

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO Y LOS CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	19
1 <i>El problema del derecho</i>	19
2 <i>¿Existe un objeto llamado derecho?</i>	20

PRIMERA PARTE

EL CONCEPTO DE DERECHO
Y LOS
CONCEPTOS JURÍDICOS FUNDAMENTALES

I

INTRODUCCIÓN

Los límites de[l]... lenguaje significan los límites de[l]... mundo.

Ludwig WITTGENSTEIN

1. El problema del derecho

Pocas cuestiones referentes a la sociedad humana han sido preguntadas con tanta persistencia y contestadas de formas tan diversas, extrañas e, incluso, paradójicas, como la cuestión: '¿qué es derecho?'.¹ Tal interrogante ha generado variedad de respuestas: se ha hablado de la "naturaleza", del "origen", del "fin", del derecho. Esto ha producido un enorme arsenal de "naturalezas", múltiples "orígenes", diferentes "fines" y distintas y, en ocasiones, contradictorias características.

Ahora bien, en vez de buscar, *modo teológico*, la naturaleza, la esencia, el origen "verdadero" o los fines "propios" del derecho ¿no sería más razonable comenzar preguntando por el objeto que la expresión 'derecho' nombra? ¿No sería más sensato establecer qué características tienen presente los juristas cuando usan tal expresión?

Nuestro punto de partida es el uso de la expresión 'derecho'. Ahora bien, no siendo un onomatopoyético la palabra 'derecho', o cualquiera de sus equivalentes (*i.e.* *kittu*, 'θεμιστες', 'δικαιον', 'νομος', 'ius', 'Recht', 'law', 'droit', etcétera), nombra algo. Cuando, como en el caso, no contamos con la posibilidad de una definición ostensiva, tenemos que observar con atención cómo se usa una expresión para saber qué nombra: esto es, necesitamos precisar, para usar una frase de H. L. A. Hart: "las convenciones que gobiernan su uso".² Ciertamente, no pretendemos de-

¹ Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, Oxford, Oxford, University Press, 1972, p. 1. Existe traducción española de Genaro Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1963 (reimpreso en México, Editora Nacional, 1978; *cfr.* p. 1).

² Cfr. Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, *cit.*, p. 5; *El concepto de derecho*, *cit.*, pp. 6-7.

terminar de forma absoluta qué es lo que 'derecho' nombra pero, al conocer las condiciones que determinan su uso, podemos señalar qué es lo que generalmente designa y saber en qué contexto y bajo qué circunstancias es usada esta expresión.

2. ¿Existe un objeto llamado 'derecho'?

Cualquier intento por definir un concepto tiene que tomar como punto de partida el uso común de la palabra que denota el concepto en cuestión.

Hans Kelsen

La historia de la cultura proporciona contundente evidencia sobre la persistencia de la expresión 'derecho' a través de los siglos. Hace miles de años que la comunicación humana ha requerido de tal expresión. En el tercer milenio *a* de C. varios Estados de Mesopotamia disponían de colecciones de disposiciones, escritas en acadio o en sumerio, que decían el derecho (*kittu*, *kittam* o *mīšārum*):

Ur-Engus, rey de Ur (*c* 2450 *a* de C) dejó asentado que: 'de acuerdo con las leyes de Šamaš, hizo que... prevaleciera el *derecho*'. Lipit-Ištar de Isin (*c* 2217 *a* de C) habla del tiempo en que 'estableció el *derecho* en la tierra de Šumer y Acadia' (*Bab: inūmi kitam ina māt Šumerin u Agatim aškununi*).³

Hammu-rabi expresamente dice: 'he establecido la equidad y el derecho en el país (*Bab: kitam u mīšāram ina pī mātīm aškun*)'.⁴

En el antiguo Egipto existen ciertas instrucciones que hacen evidente no sólo la existencia de la expresión equivalente a 'derecho' sino la existencia de un alto porcentaje de términos técnicos relacionados. Una de estas instrucciones, la de la tumba *Rekhmi-re*, dice en una de las

