



**LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS Y LA INVESTIGACIÓN CIENTÍFICA LIBRE:
Reflejos Hermenéuticos Jurídicos en Brasil (1873 a 1887)**

*THE EXEGESIS SCHOOL AND THE FREE SCIENTIFIC RESEARCH:
Legal Hermeneutic Reflexes in Brazil (1873 to 1887)*

Maurides Macêdo

Universidade Federal do Goiás - UFG, Goiânia, GO, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8107202394331830> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1279-8254>

E-mail: maurides13@hotmail.com.

Jessica Painkow Rosa Cavalcante

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, RS, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4024280261959707> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6325-5735>

E-mail: jessicapainkow@hotmail.com

Leonardo Matheus Barnabé Batista

Universidade Federal do Tocantins - UFT, Palmas, TO, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1566159634562298> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2875-3787>

E-mail: leonardo.matheus.bb@gmail.com

Trabalho enviado em 28 de janeiro de 2022 e aceito em 02 de maio de 2022



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.



Rev. Quaestio Iuris., Rio de Janeiro, Vol. 16, N.01., 2023, p. 281-312.

Maurides Macêdo, Jessica Painkow Rosa Cavalcante e Leonardo Matheus Barnabé Batista

DOI: 10.12957/rqi.2023.64959

RESUMEN

Objetivo es presentar a través de la revisión de literatura, un panorama acerca de la Escuela de la Exégesis, de la Escuela Científica y de la Escuela del Derecho Libre. El **método** de investigación escogida es la investigación bibliográfica y el análisis de fuentes documentales. Para el análisis sobre la hermenéutica jurídica en Brasil, se utilizaron como fuente las Revistas Jurídicas de circulación de la época. A través del estudio de autores clásicos que escribieron sobre estos temas, se busca relacionar las principales características de la Escuela de la Exégesis, de la Libre Investigación Científica, y mostrar el desarrollo de la Escuela del Derecho Libre, en Alemania. La **contribución** se dará al enriquecimiento teórico sobre el desarrollo de la hermenéutica jurídica en Brasil en el siglo XIX, analizando las influencias sufridas durante el periodo del auge de la Escuela de la Exégesis (1830-1880). Como **resultados**, es posible percibir las significativas influencias del derecho francés y alemán en Brasil en los años posteriores a 1800, algunas de ellas presentes en la legislación vigente, y las importantes notas del jurista brasileño Clóvis Beviláqua, en 1904, sobre la necesidad de ir más allá de la “interpretación” exegetica, uniendo las reglas positivas y científicas, el derecho y la jurisprudencia, para que podamos organizar sistemáticamente las reglas del derecho.

Palabras clave: Escuela de la Exégesis. Libre Investigación Científica. Escuela del Derecho Libre. Hermenéutica Jurídica. Brasil.

ABSTRACT

The **objective** of this paper is, through the literature review, provide an overview of the Exegesis School, the Scientific School and the Free Law School. The **method** was bibliographic research and analysis of documentary sources. For the analysis about the legal hermeneutics in Brazil, the legal journals of circulation of the time were used as source. Through the study of classical authors who wrote about these themes, seek to relate the main characteristics of Exegesis School, the Free Scientific Research, and, show the development of Free Law School, in Germany. The **contribution** will be given to theoretical enrichment on the development of legal hermeneutics in Brazil in the century XIX, analyzing the influences suffered during the heyday of the Exegesis School (1830-1880). As a **result**, it is possible to perceive the significant influences of French and German law in Brazil in the years after 1800, some of them present in the current legislation, and the important notes of the Brazilian jurist Clóvis Beviláqua, in 1904, on the need to go beyond exegetical "interpretation", uniting positive and scientific rules, law and jurisprudence, so that we can systematically organize the rules of law.

Keywords: Exegesis School. Free Scientific Research. Free Law School. Legal Hermeneutic. Brazil.



Introducción

Este artículo presenta una revisión de literatura sobre la Escuela de la Exégesis, la Escuela Científica, el Movimiento del Derecho Libre, y sus consecuencias en Brasil, partiendo de lecturas de textos clásicos extranjeros y nacionales. Considerando como marco fundamental las codificaciones nacionales del siglo XIX, se optó, para efectos didácticos, por trabajar inicialmente la Escuela de la Exégesis, con una incursión en la Escuela Científica y en el Movimiento Derecho Libre y, posteriormente, hacer un análisis de las influencias hermenéuticas en Brasil en el periodo del auge del método exegetico (1830-1880). Buscamos identificar tales métodos en las publicaciones de algunas revistas jurídicas periódicas brasileñas de circulación mensual, en donde se han seleccionado como recortes de ediciones y de casos dispersos extraídos de la lectura de revistas publicadas en los años de 1873 a 1887.

En un primer momento se presenta una contextualización de las influencias políticas y sociales Posrevolución Francesa y las consecuencias para la formación de la Escuela de la Exégesis, en seguida, una exposición de las principales características y métodos utilizados por la Escuela, por último, un análisis de críticas teóricas fomentadas en la época al método exegetico, permitiendo así trazar, consecuentemente, las directrices teóricas de la decadencia de la Escuela.

Sobre el periodo de decadencia de la Escuela de la Exégesis, se destacan las ideas ascendentes desarrolladas por François Géný, que buscaba la Investigación Libre del Derecho (Escuela Científica), y su influencia en el Movimiento del Derecho Libre, en Alemania.

Al final, se llevará a cabo una reflexión sobre las influencias hermenéuticas en Brasil, considerando como marco inicial el periodo de auge (1830-1880) de la Escuela de la Exégesis. Las Revistas Jurídicas, que eran los vehículos jurídicos ampliamente utilizados en la época, sin duda, permitieron realizar una interpretación más consistente de estas influencias en Brasil. El análisis se centra en las principales discusiones hermenéuticas en Brasil durante el siglo XIX que se relacionan con el método exegetico y la libre investigación científica.

Además de la investigación bibliográfica, la metodología adoptada para el análisis de las influencias hermenéuticas, es el análisis del *periodismo jurídico*, favoreciendo la relectura de publicaciones realizadas en las siguientes revistas: Gazeta Jurídica, revista de circulación mensual, en donde se analizaron algunos extractos de publicaciones, que aportaron casos dispersos extraídos de la lectura de las revistas publicadas en los años de 1873 a 1887, con el objetivo de identificar tales métodos en estas publicaciones; asimismo, el análisis tendrá lugar en el *Compendio de*



*Hermenéutica Jurídica*¹, publicado en Recife, en 1872, considerando que el mismo trae las reglas de interpretación que se utilizan como “guías” por las Facultades de Derecho del Imperio.

A priori, se considera que la ley es como la voluntad social preponderante, y como tal siempre reflejó la sociedad que la moldeó. Sin embargo, los profesionales del derecho, en diferentes épocas, aprendieron e interpretaron la aplicación de la norma jurídica bajo diferentes paradigmas basados en las diferentes Escuelas Jurídicas.

Europa occidental, pasó por un gran desarrollo del derecho en la civilización Romana, durante la Antigüedad Clásica. La Doctrina del Derecho (conocida en la época por Jurisprudencia) pasó por un notable avance. En este periodo, Se destaca el Jusnaturalismo clásico, que tiene su origen en la lectura de las ideas filosóficas de los griegos (Platón y Aristóteles) y buscaba una justicia universal basada en la razón natural. Este pensamiento tuvo una influencia larga y duradera en Europa occidental.

El derecho medieval, estuvo marcado por el pluralismo jurídico, es decir, por la coexistencia de varios sistemas jurídicos distintos: Derechos Consuetudinarios de los Pueblos Bárbaros, Derecho Canónico y el Derecho Feudal. A partir del siglo XI, con el nacimiento de las Universidades, la Escuela de los Glosadores y, posteriormente, la Escuela de los Comentadores, resucitaron y diseminaron el Derecho Romano Justiniano en Europa. Al mismo tiempo, edificaron el *Ius Commune* (Derecho Común) ten

Tiendi como base el *Corpus Iuris Civilis*, que tenía fuerza de texto sagrado. Respondiendo a esta nueva realidad el Iusnaturalismo adquirió una nueva forma y presentó un contenido teológico, ya que el derecho era un *Jus Sacrum*, dado que el derecho y la sociedad, en esta perspectiva teórica tenían como base la voluntad divina y el credo religioso.

