

GÉNESIS DEL ESTADO

Y DE SUS

INSTITUCIONES FUNDAMENTALES

Introducción al estudio del Derecho Público

POR

VALENTÍN LETELIER

Ex-Rector y Ex-Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile,
Consejero Académico Honorario de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata



SANTIAGO

HUME y WALKER

Librería Inglesa

Ahumada, 357

BUENOS AIRES

CABAUT y Cía.

"Librería del Colegio"

Alsina y Bolívar

OBRAS DEL MISMO AUTOR

- El Hombre antes de la Historia.* — Copiapó, 1877. Agotado.
Traducción de los *Opúsculos de Filosofía Positiva*, de Littré.
Copiapó, 1878. Agotado.
- Las Escuelas en Berlín.* — Santiago, 1885. Agotado.
- La Instrucción Secundaria y la Instrucción Universitaria en Berlín.* — Santiago, 1886. Agotado.
- La Ciencia Política en Chile.* — (Memoria premiada en el certamen Varela). Santiago, 1886. Agotado.
- Por qué se rehace la Historia.* — (Memoria premiada en el certamen abierto por la Facultad de Humanidades en 1886). Santiago, 1888. Agotado.
- La Enseñanza del Derecho.* — Santiago, 1888. Agotado.
- La Tiranía y la Revolución.* — Santiago, 1891.
- La Lucha por la Cultura.* — Santiago, 1895. Agotado.
- La Evolución de la Historia.* — 2 vol., Santiago, 1900.
- Ensayo de Onomatología.* — Madrid y Santiago, 1906.
- Sesiones de los Cuerpos Legislativos de Chile.* — (1811-1845), recopilación hecha por disposición del Congreso Nacional, 37 vol., Santiago, 1886-1908. No está en venta.
- Filosofía de la Educación.* — Segunda edición. Santiago, 1912.

GÉNESIS DEL ESTADO

ALFONSO SÁNCHEZ

INSTITUCIONES FUNDAMENTALES

•••

GÉNESIS DEL ESTADO

Y DE SUS

INSTITUCIONES FUNDAMENTALES

Introducción al estudio del Derecho Público

POR

VALENTÍN LETELIER

Ex-Rector y Ex-Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Chile,
Consejero Académico Honorario de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata



BUENOS AIRES

CABAUT Y C^{IA} - EDITORES

"Librería del Colegio" — Alsina y Bolívar

1917



Hecho el depósito que marca la ley. No 9500.

A la ilustre

Universidad Nacional de La Plata

Homenaje del

AUTOR.

PRÓLOGO

La nueva obra que hoy entrego a la indulgencia de los estudiosos no es en el fondo más que la primera parte de otra tres o cuatro veces mayor que bajo el título de *Ciencia del Derecho y de las Instituciones*, vengo componiendo desde 1882 y que en interés tanto del público como de los editores, he preferido publicar por secciones.

En la parte que hoy sale a luz bajo el título de *Génesis del Estado y de sus Instituciones fundamentales*, van involucradas las bases científicas de la enseñanza que durante 23 años (1888-1911), mientras hubo en Chile gobiernos que amparaban a los servidores públicos contra la saña ruin de las pasiones políticas y de las venganzas personales, profesé en la Universidad del Estado como catedrático de la asignatura de Derecho Administrativo; y según se deja entender en el subtítulo, la obra está destinada a servir de introducción, ó si se quiere, de coronamiento al estudio de las varias ramas del Derecho Público.

De tiempo atrás, se han venido formulando críticas, en apariencia fundadas, contra el carácter meramente profesional y utilitario de nuestra enseñanza jurídica; y aunque yo las conceptúe injustificadas porque habiéndosela instituido para formar abogados, no investigadores, es absurdo que se la enrostre como delito el rendir los frutos propios de su institución; creo a

la vez que el profesorado no debe desdeñarlas en absoluto dado que ellas son la expresión de laudables anhelos de progreso,

No sé si me equivoque, pero me parece que sin renunciar al procedimiento exegetico, único usado en nuestra enseñanza jurídica, acaso porque es indispensable para formar profesionales, podrían nuestros catedráticos imprimirla carácter acentuadamente científico: bastaríales empezar o coronar el estudio de cada asignatura con la exposición de la teoría inductiva de la correspondiente rama del derecho. Prácticamente he apreciado las ventajas de este arbitrio porque no de otra manera procedí mientras tuve a mi cargo la enseñanza del Derecho Administrativo. En mérito de estos antecedentes, no se estimará que haya mucha arrogancia en creer que la *Génesis del Estado y de sus Instituciones fundamentales* pueda servir o de introducción o de coronamiento al estudio del Derecho Público.

A la verdad, el arbitrio que propongo para dar carácter científico a nuestra enseñanza jurídica no es invento mío porque de largos años atrás lo han venido ensayando con más o menos fortuna varios de nuestros catedráticos. Desgraciadamente no todos han cosechado frutos apreciables porque bajo la inspiración de una filosofía rancia, algunos se han imaginado que a cuenta de una base propedéutica de sus enseñanzas, podían dar unas pocas nociones generales, por lo común algunas clasificaciones y definiciones, las que nunca han bastado en parte alguna a formar el espíritu científico y que a nadie pueden servir en sustitución de la teoría positiva del derecho.

Sin falsa modestia, yo dejo entender en el subtítulo de esta obra que ella puede servir a modo de introducción a los estudios exegeticos del Derecho Público, pero no sería sincero si a la vez no declarase que reconozco sus defectos y que espero el mejoramiento de nuestra enseñanza jurídica mucho menos de la adop-

ción escolar de dicha obra que del hecho de haber demostrado prácticamente en ella la posibilidad de estudiar las instituciones por la vía inductiva.

A la verdad, nada hay políticamente más premioso que el difundir el espíritu positivo en nuestras democracias porque el estado de equilibrio inestable en que viven y que es un peligro viene sin duda de que se dejan guiar, ora en sentido revolucionario, ora en sentido reaccionario, por simples ideologías. A causa de una muy deficiente preparación filosófica, se desdeña el espíritu positivo, que no es más que el espíritu científico, porque se lo confunde con el materialismo y el utilitarismo; y en la creencia de que no puede haber ideales que ennoblezcan la acción humana si no los sugiere la ideología, se la hace predominar en todos los campos donde se agita el pensamiento político, en la prensa, en los programas de los candidatos, en las discusiones parlamentarias, en las cátedras de las ciencias del derecho y del Estado. A todas luces, imprimir carácter científico a estas enseñanzas es propender a fijar el rumbo de nuestras democracias, es cegar la fuente principal donde las ideologías políticas y sociales se forman y alimentan, dejando, no obstante, subsistentes los ideales de la ciencia.

El método que en el estudio de los orígenes de la organización política de los pueblos he seguido, de lleno inspirado en la sociología, me ha llevado a poner de relieve la importancia que a la población, al territorio y a la ciudad corresponde como partes integrantes del Estado. Hasta cierto punto, es ésta una particularidad que en bien o en mal distingue a mi obra. No niego, no sería cuerdo negar que sobre los tres tópicos se ha escrito mucho. Pero en las obras de economía social, no se los estudia sino bajo los aspectos geográfico y económico, no bajo los aspectos jurídico y político; y en las de Derecho Público, no se los estudia sino como objetos pasivos de la administración pública, no como elementos integran-

tes y fundamentales del Estado. En este punto, la novedad de mi obra consiste esencialmente en haber completado la teoría sociológica del Estado reanudando y desarrollando las inmortales enseñanzas de Aristóteles.

Concretada la presente obra al estudio de los orígenes del Estado, no hay en ella cabida para determinar la teoría y los fines de la organización política. Sin desconocer que sería muy interesante determinar dichos fines por la vía inductiva para rectificar las doctrinas puramente ideológicas de los individualistas y de los socialistas, creo que semejante trabajo, sobre no caber en el cuadro de esta obra, pecaría de prematuro porque a todas luces no se ha de poder forjar la teoría definitiva del Estado y sus instituciones como no se forje antes la teoría científica de sus orígenes. El mismo reiterado fracaso de todas las tentativas que se han hecho para construir la ciencia de la política sin tener las bases inductivas que hayan de servirla de fundamento es para mí una elocuente advertencia que me precave contra la tentación de seguir el mismo camino. Si al cabo de dos mil años sobrenada *La Política* de Aristóteles, es precisamente porque el incomparable filósofo compuso su obra prescindiendo de todas las ideologías que otros pensadores habían difundido, compúsola después de estudiar las constituciones y la vida de más de 150 Estados helénicos, esto es, compúsola inductivamente. Como haga esta observación alguna fuerza en el ánimo de mis lectores, no dejarán de encontrar muy justificado el que por regla general, me haya abstenido en esta obra de exponer más teorías que aquellas que se refieren a los orígenes del Estado, no habiendo acopiado en ella hechos que pudieran servir de base para inferir las teorías de su organización y de su funcionamiento. Sólo una vez me he desviado de estos propósitos al estudiar los orígenes de la administración pública, porque para evitar el error de confundirla con el gobierno, como lo hacen generalmente los publicistas, me he

visto precisado a deslindar el campo que a mi juicio la corresponde teóricamente.

Animado por la aversión instintiva que las ideologías me inspiran, he querido dar en esta obra fundamento sólido a mis teorías multiplicando en ocasiones excesivamente las citas de hechos probatorios y comprobatorios. Por cierto, me habría placido descargarla de tantas y tantas citas que hacen pesada su lectura y que son ocasionadas a provocar la crítica de los literatos, los cuales por razón de oficio se curan más de la forma que del fondo. Pero he tenido que mantenerlas porque todavía no he acertado a descubrir cómo podría dar carácter inductivo a la obra suprimiéndolas.

En este punto, ofrece mi obra otra novedad que para los doctos no pasará inadvertida, cual es el gran número de obras españolas, americanas y chilenas que en ellas se citan. Cuando los autores europeos quieren hacer ciencia social de índole inductiva, apenas citan obras etnográficas que no se refieran a pueblos de los otros continentes. De los innumerables autores españoles que durante el coloniaje escribieron de América, Giraud-Teulon parece no haber conocido más que a Herrera; y en la enorme y compleja elaboración de su sociología, Spencer deja adivinar que de los araucanos no tuvo más noticias que las que encontró en la obra tan mediocre de Smith. Entre tanto, es la verdad que ninguno de los otros continentes ostenta una literatura etnográfica tan rica como la de América, y que de ningún pueblo bárbaro se han escrito obras etnográficas tan ricas en observaciones como de los araucanos.

Cuando los españoles adelantaban en la conquista de América, se encontraron en la misma disposición psicológica que se encontraron Heródoto ante los egipcios y ante los germanos Tácito. Ambos historiadores escribieron respectivamente de Grecia y de Roma sin exponer la vida y costumbres de los griegos y

de los romanos, porque las suponían conocidas de sus lectores. Pero en el Egipto y en la Germania encontraron usos, prácticas, costumbres e instituciones que les parecieron sobre modo singulares, tanto que sin vacilar juzgaron que para dar a conocer ambos pueblos, era más útil escribir la etnografía, que no la historia, de uno y otro.

Lo mismo hicieron aquellos cronistas españoles que durante el coloniaje escribieron de estos pueblos. Tentados por la singular novedad de la vida de los indígenas americanos, todos los autores más notables aplicaron gran parte de sus obras a exponer los usos, las costumbres, las instituciones, el modo de ser y el estado de cultura de los pueblos americanos. Largo tiempo antes de que Voltaire y Lenglet du Fresnoy establecieran que la jurisdicción de la historia debía abarcar la vida entera de los pueblos, los cronistas españoles habían escrito de los indígenas americanos en tan rigurosa conformidad con estas normas que por mucha parte sus obras son más bien estudios etnográficos que no relaciones históricas. Solo la ignorancia general del castellano puede explicar el que los sociólogos europeos, fuera de España, se hayan abstenido de explotar minas tan ricas. No hay otra explicación razonable para tanto desdén, pues si atendemos a la metódica disposición de sus partes, a la sobriedad científica de sus estilos, a la enorme extensión del teatro que abrazaban, y a la abundancia de las observaciones en ellas acopiadas; las obras de Oviedo, de Torquemada, de Herrera, de Cobo y otras se cuentan sin duda a justo título entre las más preciadas que durante aquellos tres siglos produjo la literatura histórica de Europa. ¿Por qué, pues, habría yo desdeñado esta riquísima, esta inagotable mina de observaciones etnográficas, imitando a los sociólogos europeos que no la conocen?

La única causa que habría podido retraerme del propósito que siempre tuve de buscar en América la

comprobación de mis doctrinas habría sido la dificultad de conocer y procurarme las obras más importantes y fidedignas de los cronistas y etnógrafos españoles; pero me es sobre manera grato declarar en esta coyuntura que tal inconveniente me ha sido completamente allanado por la inapreciable ayuda que el más insigne de los eruditos americanos, mi antiguo amigo José Toribio Medina, me ha prestado desde los comienzos de mi obra. Era él secretario de la Legación de Chile en Madrid así como yo lo era de la Legación de Chile en Berlín cuando a pedido mío, en carta que conservo, fechada el 11 de Abril de 1885, me dió las primeras indicaciones sobre las obras americanas que me convenía consultar; y desde entonces, nunca he recurrido a él sin encontrar la ayuda que buscaba. Sus consejos, sus juicios, sus indicaciones, su excepcional conocimiento de la literatura del coloniaje y su riquísima biblioteca de obras americanas; todo reforzado por una memoria prodigiosa y un claro talento me lo ha prestado con amistosísimo desinterés para que yo alcanzara buen éxito en mi empresa. Con un fuerte impulso del corazón le envío por la vía pública esta sola palabra: Gracias!

VALENTÍN LETELLIER.

Santiago de Chile, calle de las Claras N° 205, a fines de 1916.

CAPÍTULO PRIMERO.

Metodología Jurídica.

SUMARIO. — § 1. Importancia de la metodología. — § 2. Enseñanza histórica y enseñanza empírica. — § 3. Primeras tentativas de enseñanza sistemática. — § 4. La deducción. — § 5. El derecho natural. — § 6. La inducción y el método *positivo*. — § 7. Frutos que se reportan del empleo del método positivo. — § 8. Observaciones de Spencer en defensa del método subjetivo. — § 9. El método comparativo. — § 10. El hombre primitivo y el hombre salvaje. — § 11. La análisis y la síntesis en los estudios sociológicos. — § 12. Plan general de la obra.

§ 1. Es preocupación muy general la de creer que la ciencia de la lógica es materia muy abstrusa que se debe reservar exclusivamente para alimentar las lucubraciones de los filósofos y que los estudios de metodología solo interesan a las especulaciones abstractas y cuando más, también a la enseñanza de las matemáticas (*n*).

Pero en realidad, las cuestiones de metodología interesan no solo a la filosofía y a las ciencias exactas, sino también a toda investigación científica, a toda indagación judicial, a

(*n*) No faltan pensadores distinguidos que se hayan dejado embozar por esta preocupación. Así, Gil y Robles, que fué profesor de la Universidad de Salamanca, opinaba que si se toma el método en el sentido de «orden lógico con que las facultades aprehensivas colaboran a la invención y a la exposición científica», en tal acepción no puede aplicarse «a la historia, ni al arte, ni a fin, ni acto alguno, que no resulten científicos». Gil y Robles, *Metodología Jurídica*, pág. 8.

todo estudio, y a la política, y al arte, y a la conducta misma de la vida.

Podemos pensar, discutir, razonar, hablar, investigar, predicar, obrar y vivir con método o sin método, con bueno o con mal método; y en el fondo es una misma cosa proceder sin método o con mal método. De consiguiente, no cabe prescindir de él en rama alguna de los conocimientos ni en obra o empresa alguna que acometamos.

Hay ciencias, como la mineralogía, la paleontología, la lingüística, cuyo estudio solo interesa a unos pocos. El de la metodología interesa a todos, al rústico y al sabio, al hombre activo tanto como al reflexivo y en igual grado al filósofo, al industrial, al pensador, al artista.

La falta de método embrolla y dificulta la solución de las cuestiones abstractas, oscurece y complica el estudio de las materias más elementales, desperfectiona y retarda la ejecución de las obras más sencillas.

No es raro que los estudiosos encuentren de muy difícil comprensión algunas obras; y casi siempre, bajo la inspiración de una modestia inconsciente, se inculpan a sí mismos, imaginándose que no las hallan oscuras sino porque la materia es para ellos muy abstrusa. Pero en realidad no hay materia alguna de estudio que sea por naturaleza abstrusa; y toda obra bien hecha es fácilmente comprensible para cuantos han adquirido de antemano los conocimientos preparatorios indispensables. Son las obras las oscuras, no las materias, y sin excepción alguna, cuando la oscuridad no viene del empleo de una terminología nueva, exótica, rebuscada y mal definida, viene de una falta muy común de método, cual es, la de exponer las cosas al revés empezando por las nociones derivadas y compuestas y omitiendo las simples y primitivas que se dan por supuestas y conocidas. Con un poco de método, todo se aclara.

Apenas son creibles los despropósitos en que los ingenios más altos han solido incurrir por causa de los malos métodos. Por más extraño que nos parezca, ello es que durante largos siglos una figura ha valido por un hecho, un simil por una demostración y la simple alegoría ha tenido

la fuerza de un raciocinio irrefutable. Los teólogos comparaban la Iglesia con el alma y el Estado con el cuerpo, y concluían que el poder espiritual debe inspirar y dominar al temporal (*b*). Los jurisconsultos enseñaban que cuando un monarca conquista un país, las iglesias quedan sujetas al derecho de regalía por esta razón decisiva, porque la corona real es redonda (*c*). En pleno siglo XIX, Stahl defendió la autocracia absoluta observando que el rey es el padre de su pueblo; ¿y acaso (agregaba) se vió alguna vez que los hijos compartiesen con sus padres el gobierno de la familia? (*d*). Tamaños despropósitos no se evitan en el razonamiento sino adquiriendo el hábito de los buenos métodos.

Particularmente indispensable es el buen método en los estudios políticos, jurídicos y sociales porque a virtud de la suma complejidad de estas materias, el que se propone asimilárselas prescindiendo de este guía corre el mismo peligro de los que penetran sin brújula en las serranías de los Andes: a poco andar, se desorientan, se extravían y se pierden.