³ Driver, G. R. y Miles, J. C., *The Babilonian Laws I. Legal Commentary*, Oxford, Oxford University Press (1952), 1956, p. 5. En el texto de los autores aparece 'justicia' en vez de 'derecho'. Hemos dejado derecho en virtud de que '*kittu*' significa tanto 'derecho' (*kittu* es el derecho que, es fijo, el derecho de carácter incommovible...") *cfr.* Proosdij, B. A., van) como 'justicia' o 'lo recto' (*cfr.* Driver, G. R. y Miles, J. C., *The Babilonian Laws II. Transliterated Text. Translation. Philological Notes, Glossary*, Oxford, Oxford University Press, 1955, p. 385. El mismo término *mīšārum* o *mesaru* que es habitualmente traducido por 'justicia' (*cfr.* Driver, G. R. y Miles, J. C., *The Babilonian Laws I, cit.*, p. 37) se refiere a la actividad del legislador.

⁴ Código de *Hammu-rabi*, va 20-23.

partes: "...No actúes como desees en casos donde el derecho aplicable es conocido..."⁵

Los griegos disponen no sólo de términos técnicos sino de una amplia y bella literatura jurídica. En ella encontramos que 'θεμῖς', 'θεμιστες', 'δίκη', 'θεσμος', 'νομος', son diferentes formas de decir 'derecho'. Por 'θεμιστες' se entiende el derecho establecido por Zeus ó por los reyes homéricos.⁶ Donde no existe θεμιστες se vive un estado incivilizado, *sin derecho*. Así, Ulises llama a los ciclopes: 'αθεμοστων', desprovistos de derecho.⁷ En su relato cuenta de ellos: "...no tienen derecho (θεμιστες) ni asambleas del pueblo".⁸ Eurípides hace decir a Hécuba: "...pero los dioses son poderosos y el derecho (νόμος) también, el cual prevalece sobre ellos, puesto que por el derecho (νόμοσ) creemos en ellos y establecemos límites de lo justo y de lo injusto (... ἄδικα καὶ δίκαι'...)"⁹

No sólo los poetas hacían uso de 'θεμιστες', 'δίκη' o 'νομος'. Los filósofos también las usaban. Heráclito expresamente dice: 'El pueblo debe luchar por el derecho (νομος) como si fueran sus murallas'.¹⁰ Aristóteles citando a Homero dice: "...sin tribu, sin derecho, sin hogar..." ("... ἀφρήτωε, ἀθέμιττος, ἀνεστίος...")¹¹ En otra parte Aristóteles señala: "El derecho (νομος) en tal democracia entiende por igualdad..."¹²

Casos en que la literatura política hace uso de 'θεμιστες', 'νομος', etcétera, podrían multiplicarse indefinidamente; basten tan sólo estos ejemplos para probar mi argumento.

Si los anteriores párrafos proporcionan suficiente evidencia del uso de términos que mayor o menormente equivalen a 'derecho' y a las palabras relacionadas (*e.g.* jurídicamente, lícito, etcétera), en Roma se acuñan los usos paradigmáticos de 'derecho' y demás conceptos jurídicos.

⁵ Esta cita la hemos tomado de la versión inglesa de A. Théodoridés, contenida en su trabajo: "The Concept of Law in Ancient Egypt", en Harris, J.R. (ed.), *The Legacy of Egypt*, Oxford, Oxford University Press, 1971, p. 309.

⁶ Es el propio Zeus quien otorga a Agamenón el poder de dictar θεμιστες. (Cfr., *Iliad.*, ix, 99). Sobre el particular véase: Jaeger, W. W., *Alabanza a la ley. Los orígenes de la filosofía del derecho y los griegos*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1959, p. 19; *id.*, *Paideia. Los ideales de la cultura griega*, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 149. Cfr. Tamayo y Salmorán, R., *Sobre el sistema jurídico y su creación*, México, UNAM, 1976, pp. 15-19; *id.*, *Introducción al estudio de la constitución I. El significado de "constitución" y el constitucionalismo*, México, UNAM, 1979, pp. 20-31 y 84-91.