En la Edad Moderna, con el nacimiento de los Estados Nacionales Absolutos, nació también un Derecho Nacional con las Ordenanzas del Rey. Además del Derecho Romano, las Ordenanzas también comenzaron a ser enseñadas en las universidades. Aun así, en la Edad Moderna, las Escuelas de los Glosadores y la de los Comentadores, fueron criticadas por la Escuela Iusracionalista. En este momento, luego tantas transformaciones, el Iusnaturalismo adquirió una nueva fachada. Se volvió más racional (justa razón). Búsqueda de justicia respetando la naturaleza racional del hombre y la principal fuente del derecho es la naturaleza humana, teniendo un método racionalista. Esta escuela floreció entre los siglos XVI y XVIII y tuvo como protagonistas a

¹ Del Autor Francisco de Paula Baptista. Otros juristas importantes también publicaron en esta época acerca de la hermenéutica, en 1838, Correia Teles, con la *Teoría de interpretación de las leyes*; y, en 1861, Bernardino Carneiro, con *Primeras líneas de hermenéutica jurídica y diplomática*.

Hugo Grotius, Thomas Hobbes, Christian Thomasius, B. Spinoza, Samuel Pufendorf, C. Wolf, JJ. Rousseau y I. Kant.

La Revolución Francesa, trajo grandes cambios al mundo occidental y, también, al derecho. Con el ascenso de la burguesía, nació en Europa un derecho estatal, codificado y único que sería aplicado dentro de un Estado. El Código de Napoleón fue el ejemplo más emblemático de toda esta transformación.

En medio de todos estos cambios y de ese nuevo orden económico, político y social, al final del siglo XVIII, y en los siglos XIX y XX, surgieron en Europa varias escuelas de interpretación del derecho, entre ellas tenemos a la Escuela de la Exégesis, la Escuela Histórica, la Escuela Teleológica, la Escuela de la Libre Investigación y la Escuela Libre del Derecho.

El positivismo, fue un producto directo e inmediato de la Revolución Francesa y una de las primeras corrientes de este pensamiento en Francia fue la Escuela de la Exégesis, también conocida como Escuela Filológica.

Escuela de la Exégesis y sus características

El movimiento legalista cobró fuerza a finales del siglo XVIII y, con el fin de la Revolución Francesa, Francia anhelaba una ley nacional. Conforme Antonio Manuel Hespanha (2012:401), las leyes estatales tendieron a acaparar la atención de los juristas desde mediados del siglo XVIII, siendo este monopolio, influenciado por las ideas Iusracionalistas².

Como resultado, hubo una “ruptura” en la concepción del derecho y del pensamiento jurídico del antiguo régimen, en el cual, Castanheira Neves (1995:181) enumera tres principales supuestos presentes en el “contexto cultural y político jurídico francés inmediatamente anterior e inmediatamente posterior a la Revolución de 1789”, siendo ellos: 1º) el filosófico-jurídico (en el *Iusnaturalismo* moderno-iluminista); 2º) político-jurídico (en el *legalismo* demo-liberal); y, el 3º) cultural (fenómeno jurídico de la *codificación* posrevolucionaria).

Las implicaciones políticas y sociales de la época acabaron estimulando el “legalismo de la codificación posrevolucionaria”, que impulsaba y alimentaba al movimiento de codificación, ya que, buscaban a través de él, “responder a los anhelos de un orden jurídico estable, previsible y, por lo tanto, seguro”. (NEVES, 1995:181; HESPANHA, 2012:401).

² En las palabras de Manuel Hespanha (2012:401), el monopolio estaba atenuado “por la creencia en la existencia de una ley suprapositiva con origen en la razón, de que el derecho positivo constituiría una especificación y una garantía”.

El legalismo posrevolucionario veía el derecho apenas en las leyes políticamente legitimadas en un Estado de asamblea representativa y estructurado según un rígido criterio de separación de poderes, y el Iusnaturalismo los creía fundados en el derecho natural-racional deducido a través de axiomas socialmente antropológicos, pero aquel legalismo, que tenía un inmediato origen ideológico en el contractualismo iluminista, que no dejó de recibir del Iusracionalismo no solo mucho contenido normativo prescrito por las leyes, sino también la idea de que a la normatividad jurídica le correspondía esencialmente al *modus* de una racionalidad sistemática e incluso una racionalidad axiomáticamente sistemática. Era esta la *forma culturalis* de un tiempo de “razón” que iba consustancial con el Iusnaturalismo en general, tanto moderno como iluminista, y que el legalismo del siglo XIX dogmáticamente consagró. De ahí la exigencia fundamental de prescribir leyes *sub specie códicis*, como precisamente siendo la forma jurídico-positiva de esta racionalidad esencial. (NEVES, 1995:182).

Así, esta cultura jurídica de la racionalidad a través de la prescripción de leyes a través de códigos “implicaba que un código no fuera un mero conjunto de leyes, sino más bien un *corpus* legislativo que era propuesto, de modo racional, sistemático y unitario”, como una “personificación del ideal de un cierto dominio jurídico”. (NEVES, 1995:182).

El fenómeno de la codificación pudo ser traducido en aquella época como una cultura jurídica que surgió en oposición a la cultura jurídica anterior, al *ius commune*. Mientras el *ius commune* se basaba en textos jurídicos canonizados y en un método de producción normativo que recopilaba varios derechos particulares, la propuesta codificadora era moldeada en el discurso racionalmente unificado en donde la fuente no eran más las costumbres o la historia local, sino el Estado soberano que representaba la voluntad de un pueblo. (MARQUES, 2003:10-15).

Todo el contexto de esta cultura jurídica racional codificadora en Francia contribuía con la Escuela de la Exégesis, como ejemplo, las leyes en 1790 que valoraban los sentimientos jurídicos de las personas comunes instituyendo los jueces de paz analfabetos y acabando con los recursos para los Tribunales Superiores; el sentimiento de voluntad del legislador revolucionario extremadamente valorizado, lo que imprimía, la previsión de los códigos en el preámbulo de la Constitución de 1791³; y, el cierre de las Facultades de Derecho por Convención en 1793.

Y es en este escenario que el discurso napoleónico planteó el racionalismo contractualista posrevolucionario. Un derecho único para una nación fragmentada, pero legitimado por la representatividad de un pueblo, por el equilibrio ocasionado por la separación de los poderes. En

³ La Constitución de 1791 prevé en el preámbulo “será elaborado un código, con las leyes civiles comunes para todo el reino”. “Poco después, la Convención promulga un *Código de delitos y de penas* (3 brumario del Año IV [25/10/1795]). Sin embargo fue solamente en 1804, ya durante el Consulado y bajo la influencia directa de Napoleón I, que el *Code Civil* conoció su versión definitiva y fue promulgado (1804). Le siguieron los *Códigos de proceso civil* (1806), el *Código comercial* (1807), el *Código penal* (1809), el *Código de proceso penal* (1810)”. (HESPAÑHA, 2012:401). Sobre un estudio más profundo acerca de las codificaciones en Francia ver: GILISEN, John. *Introdução Histórica ao Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1995. Traducción de: A. Manuel Hespanha. p. 451-461.

aquel momento, con la aprobación del Código Napoleónico, el fenómeno codificador se propagaba como un beneficio a los muchos territorios ocupados por Napoleón. (ARNAUD, 1995:136; FORMIGA, 2012:13).

Era posible notar que el *Code Civil* era extremadamente radical, dado que se trata del fruto de una Revolución, con el propósito de romper con el pasado, y que partía de la idea de que el rechazo de la historia bastaría para la institución de un nuevo orden político/jurídico/social.

Según John Gilissen (1995:516) el Código de Napoleón ejerció una influencia general en la codificación que tuvo lugar en el siglo XIX. Los códigos predecesores no tenían el grado de síntesis que el Código de Napoleón tenía, y tal influencia solo acabó decayendo al final del siglo XX, con la entrada en vigor de los Códigos Civiles de Alemania (1900) y de Suiza (1907) que se superpusieron el modelo francés de codificación, convirtiéndolo en un nuevo paradigma para la codificación en otros países; y según Armando Formiga (2012:13):

[...] El Código Civil de (1804) tuvo éxito y conquistó la simpatía de muchos dentro y fuera de las fronteras francesas. El nuevo catecismo – sembrado “en los surcos abiertos por el soldado de la libertad” – fue “arrastrado por el paso de la caballería imperial”. Napoleón ofrecía a los territorios ocupados su código como un beneficio, mientras personalmente presentaba a sus hermanos (transformados en reyes), generales y embajadores para hacer con que ellos adoptaran el código en esos países de los cuales ellos estaban encargados. (FORMIGA, 2012:13).

La Escuela de la Exégesis se encontraba vinculada al ambiente jurídico y político que sondeaba Francia en la posrevolución, asegurando así la idea del estado de derecho, pues el contexto de desconfianza en relación a los magistrados y juristas de la época era conflictivo, así, se instituía la cultura jurídica del estado de derecho y de la prohibición de la interpretación, debiendo los Tribunales, acudir al legislativo siempre que hubiera la necesidad de que se interpretara una ley⁴.