En todos los grados de la enseñanza, pero sobre todos, en el superior; en todos los órdenes de estudio, pero sobre todos, en el orden social, debemos empeñarnos más en descubrir el camino que lleva a la verdad que no en recibir hecha la verdad misma, porque mientras los conocimientos entran en la memoria como en un tonel sin fondo, los métodos imprimen al espíritu hábitos, inclinaciones y tendencias que no pierde jamás y que le sirven en todas las circunstancias de la vida (*e*).

(*b*) Hurter, *Histoire d'Innocent III*, t. I, liv. III, pag. 255.

(*c*) Montesquieu, *Esprit des Loix*, liv. XXIX, chap. XVI.

(*d*) Veron, *Histoire de la Prusse*, pag. 265.

(*e*) En particular, los maestros deben tener siempre presente que a su misión esencialmente educativa no cuadra que hagan el desairado papel de diccionarios; que aun en la tarea de instruir a la juventud están obligados a ser sus educadores y sus guías, y que para este efecto se deben.

Desgraciadamente, como lo observa Jellinek, filósofos y publicistas han descuidado sobre manera la determinación de los métodos que se deben emplear en los estudios de las ciencias políticas. Desde Augusto Comte (*f*) y sobre todo, desde Stuart Mill (*g*), no han faltado autores que se hayan empeñado en construir la metodología de la historia, de la económica, de la estadística, de la sociología y aun de la jurídica; pero en lo que atañe a la ciencia del Estado, ordinariamente se la ha reducido al simple comentario de tal o cual legislación constitucional (como fué realmente la *Republiken* de Cicerón), y se puede decir que hasta hoy no se ha compuesto tratado alguno que exponga la teoría de los métodos que se deban seguir en los estudios políticos para obtener frutos parecidos a los que se obtienen en las ciencias naturales (*h*). Por causa de esta negligencia, nos vemos precisados a empezar nuestra obra con un capítulo de metodología que holgaría aquí si lo encontrásemos en los tratados especiales de lógica.

§ 2. Cuáles métodos se deben adoptar por las ciencias políticas y jurídicas para la investigación y el estudio?

Antes de entrar a determinarlo, advirtamos que tanto en Europa como en América, estas ciencias se han estudiado principalmente con fines profesionales y que por esta causa, se ha confundido por lo común el investigador con el profesor, subordinándose la investigación a las necesidades de la enseñanza. En fuerza de estos antecedentes, conviene averiguar primero cómo se las ha enseñado para ponernos en grado de determinar cómo debemos formarlas, porque

empeñar más en inculcar métodos que en enseñar una suma más o menos grande de nociones. Appleton, *Méthode dans l'enseignement du Droit*, en la *Revue Internationale de l'Enseignement* de 1891, t. I, pag. 238.

(*f*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, quarante-huitième leçon.

(*g*) Stuart Mill, *Systeme de Logique deductive et inductive*, t. II, liv. VI, chap. VI à XII.

(*h*) Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, pag. 38.

según sea el camino que hemos traído, han de ser las rectificaciones que habremos de hacer para enmendar el rumbo.

Cosa bien sabida es que durante largos siglos, la enseñanza de estas ciencias, que se daba subordinada a los fines profesionales, ha rehuido el estudio sistemático de la teoría del derecho y se ha concretado a una exposición comentada de las normas jurídicas vigentes. Igualmente sabido es que en la exposición comentada de las disposiciones legales, se han formado dos escuelas divergentes: una que se inclina a la exégesis *histórica*, y otra que se inclina a la exégesis *empírica*, erróneamente llamada *filosófica*.

La escuela histórica se dirige a determinar la razón originaria de las leyes, a fijarles para siempre el sentido y el alcance con que el legislador las dictó, a quitarles aquella flexibilidad para regir situaciones y casos nuevos que abre la puerta a lo arbitrario, a evitar que en el trascurso del tiempo se las aplique dándolas interpretaciones divergentes o contradictorias.

Particularmente en el orden público, el método histórico rinde el fruto inapreciable de reprimir la ideología fijando a las disposiciones jurídicas el sentido originario. Cuando en el estudio del derecho constitucional, por ejemplo, no se sigue este método, es muy frecuente que se caiga en vanas divagaciones acerca de los derechos que en abstracto y por naturaleza corresponden a los ciudadanos. Por el contrario, cuando estudiamos los orígenes históricos de las libertades constitucionales, llegamos a la conclusión de que ellas no existen en abstracto porque son simples y prudentes limitaciones de los Poderes Públicos y en particular, del gobierno.

Si nos atenemos a los antecedentes, la libertad de imprenta es la prohibición impuesta al gobierno de perseguir en lo sucesivo a los escritores que censuran sus actos o que sostienen doctrinas heréticas; la libertad de reunión es la prohibición que se le impone de perseguir a los opositores que celebran asambleas y comicios para denunciar los errores de la política dominante; la libertad de los cultos es la prohibición que se le impone de hostilizar y negar los

beneficios del Estado a los que en el orden religioso se permiten no andar de acuerdo con la iglesia dominante; y la libertad de enseñanza es la prohibición que se le impone de cerrar aquellas escuelas donde se propongan doctrinas contrarias a las doctrinas oficiales.

En las Constituciones de algunos Estados hispanoamericanos, se garantiza la libertad de locomoción. Por qué? porque durante el coloniaje el gobierno de la corona no permitió a sus súbditos moverse de un lugar a otro sino con pasaportes y licencias y previa extensa información.

El primer Congreso Nacional de Chile, el de 1811, proclamó la libertad de comercio. Por qué? porque hasta aquella fecha la corona de España tenía cerrados los puertos para el comercio extranjero. Para lo sucesivo, no podría el gobierno de Chile ni mantener ni decretar de nuevo la clausura.

En una palabra, desde la Antigüedad no se han establecido en pueblo alguno tales o cuales libertades sino cuando de antemano los Poderes Públicos han hostilizado y perseguido a los ciudadanos que ejercitaban los derechos correspondientes o cuando había antecedentes que justificaban el temor de que sobrevinieran tales persecuciones.

Para determinar la verdadera teoría del derecho político, que en las tres cuartas partes de sus disposiciones está dirigido a reprimir para lo futuro, en pro de los ciudadanos, los abusos y los excesos de la autoridad pública, el método histórico es realmente irrecemplazable.

En contraposición con estas ventajas, la enseñanza histórica adolece de graves defectos, porque al empeñarse en el propósito de explicar el derecho y las instituciones menos por lo que son que por lo que han sido, les quita aquella flexibilidad que les permite abarcar un número de casos jurídicos mayor que el previsto por los legisladores, reduce las leyes a una letra muerta sin espíritu y sin vida, inhabilitándolas para regir nuevas condiciones sociales, y propende fatalmente a paralizar el desarrollo jurídico.

Es la enseñanza histórica, y no otra, la que induce a es-

tudiantes y catedráticos en el cuádruple error de tomar la voluntad del legislador por la fuente única del derecho, de creer que no hay derecho fuera de la fórmula legislativa, de confundir el derecho con la ley y de sacrificar el espíritu a la letra (i).

Por el contrario, la enseñanza empírica, que prescinde en absoluto de los motivos, circunstancias y orígenes históricos de las leyes, estimula vigorosamente el desarrollo del derecho y de las instituciones dando en cada día a cada disposición, *no el sentido con que los legisladores la dictaron, sino el que mejor cuadra al caso jurídico que se trata de resolver.*

Cuando los jurisconsultos romanos se dedicaban al estudio de la legislación patria, proscribían casi en absoluto el empleo del método histórico porque de otra manera no podían dar a las leyes antiguas, que se suponían irrevocables y que se habían dictado en circunstancias ya desaparecidas, sentidos nuevos que las habilitaran para regir las necesidades del presente (j).

Es la enseñanza empírica la que da flexibilidad a las leyes para adaptarlas a nuevas situaciones, la que extiende su alcance para hacerlas abarcar casos no previstos, la que a menudo con infracción de su letra y olvido de su historia, las dota de una vitalidad que las preserva de caer en desuso y las habilita para regir indefinidamente las alternativas y el desenvolvimiento de la vida social.

Muy conocida es la manera esencialmente empírica como los tribunales franceses extendieron a las sentencias interlocutorias los beneficios del recurso de casación. Cuando este recurso se instituyó, las resoluciones judiciales eran: o sentencias, o fallos preparatorios, o providencias; y se esta-

(i) Turgeon atribuye estos defectos a la exégesis; pero es la exégesis histórica, no la empírica, la que adolece de ellos. *L'Enseignement de la Faculté de Droit*, en la *Revue Internationale de l'Enseignement*, t. I de 1890, pag. 298.

Bunge, *Le Droit, c'est la Force*, liv. II, chap V.

(j) Meijer, *De la Codification*, pag. 48.

bleció que la casación solo procedía contra las sentencias. Mas, bien pronto se observó que a menudo los fallos preparatorios declaraban derechos permanentes de las partes produciendo cosa juzgada, por manera que las infracciones legales que en ellos se cometían no tenían menor gravedad que las que se cometían en las sentencias. Entonces, en contra de la auténtica historia de la ley, concluyeron que no era posible que el legislador hubiese querido sustraer de la casación infracciones tan graves; el recurso debe proceder también contra los fallos preparatorios, porque si no son en verdad sentencias definitivas, son sin duda verdaderas sentencias, sentencias interlocutorias; y dado que la ley no distingue entre las unas y las otras, fuerza es concluir que éstas son tan casables como aquéllas. Fue tan feliz en este caso la jurisprudencia francesa que a pesar de la tradición histórica, las leyes dictadas posteriormente en otras naciones, verbi-gracia, en España y en Chile, han sancionado la procedencia del recurso de casación contra las sentencias interlocutorias.

En contraposición con estas ventajas, la enseñanza empírica adolece del grave defecto de estimular el casuismo porque al prescindir de la razón originaria de las leyes, propende, mediante el uso y el abuso del raciocinio *ad absurdum*, a darles en cada caso un sentido específico. Por esta misma razón, quita al derecho aquella firmeza y a las instituciones aquella estabilidad sin las cuales la vida social y la propiedad y la familia carecen de garantías.

Al método empírico recurren ciertos dictadores y tiranos que para no enajenarse la conciencia de los hombres libres cubren con el ropaje externo de la legalidad sus actos más despóticos. En conformidad con el derecho romano de la República, jamás se aplicaba la pena capital a las vírgenes. La exención de esta pena era un homenaje rendido a la virtud. Mas, vino Tiberio y para entregarlas a las fieras sin infringir el derecho, las hizo violar previamente por el verdugo, como si la violación material las privase realmente del privilegio instituido en honor de su virtud (1).

(1) Tácito, *Annales*, liv. V, chap. IX.

Hacia 1890 ocurrió en Chile un caso que puso de manifiesto los peligros que la exégesis empírica ofrece. He aquí los hechos con sus antecedentes:

Según el art. 1º de la Constitución, el gobierno de Chile es popular *representativo*, y si nos atenemos a la historia, no se puede poner en duda que los Constituyentes de 1833 emplearon esta palabra en el único sentido que la política y la ciencia le habían dado hasta entonces, en el sentido de gobierno que se ejerce por medio de representantes. Con este calificativo se propusieron los constituyentes establecer, desde los comienzos de su obra, que el gobierno de Chile no sería ejercido por ninguna persona o entidad que pretendiese ejercerlo por derecho propio, esto es, ni por un monarca absoluto, ni por una aristocracia vitalicia, ni por el pueblo mismo. Durante largos años no se dió otro sentido a la voz *representativo*.

Mas, en 1888 apareció la obra titulada *Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo*, en la cual su autor, don Julio Bañados Espinosa, dió a esta voz un sentido nuevo, un sentido diferente de su sentido tradicional, histórico y etimológico. En los Estados donde funcionan cuerpos legislativos de origen popular, dijo, se distinguen « dos sistemas de dirección política: el Representativo y el Parlamentario ». Sistema representativo es aquel en que el Ministerio refleja la política del jefe de Estado y vive subordinado a su voluntad. Sistema parlamentario es aquel en que el Ministerio refleja la política de la mayoría parlamentaria y vive subordinado a su voluntad (1). A la verdad, la nueva terminología no podía ser más desgraciada puesto que todo sistema representativo es parlamentario, y los sis-

(1) Bañados Espinosa, *Gobierno Parlamentario y Sistema Representativo*, cap. I, pág. 7. — Bagehot, que fué acaso el primero que hizo esta distinción, llama al uno *sistema de gabinete*, y al otro *sistema presidencial*, *La Constitution Anglaise*, chap. I, pag. 21. Acaso sería más acertado llamar al uno *gobierno de gabinete parlamentario*, y al otro, *gobierno de gabinete presidencial o real*, o bien *ministerio gubernativo* y *ministerio parlamentario*.

Viveiros de Castro, *Estudos de Direito Publico*, cap. VIII, pág. 338.

temas parlamentarios son, por lo común, representativos. Pero sea de esto lo que sea, se ve en ella el propósito de restringir el significado de la voz *representativo*, porque en lugar de su sentido genérico, cual es el de gobierno ejercido por medio de representantes, se le da un sentido específico, cual es el de gobierno ejercido por medio de representantes y con gabinete presidencial o real.

Pues bien, cuando en 1890 fueron censurados por ambas Cámaras legislativas los ministros de Estado, los sostenedores de la política presidencial de resistencia alegaron que ellas se habían puesto con sus pretensiones fuera de la ley, porque si el gobierno de Chile es popular *representativo*, según la Constitución (decían), el jefe del Estado no está obligado a consultar la voluntad del Congreso en la elección de los secretarios de su despacho, y por consiguiente, cuando se le exige que los cambie al paladar de las mayorías parlamentarias, éstas formulan exigencias que son esencialmente inconstitucionales. Pero a los adictos del Congreso no hizo esta alegación la menor fuerza porque en el fondo ella se reducía a sostener el absurdo de que los Constituyentes de 1833 habían empleado la voz *representativo*, nó en el sentido etimológico e histórico que entonces le daban todos los publicistas sino en el sentido arbitrario y restringido que se le atribuyó en 1888 (n).

En suma, cada una de las dos enseñanzas tiene caracteres, cualidades, defectos y frutos propios y peculiares

(n) Para que no se atribuya a estas observaciones un alcance que no tienen en el espíritu de su autor, debemos advertir: 1º que a nuestro juicio, es indudable que los Constituyentes de 1833 se inclinaron mucho más al régimen presidencial que al parlamentario; 2º que si en 1891 imperaba el régimen parlamentario, no es porque lo hubiere instituido alguna ley, sino porque lo habían establecido las prácticas parlamentarias; 3º que nosotros creemos fatal para la República un régimen, cual es el parlamentario, que anula la acción y la responsabilidad del gobierno; y 4º que si en 1891 nos contamos entre los revolucionarios, fué porque en un pueblo libre no se puede reconocer al jefe del Estado la facultad de cambiar por sí solo un régimen político cualquiera.

que si por un lado sirven para distinguirla, por otro la inhabilitan para monopolizar el campo (ñ).

El que sigue el método histórico se pregunta: ¿cuál fué presumiblemente la voluntad del legislador al dictar esta ley, dadas las circunstancias y doctrinas que entonces dominaban? Y el que sigue el método empírico se pregunta: ¿cuál sería presumiblemente la intención que el legislador daría a esta misma ley si la dictase bajo el imperio de las circunstancias y doctrinas que dominan al presente?

La escuela histórica, como lo observa di Bernardo, propende a mantenerse fiel a la tradición y a la historia para que no queden en el aire instituciones que son el resultado de una determinada cultura (o) y por lo mismo, deja abandonado a si mismo, fuera de la ley, el desarrollo jurídico que se opera con posterioridad a la actuación legislativa. La escuela empírica, al contrario, pretende someter las interpretaciones de la ley a las necesidades y doctrinas de cada momento, de suerte que bajo de su criterio, el espíritu de las disposiciones legales cambia continuamente.

En la administración judicial, es de práctica más general el método histórico precisamente porque dando firmeza a la ley, garantiza mejor los intereses particulares y el acierto de la justicia. Pero en el gobierno de los pueblos hay que preferir el método empírico porque dando flexibilidad a la letra de las fórmulas legislativas, permite que con unas mismas leyes gobiernen radicales, liberales y conservadores y que se adapte el espíritu de las instituciones a las necesidades de cada día.

§ 3. Ora cuando se sigue el método histórico, ora cuando se sigue el método empírico, la enseñanza se reduce a una simple exégesis que carece de carácter siste-

(ñ) Bluntschli. *Theorie générale de l'État*, pag. 7

(o) Di Bernardo. *La Pubblica Amministrazione e la Sociologia*, t. I, pag. 48.

mático y que sustrae del estudio todo el derecho no escrito.

No son los Códigos ni tratados científicos, ni textos didácticos, ni acomodados que abracen toda la vida jurídica de las sociedades; y sus artículos no se deben mirar como fórmulas científicas sino como disposiciones legislativas cuya suma, cualquiera que sea su ordenamiento, jamás constituye una ciencia.

Si quisiéramos saber por qué en la enseñanza jurídica se ha seguido casi siempre el procedimiento exegetico, tendríamos que buscar la explicación en los fines que ordinariamente se persiguen al estudiar el derecho (*p*). Por lo común, no se hacen estos estudios con el propósito de conocer la ciencia del derecho, por amor a la verdad abstracta; se hacen con el propósito más práctico de conocer las leyes para poder ejercer la abogacía. Pues bien, desde el punto de vista profesional, importa mucho menos conocer la teoría científica del derecho que habituarse al manejo expedito de los códigos y estudiar al dedillo la historia, la inteligencia y las aplicaciones de las leyes. A nuestro juicio, la enseñanza profesional no puede prescindir del procedimiento exegetico; pero por lo mismo, sería empeño vano buscar en ella la ciencia propiamente tal, esto es, un cuerpo sistemático de doctrinas.

Por su naturaleza, el procedimiento exegetico induce en errores científicos de la mayor gravedad, primeramente porque no siempre la ley es el derecho y porque gran parte de las normas jurídicas no han sido sancionadas por el Estado ni reducidas a fórmulas escritas. Para la exégesis esta parte tan importante del derecho, dotada de vitalidad propia, no es objeto de estudio: no existe.

