

§ II.

BASES CIENTIFICAS DEL DERECHO MEXICANO.

A.—DEL DERECHO POSITIVO EN GENERAL.

403. Ahora que hemos seguido paso á paso al través de los siglos y desde las épocas prehistóricas la grandiosa evolución del *Derecho*, tanto en su expresión intelectual y filosófica, como en su realización práctica encarándose en instituciones y leyes, ahora podemos tener nociones exactas sobre lo que es *Derecho* y condensarlas en definiciones precisas y accesibles á todos los espíritus.

404. El derecho puede considerarse: primero, como un fenómeno social *natural*; (1) segundo, como un concepto teórico ó científico del espíritu humano; y tercero, como una fórmula positiva dictada por el poder político; esto es: puede considerarse el derecho en su *esencia*, en su *expresión filosófica, doctrinal y científica*, y en su *realización práctica* informándose en *leyes positivas*.

405. El derecho considerado en su *esencia* (2) hemos visto que no es otra cosa que un *fenómeno natural* del orden social, un fenómeno sociológico, el fenómeno de la *coercición* por la autoridad. En toda colectividad ó agrupación (aun en las de animales, y aun en todo organismo vivo) hay una serie de fenómenos *naturales*, efec-

(1) Número 157 de este tomo.

(2) Números 157 á 161 y el 151.

tos biológicos del *organismo social*; hay fenómenos económicos regidos por las leyes de la oferta y de la demanda, leyes *naturales* de la nutrición social; hay fenómenos regulares y *naturales* relativos á la vida intelectual de las sociedades, ó sea á la aparición y propagación de sentimientos é ideas científicas, filosóficas y religiosas; hay leyes *naturales* á las que obedece el desenvolvimiento de los idiomas, de las literaturas y de las artes. Pues bien, entre esos fenómenos *naturales*, entre esas leyes naturales del organismo social humano, hay unos que consisten en la *existencia y evolución* de un poder público ó *autoridad ejerciendo facultades coercitivas*, y la cual autoridad aparece y se desenvuelve en *toda* sociedad; hay, como dice Globot, *fenómenos sociales de sujeción coercitiva por medio de autoridades*, y esos fenómenos son los que se han denominado y se denominan *fenómenos jurídicos*, ó en un término abstracto y general, los que se comprenden bajo la denominación de *Derecho*.

406. Por leyes naturales ineludibles independientes de la voluntad de los hombres, por efecto natural y necesario de todo organismo social, ha nacido y se ha desenvuelto y evolucionado en toda sociedad humana, bajo la ley biológica de la *división del trabajo*, un sistema de coerciciones ó restricciones á la actividad recíproca y natural de los individuos, restricciones impuestas por las costumbres, por el instinto, por las creencias ó por la razón é incorporadas en leyes positivas y hechas efectivas por sistemas de poderes públicos más ó menos especializados y distintos de otros aparatos ú órganos de actividad social; ese fenómeno que ha existido y existe en toda sociedad y que es un fenómeno *natural*, efecto de leyes biológicas ineludibles, ese fenómeno es el *Derecho*, y la Sociología estudia el *derecho* como uno de tantos fenómenos *naturales* del organismo social y lo considera y de-

fine (para delimitar la esfera de sus estudios en este punto) en los siguientes términos: *El derecho es el conjunto de reglas coercitivas para coordinar las funciones esenciales á la conservación ó vida de las sociedades humanas.* (1)