⁴ Para una mejor comprensión del modelo francés en el movimiento constitucionalista, ver: STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49-59. Según Lenio Luiz Streck (2019:53-54): “La falta de fe en los jueces se basa en el trabajo que estos habían realizado en favor del monarca absoluto, trabajo este caracterizado por el conformismo y por la docilidad, cuestión que fue bien recogida por Tremps, a partir de Alexis de Tocqueville: “No se puede olvidar jamás que si, por un lado, el Poder Judicial en el Antiguo Régimen se extendía sin cesar más allá de la esfera natural de su autoridad, por otro, nunca la completaba por entero”. Desde entonces se fomentó una tradición en Francia que se extiende hasta la actualidad. La desconfianza por los jueces tuvo como reflejo la exclusión de los tribunales de la tarea de garantizar la Constitución, exclusión que marcó al sistema francés y que influenció el pensamiento europeo sobre esta materia”.

En el derecho codificado⁵ la ley era considerada el principal instrumento de producción jurídico, en un escenario donde “la voluntad legal no puede ser contaminada por opiniones subjetivas” (MARQUES, 2003:12). Conceptuando la Escuela de la Exégesis, Castanheira Neves (1995:181) afirma que fue una especie de positivismo primigenio, siendo

[...] una corriente del pensamiento jurídico francés nacida en los comienzos del siglo XX, que subsistió, con mayor o menor fidelidad al sentido original, por todo este siglo y en el que encontró expresión doctrinal y metodológica en el legalismo de la codificación posrevolucionaria. (NEVES, 1995:181).

De acuerdo con, John Gilissen (1995:516) las teorías que surgieron en la Escuela de la Exégesis fueron denominadas de *Positivismo Legal* (*Gesetzpositivismus*), “bajo la influencia de las ideas filosóficas de Kant en Alemania, de Saint-Simon y, sobre todo, de Auguste Comte en Francia”. Desde el punto de vista de Lenio Luiz Streck (2010:160),

[El] positivismo exegetico (que era a forma do positivismo primitivo) separaba derecho y moralidad, además de confundir texto y norma, ley y derecho, o sea, se trataba de la antigua creencia – aún muy presente en la imaginación de los juristas – en torno a la prohibición de interpretación del corolario de la secular separación entre hecho y derecho, algo que nos remite al periodo posrevolucionario francés y a todas las consecuencias políticas que de allí surgieron. (STRECK, 2010:160).

Sobre los protagonistas de la Escuela de la Exégesis, Julien Bonnecase (1944:passim) indica tres principales “fundadores”: C. Étienne Delvincourt⁶; Jean Proudhon⁷ e C.B. Marie Toullier⁸. Otros pensadores son importantes en la fase de formación del reinado de la Escuela de la Exégesis, como: A. Merlin de Thionville¹¹; Jacques De Maleville⁹; Chabot de L’Allier y Alexandre Duranton, siendo, A. Duranton quien desarrollará los principios dados por los fundadores y va a instaurar, de hecho, el periodo de reinado (fase de auge) de la Escuela de la Exégesis. Analizando la Escuela de la Exégesis, J. Bonnecase (1944:36-66) hizo una periodización con tres fases: formación (1804-1830), auge (1830-1880) y decadencia (1880-1900).

En la primera fase, se encuentra el periodo formativo (1804-1830), donde la corriente exegetica fue reforzada por el espíritu y por los procedimientos del Gobierno Imperial al que no le agradaban las tendencias que se habían manifestado en la enseñanza del derecho en las escuelas centrales. Esto por cuenta de las características notadas, como la “reducción del derecho al pro-

⁵ Según Mário Reis Marques, el “vocablo código”. (MARQUES, 2003:1-2).

⁶ Con su obra *Institutes de droit civil français - 1808* [*Cours de Code Civil - 1812*].

⁷ Con su obra *Cours de droit Français - 1809*.

⁸ Con su obra *Droit Civil Français Suivant l’ordre du Code - 1811*.

⁹ Con su obra *Analyse Raisonnée de la Discussion du code Civil Au Conseil d’Etat* (1804-1805).

ducto de voluntades (convenciones, leyes), en la línea de la filosofía política de Rousseau”; la “identificación del derecho como la ley, como la voluntad del legislador”; la “desconsideración de la doctrina jurídica, con el cierre de las facultades de derecho”; y la “conversión de juristas en meros explicadores de la ley”, pues ellos se limitaban a hacer una exposición e interpretación de los nuevos códigos. (HESPANHA, 2012:403-404).

En una segunda fase, J. Bonnecase (1944:passim) nombra el periodo del auge como siendo los años comprendidos entre (1830-1880), que fueron marcados por la gran propagación de las ideas desarrolladas por la Escuela, y su gran popularidad (inclusive internacional). Los métodos de la Escuela en esta fase fueron marcados por cuatro grupos de autores¹⁰: en el primer grupo están los comentaristas, en su mayoría son profesores; en el segundo grupo están los que hicieron comentarios de segunda orden, compuesto por profesores, magistrados y abogados; en el tercer grupo los juristas que no produjeron obras escritas, pero por su influencia representaron el espíritu de la Escuela de la Exégesis; y, en el cuarto grupo estaban aquellos que divulgaron los principios de la Escuela a través de los manuales¹¹.

En 1841, el jurista Hyacinthe Blondeau¹², sistematizó las bases doctrinarias de la Escuela y explicó con precisión tanto la fórmula como el papel del intérprete del derecho codificado. Para él, la interpretación de la norma jurídica se realizaba a través de la exégesis de los textos de ley, llegando al extremo de sostener que el juez debería abstenerse de juzgar en las hipótesis de lagunas jurídicas. Este entendimiento también es apoyado por otros autores, como el profesor decano de la Facultad de Caen, Charles Demolombe¹³. Criticando, Julien Bonnecase (1944:passim), señala que tal entendimiento violaba el artículo 4º del *Code Civil*, en el cual se habla que estaba prohibido al juez dejar de juzgar alegando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley.

¹⁰ J. Bonnecase (1994:passim) explica en su obra *La Escuela de la Exégesis en Derecho Civil* de forma más detallada las obras de cada autor de la Escuela de la Exégesis. A título de suministrar un panorama mejor para el lector, se explicitan aquí los nombres de los autores situados en cada grupo: 1) Los Grandes Comentaristas: A. Duranton, Ch. Aubry, Ch. Rau, Demolombe, Taulier, Demante, Colmet de Santerre, Tropolong, Marcadé, Laurent (con su obra de 33 volúmenes *Principes de Droit Civil* - 1869 a 1879); 2) Los Comentaristas de Segunda Orden son: Larombière, Pont, Rodière, Massé, Vergé, Duverdier, Du Caurooy, Coin- Delisle, Blondeau (con su obra *L' autorité de la loi: de quelle source doivent décoller aujourd'hui toutes les décisions juridiques* - 1841); 3) Los Juristas son: Bugner y Vallete; y, 4) Los Manuales: Morlon (con su obra *Répétitions écrites sur les trois examens du Code Civil* - 1846) y Baundry-Lacantinerie (con su obra *Précis de droit Civil* - 1880).

¹¹ J. Bonnecase (1994:passim) describe con riqueza de detalles las características presentes en los escritos de cada grupo. Una de las principales y más llamativas características presentes en la obra de autores de este periodo era la introducción con la repetición de las obras de sus predecesores, siempre demostrando así una forma de respeto y admiración (aunque no concordaran con el contenido integral de la obra), este proceso de “introducción del predecesor” es casi un ritual obligatorio de los autores exegéticos.

¹² En su obra *L' autorité de la loi: de quelle source doivent décoller aujourd'hui toutes les décisions juridiques*.

¹³ E su obra *Cours de Code Civil* - 1845.

En la época del auge se puede percibir la influencia de la Escuela de la Exégesis en Bélgica, a través de la propagación de las obras de François Laurent, en el periodo de 1869 a 1879, el autor escribe el prefacio de la obra explicando que para él “el derecho es una ciencia racional; el juez no puede desobedecer la letra de la ley bajo el pretexto de penetrar en su espíritu; los códigos no dejan nada al arbitrio del interprete; este ya no tiene la misión de hacer el bien, pues el bien ya está hecho”. (GILISSEN, 1995:517).

Muy emblemática en su época, la declaración del profesor Jean-Joseph Bugnet que quedó más conocida como una característica fundamental de los métodos de la Escuela de la Exégesis: “*Je ne connais pas le droit civil: je n’enseigne que le Code Napoléon*”¹⁴.

En la tercera fase, tenemos al último periodo de la Escuela de la Exégesis, cuyo principal motor es la obra de François Géný denominada de *Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif* (1899), “que critica el fetichismo legal de la Escuela, con el argumento de que la diversidad de las relaciones humanas y su complejidad inherente están siempre más allá de la capacidad creativa de los autores del derecho legislado”. (LIMA, 2008:107).