Korkounow observa que entre los jurisconsultos se hace notar una escuela para la cual no hay más normas jurídicas que las reglas dictadas por el Estado, y el derecho no es, en sustancia, más que la suma de las leyes escritas;

(*p*) Korkounow, *Théorie générale du Droit*, chap. II, pag. 96.

y en seguida observa, con mucha razón, que las necesidades del foro han popularizado esta doctrina porque la mayor parte de las veces las cuestiones jurídicas se reducen en los tribunales a determinar si la ley prevé o no el caso de la litis, ya que en los Estados contemporáneos de legislación escrita tiene poca importancia el derecho consuetudinario. En estas condiciones, si unos pocos estudian el derecho bajo el respecto teórico, los más se habitan a confundirlo con la ley, porque prácticamente es el criterio que sirve para resolver las cuestiones, y olvidan que contra una legalidad que se supone infalible pueden prevalecer intereses sociales superiores que quebranten su inflexibilidad, como sucede cuando se acuerda la amnistía (9). ¿Qué mejor prueba de que no siempre la ley es el derecho?

En el orden público, donde las fuerzas sociales ejercen imperio más incontrastable, se podrían citar innumerables casos en que patentemente se ve que la ley es una simple aspiración del legislador, que de hecho no tiene a menudo carácter de norma jurídica. Supongamos que queremos estudiar el régimen político de Chile para saber si él es democrático, aristocrático, oligárquico o autocrático. La exégesis tomaría como fuente de estudio la legislación escrita y llegaría muy pronto a la conclusión de que esta República es una perfecta democracia, constituida como está sobre la base legal del sufragio universal, puesto que tienen derecho a votar todos los varones que, habiendo cumplido 21 años, saben leer y escribir. Pero si el derecho no es derecho sino cuando es hecho, a la ciencia no le basta conocer la regla escrita; tiene que averiguar lo que hay en la realidad, y lo que hay en la realidad es: 1º que no sabe leer y escribir más de la quinta parte de la población de la República; 2º que de esta porción no se inscribe en los registros ni siquiera la quinta parte; 3º que de los inscritos más de la mitad no

(9) Korkounow, *Théorie générale du Droit*, chap. II, pag. 96.

concurrer a votar; y 4º que de los concurrentes los tres cuartos delegan su conciencia en manos del cura, del hacendado o del prefecto de policía. Conclusión: mientras el derecho escrito nos halaga con la ilusión de que vivimos en una perfecta democracia, el derecho real, el derecho que la exégesis ignora, nos tiene sujetos a una oligarquía tan corruptora como diminuta (*r*).

En segundo lugar, el empleo casi exclusivo del procedimiento exegetico nos habitúa a satisfacernos con el estudio verbalista de simples formulas, y apartándonos de las investigaciones jurídicas de carácter social, mantiene la ciencia del derecho en lamentable atraso. Es un fenómeno que por si solo justifica el cambio de procedimientos didácticos el hecho de que esta ciencia se encuentre tan atrasada que muchos niegan su existencia cuando la enseñanza jurídica ha tenido, desde el siglo XI y aun desde los primeros siglos del Imperio Romano, tantos y tan poderosos estímulos. En otros órdenes del saber, con muchos menos estímulos la enseñanza ha formado grandes ciencias.

En suma, sea que se siga el procedimiento de interpretación histórica o el de interpretación empírica, la exégesis no abarca jamás todo el derecho porque solo estudia el derecho escrito. Para ella pasa inadvertido el desarrollo jurídico que se opera fuera de la ley a impulso espontáneo de las necesidades sociales; y es ella la que ha tenido la

(*r*) Según la Sinopsis Estadística de 1912, el 31 de Diciembre de aquel año había inscritos en los registros electorales de Chile 593.234 ciudadanos; pero en esta suma están incluidos: 1º todos los que han fallecido después de haberse inscrito, puesto que sus nombres no han sido nunca borrados; 2º todos los que se han inscrito más de una vez por cambios de residencia; y 3º todos los que se han inscrito más de una vez en diferentes circunscripciones para tener varios votos que vender el día de las elecciones. Hechas estas eliminaciones, lo cual no corresponde a la Oficina Estadística, no podría suceder que cuando el número de individuos que saben leer y escribir, comprendiendo los menores de 21 años, es de poco más de 700.000, entre los cuales poco menos de la mitad corresponde al sexo femenino, haya 593.234 ciudadanos inscritos.

pretensión de negar valor jurídico a la costumbre, esto es, de establecer que el derecho nacido espontáneamente, que el derecho practicado y respetado de hecho, que el derecho por excelencia no es derecho.

Al expresarme en estos términos, no quiero en manera alguna negar que los procedimientos usuales de la enseñanza jurídica hayan producido estudios científicos de real valía. Para desautorizar semejante negación, bastaría citar algunas de las muchas y muy preciadas obras de la jurisprudencia francesa. Lo único que quiero decir es que esos estudios, desarrollados casi siempre en forma exegetica de comentario de leyes positivas, no tienen la contextura orgánica de las ciencias. Conclusión: para darles carácter sistemático es indispensable seguir en este orden las mismas vías que se siguen en los otros órdenes de conocimientos.

Contra los serviles procedimientos de la exégesis, se hizo en la Antigüedad una tentativa de subversión que por desgracia durante largos siglos no fué ni comprendida ni seguida; queremos aludir a las *Institutas* de Justiniano. Cuando la codificación del derecho romano hizo ver que por su enorme desarrollo el estudio exegetico sería el cuento de nunca acabar, se organizó una enseñanza sintética que prescindiendo de pormenores y adoptando una clasificación sistemática que distinguía las personas, las cosas y las acciones, abrazaba toda entera la vida jurídica.

Aun cuando por su contenido no pasan de ser las *Institutas* más que un mero compendio o texto elemental de estudio, suponen por su contextura un grande esfuerzo de generalización y envuelven una tentativa de alto vuelo filosófico dirigida a sistematizar la enseñanza del derecho enmendando profundamente la servilidad de los procedimientos exegeticos, que, a no dudarlo, habían sido los usuales (*rr*).

Por desgracia, a causa quizá de su mismo vuelo filosófico, aquel ejemplo ni fué comprendido ni rindió frutos apreciables. Verdad es que durante largos siglos, los comenta-

(*rr*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, pag. 495.

dores tuvieron la clasificación de las *Institutas*, hoy tan desacreditada, por «la base científica de todo sistema de jurisprudencia» (s). Pero es el hecho que en todas las escuelas de derecho siguió prevaleciendo el estudio exegetico de tendencia profesional contra el estudio sistemático de tendencia científica. A tal extremo llegó el extravío de los procedimientos didácticos que las mismas *Institutas*, compuestas para sistematizar el estudio de aquel vasto y complejo farrago de leyes, fueron sometidas en las escuelas a una exégesis que venía a contrariar y anular los propósitos de sus autores.

En realidad, solo a mediados del siglo XIX ha venido a empezar la reacción contra la exégesis porque se atribuye a Unger, catedrático de la Universidad de Viena, el haber sido el primero en estudiar un cuerpo jurídico prescindiendo del orden y de la letra de las leyes codificadas. Convencido, según se ha observado, de que la clave para la inteligencia de un código no puede estar en el mismo código y de que un código no es un buen texto didáctico, hizo prevalecer contra el estudio exegetico de la legislación positiva el del derecho propiamente tal y dió a su obra, por el hecho de haber renunciado a la exégesis, la contextura de un verdadero tratado científico. Tal fué el *Sistema de Derecho Civil de Austria*.

Como era de preverlo, se alzaron contra aquella tentativa revolucionaria todos los profesores y juriscultos que estaban habituados a seguir el orden fijado por los artículos del Código y que no reconocían más derecho que el de las leyes positivas. Para muchos de los que atacaban virulentamente a Unger, defender el procedimiento exegetico era defender su pasado científico. En particular, aquellos que habían publicado algunos comentarios más o menos

(s) Sumner Maine, ob. cit., pág. 497.

Las primeras *Institutas* fueron compuestas por Caius, que vivió a principios del siglo II, y estas sirvieron de modelo a las de Justiniano. Las de Caius estuvieron perdidas durante largos siglos, hasta que Niebuhr las descubrió en un palimpsesto el año 1816.

reputados no podían adherirse a la nueva escuela sin condenar sus propias obras al menosprecio (1).

En cambio, la nueva tendencia tuvo creciente aceptación de parte de los investigadores jóvenes que acometían el estudio del derecho sin prejuicios de escuela y que guardando menos miramientos al interés profesional, se sentían más tentados a dejar los caminos trillados.

§ 4. No hay más que un medio de convertir en ciencia una copia cualquiera de conocimientos, cual es, sistematizarlos desarrollándolos lógicamente; ni hay más que dos métodos para desarrollarlos lógicamente, cuales son la inducción que estudia los hechos particulares para inferir conclusiones generales, y la deducción, que de principios generales establecidos de antemano, infiere conclusiones y aplicaciones particulares.

Cuando la deducción parte de generalizaciones formadas inductivamente, sus conclusiones pueden incorporarse en la ciencia, a lo menos en el carácter de hipótesis mientras se acaba de comprobarlas. Al contrario, cuando parte de principios subjetivos, sus conclusiones son hipótesis simplemente metafísicas, sin carácter positivo, que nada tienen que ver con la ciencia. A la deducción sin base inductiva se da con toda propiedad el nombre de *método subjetivo*.

Como quiera que los primeros que estudiaron las cosas no fueron propiamente investigadores sino simples filósofos que daban lucubraciones subjetivas a cuenta de explicaciones positivas, la deducción no tuvo durante largos siglos base inductiva para desarrollar los conocimientos. En la inteligencia de que el espíritu nace enriquecido con ciertos principios *aprioricos* y de que tomándolos como base del saber se puede, de deducción en deducción, construir la ciencia a la manera de una sorites sin fin, se creía que la mayor y acaso la única dificultad de la elaboración no consistía sino en determinar dichos principios.

A este propósito, al propósito de dar base a la deducción

(1) Gianturco, *Il Filangieri* de 1881, fascicolo XII, pag. 738 a 740.

en cada uno de los órdenes del saber, consagraron buena parte de su actividad mental algunos de los más insignes pensadores de la humanidad; y no otro ha sido el oficio que en la historia del espíritu humano han desempeñado las categorías del entendimiento de Aristóteles, los postulados universales de los escolásticos, las ideas innatas de Descartes, los principios absolutos de Reid, los primeros principios de Spencer, etc., etc. Todas estas hipótesis suponen que hay en la constitución del espíritu nociones generales anteriores a toda experiencia, que no necesitan ni pueden demostrarse, que se perciben intuitivamente y sin las cuales no puede haber ciencia.

A la verdad, no son pocos ni poco reputados los pensadores que todavía en nuestro siglo creen que el método deductivo no necesita de base inductiva para rendir frutos apreciables. Sin contar entre ellos a Herbert Spencer, porque después de sentar esta doctrina en sus *Primeros Principios*, se contradijo a sí mismo desarrollando inductivamente su inmensa obra científica, el hecho es que pertenecen a esta escuela casi todos los que en nuestros días cultivan la filosofía abstracta. Bástenos citar en comprobación a don Enrique Gil y Robles, eminente profesor de la Universidad de Salamanca, hoy finado. En su sentir, todas las ciencias fundamentales se forman mediante un procedimiento eurístico o de lucubración interna. Para formarlas no necesita ni debe el entendimiento recurrir a la observación de los hechos: bástale recogerse sobre sí mismo y desarrollarlas deductivamente, y no se puede negar que, en efecto, es así como se han formado la teología, la ontología, la metafísica, el derecho natural y otras especulaciones análogas que durante largos siglos han usurpado el nombre, el puesto y la dignidad de las ciencias (u).

Pero los metafísicos (metafísicos son los pensadores que emplean la deducción sin base inductiva) no han querido que las ciencias de pura imaginación monopolizaran el empleo de este método. Distrayendo a muchos moralistas, a

(u) Gil y Robles, *Metodología jurídica*, pág. 13 a 16 y 38.

muchos sociólogos, a muchos economistas, a muchos juristas, etc., de la vía inductiva que espontáneamente habrían acaso seguido, han pretendido sostener que las ciencias sociales se reducen a un materialismo empírico y sin ideales cuando nacen subordinadas a los hechos, cuando no se las construye sobre la base de los principios absolutos.

Hutcheson creía que ratiocinando sobre la premisa de ciertos principios originales, se podía establecer la teoría de las cosas humanas sin recurrir a la experiencia de lo pasado ni a la observación de lo presente. A juicio de Reid, todo razonamiento se debe fundar en alguno de los principios primeros, y esto no tiene más explicación (decía) sino que a virtud de la constitución de nuestra naturaleza, no podemos prescindir de ellos en nuestras especulaciones; y con no menor ingenuidad, enseñó Hume que el filósofo puede explicar el curso entero de las cosas, tanto físicas como morales, con solo observar los principios de la naturaleza humana, tales cuales los ve en su propio espíritu (x).

Respecto de autores propiamente contemporáneos, nos concretaremos a recordar, para no multiplicar sin objeto las citas, que según Thiers, no hay más medio de descubrir y demostrar los derechos del hombre que observar concienzudamente la naturaleza humana, y que según Spencer, renunciar a los principios absolutos en los estudios superiores es entregarse al empirismo; es resignarse a vivir sin ideales (x).

Sea que tomen como base los principios absolutos o un concepto meramente intuitivo o inexperimental de la naturaleza humana, todos estos autores, todos los autores metafísicos coinciden en la propensión a prescindir de los

(x) Las doctrinas de Hutcheson, Reid y Hume las transcribimos de Buckle, *Histoire de la Civilisation en Angleterre*, t. V, pags. 159, 204 et 219.

Burlamaqui enseñó la misma doctrina, *Principes du Droit Naturel*, Partie Première, chap. I, § II, et Partie Seconde, chap. I, § II.

(x) Ahrens, *Cours de Droit Naturel*, pag. 109.

Thiers, *Le Droit de Propriété*, liv. I, chap. II, pag. 14.

Spencer, *Justice*, chap. VII.

hechos, buscando la explicación de las cosas fuera de las cosas mismas y el origen de las instituciones sociales, nó en la sociedad, sino en el espíritu humano.

¿Cómo determinan, verbigracia, los orígenes del Estado? De una manera muy sencilla y esencialmente deductiva. En vez de estudiar la formación del Estado en sus comienzos, suponen que del estudio de la naturaleza humana se infiere que la repugna toda coerción; que de consiguiente, ha de haber habido un tiempo en que la sociedad carecía de gobierno; que en aquel estado acático han de haber estado a la orden del día los vejámenes, las violencias, las usurpaciones y que al fin se han de haber reunido las víctimas y convenido en confiar la autoridad a uno para salvaguardar los derechos naturales de todos. En conformidad con este método, se han venido componiendo desde la Antigüedad obras como la *República*, de Platon, y *El Contrato Social*, de Rousseau, que carecen en absoluto de base positiva, que son simples lucubraciones ideológicas sin aprovechamiento posible y que siempre traen escondido un peligro para el orden social, cual es, el de suponer que siendo el Estado obra voluntaria del hombre, no ha de haber dificultad para suprimirlo mañana como no la hubo ayer para crearlo.

De análoga manera han pretendido los metafísicos explicar el origen de las instituciones fundamentales, por ejemplo, el de la propiedad. Recurriendo siempre a la imaginación para no engolfarse en pesados estudios etnográficos, han supuesto que el hombre no puede vivir sino de su trabajo y que para trabajar necesita indispensablemente apropiarse una porción de suelo. Luego, concluyen, la apropiación es un hecho necesario y providencial, un hecho esencial a la vida, y el mismo carácter ha de tener también la propiedad misma, que no es más que la apropiación convertida en derecho por el trabajo (1).

(1) Portalis, *Exposé des motifs de la loi relative à la Propriété*, pag. 25 del vol. IV, du *Code Civil des Français*.

Ahrens, *Cours de Droit Naturel*, pag. 296.

Sería de todo punto inoficioso multiplicar los casos de aplicación del mismo método. Al presente está él proscrito de todas las ciencias inferiores, y fuera de los autores metafísicos y anticientíficos, ninguno lo emplea en las ciencias sociales. ¿Cuál es la causa de esta proscripción? No otra que su absoluta ineficacia, comprobada por una experiencia secular (z). Durante 25 siglos lo han empleado en sus lucubraciones los más altos ingenios de la humanidad sin haber conseguido aumentar ni con un ápice de saber el caudal de los conocimientos humanos. Su obra más preciada, la metafísica, se reduce en sustancia a un tejido de hipótesis y suposiciones incorroborables que dieron pretexto para proclamar la impotencia del espíritu humano para descubrir la verdad, y es toda entera tan discutible que en vez de servir, como toda doctrina verdadera, de vínculo de unión mental entre los hombres, jamás se encontraron dos metafísicos que se entendieran entre sí, y al contrario, no ha sido raro en la historia de la filosofía que los discípulos de cada escuela se hayan dispersado por todos los vientos sosteniendo doctrinas divergentes.

§ 5. Si el método subjetivo no ha dado frutos apreciables en las ciencias filosóficas, no se ve por qué habría de darlos en las jurídicas.

Desde Platon hasta nuestros días, se han hecho innumerables tentativas para fundar las ciencias del Estado, de la

(z) Korkounow, *Théorie générale du Droit*, pag. 4.

Bunge cree que ni la escuela experimental, que emplea el método inductivo, ni la escuela especulativa, que emplea el método subjetivo, pueden pretender el monopolio de la verdad y que es dable llegar a ella por uno u otro camino. Bunge, *Le Droit c'est la Force*, liv. I, chap. I, pag. 13. En su apéndice podría citar este reputado profesor algunos casos en que realmente ciertos autores metafísicos han como adivinado algunas verdades de la ciencia. Pero por otro lado, se puede observar que esta adivinación se ha fundado siempre en una experiencia más o menos inconsciente y que dichas verdades no han adquirido carácter de científicas ni han pasado de meras conjeturas hasta que la inducción las ha comprobado.

moral, del derecho, etc., sobre la base de tales o cuales principios absolutos; y sin excepción alguna, todas han sucesivamente fracasado porque las doctrinas que se forman con prescindencia de la realidad, como las metafísicas, son por naturaleza inaplicables. Es particularmente el caso de la más famosa teoría político-jurídica inventada por el subjetivismo, cual es, la del *derecho natural*.