407. La ciencia social, la sociología encuentra este fenómeno: *existencia de reglas de coercición, que suponen autoridades que las hagan efectivas;* encuentra ese fenómeno en toda agrupación humana, y encuentra y descubre que ese fenómeno obedece en su *evolución á leyes naturales de causalidad,* y muy particularmente á la ley biológica de la división del trabajo. La sociología descubre que primero aparecen el poder público y el derecho embrionarios, confundándose en una misma autoridad y en una misma regla de conducta para los asociados el poder familiar ó patriarcal, el político, el religioso, el moral, y preceptos que tienen á la vez todos esos caracteres; y descubre también que á medida que la masa social y su caudal industrial, intelectual y moral crecen, ese poder y esas reglas embrionarias se van especializando, separándose la religión y la moral del derecho, y la autoridad jurídica de la autoridad patriarcal y religiosa. Pero entre esos factores de especialización y evolución del derecho hay uno muy importante: *la inteligencia y la voluntad humanas;* es decir, que los fenómenos jurídicos no evolucionan, no se transforman, no se modifican solamente por causa material ú obediendo á leyes físicas y biológicas

(1) Véanse en el tratado de sociología en el capítulo anterior de este tomo las explicaciones de esta definición. Esas reglas pueden ser hijas del instinto, de la reflexión empírica, de la pasión lírica, de la ciencia serena, de la audacia filosófica, de la rutina, de la costumbre, de las creencias religiosas; pero existen en toda sociedad, pues sin ellas perecería la sociedad, porque son ó constituyen condiciones biológicas de su existencia, como el equilibrio de los órganos del cuerpo humano es condición esencial para que viva.

(geografía, medio ambiente, raza, etc.), sino que la *inteligencia* y la *voluntad* iluminadas por la especulación entran como factores *naturales,* como *causas naturales,* tan ineludibles como las materiales, de evolución jurídica. La inteligencia concibe nuevas representaciones de coordinación social, esto es, nuevas formas de reglas coercitivas; y la voluntad adquiere nuevos sentimientos de repugnancia á las reglas establecidas ó de adhesión á lo existente; y estos factores se manifiestan por teorías filosóficas, por estudios críticos, por voliciones que llegan hasta la pasión y la rebelión. He aquí, pues, el concepto teórico y sentimental del *derecho* creado por el poder psíquico (intelectual y de volición) del hombre y encarnado en los libros de doctrina, en dogmas, en teorías, en costumbres, en ideales, en una palabra, en toda la literatura jurídica, filosófica y de práctica; he aquí el *derecho considerado* como un *concepto teórico* del espíritu humano, el fenómeno social jurídico pasando de inconsciente á consciente y siendo objeto de especulaciones y deseos. Así considerado ese fenómeno, el derecho, podemos y aun debemos definirlo: (1) *La ciencia que se ocupa de estudiar el origen y desenvolvimiento de las ideas, sistemas, creencias, sentimientos de la conciencia humana respecto de las reglas de coercición social á que debe estar sujeta la actividad humana.*

(1) Considerándolo como ciencia en cuyo sentido es lo mismo que la *filosofía del derecho,* con las reservas que impone naturalmente la diferencia entre la escuela metafísica y la escuela científica. En las ciencias morales, y sobre todo, en la del derecho, el hombre es á la vez *sujeto* y *objeto* de la ciencia y de aquí proviene que se considere solamente como Juez de los hechos cuando es Juez y parte. Más claro, el hombre cree ser superior á las leyes fatales de la evolución y poder juzgarlas como soberano, cuando sus mismos escritos y pensamientos y sistemas son efecto de esa evolución y factor y agente necesario y fatal de ella. En los momentos en que escribo esta obra, obro bajo el impulso de corrientes científicas que yo no he creado, que las

408. Finalmente, ese fenómeno social *natural* se informa, se encarna, se manifiesta forzosamente en *preceptos* dictados por una autoridad y por ella misma hechos efectivos. Estos preceptos serán dictados de viva voz, promulgados por la costumbre, notificados por escrito; serán rudi-