La Escuela de la Exégesis estuvo íntimamente vinculada a las influencias políticas, sociales y jurídicas de la posrevolución francesa, fue cuando se vio reforzada por el sentimiento de desconfianza en el juez, aún, siguiendo los moldes del movimiento codificador que ya estaba aparente. Sin embargo, se predicaba un culto exacerbado a las normas codificadas y a la voluntad del legislador que se sostuvo hasta 1900, encontrando así, la principal razón de su decadencia en las obras desarrolladas por F. Géný por la libre investigación científica del derecho.

En relación a los métodos utilizados por la Escuela de la Exégesis, J. Bonnetcase (1994:passim), explicó cinco fórmulas principales visibles en las enseñanzas exegeticas: el culto al texto de la ley; el predominio de la intención del legislador al interpretar la ley; el carácter estatista de la doctrina exegetica; el carácter (i)lógico y paradójico de la doctrina de la exégesis en lo que se refiere a la existencia y noción del derecho; y, el argumento de autoridad del legislador. Para el autor:

El método exegetico se reduce, esencialmente, como todos los métodos, a la exposición y ejecución, según un plan preconcebido, de la doctrina de la Escuela, y esta doctrina consiste, como hemos dicho brevemente, en la concepción que la misma Escuela tiene de los elementos constitutivos del Derecho, es decir, de su objeto, fuentes, principios y directrices que emanan de esas fuentes. Ahora bien, la Escuela considera la intención del legislador como la fuente suprema del Derecho positivo¹⁵; es cierto que los medios empleados para descubrir esta inten-

¹⁴ Traducción libre: “Yo no sé Derecho Civil: solo enseño el Código de Napoleón”.

¹⁵ Con la intención de suministrar una contextualización mejor para el lector, es importante justificar lo que el autor Julien Bonnetcase (1994:160) trae en su texto acerca de la comprensión por Derecho Positivo cuando lo

ción pertenecen al método; pero la intención considerada en sí misma, forma, esencialmente, parte integrante de la doctrina debido a que el papel que se le hace desempeñar termina por identificar, en gran parte, la sustancia del Derecho positivo con las manifestaciones de la voluntad del legislador. (BONNECASE, 1994:144).

En este sentido, Castanheira Neves (1995:183-186) resume en tres postulados principales los métodos, siendo ellos: la identificación del derecho como siendo la ley, pues entendía que la solución para las fuentes del derecho ya había sido encontrada por la Escuela de la Exégesis. En el periodo que estuvo en vigor esta Escuela el culto al texto de la ley le imprimió un carácter estatista, concentrando el poder en la mano del legislador; también, la exclusividad de la ley como un criterio jurídico, lo que rechazaba el apelo por otros criterios de interpretación que habían en la época, la ley además de ser la única fuente del derecho era, aún, el criterio “normativo-jurídico exclusivo”; y, por último, la suficiencia de la Ley del *Code Civil* para solucionar todos los casos jurídicos.

En relación a la categorización de la metodología del *positivismo exegético*, Castanheira Neves (1995:186-190) la reduce a cuatro términos, siendo ellos: la supremacía de la ley; la interpretación hecha con base en la lógica (estaba prohibido hacer una interpretación y, cuando se hacía, debería estar restringida como siendo apenas la voluntad del legislador), “el método hermenéutico es el que era capaz de suministrar seguridad jurídica, pero él, era indiferente en relación a la justicia normativa y a la adecuación material al mérito concreto de los casos”; la solución de lagunas jurídicas era hecha a través del rechazo de juzgamiento, ya que, “el derecho era la ley, y un caso que no estuviera directa o indirectamente regulado en ella sería un caso que carecía de protección legal por lo que quedaría fuera del derecho, porque no [estaba] amparado por el sistema legal”; y, la mediación de la operación lógica que se hacía acababa reduciéndose a un esquema de “silogismo de la judicatura - donde el jurista era un geómetra (LIARD) y el juez un instrumento pasivo de la voluntad legislativa. (GAUDEMET, 4)”. (NEVES, 1995:189).

menciona para aquel periodo, así, lo comprendían: “el Derecho positivo ... Se define como el conjunto de leyes que el legislador ha promulgado para reglamentar las relaciones de los hombres entre sí... En efecto, las leyes naturales, o morales solo son obligatorias en tanto que hayan sido sancionadas por la ley escrita. Las demás no son materia del Derecho, y el juez que se apoyara en ellas para motivar sus decisiones, sobrepasaría los límites de sus facultades. Solamente al legislador pertenece el derecho de determinar, entre las numerosas y algunas veces tan controvertidas reglas del Derecho natural, las que son igualmente obligatorias... Dura lex, sed lex. [...] Nada está sobre la ley, y es prevaricación el eludir sus disposiciones so pretexto de que no se encuentran de acuerdo con la equidad natural. En jurisprudencia no hay y no puede haber mayor razón ni mejor equidad, que la razón o la equidad de la ley”. Además, en el transcurso de la obra de Bonnecase (1994:161) es posible presenciar varias conceptualizaciones de lo que se entendía por derecho positivo por los exegetas.

Para la Escuela de la Exégesis, la jurisprudencia no era considerada como fuente propia del Derecho Positivo, por el simple hecho de que “sus decisiones ya no pueden valer más que por los motivos que la justifican”, siendo así, cuando surja una duda sobre la intención del legislador “debe presumirse que quiso ser fiel a la legislación anterior”, porque, los exegetas entendían que “el procedimiento más seguro es interpretar el Código civil por el Código mismo”. (BONNECASE, 1994:153-158).

Asimismo, J. Bonnecase (1994) enumera tres métodos principales utilizados por la Escuela: 1) El método analítico o exegetico, que se subdivide en el método exegetico puro, el método sintético y el método mixto. El exegetico puro tiene como característica reducir la exposición y elaboración de la ciencia del derecho civil en el *Code Civil* y en el orden en el cual las leyes fueron organizadas en el código (libro, título, capítulo), partiendo de este orden se obtiene un análisis del contenido de los diversos artículos. De este método se tenían los comentarios del *Code Civil*; 2) El método sintético es el opuesto del método exegetico, él también fue conocido por largo tiempo como método dogmático, fue el enseñado por los juristas Charles Aubry y Charles Rau¹⁶, que predicaban la idea de que los jurisconsultos no se preocupaban con las divisiones usadas por los redactores del Código al edificar la obra, sino que más bien siguieron un plan racional que permitía presentar la forma original del aspecto de la vida social, que era el objeto de reglamentación del código. Las obras provenientes de este método fueron clasificadas como tratados, en oposición a los comentarios; 3) el método mixto o intermedio, es considerado casi, por J. Bonnecase (1994:passim), una variante, pues respeta el orden seguido en el método puro, pero hace comentarios de los artículos sin seguir la lógica secuencial del Código. Aun así, según el autor, la única distinción de este método con el método puro es que en este había dos inconvenientes: el hecho de que frecuentemente se mal interpretaban los sentidos de los artículos y, también, que al final el autor no conseguía adquirir el conocimiento de los artículos del Código.

Queda evidente que después de casi un siglo de utilización del método exegetico algunos autores reclamaban por alguna renovación, hecho que no tuvo éxito de forma que sustentara las enseñanzas de la Escuela de la Exégesis como en la época de su auge, lo que ocasionó lo que J. Bonnecase (1994:passim) denomina de fase de decadencia (1880-1900). Según el mencionado autor, el intento de renovación sin éxito de los métodos de la Escuela fue el motivo para que va-

¹⁶ En la obra *Cours de droit civil français: d'après la méthode de Zachariae* (1897). “Júzguese por la siguiente declaración de Aubry y Rau: “Los principales medios de la interpretación lógica son los siguientes: 1) la comparación del texto por interpretar, con las demás disposiciones legales relativas a la misma materia, o a materias análogas; 2), la investigación de los motivos, o del objeto de la ley, en los trabajos preparatorios a su redacción, o en El Derecho anterior; y 3), la apreciación de las consecuencias a que conduciría una aplicación extensiva o restrictiva del alcance de la ley [...]” (BONNECASE, 1994:157).

rios otros autores¹⁷ confundieran a los renovadores de la Escuela de la Exégesis con los autores pertenecientes a la Escuela Científica, eso, porque, las enseñanzas pasadas ya no eran más tan fieles con algunas variantes de la Escuela de la Exégesis. (BONNECASE, 1994:59).