Así como en el orden de los conocimientos generales la deducción subjetiva ha creado la metafísica, así en el orden político-jurídico el mismo método ha creado la hipótesis del derecho natural.

Atribúyese generalmente a los griegos y sobre todo a los romanos el haber sembrado con el *jure naturale* y el *jure gentium* los primeros gérmenes de esta hipótesis; pero aunque el hecho sea efectivo, debemos advertir que en la Antigüedad y en la Edad Moderna, se conocieron con los nombres de *derecho natural* y de *derecho de gentes*, hipótesis que en el fondo son muy diferentes.

En Grecia, el concepto de derecho natural se confunde de manera que sorprende con el de derecho ideal. Como quiera que normalmente el sentimiento jurídico se anticipa a la reforma de las leyes, la caducidad de las instituciones genera en todos los pueblos ideales nuevos que se hacen servir de piedra de toque para juzgarlas. Cuando ellas envejecieron en Atenas, no se atribuyó el envejecimiento a los cambios sociales sino a que originariamente no se las había dictado en conformidad con las necesidades de la naturaleza humana. Sin que se pensara en formar una doctrina, se llamó derecho natural al conjunto de normas jurídicas que se suponían conformes con la naturaleza humana y que implícitamente se proponían como modelos para reformar el orden establecido.

Cosa muy diferente fué la que los romanos conocieron con el nombre de *derecho de gentes*, a lo menos antes de Cicerón. A virtud de su privilegiada ubicación, Roma fué desde los primeros tiempos emporio de activo comercio que atrajo a los mercaderes de toda la Italia; y cuando empezaron las contiendas judiciales, se encontró con que

no podía ni aplicarles la ley romana porque eran extranjeros, ni negarles justicia porque se exponía a perder gran parte de su población y de sus riquezas. Para salvar esta doble dificultad, recurrió el pretor al expediente de fallar las contiendas entre extranjeros o entre extranjeros y romanos en conformidad con las reglas jurídicas comunes de Roma y de los demás pueblos. En sustancia, observa Sumner Maine, el *jus gentium* no es más que la suma de las reglas, ora escritas, ora consuetudinarias que regían en todos los pueblos italianos, que eran las *únicas nociones* que por entonces estaban al alcance de la observación de los romanos y las únicas que enviaban inmigrantes al territorio de Roma (a a).

De estas dos someras exposiciones, se infiere que entre el derecho natural de los griegos y el derecho de gentes de los romanos había tres diferencias capitales: 1ª el derecho natural no se aplicaba, el de gentes era parte integrante del derecho positivo de Roma; 2ª a pesar de no aplicarse el derecho natural, se sostenía en principio que debía prevalecer contra el derecho positivo; el derecho de gentes no se aplicó en Roma sino en subsidio del derecho romano; y 3ª el derecho natural fué una simple hipótesis; el de gentes, un hecho.

Cuando la filosofía jurídica de los griegos llegó a orillas del Tiber, los filósofos y los jurisconsultos romanos notaron estas diferencias, como lo prueba el hecho de que Cicerón distinguiese el *jus civile*, el *jus naturale* y el *jus gentium*. Solo dos siglos más tarde, presumiblemente solo cuando Roma se asimiló el derecho común de todos los pueblos para establecer su legislación universal, se atribuyó con Cuius a la expresión *jus gentium* el significado de *jus naturale*, si bien Ulpiano mantenía todavía la distinción primitiva entre ambas (a b).

(a a) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. III, pag. 48.

Miraglia, *Filosofía del Derecho*, t. I, lib. II, cap. II.

(a b) Se dice de Cicerón, educado en Atenas, haber sido el primero

En la Edad Media y sobre todo, en la Moderna, se renovó el empleo de ambas expresiones, pero alterándose sustancialmente el sentido de una y otra. El *jus gentium*, que en los tiempos de la República romana fué el cuerpo de reglas civiles comunes de los pueblos italianos, pasó a ser rama del derecho público bajo el nombre de *derecho internacional* y quedó compuesto de aquellas normas jurídicas, ora escritas, ora consuetudinarias, que rigen las relaciones de los pueblos soberanos.

Hecha esta diversificación, se reservó el nombre de *derecho natural* para un cuerpo imaginario de principios absolutos, iguales para todos los pueblos, invariables a través de los tiempos, principios que emanan de la naturaleza íntima del hombre, que rigen independientemente de las condiciones sociales y no son modificados por los cambios de las costumbres, de las creencias ni del modo de ser de los Estados. El Estado mismo es, en lo fundamental, como si dijéramos, un cuerpo geométrico de contextura inmodificable, al cual deben amoldarse quieran que no quieran las sociedades. En una palabra, para los metafísicos, el derecho natural es el molde eterno y universal de todas las organizaciones políticas y jurídicas habidas y por haber y aquéllas que en él no quepan deben ser condenadas a velas apagadas (*n.c.*).

que entre los romanos habló del *juris naturalis*. Krüeger, *Histoire des Sources du Droit Romain*, pág. 53.

Gumplowicz, *Derecho Político Filosófico*, cap. IV, pág. 91.

Caius vivió a principios del siglo II, y Ulpiano murió asesinado el año 228. *Institutas*, lib. I, tit. II.

(*n.c.*) Courville Seneuil, *Les Principes del Derecho*, lib. III, cap. I, § 3.
Korkownow, *Theorie générale du Droit*, liv. I, chap. III.

Gumplowicz, *Derecho Político Filosófico*, pág. 91.

Ahrens, *Cours de Droit Naturel*, pag. 184 et 434.

Burlamaqui, *Principes du Droit Naturel*, partie seconde, chap. V, § VIII a XI.

Stahl dice que « Hugo Grotius es el creador del sistema de filosofía del derecho que se designa con el nombre de *derecho natural* y que du-

En la historia del desarrollo político-jurídico, es ésta una de las hipótesis que mayores servicios han prestado a los pueblos. Sistematizada en la Edad Moderna, cuando por una parte, había empezado la emancipación de la razón humana y cuando por otra, no tenían el Estado y las instituciones más fundamento jurídico que un origen divino ya muy discutible, trajo consigo el inmediato derrumbe de estas doctrinas teológicas, bajo de las cuales se amparaba el despotismo; y difundiendo el principio revolucionario de la soberanía popular, justificó en teoría el alzamiento contra un orden que parecía ser eterno y que mantenía aherrrojados la libertad y el espíritu.

Fuera de estos dos servicios, el de dar fundamento provisorio al Estado cuando las doctrinas teológicas se derrumbaban por su propio peso, y el de justificar la revolución contra autocracias indignas y corrompidas que pretendían perpetuarse después de haber cumplido su misión histórica, la hipótesis del derecho natural no es una doctrina social que se pueda utilizar como se puede utilizar toda doctrina científica; es una doctrina metafísica de la cual

rante un siglo hizo autoridad y se le tuvo por el único posible y legítimo». Stahl, *Histoire de la Philosophie du Droit*, pag. 147 et 155

A la verdad, no acierto a explicarme en qué sentido pudo Stahl atribuir a Grotius la invención de tal sistema, puesto que los teólogos católicos trataron del derecho natural a lo menos desde la segunda mitad de la Edad Media. Bástenos citar a Santo Tomás de Aquino, *Somme Theologique*, t. VI, seconde partie, première section, questions 91, 94, 95, 96, etc., etc.

Por de contado, entre la doctrina de Santo Tomás y la de Grotius hay diferencias de fondo, y entre ellas la siguiente: para Santo Tomás, el derecho natural emana de la ley divina; para Grotius, el derecho natural emana de la naturaleza humana, por manera que no dejaría de ser lo que es aun cuando Dios no existiera. Por otra parte, la exposición de Grotius es más sistemática porque se hace en una obra destinada exclusivamente al derecho natural. Pero estas diferencias no justifican el que se diga haber sido Grotius el fundador del sistema o de la ciencia del derecho natural.

Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, Discours Préliminaire, § XI, et liv. I, chap. I, § X, 5.

nunca se pudo tener la menor cuenta en la organización político-jurídica de los pueblos.

Desde los primeros siglos históricos de la Grecia hasta nuestros días, siempre que se ha intentado fundar la organización político-jurídica de algún Estado en principios absolutos las tentativas han fracasado porque aun cuando teóricamente se los supone aplicables en todos los tiempos y en todos los pueblos, de hecho o no son susceptibles de aplicación práctica o solo rigen mientras no se modifica el estado social. Las constituciones más famosas y las más duraderas legislaciones han sido aquellas que con prescindencia de los principios absolutos y de los derechos abstractos del hombre, se han concretado a establecer instituciones y normas jurídicas que daban satisfacción a positivas necesidades de los pueblos.

El estudio detenido de esta hipótesis hace ver que esencialmente el llamado derecho natural se compone: 1º de aquellas instituciones, derechos y normas jurídicas que por hallarse establecidos en todos los pueblos civilizados desde la más remota Antigüedad, se suponen necesarios, inmutables y eternos; 2º de algunos principios y derechos, verbigracia, el de la libertad personal, el de la libertad de conciencia, el de la igualdad, etc., que no estando todavía establecidos en algunos pueblos, se estiman por el sentimiento jurídico dominante indispensables a la consecución de los fines de la naturaleza humana; que en el fondo no son sino aspiraciones más o menos generosas y más o menos realizables, y que si pueden servir de ideales para la acción política en lo futuro, no pueden servir de piedra de toque para condenar lo pasado, cuando ellos ni estaban formulados ni habrían contado con el asentimiento general (*u ch*). Como quiera que en la prolongada vida de los pueblos no hay más instituciones y normas jurídicas necesarias que las requeridas por cada estado social, debemos concluir que históricamente todos los principios

(*u ch*) Miraglia, *Filosofía del Derecho*, t. I, lib. II, cap. I.

absolutos del derecho natural tienen carácter esencialmente relativo. Su ineficacia proviene de que falto del elemento de ponderación constituido por los hechos, los metafísicos llegan rápidamente a conclusiones prematuras y aventuradas que carecen de practicabilidad.

Los primeros que notaron la insuficiencia del derecho natural fueron: Hugó (1768-1844), Savigny (1779-1860) y Fuchta (1798-1846), jurisconsultos alemanes que, por el hecho de pertenecer a la escuela histórica, estaban especialmente preparados para conocer las causas y los orígenes verdaderos del derecho positivo y de las instituciones. Saliendo al frente de los sostenedores del derecho natural, la nueva escuela demostró (dice Korkounow) que el derecho entero no es más que un producto histórico de la vida de los pueblos, sujeto a una evolución regular, y que ni es creado por la voluntad de los legisladores ni constituye un código de principios eternos, absolutos e invariables (*a d*). En contra de una doctrina que supone la invariabilidad, podemos decir con Lambert que el legislador se expone a chocar con los hechos cuando pretende inmovilizar las normas jurídicas porque es tan impotente para detener o suspender el desarrollo del derecho como para fijarle el rumbo que ha de seguir en lo futuro (*a e*).

En el fondo hay una irreductible incompatibilidad entre el derecho natural y las investigaciones sociales.

Habiéndose inventado la hipótesis del derecho natural para explicar la existencia de ciertas instituciones cuando no se conocía el método de las investigaciones sociales que al presente sirve a la ciencia para determinar sus orígenes, no abarca en realidad más que una parte de la vida jurídica que se desarrolló en tiempos prehistóricos y deja sin explicación ramas enteras del derecho que se han desarrollado dentro de la historia y a nuestra propia vista.

² (*a d*) Korkounow, *Théorie générale du Droit*, pag. 31 et 131.
Grotius, *Le Droit de la Guerre et de la Paix*, liv. 1, chap. 1, § X, 5.
(*a e*) Lambert, *La Fonction du Droit Civil Comparé*, pag. 35.

Sumner Maine observa que los mejores economistas han rehusado expresamente estudiar los orígenes sociales de la propiedad, y concretándose a celebrar sus beneficios, la han atribuído, para disfrazar su ignorancia, al estado de naturaleza (*u f*). La misma observación podemos hacer respecto de la explicación metafísica de las demás instituciones.

Si los metafísicos han sentado que la propiedad, que la familia, que el Estado, etc., son de derecho natural, es porque viniendo estas instituciones de los tiempos prehistóricos, no conocían ellos ni las causas ni el modo de su formación originaria ni la intervención que en ella tuviera el hombre. Y a la inversa, nadie dice que sean de derecho natural la estadística, las aduanas, el Consejo de Estado, el Congreso Nacional, etc., porque habiendo nacido estas instituciones dentro de los tiempos históricos, sabemos que son obras del esfuerzo humano.

Como quiera que la mayor parte de la vida jurídica de los pueblos civilizados se ha desarrollado en los tiempos históricos, es fuerza recurrir a otro método para estudiarla y explicarla.

En realidad, la hipótesis del derecho natural está virtualmente abandonada como lo prueba el hecho de que en los estudios jurídicos no se tiene la menor cuenta de ella cuando se quiere darles carácter científico. Pero con esta eliminación no se ha conseguido abrogar completamente el empleo del método subjetivo en los estudios del orden social. Hasta nuestros días quedan todavía economistas, juristas, publicistas, etc., que sobre la base de principios esencialmente relativos, esto es, subordinados a los hechos, como el libre cambio, como la libertad, como el individualismo, han pretendido desarrollar curísticamente las ciencias sociales convirtiéndolos en principios absolutos, inmodificables y eternos (*u g*).

(*u f*) Sumner Maine, *Etudes sur l'histoire du Droit*, pag. 290

(*u g*) « Nous devons quant à présent (dit Stuart Mill) laisser de côté la classe nombreuse de raisonneurs qui ont traité les faits sociaux d'après

En conformidad con esta tendencia, tendencia que sin duda nació bajo el influjo de los hábitos intelectuales que se formaron en los estudios de derecho natural, Whateley pretendía que la economía política se funda en un corto número de hechos simples, universales, observables para la experiencia vulgar; que de estos hechos se infieren algunos principios generales; que esta ciencia es un mero encadenamiento de deducciones; que por consiguiente, se la debe incluir antes que entre las ciencias físicas o de observación, entre las ciencias lógicas o de razonamiento; y que es trabajo perdido y aun perjudicial el recoger muchos hechos para desarrollarla, porque lejos de llevar al fin que se busca, ellos confunden el espíritu y lo estravian induciéndole en falsas teorías. Opiniones análogas sostenía Rossi, el cual se complacía en comparar la economía política a la ciencia matemática, que sienta sus teoremas absolutos y hace sus demostraciones sin preocuparse de los frotamientos, de los choques, de las resistencias que puedan modificar la aplicación mecánica del cálculo y de las fórmulas abstractas (*u h*).

Merced a método tan absurdo, la economía política creció inflada de doctrinas de pura imaginación, que han resultado absolutamente inaplicables cuando se ha querido resolver, por ejemplo, los problemas suscitados por el socialismo contemporáneo.

les méthodes géométriques, sans admettre aucune modification d'une loi par une autre... J'entends parler de ceux qui déduisent leurs conclusions politiques, non des lois naturelles, non des successions de phénomènes, réelles ou imaginaires, mais de maximes pratiques inflexibles. Tels sont, par exemple, tous ceux qui fondent leur théorie politique sur ce qu'on appelle le droit abstrait, c'est-à-dire, sur de maximes universelles. . . Tels sont encore ceux qui supposent un contrat social ».

Stuart Mill, *Système de Logique*, t. II, liv. VI, chap. VIII, § 2, pag. 480.

(*u h*) Simiand observa que la economía política clásica sienta en sus principios una o más proposiciones que supone aceptadas de antemano sobre la psicología del hombre económico, y sobre ellas pretende levantar todo el edificio. Por ejemplo ésta: En el orden económico el móvil

Nada prueba mejor la ineficacia del método subjetivo que un hecho no raro en la historia del espíritu humano, cual es, que cada y cuando se ha estudiado un mismo problema por la vía deductiva sin base científica y por la vía inductiva, se ha llegado a dos o más soluciones diferentes, de las cuales ha predominado la que se ha inferido de los hechos. Para no estendernos sobre manera, recordemos solo un caso. Dos de los más insignes pensadores de la humanidad, Rousseau y Spencer, estudiaron respectivamente en el siglo XVIII y en el XIX, el problema de los orígenes de la desigualdad. Para buscar la solución, Rousseau hizo un viaje de París a Saint Germain y en los 7 u 8 días de su permanencia en este lugar, perdido en las selvas, en la soledad y el silencio, sin un libro que le diese datos positivos, se puso a pensar cuál debió ser la historia de los tiempos primitivos: en sus meditaciones, concluyó por desdeñar las viles mentiras de las sociedades civilizadas, y comparando el hombre del hombre con el hombre de la naturaleza, llegó a descubrir que la verdadera causa de su miseria está en lo que se cree ser su perfeccionamiento (*ni*). La conclusión de Rousseau es, como se sabe, que siendo iguales por naturaleza todos los hombres, la desigualdad no puede haber nacido sino de arreglos sociales impuestos por la usurpación, la fuerza y el despotismo.

De manera muy diferente procedió Spencer. Dado que las clases sociales vienen de los tiempos prehistóricos, él pensó sin duda que corresponde a la etnografía, a la etnografía que estudia principalmente la vida de los pueblos más atrasados, darnos a conocer los primeros gérmenes y las causas originarias de la desigualdad. Para arrancar esta respuesta a di-

ordinario de las acciones humanas es el interés. Convertidas estas proposiciones en postulado, de ellas se saca toda la ciencia por medio de la deducción.

Simiand, *La Méthode positive en science économique*, pag. 10 et 11.

Stuart Mill, *Système de Logique*, t. II, liv. VI, chap. VIII, § 2.

Minghetti, *L'Économie Publique, la Morale et le Droit*, liv. V, pag. 440.

(*ni*) Rousseau, *Les Confessions*, liv. VIII, pag. 365.

cha ciencia, acopió, ordenó y clasificó cuantos datos encontró en las obras más fidedignas de innumerables viajeros y misioneros. Su *Sociología descriptiva* no es sino una exposición sistemática de la enorme copia de observaciones que recogió antes de generalizar; y en el curso de sus *Principios de Sociología*, demostró que la desigualdad no es impuesta originariamente por obra de la fuerza, sino por obra de las circunstancias sociales.