⁷ *Od.*, ix, 106.

⁸ *Od.*, ix, 112: "... τοῖσιν δ' οὐτ' ἀγοραὶ βουλευφόραι οὔτε θεμιστες..."

⁹ *Hec.*, 799-805.

¹⁰ *Frag.* 44.

¹¹ *Pol.*, 1253a 5.

¹² *Pol.*, 1291b 31-32.

Ocioso resulta señalar que los romanos contaron con la expresión '*ius*' (y expresiones relacionadas, e.g. '*ius*', '*iudicium*', '*iure*', '*iurisdictio*', etcétera). Los romanos contaron, además, con una especial terminología: los *nomina iuris* (e.g. '*actio*', '*interdictum*', '*lucrum cessans*', '*lex*', '*possessio*', '*societas*', '*usucapio*', etcétera). Aún más, Roma no sólo proporciona el arsenal de términos técnicos rigurosamente definidos, sino la "gramática jurídica", la *iurisprudencia*,¹³ el producto más característico de la mente romana;¹⁴ la cual ha sido, desde entonces, la forma ordenadora de nuestro pensamiento jurídico.

En otro lugar¹⁵ he dicho que bastaría una sola palabra para señalar la importancia de Roma en la historia universal: '*iurisprudencia*'. Al origen —señala Rudolf von Ihering—, simple gramática jurídica, devino, después, la regla de nuestro pensamiento jurídico.¹⁶ La influencia de Roma absolutamente no se limita a las instituciones que tomamos de su derecho, de por sí grandemente importante, sino al razonamiento jurídico romano, a su jurisprudencia. "Por ella nuestro pensamiento jurídico, nuestro método, nuestra forma de intuición, toda nuestra educación jurídica, ha llegado a ser romana."¹⁷

La pervivencia de la jurisprudencia romana había de influenciar la formación de las lenguas modernas. Todas ellas reciben los usos romanos de '*ius*' y de los demás *nomina iuris*. De ahí la importancia de conocer el significado originario de '*ius*' y de los *nomina iuris*. Las palabras tienen un *bagage* de todo tipo (emotivo, mágico, cabalístico, etcétera) además del descriptivo, proveniente, muchas veces, desde su uso originario, el cual es difícil eliminar cuando una palabra es dicha. Eso sucede con los *nomina iuris* de la jurisprudencia romana. La existencia milenaria de la expresión 'derecho' (i.e. de sus equivalentes) no sólo revela la existencia de un objeto que ha existido desde las más antiguas culturas sino, también, que ha sido un fenómeno enormemente persistente. Sin solución de continuidad ha llegado a todas las culturas mo-

¹³ Cfr. Tamayo y Salmorán, R., "Introducción a la ciencia del derecho y a la interpretación jurídica. La jurisprudencia romana", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XIII, núm. 39, septiembre-diciembre 1980, cit., pp. 837-341.

¹⁴ Cfr. Nicholas, B., *An Introduction to Roman Law*, Oxford, Oxford University Press, 1975, p. 1.

¹⁵ Cfr. Tamayo y Salmorán, R., *Introducción al estudio de la constitución I*, cit., p. 32.

¹⁶ Cfr. *L'Esprit du droit romain (Geist des römischen Recht)*. Trad. de Menle-naere, O. de, París, Chevalier-Marescq, 1877, t. 1, p. 3 y ss.

¹⁷ Ihering, R. von, *L'Esprit du droit romain*, cit., t. I, p. 14.

dernas como lo revela la existencia de la expresión 'derecho' (*'law'*, *'Recht'*, *'diritto'*, *'droit'*), y demás palabras relacionadas, tales como lícito, jurídico, etcétera (*'lawful'*, *'legal'*, *'juridique'*, *'giuridico'*) en las lenguas modernas. Pero ¿qué hay, qué se indica, qué se presupone, cuando usamos 'derecho'? ¿Cuáles podrían ser algunos rasgos característicos de ese objeto?