiento jurídico.

(1) Spencer: Obra citada, II, pág. 649.

§ III

INDUCCIONES PALEONTOLÓGICAS ACERCA DE LA GÉNESIS DEL DERECHO

34. La fase embrionalmente confusa del derecho.—35. El derecho en la época matriarcal.—36. Continuación.—37. El derecho en la época patriarcal.

34. Es necesario determinar bien claramente, porque este es uno de los puntos capitales del presente trabajo, que ha dado lugar á muchísimas discusiones, cuál ha sido la génesis del derecho en la humanidad prehistórica.

Hemos visto cuáles eran las condiciones de existencia en que se encontraba el hombre verdaderamente primitivo: una lucha cruel y continua para poder vivir; lucha con la naturaleza, que aún no había sometido á su poder; lucha con los animales fieros, que corrían por las regiones que él habitaba; lucha con los demás hombres, para disputarles el alimento y la presa; lenguaje imperfectísimo; carencia de todo lo necesario para una existencia humana, tal y como nosotros la concebimos. En este estado de cosas, en este período primitivo de la existencia humana, así como no puede concebirse un desarrollo de ideas abstractas, así también es imposible concebir sentimientos simpáticos verdaderamente humanos, porque estos suponen un cierto grado de inteligencia y un cierto grado de bienestar que trae consigo la expansión. El hombre se veía obligado á unirse con otros para la defensa común; pero los grupos, que fácilmente se formaban, fácilmente también se disgregaban. Como no existía división del trabajo ni especialidad de funciones, no podía existir un verdadero organismo social. Como los sentimientos sociales eran muy rudimentarios, porque lo que impulsaba