La divergencia de ambas conclusiones no es indiferente a la vida política de los pueblos, porque si la desigualdad trae su origen de un abuso de la fuerza, no se podría condenar la revolución que se alzara contra los usurpadores con el propósito de restablecer el imperio del derecho primitivo; y si al contrario, es obra de las circunstancias sociales, no se podrían justificar las medidas violentas, y para establecer el régimen de la igualdad, no habría más medio legítimo que el de modificar el estado social que dió vida a las clases.

§ 6. Si la deducción no puede prescindir de la base inductiva, esta subordinación ineludible deja comprender por sí sola que en los comienzos de la ciencia el papel principal corresponde a la inducción. Estudiemos las condiciones que garantizan el buen suceso en el empleo de este método.

Según lo hemos observado más arriba, el empleo del método inductivo requiere un acopio previo de hechos. Sea una u otra la naturaleza de los fenómenos que hay que estudiar, este requisito tiene el carácter de inomisible.

Mas, en las ciencias sociales y por consiguiente, en las políticas, la observación individual y directa nunca basta a la inducción positiva porque los hechos se presentan a cada persona en forma tan fragmentaria que no se podría hacerlos servir de base a la generalización sin peligro de graves errores (a.j). Ora queramos determinar los orígenes y funcionamiento de una institución, o la existencia de una práctica, de un uso o de una costumbre, o la naturaleza de tales o cuales relaciones jurídicas, etc.; en todo caso necesitamos de la ob-

(a.j) Korkownow, *Théorie générale du Droit*, pag. 4 et 7.

servación multipersonal para formar la base positiva con los datos parciales que cada observador recoja o suministre. Sin desechar, pues, los de la observación individual, porque la ciencia aprovecha todos, absolutamente todos los que se le ofrecen, debemos tener presente que ellos solo sirven para completar los que se obtengan por otros medios.

Tres son las fuentes principales donde la inducción puede estudiar los hechos jurídicos para inferir las leyes que rigen el desenvolvimiento del derecho y de las instituciones, a saber: la historia, la etnografía y la estadística (*uk*).

De las tres fuentes principales, la estadística, instituida casi en nuestros días, solo nos suministra hechos relativos a la vida contemporánea de las sociedades más civilizadas. La historia abarca, sin duda, un tiempo mucho más largo, puesto que sus relatos empiezan algunos siglos antes de la Era cristiana. Mas, como las instituciones fundamentales han alcanzado en todas partes un grado más o menos alto de desenvolvimiento cuando la historia empieza sus relatos, tampoco podemos estudiar en ella todo su desarrollo porque no da cuenta de sus orígenes. De aquí viene la necesidad de recurrir a la etnografía para estudiar la manera como nacen y empiezan a vivir la propiedad, la familia, el Estado, etc.

Por más predominante que sea el papel de la inducción en los comienzos de las ciencias, este predominio no la autoriza para prescindir de la deducción y proceder por sí sola. Ninguno de los dos métodos puede proceder por sí solo sino provisoriamente. Ambos deben auxiliarse recíprocamente (*ul*).

(*uk*) Miraglia no encuentra más que dos fuentes, la inducción histórica y la inducción matemática o estadística; pero en la inducción histórica comprende acaso la etnográfica. Miraglia, *Filosofia del Derecho*, t. I, lib. I, cap. II, pág. 123 y 131.

Jellinek no cuenta más que una sola fuente, la historia, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, tit. V.

Westermarck, *Origine du Mariage*, pag. I.

(*ul*) Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, Introduction, pag. II.
Stuart Mill, *Système de Logique*, t. I, liv. III, chap. XI, § I.

En la filosofía se llama *empirismo* al sistema de conocimientos que se forma mediante la práctica de generalizar por la vía inductiva y no comprobar por la deductiva. El empirismo es, de consiguiente, un sistema de inferencias, o sea de inducciones precipitadas y no comprobadas (a II).

En la vida ordinaria, él es de muy frecuente aplicación. Los proverbios, los adagios, los refranes y máximas populares, hechos en vista de una experiencia limitada, a veces lugareña, son generalizaciones empíricas que para fijar el rumbo de la humana conducta, suplen al conocimiento de las leyes morales y sociales.

En la política, predomina particularmente el empirismo cuando sobrevienen crisis mentales porque no habiendo durante ellas una filosofía común que inspire a los gobernantes y legisladores, estos tienen que vivir al día, que concretarse a reformas de detalle, que limitar mucho sus horizontes.

Casi todas las ciencias han pasado por un estado previo de empirismo: la alquimia es el estado empírico de la química; las investigaciones de la panacea universal y los aforismos de Hipócrates constituyen el estado empírico de la biología; empíricos son los principios del arte política sentados por Maquiavelo; y mero empirismo es la economía política clásica.

Cuando se enseña que las violencias provocan las revoluciones, y las revoluciones la reacción, se generaliza empíricamente, porque si es verdad que en ciertos estados sociales, basta un ligero abuso a provocar los alzamientos, hay otros en que las mayores crueldades no surten más efecto que el de afianzar al Poder Público.

Empíricamente se generaliza también cuando se sienta que la libertad es el fin de la política. Acaso podamos decir con fundamento que en las sociedades más civilizadas fué éste el fin más importante de la política cuando al hombre no se le permitía ni pensar, ni creer, ni enseñar, ni publicar sus obras, ni reunirse, ni asociarse, ni censurar a su gobierno. Pero a

(a II) Giddings, *Principios de Sociología*, lib. I, cap. III, pág. 94 a 97.

todas luces, no podemos decir que la libertad sea el fin de la política en todas las naciones y en todos los tiempos.

Aristóteles hizo una observación social, profunda para su época, pero esencialmente empírica. Con incomparable sagacidad, advirtió que desde los siglos más remotos se habían desarrollado considerablemente en Grecia las ciencias y las artes; que los antepasados de los griegos contemporáneos habían sido verdaderos bárbaros, y que las primitivas legislaciones dejaban adivinar que se las había dictado para regir en pueblos muy atrasados. Presumiblemente (dice) nuestros antepasados se asemejaban al vulgo y a los ignorantes de nuestros días; es por lo menos la idea que la tradición nos da de los gigantes, hijos de la tierra, y sería absurdo estarse a la opinión de tales gentes: los hombres en general deben buscar, no lo antiguo, sino lo bueno (*nam*). Pero si Aristóteles notó el progreso de la sociedad griega, no determinó, no pudo determinar sus causas. Aquellos cambios ¿eran efectos de causas locales o de causas generales? de causas transitorias o de causas permanentes? Se habían efectuado también en las otras naciones? Se efectuarían también en lo futuro? El príncipe de los filósofos no lo supo.

Observación general: siempre que la ciencia se confía exclusivamente a la inducción, se expone a llenarse de nociones empíricas.

Así como la deducción, para no divagar en el vacío, necesita base inductiva, así la inducción para no quedarse a medio camino, necesita la comprobación deductiva. Aun cuando ambas vías se suelen usar por separado, no son en realidad dos caminos que lleven a Roma: son dos procedimientos de un solo método, el método positivo, que se vale del uno para descubrir las verdades fundamentales; del otro, para desarrollarlas y comprobarlas. La deducción es una hipótesis incorroborable cuando no se funda en base inductiva: ejemplo, la metafísica; la inducción tiene el carácter de simple conjetura que el estudio puede confirmar o desautorizar mientras

(*am*) Aristóteles, *La Politique*, liv. II, chap. V.

no se comprueba deductivamente: ejemplo, el darwinismo.

Pero no solo es ocasionado a errores el uso independiente y exclusivo de uno u otro procedimiento sino también el uso promiscuo de ambos en el comienzo de las investigaciones. Dado que antes del estudio el espíritu semeja una tabla rasa sin generalizaciones, sin abstracciones, ni principios absolutos, es claro que no se puede emplear con acierto la deducción sino cuando la inducción ha suministrado de antemano algunas nociones generales que puedan servir de base positiva al raciocinio. En conformidad con estas observaciones, la historia del espíritu humano nos enseña que para fundar las ciencias, cuya base es la observación de los hechos, solo ha sido eficaz el procedimiento inductivo, y que el deductivo no ha servido más que para comprobarlas y para desarrollarlas (*nn*). No hay ciencia alguna de carácter positivo que se sustraiga al imperio de esta necesidad lógica. Aun la astronomía, que no es más que un cuerpo de deducciones, se funda en una base inductiva, cual es, la ley de la gravitación universal.

§ 7. Trazado el camino que se debe seguir en toda investigación científica, estamos ahora habilitados para juzgar, enmendar y cambiar los rumbos, procedimientos y formas que la didáctica impuso durante veinte siglos al estudio de las ciencias jurídicas.

(*nn*) Stuart Mill, *Système de Logique*, t. I, liv. II, chap. III, § 2, § 5 i § 9.

Bain, *Logique Déductive et Inductive*: Introduction, § 35, liv. II, chap. III, § 8, et chap. IV, § 3.

El mismo Aristóteles, junto con demostrar que el silogismo es la expresión de la deducción, tuvo por absurdo el suponer que por medio de silogismos se pudiera descubrir nuevos principios y enseñó que solo por medio de la inducción se podía llegar a ellos.

Según Sumner Maine, fueron Jeremías Bentham y John Austin los primeros juristas que trataron de construir la ciencia del derecho prescindiendo de los principios aprióricos, siguiendo procedimientos rigurosamente científicos, valiéndose de la observación, la comparación y el análisis de las nociones jurídicas. Sumner Maine, *Les Institutions Primitives*, chap. XII, pag. 422.

Como quiera que el método positivo hace suyos y utiliza todos, absolutamente todos los medios de investigación, no podríamos decir con propiedad que los dos procedimientos tradicionales en la enseñanza del derecho, cuales son, el de interpretación histórica y el de interpretación casuística, queden proscritos y eliminados. Lo único que pasa en realidad es que el método positivo los absorbe después de rectificarlos, porque junto con repudiar las tendencias empíricas del uno y las tendencias casuísticas del otro, los relaciona entre sí y los utiliza como instrumentos complementarios de investigación y de estudio.

Los frutos que se reportan del empleo de este método en el estudio del derecho y de las instituciones, son realmente inapreciables. Mediante él, se sistematizan los conocimientos políticos y jurídicos, se les imprime el carácter positivo que distingue a la ciencia, se explican los orígenes y las diferencias de las leyes e instituciones que rijen en los pueblos y se amplía y completa la noción del derecho. Trataremos de comprobar someramente estas afirmaciones.

Según lo hemos observado más arriba (§ 3), sea histórica, sea casuística, la exégesis induce fatalmente en el error de tomar la ley por el derecho, y el derecho escrito por el derecho íntegro. En los pueblos de legislación codificada, este erróneo concepto es afianzado por la absurda disposición que quita a la costumbre todo valor jurídico para ante los tribunales (*uñ*). Pues bien, el método positivo nos enseña que el verdadero derecho no es más que la expresión de aquellas relaciones que espontáneamente se establecen entre los hombres con carácter coercitivo; que las leyes que se establecen por el impulso externo del legislador no crean derecho sino cuando son sancionadas por la costumbre y el asentimiento social; y que el derecho escrito nunca es completo porque jamás se lo desarrolla rigu-

(*uñ*) Korkownik. *Théorie générale du Droit*, chap. II, pag. 96.

«La costumbre no constituye derecho sino en los casos en que la ley se remite a ella» dice el art. 2 de nuestro Código Civil.

rosamente a la par de las necesidades y de las costumbres de los pueblos.

No se podría citar, en comprobación, caso más sugestivo que el de las relaciones de los patrones con sus obreros. Para los civilistas exégetas, ellas están acabadamente regladas por las leyes civiles y no hay conflicto que no tenga solución en las disposiciones que rigen el arrendamiento de servicios. ¿Acaso alguna prohíbe a los interesados estipular todas las condiciones y ventajas que les acomoden? Pero el hecho es el hecho: sin negar la luz, no podemos negar que hasta hoy no se ha logrado por medio de estipulaciones fijar el número máximo de horas de trabajo, ni garantizar el descanso semanal, ni establecer la higiene en los talleres, ni contar con la protección de los patrones en los casos de invalidez, ni prohibir el trabajo subterráneo, ni reprimir la explotación inhumana de la mujer y del niño. Cuando quisiéramos negar este vacío del derecho escrito, las continuas huelgas están diciendo a gritos que para regir las relaciones industriales entre hombres libres, no basta, no puede bastar una legislación que trae sus orígenes de la antigua Roma, cuando el trabajo estaba en manos de esclavos. La institución del contrato del trabajo en algunos Estados no es más que el reconocimiento de este vacío.

Mientras los publicistas persistieron en el empleo del método subjetivo, fué imposible encontrar la razón de las diferencias que se notan entre las instituciones similares de pueblos que se encuentran en diferentes grados de desenvolvimiento social. Cuantas hipótesis se inventaban para explicar dichas diferencias fallaban cuando se quería comprobarlas extendiendo el campo del estudio en el espacio o en el tiempo. Si el derecho natural ha caído derrumbado en nuestros días, es principalmente porque la etnografía ha conseguido evidenciar que en las sociedades primitivas no existe ninguna de aquellas instituciones que esta hipótesis suponía universales y necesarias.

En nuestros días, la general adopción del método positivo propende a encarrilar el espíritu en el estudio científico de las instituciones y a darlas una base social que las explique y

las afirme. Combatidas violentamente por el anarquismo, todas ellas y en particular, la propiedad y la familia, piedras angulares del orden jurídico, se han sentido bambolear sobre los débiles fundamentos que la metafísica les había supuesto, y no han recobrado su aplomo sino cuando se ha demostrado que son frutos y efectos de la cultura social, que no pueden desarrollarse en los pueblos primitivos ni suprimirse en los civilizados.

En sus *Orígenes del Matrimonio y de la Familia*, Giraud-Teulon hace notar este cambio de métodos que se ha venido operando en los estudios jurídicos a impulso de las ciencias naturales. La idea *a priori*, dice, la concepción mecánica imaginaria de los fenómenos, o de su sucesión quedan para lo futuro eliminadas en el terreno de las ciencias; y los elementos de las hipótesis no son ya ideas simplemente subjetivas, sino hechos, observaciones, experimentos (10).

Mediante este método, se ha demostrado el desarrollo evolutivo de las instituciones fundamentales, y los que lo han empleado, Spencer, Sumner, Maine, Lubbock, etc., han hecho más por el afianzamiento del orden social que aquellos autores metafísicos que suponiéndolas inmutables, se han reducido a condenar el espíritu revolucionario de los desheredados a la vez que les negaban toda satisfacción cerrando la puerta a todo avenimiento.

Fruto espontáneo de este método ha sido la teoría científica del derecho y de las instituciones. Sin que los investigadores se propusieran demostrar una hipótesis preconcebida, sus estudios han evidenciado que el derecho y las instituciones son fenómenos sociales, que se desarrollan juntamente con la sociedad a impulso de las necesidades sociales y que donde las necesidades sociales son tales, tal es el derecho, tales las instituciones; que el derecho y las instituciones cambian de un tiempo a otro y de uno a otro pueblo porque no son unas mismas las necesidades sociales en todas partes y en

(10) Giraud-Teulon, *Les Origines du Mariage et de la Famille*, pag. 7.

todos los siglos, y en fin, que cuando no siguen el movimiento social, cuando no se amoldan a la vida social, pierden la condición más indispensable de su existencia y quedan en el papel como fórmulas vanas e inaplicables (*ap*).

Consecuencia de esta teoría es que la ciencia del Estado no se pueda desarrollar sino subordinada a la sociología y que en ninguna otra parte sino en los grados inferiores del desenvolvimiento social debemos buscar los orígenes de las primeras instituciones. « Surge aquí (dice Posada) la íntima y estrecha relación entre la sociología y la política. El problema del origen y naturaleza del Estado es un problema que tiene sus fundamentos sociológicos esenciales, pues solo determinando el origen y naturaleza de la sociedad y la ley a que obedece el desenvolvimiento de sus formas y organismos, se puede determinar la necesidad humana que da origen al Estado, que lo constituye en función y que lo organiza en virtud de la fuerza con que la necesidad se siente y

1911 Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, XLVIII leçon, pág. 238 a 240.

Di Bernardo, *La Sociologia e la Pubblica Amministrazione*, t. 3, pag. 390.

« Il n'est plus contesté aujourd'hui (dit Ihering) que le droit n'est point, comme on se le figurait autre fois, une agrégation extérieure de dispositions arbitraires qui doit son origine à la pensée du législateur; il est, comme le langage d'un peuple, le produit interne et réglé de l'histoire. Sans doute, l'intention et le calcul humains contribuent à le former, mais l'un et l'autre *trouvent* plutôt qu'ils ne *créent*, car la naissance et la formation des rapports dans lesquels se meut la vie de l'espèce humaine ne dépendent point d'eux. Le droit et les institutions ont surgi sous l'impulsion de la vie; c'est elle qui leur conserve leur incessante activité extérieure. La forme que le caractère du peuple et tout son mode d'existence ont imprimée au droit précède toute pensée, toute volonté législative, et celle-ci ne peut y toucher sans que sa tentative ne tourne à sa propre confusion. Lorsque nous contemplons l'histoire de la formation du droit nous la voyons se dérouler constamment sous la perpétuelle influence du caractère, du degré de civilisation, des rapports matériels, des vicissitudes du peuple. En présence des puissantes forces historiques (nous dirions *sociales*) qui la régissent, la coopération de la raison humaine, voulant créer au lieu de rester un instrument, se réduit à rien ». Ihering, *Esprit du Droit Romain*, t. I, § 3, pag. 26.

de la adopción de esta misma necesidad al medio » (*uq*).

Bajo el respecto de la educación, el mayor beneficio que el empleo del método positivo brinda es el de convertir a todo estudiante en verdadero constructor de la ciencia emancipándole de la autoridad infalible del maestro, porque cuando los hechos son conocidos, cualquiera puede no solo inferir por sí mismo las conclusiones sino también rectificar las del más reputado catedrático. No son raras estas rectificaciones en las memorias que los estudiantes de medicina hacen para obtener grados universitarios con datos acopiados personalmente en las clínicas y hospitales.