La fase de decadencia presenta como su punto más delicado la discusión sobre las lagunas jurídicas de la ley y de cómo el juez debería actuar en tales casos, surgiendo, así, la utilización de analogías en las hipótesis de las lagunas de la ley. El juez, Joseph-Emille Labbé, amplió las fórmulas de las normas legales que fueron concebidas de forma restrictiva, a través del prolongamiento de las creaciones del legislador. Comparando los procedimientos metodológicos de la Escuela de la Exégesis, estos autores son los menos tradicionalistas pues buscaban una renovación a través de la extensión por analogía, creando una regla nueva fundada en situaciones similares y en la identidad de la razón jurídica. Entonces, en la fase de decadencia, el raciocinio por analogía era el punto máximo del método tradicional.

Algunos comentaristas basaron la analogía en la voluntad ficticia del legislador, como si la solución estuviera presumida en la hipótesis en que el legislador enfrentara el caso concreto. Otros autores sostuvieron el argumento de que las normas aplicables al caso concreto estarían latentes en el “fondo” de la legislación, y la analogía explícita, capta y coloca estas normas en evidencia, estas convicciones tienen como base la teoría de la plenitud lógica del derecho, en un sentido restrictivo y extremadamente legalista, pues entendían que el sistema legislativo era un conjunto cerrado que se bastaba siendo ajeno a cualquier elemento extraño al derecho legislado.

Al hacer uso del método lógico, los seguidores de la Escuela de la Exégesis defendían la tesis de que la ley es la expresión de la voluntad del legislador, y que una interpretación *stricto sensu* de los textos legales sería suficiente para suministrar los elementos necesarios para su comprensión de su sentido y alcance. La función del intérprete se limitaba, por lo tanto, a que descubriera en el texto rígido de la ley la *voluntas legislatoris*. Interpretar la ley era simplemente reconstituir y revelar, con fidelidad, esta voluntad. (LIMA, 2008:113-114).

Según J. Bonnecase (1994:passim), en 1812, el profesor y comentarista del Código de Napoleón, F. von Lassaulx, fue el primer representante de la Escuela de la Exégesis que osó construir críticas y preparar el camino para la concepción técnica que iría prevalecer en el Código Civil Alemán (1900) y en el Código Civil Suizo (1907).

¹⁷ Como J. E. Labbé, C. Bufnoir, Raymond Saleilles y Ch. Beudant.

La Investigación Científica de François Géný y la Escuela de la Exégesis

La Escuela de la Exégesis dominó por casi un siglo la cultura jurídica francesa y en 1899, con la obra de Géný se produjo, de hecho, la caída del método exegético. Imaginando una vista panorámica del surgimiento de la Escuela Científica se observa que su inicio sucedió con A. Jourdan y *El programa de La Thémis* (1819/1831). En 1819, A. Jourdan, estableció la distinción fundamental entre las fuentes reales y las fuentes formales en las reglas del derecho y con el alcance de las leyes, aunque fueran codificadas. Él entendió que limitar al juez a ser un mero interprete del pensamiento del legislador, sin denunciar los defectos de la ley sería condenar la ciencia a la esterilidad. En las palabras de J. Bonnetcase (1994:211) “la diferencia entre las fuentes reales y las formales de las reglas del derecho fue revelada desde el principio, por los representantes de la Escuela Científica”.

Así, comienza la percepción de que el Concejo del Estado Imperial no era un santuario dictado por la razón, como si fuera un oráculo (lo cual era la característica del método exegético).

Como los sacerdotes del templo de Thémis [...] Es necesario combatir esa tendencia perpetua de la jurisprudencia a resolverse en intereses individuales; es preciso que los jurisconsultos no degeneren en casuistas, y que, colocados, por decirlo así, en lo alto, descubran y capten a la vez, el conjunto y detalles de la ciencia, es preciso, en fin, que la razón domine todo, presida todo, reine como soberana en todas partes; nunca debe obedecer como esclava, encadenada por la forma o subyugada por las autoridades”. (JOURDAN apud BONNETCASE 1994:210-211).

Sin embargo, es apenas en 1900, que se considera la instauración del reinado de la Escuela Científica y el cierre de la Escuela de la Exégesis, con el programa de *Renovación de Métodos de Interpretación* propuesto por F. Géný. Es posible constatar que los impactos de las enseñanzas de F. Géný desencadenaron una verdadera revolución en el dominio del Derecho Civil¹⁸, para J. Bonnetcase (1994:249):

Esta enseñanza, que a primera vista pudiera parecer extraña, es la potencia del *Manifiesto* en todos los dominios de la actividad social, aun en aquel que muchos intelectuales consideran al abrigo de semejantes influencias: el dominio científico. Dos manifiestos célebres dieron cuerpo, a principios del siglo XIX, a dos grandes Escuelas que, en su primera mitad, se dividieron el mundo jurídico alemán: *La Escuela filosófica* y *la Escuela Histórica*; la primera debe su nacimiento al escrito de Thibaut: *Sur la nécessité d'un Code civil pour L'Allemagne*, publicado en 1814; la segunda, a la respuesta de Savigny: *De la vocation de No-*

¹⁸ “En las otras ramas del derecho, la renovación se sitúa por la misma época; en el derecho público, con las obras de Duguit y Hauriou; en el derecho penal con las de Garraud, Garçon y Roux; en el derecho comercial con las obras de Thaller y de Lyon-Caen. El reino de «Su Majestad el *Code Civil*» terminó por vuelta de 1880-1900, adquiriendo las demás ramas del derecho una cierta autonomía”. (GILISSEN, 1995:519).

tre temps pour la législation et la jurisprudence, publicada el mismo año. Los conceptos que estas Escuelas defienden y simbolizan existían ya en Alemania, antes de que se hubieran publicado los dos manifiestos y, sin embargo, probablemente nunca hubieran engendrado los movimientos que originaron, si en dos programas bien definidos, sus partidarios no hubieran señalado las directrices científicas opuestas, que representaban tales conceptos. [...] La justa comprensión de esta situación, independientemente de la cuestión de fondo, decidió el triunfo de la doctrina de Gény sobre la de Saleilles. En verdad, la precitada obra de Gény: *Método de Interpretación y Fuentes en Derecho Privado Positivo*, era más que un manifiesto, más bien era ¡un súper Manifiesto! (BONNECASE, 1994:247-249).

La primera parte de la obra *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, F. Gény (1902), se destinó a apuntar los fracasos de la Escuela de la Exégesis. Demostró un desorden en el desarrollo normal del programa de la Escuela Científica gracias al papel atribuido por él a la técnica jurídica, y establece tres críticas sobre el fetichismo legal de la Escuela de la Exégesis, realizada en tres terrenos distintos (práctico, científico y filosófico).

En el terreno práctico la crítica es hecha con el uso de la lógica para interpretación de la voluntad del legislador, pues, esta actitud asfixiaba el derecho y era imposible gobernar indefinidamente el mundo social con instituciones cerradas al pasado. Así, el texto y el objeto social eran factores que deberían ser considerados al interpretar las leyes. (GENY, 1902: passim).

En el terreno científico la crítica gira en el sentido de que la Escuela de la Exégesis privaba al derecho positivo del elemento científico, reduciéndolo a un arte puramente empírico. F. Gény (1902: passim) menciona el espíritu científico, en los principios de la ciencia, como algo que no es dado y apenas es hecho. Ellos se forman en la medida en que se crean. La atención del autor se vuelca hacia la realidad social, para él, el jurista no podía ignorar los compuestos del mundo jurídico que estaban puestos, teniendo, el jurista, dos momentos en su trabajo: el dado y el construido. Él buscaba superar dos extremos, el Iusnaturalismo que acentúa lo ideal, y el positivismo que acentúa lo real.

El concepto inaugurado por F. Gény (1902) introdujo la construcción de la toma de consciencia y la actividad creadora como tareas del jurista. Para él, *Lo Dado* y *Lo Construido* eran dos elementos fundamentales del derecho, siendo *lo dado* aquello que aún no había sido creado por el legislador. La ciencia resulta como el conocimiento de lo *dado* (realidad social y ley positiva) y la técnica resulta como la producción de lo construido. La gran contribución de la obra de F. Gény (1902) en la teoría de la interpretación fue la de situar al trabajo interpretativo dentro del papel del jurista, colocado entre realidades y necesidades.

Ya en el terreno filosófico F. Géný (1902) entendía que era nítido el hecho de que la Escuela de la Exégesis no se preocupara con la filosofía, siendo la ciencia la base necesaria de la filosofía y su punto de partida. Y una ciencia que es meramente narrativa no es propiamente una ciencia. Entonces, el derecho, debería ser algo más allá de una ciencia normativa, cuestionando lo que la Escuela de la Exégesis predicaba.