leyes fatales del espíritu humano han concebido y propalado y que me arrastran en su corriente y me hacen solidario de la conciencia científica de esta época. Así, todos los pensadores han sido agentes de evolución intelectual y por lo mismo social, dentro de la esfera de conocimientos de su época; factores tan fatales como el clima, la geografía, el medio ambiente, etc., aunque más importantes. Fueron factores los hombres del período fetiquista, porque enuncional é inconscientemente se subordinaron á una disciplina ó regla de conducta; fueron factores de progreso los racionalistas de casuismo jurídico desde Labeón hasta el perfeccionamiento del derecho pretoriano y hasta la influencia reformadora de la escuela estoica en los jurisconsultos que formaban el consejo de los Emperadores romanos; fueron factores de progreso los metafísicos que inventaron el derecho natural, el sistema utilitario y el pacto social de Rousseau, pues en derecho, como en las ciencias físicas, las teorías metafísicas sirven para agrupar los hechos, clasificarlos, sistematizarlos lógicamente aunque bajo causalidad falsa, pero que conduce á buscar la verdadera, como en química el *flogístico* condujo al descubrimiento del oxígeno y en física el *horror al vacío*, al descubrimiento de la hidráulica, etc. La metafísica es una disciplina de coordinación lógica de fenómenos, que debe preceder á la ciencia positiva; y sin la metafísica del *derecho natural*, *teoría utilitaria*, *pacto social*, y otras doctrinas que no sólo se han aceptado como explicación de los hechos, sino como razón para cambiarlos, y modificar las leyes, sin esa metafísica no se hubiera llegado á las nociones científicas de hoy, que á su turno serán englobadas en nuevas concepciones y explicaciones más exactas. Buenos ó malos esos factores, esos escritores, esos pensadores para la ciencia, son fenómenos, son factores y como tales debe estudiarse, sino que es imposible que un pensador se declare á sí mismo mal pensador, cuando precisamente cree que está en la verdad. De todos modos, y como dice Globot, "en sociología, la *naturaleza* es ya, en cierta parte, la actividad del hombre; por ejemplo, las leyes civiles siendo obra humana, parece repugnante considerarlas como fenómenos *naturales* y someterlas al determinismo; parece que son algo artificial y modificable que hubiera *podido* y aun *debido* ser diferente; se siente uno inclinado á juzgar desde luego y decir *¿esto es bueno? ¿esto es malo?* en lugar de decir *¿cómo y por qué ha sido*

mentarios y vagos, ú ordenados y codificados, groseros y poco numerosos, ó redactados en forma científica y muy complicados por su número y variedad; pero desde el momento en que el fenómeno social de la existencia de un poder público y de una regla de coordinación

esto?" La ciencia jurídico-social existiría aunque todos los escritores fueran malos, y todas las leyes injustas, y todas las instituciones inicuas, pudiéndose decir de esa ciencia lo que el autor citado dice de otras sociales: "La economía existiría y no cambiaría de objeto aunque las riquezas en lugar de contribuir al bienestar humano lo perjudicasen; bastaría que ellas continuasen produciéndose y circulando bajo ciertas leyes *naturales* para que existiese la ciencia." Ella enseña lo que *son* las cosas, dice J. B. Say; y es por haber distinguido mal los problemas teóricos de los problemas prácticos, por lo que los economistas (y los sociólogos) han sido acusados de no tener entrañas, de estimular el egoísmo ó de ver con desprecio las miserias humanas. Por esto se han opuesto á las escuelas científicas escuelas tradicionales y humanitarias, y aun esas originales doctrinas de *economía espiritualista* ó *economía cristiana*. La ciencia teórica no es ni humana, ni inhumana, ni moral, ni inmoral, ni irreligiosa, ni religiosa. "Los contrarios, dice Aristóteles, son el objeto de una misma ciencia." Los hechos antisociales son, pues, objeto de la ciencia lo mismo que los sociales. Desde el punto de vista científico los fenómenos antisociales son fenómenos sociales; la ciencia teórica no tiene que hacer distinción entre actos laudables y vituperables, morales é inmorales; ella comprueba hechos, los analiza, los clasifica y los explica; pero no los juzga. ¿Se dirá que un rayo ó un temblor no son fenómenos naturales, porque son destructores? (Así también son fenómenos naturales la aparición de un Maquiavelo, de una serie de tiranos, etc., aunque sean dañinos á la humanidad). ¿Se dirá que la naturaleza es el orden y la armonía del Universo y que lo que es accidente y desorden (tomando al hombre por objeto del Universo) *no es natural*? La distinción de hechos sociales y antisociales es ilegítima porque introduce la consideración de nuestros fines é intereses (y pasiones y preocupaciones) en la ciencia teórica. ¿La instrucción cesa de ser un *fenómeno social*, porque el profesor enseña un error? ¿Un contrato deja de ser un fenómeno económico, porque ha sido engañado un contratante?