Por último, a diferencia del método subjetivo, que lleva a unos a unas conclusiones y a otras a otros, el método positivo rinde unos mismos frutos en todas las manos, y sobre la base de unos mismos hechos, todos los investigadores que lo emplean llegan invariablemente a iguales resultados. Cuando dos investigadores se contradicen entre sí, la contradicción viene de que el uno ha tomado en cuenta hechos que el otro ha omitido. El método positivo, por consiguiente, extirpa de raíz en el profesorado universitario la tendencia anti-científica a formar escuelas y sectas con doctrinas subjetivas más o menos impugnables.

§ 8. Por una aberración que solo se explica cuando se conoce la tenacidad con que las preocupaciones filosóficas suelen arraigarse en el espíritu humano, tenemos que uno de los pensadores más científicos de nuestros días, como es sin duda Herbert Spencer, ha salido a la palestra en defensa de los principios absolutos y consiguientemente, del método deductivo.

Aun cuando entre los fundadores de las ciencias sociales él es acaso el que ha empleado con mayor amplitud el método inductivo, parece pretender que ellas se fundan originariamente, no como las de la naturaleza, en el estudio de las relaciones de coexistencia y de sucesión de los fenómenos, sino en unos que llamó *primeros principios*. Su extraor-

(*uq*) Posada, *Tratado de Derecha Política*, lib., III, cap. II, pág. 104.
Bunge, *Le Droit, c'est la Force*, liv. III, chap. VIII, pag. 163.

dinaria paralogización le llevó hasta decir que renunciar en las investigaciones a tales principios es renunciar a los ideales que sirven de estímulo tanto a la actividad científica cuanto a la actividad política.

A la verdad, si miramos al fondo de las cosas, Spencer no contradice la doctrina que venimos sosteniendo, según la cual no es posible fundar las ciencias, en especial las de los órdenes superiores, sino mediante el método inductivo. Si aparentemente está de acuerdo con los metafísicos porque sostiene que todos los órdenes de investigación se han de fundar en principios *aprioricos*, en realidad nó, por cuanto los que él llama *primeros principios* no son absolutos como los de la metafísica, sino que son frutos, esto es, inducciones de la experiencia colectiva de los pueblos. En este punto resalta una disidencia irreductible.

Como es sabido, para los metafísicos los principios absolutos son anteriores a toda experiencia, son innatos, son evidentes por sí mismos y constituyen una base inomisible tanto de la filosofía cuanto de la ciencia experimental. Entretanto, los principios primeros que Spencer da como fundamento a la ciencia son ciertas nociones que todos los hombres profesan porque no son formadas por la experiencia individual sino por la experiencia de la sociedad entera. Por ejemplo, la base de su obra la *Justicia* es que la libertad de cada uno no tiene más límites que la libertad de los demás; principio que nada tiene de absoluto ni de metafísico. Según la doctrina de Spencer, estos principios intuitivos no han podido imponerse al espíritu, en conformidad con la hipótesis de la evolución, sino a consecuencia de un prolongado comercio con las cosas exteriores. Por tanto, los principios aprioricos de Spencer solo se diferencian de los principios inductivos en que mientras los primeros se forman como fruto de la experiencia colectiva de varias generaciones, los otros son frutos laboriosamente formados por las investigaciones de unos pocos amantes de la ciencia (*u r*).

(*u r*) Spencer, *Justice*, § 33.

Como lo observa Simiand, en el mismo error han caído los economistas

Simplificada en estos términos la cuestión por el mismo Spencer, creemos que es procedimiento anti-científico el de dar por fundamento a la ciencia, antes de toda verificación, unas nociones empíricas perpetuadas por la educación refleja, que en el fondo es la educación irreflexiva. Formadas antes de la ciencia para suplir la falta de la ciencia, constituyen el saber del vulgo y no pueden ser incorporadas en ella sino cuando la inducción las ha sometido al crisol de escrupulosas comprobaciones. Si en algunos casos la inducción ha llegado a ratificarlas, lo más frecuente es que haya tenido que rectificarlas, que modificarlas, que ampliarlas o restringirlas antes de ponerles el sello de la verdad científica. Si hubo en los pasados tiempos creencia general, fundada en la experiencia de todos los hombres, fué sin duda la de que el sol gira alrededor de la tierra, y sin embargo ¿quién no comprende cuán irracional y absurdo habría sido que Copérnico, Kepler y Newton hubieran pretendido fundar la astronomía sobre la base de semejante principio?

Durkheim observa que el hombre no puede vivir en medio de las cosas sin formarse acerca de ellas algunas ideas que le sirvan para reglar su conducta. Antes de que la ciencia las estudie y nos dé el concepto positivo, ya tenemos sobre ellas conceptos más o menos groseros, y como estas nociones, tan imperfectas como son, están más cerca de nosotros que las realidades por ellas representadas, propendemos naturalmente a sustituir las realidades por las ideas y a convertir las ideas en base de nuestras especula-

clásicos, porque han sentido como postulados de la económica principios que en realidad son frutos de una observación más o menos inconsciente. « Il est vraisemblable (dit-il) que la déduction psychologique dont se vantait l'économie politique, était illusoire. Les applications des principes de l'intérêt personnel au cas d'actions économiques particulières, que de bonne fois souvent, l'on s'imaginait déduire de ce principe même, étaient en réalité le résultat d'une observation, sommaire, inconsciente peut-être, mais réelle et indispensable ». Simiand, *La Méthode positive en science économique*, pag. 22.

ciones. Esta manera de proceder se encuentra aun en el origen de las ciencias físicas. Por ella caracterizaba Bacon el método que seguían los sabios de su tiempo y que él impugnaba. Las nociones de que hablamos son *notiones vulgares* o *praenotiones*, que él cree ver en la base de todas las ciencias, usurpando el lugar de los hechos. Son *ídola*, especies de fantasmas que nos desfiguran el verdadero aspecto de las cosas y que, sin embargo, tomamos por las cosas mismas.

En las ramas especiales de la sociología, esta tendencia empírica de los estudios es más manifiesta. Los hombres no han esperado el advenimiento de la ciencia social para forjarse ideas sobre el derecho, la moral, la familia, el Estado, la sociedad misma. En los estudios de sociología es cabalmente donde estas *praenotiones* dominan más los espíritus sustituyéndose a la realidad. Si hablamos en particular de la moral, podemos decir que no hay un solo sistema en que ella no aparezca como el simple desarrollo de una idea inicial que la contendría toda entera en potencia. Para unos, esta idea la encuentra el hombre formada en sí desde su nacimiento; para otros, ella se forma lentamente en el curso de la historia. Pero los empíricos tanto como los racionalistas, creen que esta idea envuelve cuanto hay de real en la moral (*u s*).

Como bien se comprende, la práctica de utilizar en el estudio nociones preconcebidas (*praenotiones*) viene tanto de la imperfección de nuestra inteligencia, que no nos permite llegar en un acto primo a la verdad, cuanto de su natural pereza, que para librarse de laboriosas investigaciones, nos hace aceptar, sin comprobación, generalizaciones pre-establecidas. Pero sea uno u otro su origen, semejante práctica no puede contar con la aceptación de los investigadores a no ser con carácter provisorio y bajo la inomisible condición de comprobar previamente toda *praenotion* que se quiera adoptar como principio de las investigaciones.

(u s) Durkheim, *La Méthode sociologique*, chap. II, pag. 20 a 30.

Las nociones que forman el saber del vulgo son observaciones de corto alcance que generalmente carecen de valor científico. Nacidas de una experiencia superficial que no tiene ni medios ni voluntad para penetrar hasta el fondo de las cosas, no se puede decir ni que sean falsas ni que sean verdaderas sino cuando han sido sometidas a los procedimientos comprobatorios que la lógica aconseja. No es dable que en los estudios científicos nos sometamos a la autoridad del vulgo más incondicionalmente que a la de los grandes investigadores. Si en microbiología prestamos fe a la palabra de Koch y de Pasteur, es porque nos consta que antes de sentar sus conclusiones, emplearon con la más rigurosa escrupulosidad todos aquellos medios de investigación y comprobación que garantizan contra el error. Entonces ¿por qué habríamos de aceptar *a priori*, como base del estudio y de la ciencia, nociones vulgares que se forman sin examen detenido de los hechos y que se infieren de la apariencia más bien que de la realidad de las cosas?

Dicho esto ¿debe entenderse que queda proscrito en absoluto el empleo del método deductivo? Absolutamente. No habrá investigador ni filósofo que crea posible renunciar a cualquier medio de investigación.

Gil y Robles dice que en cuanto se puede colegir con desconfianza de acierto, entre el laberinto intrincado de conceptos mal definidos, oscuros y equívocos, método positivo experimental es el que excluye el elemento de la deducción. No hay tal cosa. El método positivo, según la teoría fundamental de Comte y de Stuart Mill, aprovecha todos los medios investigatorios para descubrir la verdad y unas veces sigue la vía inductiva, otras la deductiva (*at*).

Lo que hay es que no se puede en cada caso ni adoptar arbitrariamente uno u otro procedimiento, ni emplear la deducción sin base inductiva. Cuando se trata de fundar una ciencia, se entiende que no hay principios inductivos que puedan servir de base; solo hay hechos que caen bajo la

(at) Gil y Robles, *Metodología Jurídica*, pág. 105.

Giddings, *Principios de Sociología*, lib. II, cap. II, pág. 81 a 83.

jurisdicción de la inducción. Adoptar la vía deductiva en las investigaciones iniciales es suponer que hay principios científicos antes de que haya ciencia.

Así mismo, en toda obra de arte o de aplicación, la deducción es no solo lícita sino indispensable. Sea en la pintura, en la escultura, en la música, sea en la política, en la administración, en la justicia o en la legislación, el agente reduce su acción a realizar un ideal, esto es, a aplicar un principio, una verdad, una doctrina, un concepto inductivo. Toda obra de arte es una obra deductiva.

Este carácter resalta muy particularmente en la confección de las constituciones políticas. Cuando se trata de organizar un Estado nuevo o de reorganizar uno antiguo, espontáneamente empiezan los repúblicos por discutir cuáles principios convendrá adoptar como base: la república o la monarquía, el sistema unitario o el federal, la democracia, la aristocracia o la autocracia, el régimen represivo o el preventivo. Una vez fijados los principios fundamentales, la cuasi totalidad de las disposiciones constitucionales se deriva de ellos. A la minoría vencida en la discusión de las bases, no queda en tales casos más recurso que la de obtener concesiones y modificaciones en la deducción de las consecuencias lógicas observando que dados tales y cuales hechos, una constitución rigurosamente deductiva sería una obra ideológica que en estos y aquellos puntos no se amoldaría a la realidad.

Carácter deductivo tiene también el arte social por excelencia, el arte política, como que en el fondo se reduce a la aplicación de las generalizaciones de la ciencia social al gobierno de los pueblos. A la verdad, estas generalizaciones son *conclusiones* que la ciencia establece por medio de la inducción; pero cuando la política quiere utilizarlas, les da con toda propiedad el nombre de *principios* porque a ella, que emplea el procedimiento deductivo, le sirven de bases inductivas, esto es, de premisas.

En este sentido, pero solo en este sentido, Appleton ha podido decir muy cuerdamente que « aquellos que no han estudiado la historia de las legislaciones no pueden com-

prender con facilidad cómo es que el método deductivo aplicado al derecho garantiza eficazmente la propiedad, la libertad y la vida misma. La verdad es que sin este método, todo caería en manos de la arbitrariedad... porque los jueces no tendrían freno que les sujetara » (a u).

Reconocemos, pues, los inapreciables servicios que la deducción presta a las artes y a las ciencias, y lo único que condenamos es en el fondo el que se la emplee sin base inductiva y fuera de tiempo.

En contra de esta conclusión, ha sostenido Spencer que renunciar a los principios absolutos para dar base a las deducciones y a la ciencia es renunciar a todo ideal, es vivir al día, es entregar la política en manos del empirismo (a v).

En nuestro sentir, es grave error imaginar que la política, el arte y la legislación quedan sin ideales cuando renuncian a los principios absolutos. Eso pudo suceder en tiempos anteriores, cuando no se conocía una doctrina científica que reprimiera las tendencias empíricas sistematizando la acción política. En nuestros días, si se renuncia al ideal imaginario e inasequible de la metafísica, se rinde homenaje al ideal positivo y realizable de la ciencia.

Para concebir este ideal en el orden político, basta determinar las tendencias espontáneas del desarrollo jurídico relacionando siempre el estudio del derecho con el estudio de la sociedad. Se sabe, por ejemplo, que en los pueblos más atrasados impera el régimen de la comunidad agrícola; en los de civilización media, la comunidad doméstica, y que la propiedad individual es institución peculiar de la cultura europeo-americana. Conocida esta evolución, el estadista que se encuentre a la cabeza de una comunidad primitiva sabe que debe dirigir todos sus esfuerzos a disolverla en un porvenir más o menos remoto. Para sistematizar así su acción política, no necesita creer que la propiedad es de dere-

(a u) Appleton, *Méthode dans l'enseignement du Droit*, pag. 244 de la *Revue International de l'Enseignement*, t. I de 1891.

(a v) Spencer, *Justice*, chap. VII.

cho natural; concepto que no se compadece con el hecho mismo de la comunidad ni con la imposibilidad de disolverla en un momento dado. Le basta saber que las tendencias espontáneas de la sociedad, bajo el impulso del comercio y de la industria, llevan derechamente a la individualización de la propiedad.

Otro ejemplo: cualquiera puede observar que en las sociedades cultas de nuestros días, se ha pronunciado de tres siglos atrás una tendencia irresistible a la secularización de las instituciones, alimentada por la secularización más y más completa del espíritu humano. Las tentativas de resistencia que se han hecho por la reacción no han conseguido otra cosa que provocar el desbordamiento de la corriente un instante detenida. Ahora ¿de qué sirve al estadista el estudio de esta evolución? Le sirve para sistematizar sus esfuerzos, para evitar las contradicciones, para conocer el fin a donde ha de encaminar sus pasos. Si no quiere perturbar la sociedad poniéndose en choque con sus tendencias espontáneas, debe favorecer el cumplimiento de aquella evolución propendiendo a desligar al Estado, siempre que la cultura alcanzada lo permita, de cada uno de los vínculos que lo unen todavía a la Iglesia.

En consecuencia, el único ideal que la nueva doctrina destruye es el de aquella escuela que, enamorada de principios metafísicos, cree tener en su mano la constitución absolutamente perfecta y quiere imponerla a todos los pueblos prescindiendo de las condiciones sociales. Científicamente, no hay, no puede haber una organización político-administrativa que cuadre a todos los pueblos, por la misma razón que no hay, que no puede haber una piel elástica que calce al cuerpo de todos los animales.

§ 9. Si para dar carácter científico a nuestros estudios tenemos que recurrir indispensablemente al método positivo, no se estimará inoficioso el que expongamos a vuela pluma la manera como lo vienen aplicando los más reputados juristas y publicistas de nuestros días.

Según lo observamos más arriba (§ 2), durante algún tiempo se creyó que el método propio de los estudios po-

líticos y jurídicos era el método histórico, el cual se concreta a exponer las formas sucesivas que el derecho y las instituciones han revestido en cada pueblo a través del tiempo. Pero la simple relación de los hechos puede ser historia, puede ser erudición, puede ser labor previa para fundar la ciencia, y no más. Para ser ciencia, tiene que ir acompañada de la determinación de sus causas.

Habiendo quedado manifiesta la deficiencia del método histórico en su forma primitiva, se lo perfeccionó por Savigny (1779-1860) y su escuela, enderezándolo a buscar en la filiación social, esto es, en la organización y en el desenvolvimiento de las sociedades, las causas que originan y desarrollan el derecho y las instituciones de los Estados (a w).

Pero bien pronto se notó que tampoco se llegaba a la ciencia con este primer perfeccionamiento del método histórico, porque cuando se aplica al estudio aislado de cada sociedad, lleva él a conclusiones particulares, no a conclusiones generales; manifiesta cómo han nacido y se han desarrollado en ella el derecho y las instituciones, pero no está a su alcance manifestar si el derecho y las instituciones nacen y se desarrollan de la misma manera en todas las sociedades, esto es, si su nacimiento y su desarrollo han obedecido a causas locales y transitorias o a leyes permanentes y universales. Para dar esta amplitud a los estudios políticos y jurídicos, ha sido menester recurrir al *método comparativo* (a y).

Algunos ejemplos harán apreciar mejor cuán diversas son las conclusiones a que se llega con uno y otro método.

En el estudio de los procedimientos judiciales de los bárbaros invasores, habían notado los historiadores del derecho ciertas formas, prácticas y trámites que no se conocieron en el foro romano, ni se han renovado en él de las naciones contemporáneas. Entre esas prácticas singulares, les había llamado vivamente la atención una que les parecía pugnar con todo sistema público de administración de justicia, cual

(a w) Stahl, *Histoire de la Philosophie du Droit*, pag. 520 et 521.

(a y) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. IV, pag. 312.

es, que el procedimiento para exigir el pago de una deuda no empezaba por una demanda entablada ante el juez, sino por un acto ejecutivo de embargo no autorizado: el acreedor se presentaba en el domicilio del deudor, y de propia autoridad le embargaba bienes bastantes a cubrir el crédito. Como quiera que los autores aludidos no habían encontrado ni ejemplos ni antecedentes en la historia jurídica de la civilización europea, habían concluido que tal procedimiento era una peculiaridad de la raza germánica. Posteriormente, merced a estudios comparativos, se ha eliminado por completo esta superficial explicación. Habiéndose averiguado que el mismo procedimiento se seguía entre los celtas irlandeses (a x) y presumiblemente en la India y en otros pueblos, se ha concluido que él trae su origen del régimen primitivo, régimen universal, que faculta a cada hombre para hacerse justicia por sí mismo, y que, por consiguiente, no es peculiar de una raza sino de un estado social.

Otro ejemplo. Se encuentra en el código de los burgundias, dice Glasson, una disposición que parece haber sido peculiar de aquel pueblo, cual es, que el padre no podía en general, disponer libremente de sus bienes; pero si por acto entre vivos los dividía entre él mismo y sus hijos, quedaba facultado para enajenar su propia cuota, seguro de que a su muerte no podrían sus herederos anular las enajenaciones (a z). Pero los estudios comparativos demuestran que no hay tal peculiaridad. Lo que hay es que donde la propiedad tiene el carácter de doméstica, el padre no puede disponer de ella por sí solo prescindiendo de sus hijos, que son sus condueños, y que en algunos pueblos donde ella propende a individualizarse, se autoriza la partición para que el padre pueda disponer de su cuota desinteresando a los demás comuneros.