En este sentido, la Escuela Científica tuvo una comprensión transjurídica del derecho en los fundamentos, constitución e investigación, partiendo de un inequívoco reconocimiento de los límites y de la suficiencia normativo-jurídica de la ley. Para F. Géný (1902: *passim*) el fetichismo por el texto legal cesó con el reconocimiento de la distinción entre el derecho y la ley. En la Escuela Científica, la metodología jurídica dejó de estar limitada a la interpretación y pasó a ser fundamentalmente problemático-normativa y teleológica-material, el derecho pasó a ser comprendido como algo más allá del estatuto dogmático-formal de una racionalidad axiomática, siendo una intención práctica de una racionalidad en la que competían las coordenadas axiológicas, políticas, sociológicas, convirtiéndose este en el derecho que las Facultades de Derecho asumieron, convocando a la investigación y a la enseñanza del derecho.

En este sentido, con los estudios desarrollados por la Escuela Científica, se observó la clara distinción entre ciencia, técnica y método que era la base abstracta del programa de F. Géný (1902), quedando así evidente la oposición entre las dos escuelas en Francia.

El trípode (ciencia, técnica y método) de la Escuela Científica se constituyó en la nítida diferencia de los modelos exegeticos. Para F. Géný (1902), la ciencia era entendida como estudio de fuentes reales, que son las directrices y los elementos generadores de las reglas del derecho. Estos elementos son dos: experimental y racional. El experimental es el hecho *dado*, y el racional es la misión de filtrar los datos del experimental. El elemento racional se traduce por la noción de derecho. Las técnicas jurídicas consisten en las fuentes formales, que sirven para designar al conjunto de medios de cualquier naturaleza, es el lenguaje del derecho, características formales de la ley y las costumbres, decisiones judiciales y métodos de exposición de la doctrina, entonces, es toda manifestación de una regla del derecho. El método, por su parte, es el programa de la Escuela Científica, constituido por directrices que siguen el espíritu para percibir y conocer un objeto cualquier del conocimiento humano y llegar a poseerlo. El método desempeña su función centrado en la técnica y en la ciencia del derecho civil.

Es a través de la libre investigación científica (en alemán: *Freie Rechtsfindung*) que el jurista debe esforzarse por revelar el derecho de su tiempo: debe llevar en consideración a todos los elementos constitutivos del estado actual del derecho; su investigación debe, en particular, ser guiada por la historia de las instituciones. Los progresos hechos por la sociología del derecho y por la filosofía del de-



recho deben ser utilizados para un mejor conocimiento y comprensión de las normas jurídicas de la vida actual. El jurista debe considerar las experiencias hechas, los éxitos o fracasos que resultan de los movimientos constantes del derecho. Debe buscar la expresión de lo justo y no exclusivamente la voluntad del legislador. El derecho es, en sí mismo, cosa diferente de la ley; si esta continúa a ser el elemento principal para el conocimiento del derecho, no excluye a los otros elementos: sobre todo, la costumbre, los principios generales y la jurisprudencia. [...] En realidad, no existe «una» escuela científica; sino que hay varias, cada una de ellas poniendo el acento sobre uno u otro aspecto de las fuentes del derecho: histórico, sociológico, económico, etc. Por eso, también se le atribuyen diversas denominaciones: escuela de interpretación realista, escuela sociológica, etc. En Alemania, se encuentran las mismas tendencias bajo otras designaciones: *Naturalismus*, *Freirechtsbewegung*, *Interessenjurisprudenz*, *Wertungsjurisprudenz*, etc. (GILISSEN, 1995:518-519).

Por lo tanto, el programa de la libre investigación científica, defendido por F. Géný (1902), acabó superando los métodos exegeticos utilizados en Francia, las dos obras desarrolladas por él significaron y marcaron los procesos de creación y ampliación del derecho, contribuyendo con la teoría de la interpretación. (BARRETTO, 2009:379). Sus obras influenciaron teorías alemanas en relación a la importancia del papel del jurista en el derecho y, en contrapartida, influenció el desencadenamiento del Movimiento del Derecho Libre en Alemania entre el periodo de 1900 a 1930.

Investigación Científica y el Movimiento del Derecho Libre

En la Escuela del Derecho Libre¹⁹, el derecho no es legal, él es libre, lo que significa que todo derecho va más allá de la ley, “libre de la ley”. O sea, el Movimiento Derecho Libre, se designa apenas en la formación meta-legal del derecho. (NEVES 1995:193). Este movimiento tiene origen alemán, se firma entre 1900 y 1930 y se conecta a los autores que lo fundaron²⁰ o que se autoproclamaron como militantes²¹. Entre sus precursores estuvieron Stammler, por la busca del derecho justo y F. Géný, al justificar la libre investigación científica del derecho. El propio nombre “derecho libre” fue una inspiración de F. Géný. (NEVES 1995:194).

¹⁹ En el concepto de Castanheira Neves (1995:193): “Se trata de un *movimiento* (<movimiento> en el sentido propio del término, y no <escuela>, considerada que sea su índole sobre todo polémica y militante y no sistemáticamente organizada - cfr.. LOMBARDI, 221, ss)”.

²⁰ Más específicamente: E. Ehrlich (con su obra: *Freie Rechtsfindung und Freie Rechtswissenschaft*, 1903) y H. Kantorowicz “Gnaeus Flavius” (con su obra: *Der Kampf um die Rechtswissenschaft*, 1906).

²¹ Son consideradas obras precursoras de los autores: Bulow (1885); G. Rumelin (1891); E. Danz (1891, 1912); Stammler (1902, 1926); y Géný (1899, 1919). Son considerados los adjuntos del Movimiento: M. Rumpf (1906); Stampe (1911); E. Fuchs (1909); C. Schmitt (1912); H. Reichel (1915); y H. Isay (1929). (NEVES, 1995:194).

Sin embargo, fue apenas en 1903 que surgió como un movimiento autónomo con Ehrlich y Kantorowicz, que usaba el seudónimo de *Gnaeus Flavius*, vinculándose también al movimiento algunos autores que tuvieron una larga e intensa militancia. Puntualiza Castanheira Neves (1995:194) “que se trata de una corriente de pensamiento jurídico que surgió en el interior del propio pensamiento jurídico”.

La Escuela del Derecho Libre constituye un movimiento de impugnación más radical del formalismo, en nombre de la atribución al juez de una mayor capacidad para conformar el derecho, con base en su lectura de la justicia concreta del caso. En su origen está la constatación, hecha por un jurista práctico – Ernst Fuchs, 1859-1929, *Die gemeinschädlichkeit der konstruktiven Jurisprudenz* (El carácter socialmente dañino de la jurisprudencia constructiva), 1907 –, de que el juez, en el proceso de encuentro de la solución jurídica, partía siempre del sentido de justicia (*Rechtsgefühl*) y no de los datos de la ley y de consideraciones de lógica formal. El aporte de un historiador – Hermann Kantorowicz (1877-1940, *Rechtswissenschaft und Soziologie*, 1910) – y de un sociólogo del derecho – Eugen Ehrlich (1862-1922, *Grundlegung der Soziologie des Rechtes*, 1912) – contribuyeron para dar una mayor consistencia teórica a las propuestas de problematización o abandono del modelo formalista legalista y conceptualista del derecho, a camino de una fundamentación “libre”, fundamentada en la sensibilidad jurídica comunitaria, auscultada, caso a caso, por el juez. (HESPANHA, 2012:457-458).

El Pensamiento de Ehrlich fue de una comprensión sociológica del derecho, que tuvo una profunda repercusión en su tesis de que le es facultado al juez establecer libremente una solución propia.

La filosofía del derecho de Rudolf Stammler allanó el camino para la actividad creativa del juez, tanto que le rindió el artículo 1º del Código Civil Suizo (que acabó influenciando el artículo 114, del Código de Proceso Civil Brasileño de 1939), que establecía que: “cuando autorizado a decidir por equidad, el juez aplicará la norma que establecería si fuera legislador”²².

Para Kantorowicz, en la interpretación jurídica, el texto de la ley debe ser aplicado apenas si no viola los sentimientos de las personas; asimismo, cuando el texto legal conduzca a una decisión injusta, el juez debe ignorar y sentenciar según su propia convicción; otro hecho es que si el juez no está convencido sobre cómo el legislador resolvería el caso, en esta situación, éste, debe aplicar el derecho libre de acuerdo con el sentimiento de la colectividad; por fin, si no consigue encontrar este sentimiento, el juez deberá decidir de forma discrecional. (NEVES 1995:194).

²² Una crítica interesante sobre este artículo la hace Pontes de Miranda (1998:376-380), el autor, entiende que el condicionamiento de la decisión del juez por la equidad a la autorización legal es una limitación conveniente, ya que la equidad posee un concepto indeterminado, actualmente, el art. 140 del Código de Proceso Civil dice que el juez solo podrá actuar con equidad en los casos previstos por la ley.