El arte es otra cosa; en el arte hay *bueno y malo*, porque el arte no se propone (como luego veremos), descubrir la verdad, sino llegar á *un fin*; y lo que conduce á ese fin es bueno, y *malo* lo contrario. Pero no se ha popularizado bastante la diferencia entre ciencias *teóricas*, ciencias *prácticas* y arte.

es un fenómeno natural ineludible, desde ese momento tiene que encarnarse ese fenómeno en un conjunto de preceptos, en forma ruda ó grosera ó científica, dictados por alguna autoridad ó establecidos por la costumbre, expresión de las necesidades.

409. El *Derecho*, pues, considerado en su realización práctica en las sociedades, es: *Un conjunto de preceptos coercitivos de general observancia dictados por el poder público que en toda colectividad humana aparece, espontánea ó conscientemente, como órgano de coordinación y de orden de las actividades sociales.*

410. El derecho así considerado se llama *derecho positivo* para distinguirlo del derecho *doctrinal*, del derecho *natural*, del derecho *divino*, de la *filosofía del derecho*. Derecho *positivo* quiere decir derecho ó conjunto de preceptos ó leyes observadas en una colectividad humana y cuya ejecución está asegurada por medidas *coercitivas* que pone en ejercicio una autoridad humana, esto es, un conjunto de individuos encargados de hacer cumplir ese conjunto de reglas cuya observancia no queda abandonada á los estímulos de la conciencia, del honor ó del sentimiento moral y religioso. Como en el seno de las sociedades humanas se ha presentado el fenómeno de la *coexistencia* de dos poderes unidos en armonía de propósitos y ambos ejerciendo facultades *coercitivas*, el poder político y el eclesiástico, cuando la Iglesia y el Estado han estado unidos, no puede negarse el carácter de *derecho positivo* que tuvo en esas épocas el derecho canónico al lado del derecho civil; á la manera que existieron varios *derechos positivos* en los períodos históricos en que bajo la soberanía *nominal* de los Reyes sobre un territorio, cada municipio y aun cada condado tenía sus *fueros* especiales, su *derecho positivo* particular y su organización y autoridades dentro

de ese territorio sujeto á la soberanía *nominal* de un Emperador ó de un Rey. Pero la evolución democrática que ha demolido el feudalismo y quitado á la Iglesia su soberanía política, no ha dejado subsistente sino la soberanía *política*, esto es, la unidad nacional en determinado territorio de grupos humanos más ó menos numerosos, gobernados por un sólo poder que se llama *político* ó *civil*, en oposición á poderes religiosos, poderes morales, poderes de cualquiera otra clase. Y ese poder *político* ó *civil*, sea cual fuere la forma en que se ejerza y la extensión de sus atribuciones, es el único que ejerce facultades *coercitivas*, y es, por lo mismo, el único que encarna el *centro de coordinación de las funciones sociales* y el único cuyos preceptos ó reglas de conducta social reciben hoy la denominación de *Derecho Positivo*. Derecho positivo es, pues, en el actual estado de la evolución social: *El conjunto de reglas, preceptos ó leyes dictadas por el poder político de un Estado ó Nación; y así habrá tantos derechos positivos cuantas naciones soberanas existan, esto es, habrá derecho positivo italiano, francés, inglés, americano, etc., y mexicano.*