A la verdad, son innumerables las prácticas que la historia del derecho pasó en un tiempo por peculiaridades de

(a x) Sumner Maine, *Les Institution Primitives*, chap. X, pag. 349 à 362.

(a z) Glasson. *Le Droit de Succession*. pag. 44.

tal o cual pueblo y que en realidad no son, según lo han demostrado los estudios comparativos, más que formas jurídicas correspondientes a tales o cuales grados de la cultura social.

Strabon creía que era costumbre peculiar de los dálmatas la de redistribuir cada ocho años la tierra entre todos los jefes de familia (*b a*); pero ahora sabemos que la redistribución periódica de los campos de cultivo es práctica que se sigue donde quiera que impera el régimen de la comunidad agraria (*b b*).

Análogamente se había creído hasta hoy que las comunidades de aldea no existían más que en Rusia y se atribuía su existencia al espíritu particularmente comunista de la raza eslava; pero ahora sabemos que estas comunidades han existido en los pueblos más diversos, en la antigua Italia y en la antigua Germania, en el Perú y en la China, en Méjico y en la India, entre los escandinavos y entre los árabes, porque son propias de aquel estado social que precede a la individualización de la propiedad (*b c*).

Estos ejemplos, que fácilmente podríamos multiplicar, nos manifiestan, por una parte, que no es dable confundir la Ciencia del Derecho y de las Instituciones con su historia, y por otra, que para llegar a conclusiones realmente científicas, hay que recurrir indispensablemente al método comparativo, que prescindiendo de las causas y circunstancias locales y nacionales, atribuye el desarrollo político y jurídico de los pueblos a la ley general del desenvolvimiento social.

Cuando el método comparativo fué adoptado por primera vez en estos estudios, ya había probado en otros su admirable eficacia. Ha sido el método comparativo el que ha creado en nuestros días, a nuestra vista, la mitología comparada, la filología comparada, la legislación com-

(*b a*) Strabon, *Géographie*, t. II, liv. VII, chap. V, § 5.

(*b b*) Laveleye, *Origines de la Propriété*, chap. IX, pag. 157.

(*b c*) Laveleye, *ob. cit.*, chap. I, pag. I.

parada, etc., etc., ciencias que han nacido de cuerpo entero, que no han tenido infancia, que parecen haber sido obras de la generación espontánea.

Mediante el empleo de este método, el sociólogo ha descubierto una perfecta regularidad en todos los fenómenos sociales, aun en aquellos que parecen ser más arbitrarios; y merced a él, adquieren importancia capital en los estudios políticos y jurídicos, todos los pueblos, aun aquellos que se encuentran en estado de mayor atraso.

«En su bello libro de la *Politica Comparada*, Freeman declara (dice Starcke) que el descubrimiento de este método es un acontecimiento de tanta importancia que por sí solo hace del siglo XIX uno de los grandes siglos de la historia de la humanidad» (*ibid.*).

Susceptible de aplicaciones prácticas a la manera de todo método científico, el comparativo rinde frutos inapreciables a la vida política de los pueblos porque cuando se ha probado la filiación social del derecho y de las instituciones, se acaban todas aquellas ideologías y tentativas que suponen la omnipotencia del legislador. No citaremos más que un caso para poner de manifiesto la manera como el método comparativo puede influir en la vida política de los pueblos.

Es sabido que según la doctrina de los jurisconsultos romanos, la propiedad es creación del legislador, y que en nuestros días profesan esta misma doctrina la mayor parte de aquellos que no la juzgan institución de derecho natural. Implícitamente participan también de esta opinión las muchedumbres socialistas porque cuando reclaman el restablecimiento de la comunidad agraria, suponen en el fondo que el Estado es árbitro de constituir y disolver la propiedad. Entre tanto, de las investigaciones que se han hecho con este nuevo instrumento de observación social, cual es el método comparativo, resulta que la propiedad se constituye por obra espontánea del desarrollo social, que en su

(*ibid.*) Starcke, *La Famille Primitive*, pag. I.

constitución originaria no tiene el Estado más poder que en la formación de los astros y de las montañas y que cuando él interviene no interviene para crearla, sino para reglamentarla, para fortalecerla y para garantizarla. Conclusión: no está en manos del legislador restablecer la comunidad de bienes donde impera el régimen de la propiedad individual; y si intentara imponerla a viva fuerza, su empeño causaría de pronto verdaderos desastres económicos y a la larga, fracasaría fatalmente.

§ 10. Estudiar científicamente una institución cualquiera es determinar su formación originaria, su organización actual y las causas sociales de su nacimiento y de su desarrollo. Pero cuando uno se propone hacer tal estudio, se siente embarazado por una duda que los sociólogos y publicistas científicos no han resuelto de manera uniforme, cual es: dónde se debe estudiar el origen del derecho y de las instituciones (*b e*).

Si el estado de las sociedades más atrasadas de nuestros días se pudiera tomar como tipo del estado primitivo de la humanidad, sería sin duda en ellas donde tendríamos que estudiar los orígenes del Estado y sus instituciones (*b f*). Pero en este punto no hay completa conformidad. Según una escuela que representa los intereses y las creencias tradicionales, el salvaje de nuestros días no sería una reproducción del hombre primitivo; sería una degradación (*b g*);

(*b e*) A juicio de Jellinek, son punta menos que ociosos los estudios etnográficos sobre el origen de las instituciones, porque la mayor parte de las veces la razón de su establecimiento es una y la de su subsistencia otra muy diferente. «Il n'est pas nécessaire (dice), pour bien comprendre le caractère d'une institution, de connaître tout son passé; il suffit de la connaître à partir du moment où elle répond à sa destination actuelle; la seulement commence son développement véritable, ce n'est qu'à partir de ce moment que son passé apparaît en connexion vivante avec le présent». Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, tit. V, pag. 72.

(*b f*) Posada, *Tratado de Derecho Político*, lib. III, cap. II, § 4, pág. 109.

(*b g*) Tylor, *La Civilisation Primitivo*, t. I, chap. II, pag. 39.

y si prestáramos asenso a esta doctrina, fuerza nos sería concluir que no podemos estudiar los orígenes primitivos del Estado en las tribus de Australia y de la Polinesia, del Africa Central y de la Tierra del Fuego.

Muchos autores (dice Lubbock) creen que el hombre primitivo fué un simple salvaje y que la historia humana no es más que la constancia de un progreso lento y no interrumpido, por más que en algunas ocasiones, ciertas sociedades hayan permanecido estacionarias durante largos siglos, y aun a veces retrogradado. Pero otros no menos eminentes sostienen una hipótesis diversa, cual es, que el hombre fué en sus principios, más o menos, lo que es al presente y que sus cualidades intelectuales no fueron inferiores a las de los europeos contemporáneos, aun cuando no alcanzara a conocer las artes ni las ciencias. Conclusión: los salvajes de nuestros días son descendientes degenerados de nuestros primeros padres (*b h*).

Si quisiéramos acopiar datos positivos para tomar partido en esta disconformidad, tropezaríamos con dificultades punto menos que insalvables, porque los orígenes de la cultura humana y aun los de la cultura occidental son absolutamente desconocidos. Sabemos que la civilización europea procede de Egipto y Judea, de Grecia y Roma, pueblos que florecieron al rededor de la hoya del Mediterráneo. Pero acerca de los orígenes de cada uno de ellos no hay sino fábulas y mitos.

Un estado social cualquiera no puede perpetuar su recuerdo sino por medio de las artes, pero ellas, esto es, la escultura, la pintura, la arquitectura, la escritura, la industria, etc., no se conocen en el estado primitivo porque son creaciones de la cultura humana, muy lenta y laboriosamente formadas. En realidad, cuando nos proponemos determinar los orígenes de la cultura humana, planteamos un problema de términos contradictorios porque para saber

(*b h*) Lubbock, *Origines de la Civilisation*, Appendice I.

Lyell, *L'Ancienneté de l'Homme*, chap. XIX, pag. 419.

Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 41 et 42.

donde empieza ella, necesitamos monumentos de recordación que no pudieron existir en los tiempos primitivos de la humanidad (b i).

No obstante, en la historia de las sociedades civilizadas quedan innumerables indicios y tradiciones de lo que fué su estado primitivo, y ellos dejan presumir que nuestros primeros padres tenían todas las notas que distinguen al salvaje más salvaje de nuestros días.

Recurriendo a estos medios de investigación, podríamos demostrar, verbigracia, que el hombre primitivo llevó vida errante, que no conoció ni la propiedad, ni la agricultura y que, por consiguiente, vivió de la caza y no tuvo habitaciones de materiales sólidos (b j).

Que esta pintura es exacta lo prueban primeramente unas tradiciones que corrían en todos los pueblos civilizados de la Antigüedad, según las cuales todos los Estados fueron fundados, sin excepción, por tribus venidas de países lejanos; ninguno por tribus auctóctonas. Generalizando la misma observación, dice Sumner Maine que no existe pueblo alguno del cual se pueda afirmar que ocupa su domicilio originario (b l). Pues bien, si advertimos que el Estado supone la vida sedentaria, como *a priori* lo deja colegir su etimología, fuerza nos es tener aquellas tradiciones por reminiscencias reales, siquiera sean vagas, de la primitiva vida nómada.

Corrobora estas tradiciones la práctica que desde los tiempos prehistóricos se conservó en los pueblos antiguos de computar las riquezas en especies muebles. Mientras para nosotros la riqueza por excelencia es la tierra, el Génesis la cuenta en oro, en plata, en tiendas y cabezas de ganado; y si para significarla usaban los romanos la expresión *familia pecuniarum*, esclavos y ganados, fué sin duda

(b i) Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 44

(b j) Tylor, *ob. cit.*, chap. II, pag. 45 et 47.

(b l) Sumner Maine, *L'Ancien Droit et la Coutume Primitive*, chap. VII, pag. 281.

porque tuvieron bienes antes de que se constituyese la propiedad raíz (*b m*).

Mucho más que estos indicios y tradiciones, prueba la vida nómada de los pueblos primitivos el régimen del estatuto personal, que durante largos siglos ha imperado en las sociedades más civilizadas. Como es sabido, con arreglo a este régimen las leyes de cada Estado no obligan ni aprovechan a todos los habitantes del territorio nacional, sino a todos los individuos de la tribu o del pueblo, o de la clase, o de la nación, esto es, a todos los que se suponen ligados por los vínculos de una sangre común. ¿Cuál es el origen del estatuto personal? Mientras se persistió en el error bíblico de asemejar nuestros padres a los europeos de nuestros días, los jurisconsultos apuntaban el hecho sin explicarlo. La explicación vino por sí misma cuando se sentó la hipótesis, siquiera fuese con cargo de comprobarla, de que en el estado primitivo los pueblos antiguos llevaron vida errante.

Si nos propusiéramos exponer todos los indicios que prueban el salvajismo de nuestros primeros padres, no tendríamos cuando acabar. Solo para reforzar nuestra tesis, expondremos algunas observaciones, a nuestro juicio decisivas, que se infieren del desarrollo general de la civilización.

Hase desarrollado la civilización siguiendo un proceso de causalidad social, porque cada período ha engendrado al subsiguiente, y los elementos que constituyen la cultura de hoy son hijos de los que constituyeron la de ayer. Independientemente de las cualidades morales e intelectuales de cada generación, la industria, las artes, las ciencias, las religiones, el derecho, aparecen tanto más desarrollados cuanto más se avanza en la historia; y viceversa, cuando los estudiamos retrospectivamente, aparecen tanto más reducidos

(*b m*) Génesis, cap. XIII, § 2 y 5

Pecunia viene de *pecus*, ganado, y *familia*, de *fanulus*, criado, esclavo. La mujer y los hijos formaron parte de la familia porque originariamente tenían la condición jurídica de los esclavos.

cuanto más nos remontamos a sus orígenes (*b n*). Según el pensamiento de Pascal, se puede mirar la humanidad como un hombre inmortal que se enriquece constantemente acumulando progreso a progreso porque cada generación agrega los frutos de sus propios esfuerzos a la herencia de las generaciones pasadas. Podemos, entonces, concluir que al hombre primitivo le faltó, como le falta al salvaje contemporáneo todo aquello que para el hombre culto constituye la civilización humana (*b ñ*).

Inferida del desarrollo histórico, esta conclusión está confirmada por la etnografía, porque nadie ignora que en los grados medios de cultura subsisten claros indicios del salvajismo primitivo y que, por la inversa, en los grados más bajos no se ha descubierto resto alguno de procedencia culta (*b o*).

Concretándonos al pueblo israelita, que entre los de la Antigüedad clásica era el que tenía idea más elevada de sus orígenes, su procedencia salvaje está atestiguada no solo por sus propias tradiciones sino también por ciertas prácticas y costumbres que jamás nacen en sociedades civilizadas. Sus patriarcas fueron simples caciques de tribus nómadas o pastoras, como que a uno de ellos atribuía la leyenda el haberlas radicado en Canaán. No conocían el uso de los metales según se infiere del mito de Tubalcain y del empleo del cuchillo de piedra en las ceremonias religiosas, y tenían por moneda los animales y las pieles. Por último, la práctica de los sacrificios humanos, de cuya abolición se conservaban vagos recuerdos, la adoración de la serpiente y del becerro de oro, el culto de los altos lugares, el exterminio de los vencidos, el rapto de las muchachas extranjeras, la venta de las propias hijas, etc., etc.,

(*b n*) Bagehot, *Développement des Nations*, liv. I, pag. 16 et liv. III, pag. 124.

(*b ñ*) Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 30 et 36.

(*b o*) Lubbock, *Origines de la Civilisation*, chap. I, pag. 2 et appendice.

son prácticas que evidentemente no tienen su origen en un estado anterior de civilización.

Esta conclusión envuelve la solución del problema. Poco importa que en respeto a las creencias tradicionales, se sostenga que bajo el respecto moral e intelectual el hombre primitivo valió intrínsecamente tanto como el europeo contemporáneo. Lo importante, lo decisivo es que las condiciones de su vida, las condiciones sociales en que tuvo que actuar no difieren sensiblemente de aquellas en que actúan el neo-zelandés y el fueguino de nuestros días, y mientras no se pruebe que han cambiado la naturaleza humana y las leyes del desenvolvimiento político, no tenemos por que suponer que el Estado nació en las tribus primitivas de los tiempos prehistóricos de manera diferente de como nace en las tribus salvajes del presente (*b p*).

§ 11. — Demostrado que sin mayor peligro de error podemos buscar en las sociedades más atrasadas de nuestros días los orígenes del Estado, no queda pendiente en lo tocante a los métodos, más cuestión que la de saber si en los estudios sociales se debe proceder de lo compuesto a lo simple, o sea de lo derivado a lo primitivo, como algunos filósofos lo han pretendido, o si por la inversa, se debe seguir en ellos el mismo camino que se sigue con todas las ciencias inferiores.

La lógica enseñó siempre que el estudio racional debe ir de lo simple, que es lo más fácil, a lo compuesto, que es lo más difícil; y de lo primitivo, que es lo elemental, a lo derivado, que es lo complejo. Al empezar el estudio de los ele-

(*b p*) « C'est à celui qui prétend que la pensée et l'action humaines ont été régies dans les temps primitifs par des lois essentiellement différentes de celles qui régissent le monde moderne, à donner des preuves sérieuses de cette anomalie, faute de quoi la doctrine de la permanence des principes restera établie comme elle l'est en astronomie et en géologie. Le fait que la culture ait obéi aux mêmes tendances dans le cours de la vie des sociétés et qu'on puisse déduire de ce qui a eu lieu aux âges historiques ce qui s'est produit à des périodes préhistoriques, doit être adopté comme principe fondamental des recherches ethnographiques », Tylor, *La Civilisation Primitive*, t. I, chap. II, pag. 37.

mentos constitutivos del Estado, decía ha veinte siglos el más grande de los pensadores: «En esta materia, como en todas, remontar al origen y seguir el desarrollo es el procedimiento más seguro para estudiar con acierto» (*h_q*).

Pero Augusto Comte, al contrario, enseña que en biología y en sociología es no solo lícito sino indispensable invertir este procedimiento. Cuando estudiamos el mundo físico, dice, es el conjunto lo que escapa a nuestra observación; la noción del sistema solar es la más compleja que podamos concebir; la del universo no será jamás realmente positiva.

Por el contrario, en los dos órdenes superiores de la biología y la sociología son los detalles los que escapan a la observación cuando se les especializa demasiado. De consiguiente, en la filosofía inorgánica son inasequibles los grados superiores de complejidad, y en la orgánica, los inferiores de simplicidad; y la peculiar naturaleza de unos y otros fenómenos, impone la inversión del procedimiento. La lógica solo debe exigir que se proceda de lo conocido a lo desconocido, y dentro de esta regla el investigador es libre para empezar, según el objeto de la investigación, o por lo simple o por lo compuesto. Tal es la conclusión de Comte (*h_r*).

Otros autores son de sentir que no hay razón bastante para invertir en los estudios sociales los procedimientos seguidos en los demás órdenes de investigaciones. Estudiando el método seguido por ciertos mitólogos, que es el mismo indicado por Comte, Herbert Spencer apunta los graves errores en que se incurre cuando se procede analíticamente, esto es, de lo compuesto a lo simple, en vez de proceder sintéticamente, esto es, de lo simple a lo compuesto (*h_s*).

Imbuidos, por ejemplo, en las ideas religiosas de los pueblos cultos, los mitólogos aludidos parten de la noción superior de la unidad divina y llegan consiguientemente a

(*h_q*) Aristóteles, *La Politique*, liv. I, chap. 1, § 3.

(*h_r*) Comte, *Cours de Philosophie Positive*, t. VI, leç. XLVIII, pag. 259.

(*h_s*) Spencer, *Principes de Sociologie*, t. II, § 316.

concluir que las sociedades primitivas son sociedades monoteístas. Mas, cuando se han visto forzados a reconocer que los salvajes no profesan las doctrinas religiosas que se suponen ser las primitivas, han tenido que negar el desarrollo intelectual y suponer que el fetiquismo y el politeísmo son degradaciones del monoteísmo, y que las sociedades salvajes no son sociedades en estado primitivo sino sociedades en estado degradado. El método sintético, por el contrario, demuestra que lo primitivo es lo más simple y grosero, esto es, el culto fetiquista; y concluye lógicamente que en la humanidad no ha habido degradación del monoteísmo al fetiquismo, sino desarrollo del fetiquismo al monoteísmo.