Este Movimiento combatía específicamente tres postulados fundamentales del positivismo: El *postulado del legalismo estatista* que entendía la ley como fuente exclusiva del derecho, sustentando la existencia de fuentes extralegales, con el derecho legal competía el derecho libre y, aquí, ley y derecho eran entendimientos distintos; el *postulado de la plenitud lógica del sistema jurídico*, que es la idea de autosuficiencia lógico-normativa; y el *derecho como entidad racional subsistente en sí mismo o como sistema lógico-racionalmente determinable y lógico-deductivamente aplicable*, que es el derecho como lógica, desconectado de la realidad social. Contrariamente a estos postulados el movimiento afirmaba que el pensamiento jurídico debería pertenecer al ámbito axiológico-normativo y práctico-emocional, pues contenía relación directa con la vida y las exigencias de la realidad social, pues es ahí donde surgían los problemas jurídicos, entonces, tendría que ser bajo estas “exigencias sociales que estos problemas deberían resolverse”. (NEVES, 1995:196-197).

Estos postulados no eran exclusivos del Movimiento del Derecho Libre, algunos puntos eran compartidos en otras corrientes de pensamiento jurídico, entonces, la diferencia entre la idea de F. Gény y del Movimiento del Derecho Libre era que F. Gény entendía que, a pesar de libre, la investigación todavía debería ser científica, pues no contenía la índole emocional-subjetiva o intuitiva que estaría presente en el Movimiento alemán.

En el Movimiento del Derecho Libre el fundamento creador del derecho era la voluntad, y ella era impulsada por la intuición concreta de lo justo, la consciencia jurídica o por el sentimiento del derecho, él reconocía la legitimidad de decisiones *contra legem*, invocando el principio de la jurisdicción, pero en apenas dos casos: si la ley “no ofreciera una solución indudable”; y si “se concluyera, libre y conscientemente” que el legislador no tendría al “momento de la decisión prescrito la solución enunciada en la ley”, en estos casos, el juez debe decidir en el sentido de que se presuma ser la orientación que se tomaría en el caso de que fuera el legislador. (NEVES, 1995:199-200). Y, si él no pudiera determinar el sentido, deberá decidir de acuerdo con el derecho libre, podría, también, decidir libremente en casos muy complejos y en casos cuantitativos. Fueron varios factores que cooperaron para este Movimiento:

En el plano jurídico, en consonancia con la mutación en el plano social, la seguridad (jurídica), que postulaba un derecho estable de certeza previsible y de igualdad formal, pasa a confrontar la intención de la justicia y su exigencia de un derecho materialmente fundado y realizado concreta y adecuadamente”. (NEVES, 1995:195).

En esencia, este movimiento, afirmaba “la necesaria libertad del jurista en la búsqueda del derecho”, negando las operaciones puramente lógicas que la metodología clásica predicaba. Para Castanheira Neves (1995:195) la metodología clásica a la que se oponía el Movimiento se refería “al positivismo legalista en la versión pandectística, el positivismo sistemático y logicista que fue el resultado de la evolución de la escuela histórica en Alemania”. Naturalmente se entiende que:

Cada una de las tres modalidades del positivismo novecentista tuvo su antítesis: la Libre Investigación Científica en Francia, la doctrina según Ihering, la Escuela del Derecho Libre y la Jurisprudencia de los Intereses en Alemania y el realismo jurídico en Inglaterra y en Estados Unidos. [...] Del positivismo legal ocurría la migración hacia el positivismo axiológico-evaluativo y/o fáctico, tratándose de posiciones realistas/empiristas. Lo que en un primer momento aparentó ser la solución de un problema se mostró, con el tiempo, el problema resultante de la solución. (STRECK, 2017:171-172).

Sin embargo, queda claro que el Movimiento del Derecho Libre constituyó una reacción al positivismo jurídico ortodoxo, siendo las ideas de la libre investigación científica desarrolladas por F. Gény una gran influencia. Castanheira Neves entiende (1995:200) que es necesario considerar que sea inaceptable “el derecho libre en los términos indicados” por el Movimiento, no obstante, tuvo “el gran mérito de haber puesto en evidencia el problema de las lagunas jurídicas, de llamar la atención para el momento definitivo de la decisión judicial concreta, para acentuar la participación de factores no lógico-formales” en el juicio judicial, así, aclaraba “la imposibilidad de confundir el derecho con la ley”.

La Hermenéutica en Brasil en el siglo XIX

Después de todo, ¿cuáles son los reflejos del fenómeno codificador moderno-exegético en la construcción de los métodos hermenéuticos adoptados en Brasil? En primer lugar, hay que destacar los límites de las ideas liberales, del iluminismo y del propio Iuspositivismo en Brasil, país que vivió bajo una monarquía y una Constitución con poder moderador hasta finales del siglo XIX.

Al otro lado de atlántico, al sur del ecuador estas ideas pasaron por un tamiz que limitó mucho su florecimiento. En el siglo XIX se dio el inicio, en Brasil, de la idea de nación, la tardía enseñanza superior, inclusive la enseñanza jurídica y la formación de una intelectualidad. Las dos primeras carreras superiores de derecho en Brasil sucedieron en São Paulo y en Recife.



Los principales temas jurídicos discutidos en Brasil en siglo XIX y comienzo del siglo XX (legislación, doctrina, jurisprudencia y, consecuentemente, los métodos de interpretación) eran siempre objeto de publicación en las emergentes revistas jurídicas de la época.

En Brasil las influencias del discurso codificador se hicieron visibles ya con la ley del 20 de octubre de 1823²³, incluso antes de la primera constitución, donde, Don Pedro II, establece que las Ordenanzas del Reino de Portugal estarían vigentes en el territorio brasileño hasta que fueran elaborados y aprobados códigos que sustituyeran el derecho recogido en las ordenanzas portuguesas.

Cuando las Ordenanzas Filipinas entraron en vigor en Brasil fueron consideradas obsoletas²⁴ por muchos juristas por el hecho “de apoyar la tradición jurídica de los compiladores” (STAUT JÚNIOR, 2009:113). Tales ordenanzas sufrieron modificaciones de gran importancia, “una especie de “actualización” de la vieja legislación portuguesa en un ambiente de centralización del poder político, en un intento de valorizar las fuentes legislativas (estado de derecho) y de disminuir las incertidumbres en el ámbito legal”. (STAUT JÚNIOR, 2009:114). Así,

La política pombalina por el derecho, en el conjunto más amplio de los cambios impulsados por el despotismo iluminado del Marqués de Pombal, buscaba someter la producción del derecho y la actividad de los juristas a un control más riguroso de la corona. La reforma legislativa es el primer fruto de este proyecto. Lo que se observa es un aumento expresivo de la producción de nuevas leyes elaboradas por el Imperio Portugués con la nítida intención de disminuir la relevancia de las otras fuentes normativas, que no fuesen de la legislación real, como las costumbres y la doctrina. (STAUT JÚNIOR, 2009:114).

Cabe señalar que la primera elaboración codificada en Brasil fue el Código Penal de 1830, seguido por el código Procesal Penal de 1832, y, en contraposición, a la afluencia de racionalización de los derechos civiles predicados en el génesis de los primeros códigos. Apenas en 1916, con vigencia a partir de 1917, se elaboró un texto de leyes codificadas civiles en el derecho brasileño.

²³ Acceso: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/anterioresa1824/lei-40951-20-outubro-1823-574564-publicacaooriginal-97677-pe.html>.

²⁴ “Las Ordenanzas Filipinas, en el Libro III, Título LXIV, delimitaron las relaciones entre el derecho común y el derecho del reino, estableciendo la “prevalencia del derecho patrio (Ordenanzas y la legislación extravagante) sobre el derecho común (Glosa de Acúrsio, Comentarios de Bártole, opinio communis doctorum)”. Pero, a pesar de la institución de un tipo de “jerarquía normativa”, lo que se observa es que la propia actividad práctica de los juristas letrados portugueses terminó contradiciendo o irrespetando el orden establecido. Ya fuera por el hecho de que muchas materias no encontraron una reglamentación en el derecho del reino, ya fuera porque la propia formación de los juristas de la época (en escuelas de derecho romano y canónico), las decisiones y soluciones para los problemas jurídicos eran fundamentados muchas veces en el peso doctrinario del derecho común. (STAUT JÚNIOR, 2009:112).

Así, la cultura jurídica brasileña, todavía en formación en el Brasil Imperial, comienza a consolidarse con la formación de los primeros juristas brasileños.

Desde el punto de vista cultural, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, se observan algunos acontecimientos que indican un momento diferente del derecho y de la cultura jurídica brasileña, a pesar de muchas permanencias. Se constata el surgimiento de una nueva generación de juristas y profesores nacionales graduados ya no más en Coimbra sino que son los nuevos graduados de las academias jurídicas brasileñas. Es ya posible observar en este periodo del Imperio cierto marco legislativo (como, por ejemplo, la Constitución Imperial de 1824, el Código Penal de 1830, el Código Comercial de 1850 y la Ley de Tierras de 1850) y el apareamiento de comentarios a este cuerpo de leyes. En esa misma perspectiva, se registra, el surgimiento de una mayor producción doctrinaria (libros y manuales) escritos por juristas brasileños. (STAUT JÚNIOR, 2009:107).