411. En resumen, en todo organismo viviente y en las sociedades humanas, en tanto que son organismos, aparece forzosamente un *órgano* ó aparato especial de coordinación de las funciones de ese organismo para regular su acción y evitar su destrucción; este aparato es más complejo y perfectible á medida que la totalidad del organismo es más complicado y perfectible, y corresponde á la naturaleza de ese conjunto; las sociedades humanas son organismos de elementos psíquicos (hombres dotados de inteligencia y voluntad) y sumamente complejos y perfectibles; luego el órgano de coordinación, que es el poder público, debe ser forzosamente un órgano dotado de inteligencia y voluntad, sumamente com-

plexo y perfectible y que se manifieste y obre por medios correspondientes á la naturaleza de la sociedad, esto es, por medio de *leyes escritas y funcionarios conocidos*, tratándose de sociedades que han llegado á un estado de cultura que exija esa forma de coordinación. En consecuencia, el derecho positivo que es la forma en que ejerce su acción el centro de coordinación social ó poder político es *el conjunto de leyes dictadas por el poder político de un Estado*, entendiéndose por poder político *el que ejerce facultades coercitivas sobre los individuos*.

412. Si el derecho es un conjunto de preceptos ó *leyes* cuyo objeto es la coordinación de las funciones de la vida social, la ley no puede ser otra cosa que una regla *general* de conducta para los asociados, una regla que restrinja la libertad individual imponiendo á los individuos aquellas obligaciones que son *ó se consideran* necesarias para la coordinación de la vida social, aunque realmente no lo sean. Si el organismo social necesita un centro de coordinación es porque ese organismo es susceptible de funcionar irregularmente; pero el centro de coordinación á su vez puede funcionar irregularmente por exceso, por defecto ó por alteración de su acción; puede atrofiarse ó hipertrofiarse, como lo hemos enseñado en nuestras anteriores nociones de sociología. Y esas irregularidades y alteraciones son el objeto de la filosofía del derecho, factor importantísimo de coordinación social y aun humana, y son también corregidas por crisis revolucionarias ó por reformas y cambios lentos en la legislación.

413. Pero esos defectos y vicios de la ley ó del derecho positivo que son el objeto de las especulaciones científicas de la sociología, de la filosofía, de la ciencia económica y de otras ciencias auxiliares del derecho, no alteran en nada el hecho *positivo y real de existir esas leyes*

como mandatos obligatorios de una autoridad constituida. Y una vez constituida la autoridad y vigentes las leyes no caben más que dos procedimientos sociales é intelectuales respecto de ellas: combatirlas especulativamente en teoría por la discusión científica y en la práctica por las rebeliones; ó estudiarlas sometiendo á ellas para penetrar su sentido y aplicarlas lógicamente y racionalmente.

414. El primer procedimiento es, como acabamos de indicarlo, la tarea de los pensadores, de los filósofos, de los sociólogos, de los idealistas, de los reformadores, de los revolucionarios, de los novadores; es del dominio de las ciencias y de las pasiones sociales, y de ellas no vamos á ocuparnos aquí. El segundo procedimiento es el de los juristas, de los funcionarios, de los comentadores y expositores del derecho, de los abogados, de los prácticos, en una palabra, es el objeto y materia de la *ciencia ó arte jurídico*, de la ciencia del derecho positivo, de la *jurisprudencia*. Y únicamente de este estudio nos ocupamos aquí.

415. En este orden de ideas y considerando al derecho como un hecho consumado, refiriéndonos únicamente al *derecho positivo*, prescindiendo de sus causas sociológicas é históricas, nos encontramos con que el derecho no es otra cosa que: *El conjunto de leyes dictadas por la Autoridad Política de un Estado ó Nación*.

416. La *esencia* del derecho consiste por lo mismo en ser una colección más ó menos vasta de preceptos, ora dictados en forma expresa, escrita ó verbal, ora sancionados y perpetuados por la costumbre, ora promulgados por medio de la prensa, pero en todo caso *obligatorios y de observancia general* para los asociados. Esa es la *esencia* del derecho y la *esencia* de las *leyes positivas*; pero sus cualidades más ó menos importantes difieren según