Se han hallado en toda Europa, inclusive, en Italia y Grecia, y en las llamadas cunas de la civilización, en Siria, en Egipto y en la India, fragmentos numerosos de cuchillos de piedra; y por otra parte, siempre que la historia los menciona, aparecen usados exclusivamente en las ceremonias religiosas. Ahora bien, procediendo de lo compuesto a lo simple, se concluye que donde ha habido cuchillos de piedra ha existido coetáneamente la práctica de los sacrificios; y por la inversa, procediendo sintéticamente, se demuestra que en todas las sociedades primitivas el uso de la piedra precede al de los metales, y que de consiguiente, donde ha habido cuchillos de piedra, ha vivido un pueblo de procedencia primitiva, que no ha pasado a usarlos exclusivamente en las ceremonias religiosas sino cuando ya los había reemplazado en los otros usos por los instrumentos metálicos (*bt*).

Mientras se ha tratado de explicar la propiedad, la familia, el Estado, las lenguas, las religiones, etc., etc., sin estudiar sus orígenes, se han forjado las hipótesis más estafalarias, con las cuales si se han aclarado unas dudas, se han suscitado otras. Porque en las sociedades cultas se veían estas cosas en el estado de organismos perfectamente desarrollados, se ha juzgado que las causas más naturales, que son las más simples, no bastan a explicarlos; y en general, se ha creído que

(bt) Lubbock, *Los Orígenes de la Civilización*. Appendice I, pag. 485.

los resultados que ellos han producido han sido las causas que los han originado. Así es, por ejemplo, como se ha supuesto que el estado de paz que la organización política garantiza, ha sido una de las causas originarias del Estado cuando los estudios de las sociedades primitivas prueban evidentemente lo contrario, a saber, que en todas ellas el Estado nace para la guerra, hasta el punto que muy frecuentemente sus funciones se suspenden en la paz. Estas observaciones nos hacen ver que en las materias sociales el conocimiento realmente científico se forma sobre la base del estudio de los orígenes. Es punto ya demostrado, dice Tylor, que aquellos que estudian sistemáticamente materias de moral o de legislación a través de las edades salvajes y bárbaras para llegar al periodo de la civilización, aportan a estas investigaciones un elemento científico indispensable, del cual prescindían a menudo sin escrúpulo alguno aquellos autores que las tratan bajo el respecto puramente teórico (*bu*).

Multiplíquense cuanto se quiera los casos y en todos se verá que para descubrir verdades fundamentales, solo es procedente el método sintético o inductivo, y que solo para comprobarlas o descubrir verdades derivadas, se puede emplear el analítico o deductivo.

Una buena parte de los errores políticos y sociales que priman en los pueblos cultos, emana justamente de la indebida inversión de los procedimientos lógicos. Cuando se pregona la libertad como principio absoluto, por ejemplo, es porque se juzga aplicable a todas las sociedades, aun a las sociedades primitivas el régimen político que conviene a las más cultas.

Cuando Locke y Rousseau sostenían que el origen del Estado es un contrato social, no hacían sino retrotraer a las sociedades primitivas un modo de ser propio de las más cultas, suponiendo en los salvajes el criterio suficiente para apreciar las ventajas de la organización política y para contratar libremente en atención a ellas. Y la acritud con que ciertos

pensadores censuran las instituciones y las costumbres políticas y religiosas del pasado, emana de que las juzgan con el criterio moral del presente, como si fueran degradaciones de las actuales. Al contrario, aquellos que las estudian desde sus orígenes, se sienten naturalmente inclinados a admirar el desarrollo regular a que han estado sujetas desde el estado primitivo o de simple embrión hasta el de perfeccionamiento y desarrollo en que hoy las contemplamos.

El mayor peligro que se evita siguiendo la vía inductiva que va de lo simple a lo compuesto, es el de tomar el derecho y las instituciones del Estado por obras caprichosas del legislador. Cuando se sigue la vía inversa, cuando se empiezan los estudios por las sociedades más adelantadas, donde la ley ocupa el lugar de la costumbre, nos inclinamos a pensar que sin la acción legislativa no puede haber ni orden jurídico, ni organización política, porque todo lo existente aparece arreglado por la soberana voluntad del legislador. Y a la inversa, cuando los empezamos por las más atrasadas, donde el derecho y las instituciones nacen y se desarrollan por efecto del solo impulso social, sin que ley alguna les dé vida, entonces quedamos perfectamente habilitados para admitir la noción científica que relaciona el desarrollo político y jurídico, por íntimo e indisoluble nexo, con el desarrollo de la sociedad.

Para seguir este orden en nuestros estudios (se entiende que con cargo de comprobar en seguida nuestras conclusiones siguiendo el orden inverso), no importa que no podamos conocer las formas más simples que el derecho y las instituciones hayan podido tener en las tribus más primitivas de la humanidad. Sin creer como Jellinek que el desarrollo del derecho y de las instituciones no se deba estudiar sino desde el momento histórico en que ellos empezaron a servir a su actual destinación (*h.v.*) porque eso es discurrir con criterio profesional de juriconsulto, no con criterio científico,

(*h.v.*) Jellinek, *L'État Moderne et son Droit*, t. I, chap. II, tit. V, pag. 72.

nos parece que basta determinar la manera como el orden jurídico y la organización política germinan y se desarrollan en las sociedades más atrasadas de nuestros días.

Sumner Maine, que entre los juristas contemporáneos, es acaso el que ha manifestado un criterio más científico, demuestra igualmente la necesidad que hay de estudiar los orígenes del derecho para comprender su desenvolvimiento. A mi juicio, dice, si las hipótesis que privan sobre el derecho, no resuelven los problemas de esta rama de la ciencia, es porque no se han estudiado para forjarlas aquellos estados sociales en que han nacido las instituciones jurídicas que se trataba de explicar. En realidad, los jurisconsultos no han tratado de observar la sociedad en que vivían y a lo más también las sociedades afines; y en cuanto a las más antiguas o más diferentes, se han limitado a formar conjeturas.

Pero no se comprende, continúa el autor citado, por que tal método sería más permitido en las investigaciones jurídicas que en cualesquiera otras. Lo natural parece ser, a la inversa, empezar por el estudio de las formas sociales más simples en el estado más cercano a su condición primitiva. Porque aun cuando los fenómenos que las sociedades más atrasadas presentan, no son fáciles de comprender a primera vista, la dificultad de explicarlos, es bien poca en comparación de la que el estudio del complejo organismo de las sociedades cultas ofrece (*b x*).

Si cada estado social, en efecto, es mero desarrollo de un estado social preexistente, a las claras se infiere que estudiar las sociedades superiores antes que las inferiores, equivale a estudiar el efecto antes que la causa cuando justamente es la causa lo único que puede explicar el efecto.

Base fundamental de las ciencias sociales es que las costumbres, las ideas y las instituciones de cualquiera época, se explican por las de la época inmediatamente anterior. Entre tanto, según el procedimiento que para estudiar las

(*b x*) Sumner Maine, *L'Ancien Droit*, chap. V, pag. 112.

sociedades propone Augusto Comte en contra de su propia doctrina, ocurriría cabalmente lo inverso, a saber, que las cosas de una época se explicarían por las de la época siguiente y en una serie de fenómenos sucesivos, la causa sobrevendría después del efecto.

- ↳ La conclusión lógica es, por tanto, que para llegar a comprender los fenómenos complejos o derivados, se ha de estudiar previamente los fenómenos simples o fundamentales, pero que al procedimiento sintético debe seguir indispensablemente la comprobación analítica.

El conocimiento que se adquiere de un organismo superior antes de estudiarlo en el estado de simple embrión, es esencialmente empírico o incompleto; y las sociedades y las instituciones no parecen ser un fenómeno natural sino cuando se estudia su desenvolvimiento desde su estado embrionario. Cuando el estudio desciende de las superiores a las inferiores, se encuentran pueblos más y más atrasados, cuyo atraso no se explica sino suponiendo una degeneración inexplicable, contraria a todo lo que pasa a nuestra vista y a lo que ha ocurrido dentro de la historia, por manera que para adquirir la noción científica del desarrollo, es indispensable ascender de las inferiores a las superiores.

Tal será el método que en la presente obra seguiremos para averiguar la formación de la estructura político-administrativa del Estado.

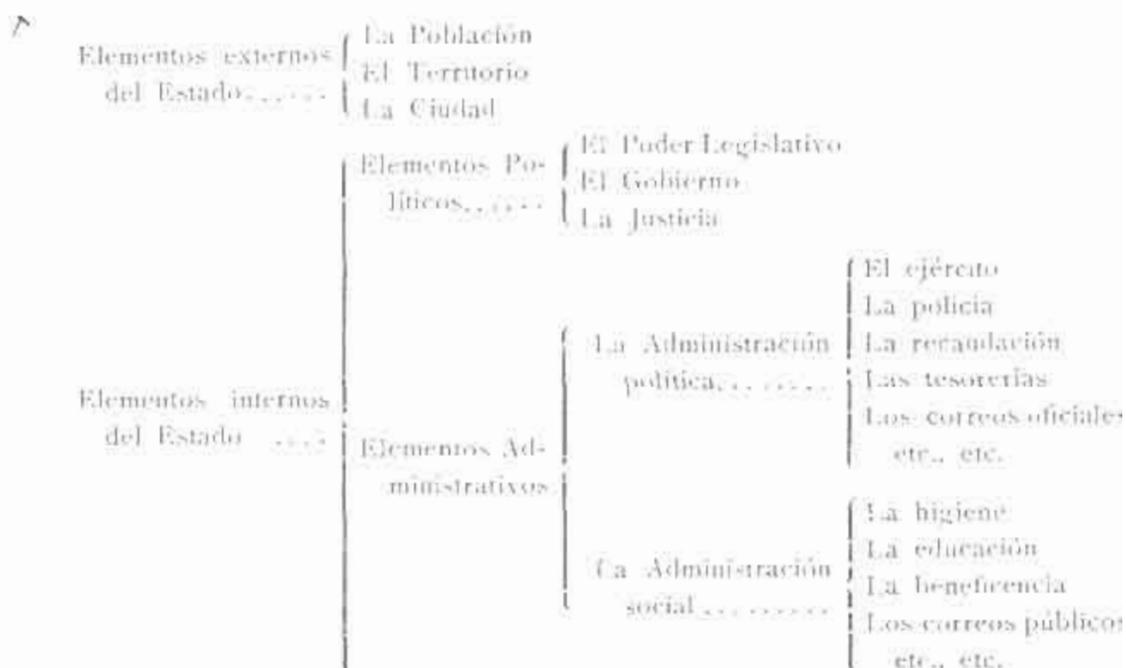
§ 12. Expuesta la teoría de los métodos en cuanto interesa a nuestras investigaciones, réstanos enunciar y clasificar las materias que en esta obra estudiaremos y el plan general que en nuestros estudios posteriores seguiremos.

Como quiera que nuestro propósito se concreta a determinar la génesis de las instituciones originarias del Estado, las cuales se cuentan en los dedos de una sola mano, creemos proceder con acierto absteniéndonos de hacer en esta obra divisiones que suponen el pleno desarrollo del organismo político. Separar, por ejemplo, los estudios de derecho político de los de derecho administrativo, es más que conveniente, indispensable, cuando se trata de abarcar la organización de un Estado culto, esto es, de un Es-

tado plenamente desarrollado, porque sin esa separación ellos se extraviarían en la multiplicidad de las instituciones y no nos llevarían a notar con claridad cuán diversa es la naturaleza jurídica de aquellas que han sido creadas para prestar *servicios* y de aquellas que lo han sido para ejercer una parte del Poder Público. En tales casos, la diversa naturaleza de las materias impone la necesidad de no confundirlas en un mismo estudio como si todas constituyesen una masa homogénea.

Mas, cuando se trata de investigar los orígenes del Estado, semejante procedimiento no tiene aplicación, no tanto porque sean muy pocas las instituciones cuya génesis hay que determinar, cuanto porque en los primeros grados del desenvolvimiento político, cada una de ellas desempeña promiscuamente funciones de la más diversa naturaleza. En tales casos las distinciones que se pretendiera hacer serían puramente ideológicas porque no corresponderían a la realidad de las cosas. Como quiera que la investigación de la génesis del Estado tiene por naturaleza el carácter de estudio meramente preliminar o propedéutico, es claro que sus conclusiones, destinadas a servir de base común al derecho político y al derecho administrativo, se deben determinar sin tener mayor cuenta de una distinción que en realidad no se necesita sino para estudios posteriores. De manera análoga se procede en todas las ciencias: las nociones generales y fundamentales se exponen antes que las especiales y derivadas.

En discordancia con la mayor parte de los publicistas, creemos nosotros que la ciencia general del Estado, sin perjuicio de los estudios especiales de derecho político y de derecho administrativo, se debe estudiar con arreglo al siguiente plan:



Esta clasificación, que a primera vista podría parecer meramente ideológica, está rigurosamente fundada tanto en la real complejidad del Estado cuanto en la distinción capital de la parte general y de las partes especiales del sistema. Vienen en ella primeramente los elementos externos, que en mayor o menor grado interesan a todas las ramas del derecho, y a continuación los elementos internos, entre los cuales se distinguen los de carácter político y los simplemente administrativos. No hay en este plan nada de arbitrario porque él, con sus clasificaciones, está determinado por la varia naturaleza de los elementos que componen el Estado. La misma distinción del derecho político y el derecho administrativo, que en los estudios de la génesis del Estado no puede diseñarse con mucha claridad, se impone con calidad de indispensable cuando se quiere conocer la diversa naturaleza jurídica de las instituciones de uno y otro orden.

Para nosotros, el derecho administrativo no es más que el conjunto de disposiciones que instituyen los servicios públicos, que fijan sus atribuciones, que limitan el campo de sus tareas, y no cabe confundirlo con el derecho político,

que es el conjunto de disposiciones que instituyen los Poderes Públicos, que fijan sus facultades, que reglamentan su ejercicio, que limitan el campo de sus jurisdicciones.

Aunque esta distinción tan lógica y tan clara es desconocida por los publicistas, se encuentra instintivamente sancionada por el sentido común, como bien lo deja entender un hecho que día a día se repite en los pueblos americanos. Nótese que cada y cuando queremos instituir o mejorar un servicio para cuyo desempeño no encontramos aptitudes en los nacionales, recurrimos sin vacilaciones al arbitrio de contratar extranjeros, y traemos a estos países instructores militares de Francia y Alemania, pedagogos de Alemania y Norte América, ingenieros navales de Inglaterra, ingenieros hidráulicos de Holanda. Pero por muy malo que sea nuestro gobierno, por más desprestigiado que esté nuestro Congreso, por mucho que prevariquen nuestros tribunales, jamás se nos ocurre remediar estos males contratando en Bélgica o en Suiza gobernantes, legisladores o jueces. Por qué? porque si nada tiene de chocante contratar extranjeros para que nos sirvan, instintivamente nos repugna la idea de contratarlos para que nos manden. Un pueblo independiente puede sin desmedro confiarles el desempeño de algunos servicios públicos; pero sería indigno de su independencia si también les confiara el ejercicio de una parte cualquiera de su soberanía.

A nuestro juicio, si es verdad que el error engendra el error, la confusión del derecho político y el derecho administrativo viene de otra confusión anterior, la del derecho político con el derecho constitucional. Como quiera que ordinariamente aparecen entremezcladas en las Constituciones las normas jurídicas de carácter político con las de carácter administrativo, no se ha acertado a distinguir las y clasificarlas y se ha preferido confundirlas en un solo cuerpo, asaz heterogéneo.

Nada más injustificado que semejante confusión. En su sentido más lato, la Constitución del Estado abarca la suma total de las instituciones que lo integran y de las disposiciones que rigen su funcionamiento y las relaciones jurídicas de

los ciudadanos. Las instituciones civiles, como la propiedad y la familia, integran el organismo del Estado al mismo título que las más grandes instituciones políticas y administrativas.

Empero, en la práctica se reserva el nombre de derecho constitucional al conjunto de disposiciones que están contenidas en una Constitución y que envuelven la solución de aquellos problemas políticos, civiles, administrativos, militares, penales, etc., que se discutían y tenían por fundamentales al dictarla. Si de ordinario prevalecen en el derecho constitucional las disposiciones de derecho político, casi siempre las hay también de derecho administrativo, y aun de derecho civil, de derecho penal, de derecho comercial. Constituciones rigen en el mundo que no comprenden la organización de algunos de los Poderes Públicos y que en cambio establecen las bases de tales o cuales servicios administrativos. Bástenos citar la Constitución del Imperio Alemán, fecha el 16 de Abril de 1871, que no instituye la monarquía imperial porque la da por establecida y que aplica varios de sus artículos a la organización del servicio ferroviario (Arts. 41 a 47) y varios otros a la del servicio de correos y telégrafos (Arts. 48 a 52). En suma, el derecho constitucional es un derecho mixto y solo en virtud de una sinécdoque, esto es, tomando por el todo la parte más importante, se puede llamarlo derecho político.

Cualquiera que sea el peso de estas rápidas observaciones, nos bastará dejar establecido que en ellas, o sea, en la neta distinción del derecho político y del derecho administrativo, está fundado nuestro plan general de la Ciencia del Estado. Sin embargo, en la presente obra, que en el fondo no es más que un capítulo preliminar de dicha Ciencia, ya hemos dicho que no podremos ajustarnos rigurosamente al orden preinserto de las materias. Por efecto de circunstancias sociales que hemos de estudiar a su tiempo, el gobierno forma a los principios parte integrante del ejército, y por efecto de la conexión orgánica que al nacer une a ambas instituciones, el estudio de la génesis y desarrollo de este Poder del Estado es todo uno y se completa y se aclara con el de la génesis y des-

arrollo de la fuerza pública. En mérito de estas observaciones, hemos creído que no debíamos separar ambos estudios por la intercalación de estudios extraños y que debíamos colocarlos el uno a continuación del otro alterando, no la clasificación, sino el orden que en el plan preinserto corresponde a las materias que vamos a estudiar.