En este mismo contexto, la cultura jurídica que estaba formándose era predominantemente elitista, “la cultura jurídica brasileña en la primera mitad del siglo XIX estaba compuesta por un puñado de hijos de las élites con formación en la Universidad de Coimbra”, además de esto, por “estudiantes graduados a partir de la década de 1930 por las jóvenes y pragmáticas carreras de derecho en Recife y São Paulo”, pues, “no se podía esperar una fuerte consciencia científica de recepción cultural de la tradición del código civil francés, así como de la discusión de los juristas franceses, en un contexto como este”. (FONSECA, 2005:97-116).

Presentando como un reflejo primario las enseñanzas de las escuelas jurídicas portuguesas, los juristas brasileños ven a su frente el papel de consolidar el derecho codificado brasileño bajo la influencia jurídica de lo que era ofrecido en las Universidades de la época y del escenario de vigencia de un derecho compilado, donde el valor consuetudinario está arraigado en su esencia pero prohibido por la Ley de la Buena Razón²⁵, en un claro mestizaje de fuentes del derecho.

Además del crecimiento significativo de la legislación portuguesa y de los relevantes cambios en el marco de las fuentes del derecho, la reforma pombalina también alcanzó la enseñanza jurídica. Los estatutos jurídicos universitarios se modifican, en 1772, con la idea de privilegiar al derecho patrio en detrimento de las opiniones doctrinales consagradas en los viejos estatutos. La educación jurídica en Portugal se altera sustancialmente al punto que en la Facultad de Leyes como en la Facultad de Cánones, los profesores son todos sustituidos, se crean nuevas cátedras que buscaban establecer una educación más moderna del derecho, se establecen controles rigurosos de presencia y evaluación de los alumnos, y se ejerce un fuerte control en los contenidos de las clases, los métodos de enseñanza son modificados, preocupándose también con la formación práctica de los bachilleres del derecho, se adoptan manuales y libros extranjeros con lineamientos (iusnaturalistas) más adecuados a la época, al derecho romano se le impone el *usus modernus pandectarum*, entre otras medidas que buscaban vincular

²⁵ Que devaluaba “las costumbres, la jurisprudencia y la doctrina en detrimento de las leyes del reino”. (STAUT JÚNIOR, 2009:114).

la educación jurídica a la nueva política pombalina para el derecho. (STAUT JÚNIOR, 2009:116).

Sobre las influencias de la reforma pombalina en el derecho portugués, Hespanha (2006:141-142) explica que:

[...] ni siquiera ahora se garantiza la primacía del derecho patrio. Al insistir en vincular la política del derecho al ‘uso moderno del derecho romano’ y a las soluciones consagradas en los ordenamientos jurídicos de las ‘naciones educadas y civilizadas’, el legislador pombalino abre la puerta a la influencia del nuevo derecho iluminista (y, posteriormente, liberal) de los Estados alemanes e italianos y, más tarde, de Francia, cuyos códigos tuvieron una aplicación directa en muchos dominios hasta la entrada en vigor del Código Civil del Visconde de Seabra (1867). O sea, a pesar del periodo pombalino representar una época de vínculo del derecho a la política monárquica, él todavía no se da cuenta de aquella imagen d’Épinal, a la que se refería la historiografía más tradicional, de un derecho y de un cuerpo de juristas funcionales a partir de un proyecto político centralizador. (HESPANHA, 2006:141-142).

En la obra *Compendio de Hermenéutica Jurídica*²⁶, los juristas ya hacían críticas sobre la actuación limitada que el de juez de derecho tenía en Francia, y elaboraron reglas que deberían ser atendidas en casos que cupiera la interpretación. Entendían que la interpretación cabía siempre que hubiera en la ley alguna oscuridad que pudiera ser revelada, o, alguna incoherencia o contradicción que pudiera evitarse (o alguna laguna jurídica que pudiera ser resuelta). Así, en 1872, ya era posible notar que los juristas entendían que la redacción podría contener defectos. (BAPTISTA, 1872: passim).

De acuerdo con Francisco de Paula Baptista (1872:29-50), los medios de interpretación deberían seguir algunas reglas: (1ª) El análisis de la construcción del texto debería partir de las reglas de ortografía, sintaxis y lenguaje; (2ª) Los diversos sentidos de las palabras, siendo ellos gramaticales, jurídicos, usuales, absolutos o relativos, ejemplificativos o taxativos o enunciativos o dispositivos, deberán ser considerados, y, se deberá tener este cuidado con el significado de las palabras en el tiempo en que la ley fuese estructurada; (3ª) La comparación dentro de la ley con otros dispositivos debe ser realizada, pues los juristas entendían que el mismo espíritu debe haber presidido toda la redacción de aquella ley; (4ª) Los juristas utilizaban el recurso de comparación con otras leyes anteriores y análogas, esto porque esta era la idea del legislador, que él llevaba en consideración en la ocasión de crearse la ley, esto justamente para evitar incoherencias y contradicciones entre leyes análogas; y, (5ª) en relación a los motivos de la ley, que demuestran el pensamiento del legislador, Francisco Baptista (1872:56-60), entiende que podrían ser remotos y sub-

²⁶ Del Autor Francisco de Paula Baptista. Otros juristas importantes también publicaron en esa época sobre la hermenéutica, en 1838, Correia Teles, con la *Teoría de interpretación de las leyes*; y, en 1861, Bernardino Carneiro, con *Primeras líneas de hermenéutica jurídica y diplomática*.

jetivos (dados en la ocasión de la ley) y cercanos y objetivos (que eran los fundamentos). Estos factores considerados cercanos y objetivos eran de naturaleza intrínseca, comprende Savigny (apud BAPTISTA, 1872:35), que “estos motivos están con la ley en la misma relación lógica en que están los principios con sus consecuencias naturales”. Como ejemplo de motivos de la ley, Francisco Baptista (1872:35), usa la ley de la época que postulaba la prohibición de las mujeres de buscar negocios ajenos: “el origen, o el motivo remoto de esa ley fue la animosidad de cierta mujer, que se entregó al negocio forense, Ya el motivo cercano y general era deducido de las buenas costumbres y de la decencia pública”.

Otra regla que todavía debería ser observada, (6ª) en relación al trabajo preparatorio de la ley, que todo el conjunto debería ser considerado en la interpretación, ya que, esa era la intención más probable de la redacción. En esa regla específica, Francisco Baptista (1872:37-39), cita las obras preparatorias del *Code Civil* en Francia. Para el autor, las reglas auxiliares se basaban en una interpretación conforme la letra de la ley, de modo que considere la naturaleza y la importancia del negocio tratado, esa interpretación debería en el derecho común estar en conformidad con la equidad y, con las leyes penales, debería estar de la forma más humana, o sea, la que cause el menor daño.

Como señala Warat (apud STRECK, 2014:160) entre las doce principales fórmulas de significado por diferentes métodos y las técnicas hermenéuticas, están: la “apelación al espíritu del legislador” (proveniente del método exegético); la “idealización sistémica de lo real en busca de la adaptabilidad social” (proveniente del método de la Escuela Científica francesa); y, la “interpretación a partir de la busca de la certeza en la toma de decisiones” (método proveniente de la Escuela del Derecho Libre).

Estos métodos o teorías, explica Brum, “pueden ser vistos como *instancias retóricas* que tienen la función de canalizar, de forma aparentemente neutral y científica, determinados valores que se busca preservar. Conforme el método o conjunto de métodos que se use, se puede cambiar la línea de decisión, extrayéndose de la misma norma legal diferentes consecuencias jurídicas. Así, *la fungibilidad de los métodos transforma la interpretación jurídica en un juego de cartas marcadas*”. Es importante, también, la crítica que hace Eros Grau sobre los métodos de interpretación: la existencia de diversos cánones de interpretación - que se agrava por la inexistencia de reglas que ordenen, jerárquicamente, su uso (Alexy), pues hace con que *este uso resulte arbitrario*. Estos métodos, dice Grau, funcionan como justificaciones para legitimar los resultados que el intérprete se propone alcanzar. Los métodos funcionan, así, como reserva de recursos de argumentación, dependiendo, además, también de la interpretación (Zagrebelsky). Y, añade que, ya que la única cosa que hacen es prescribir un determinado procedimiento de interpretación, ellos no vinculan al intérprete (Hassmer). O sea, *la fragilidad de los métodos de interpretación deriva de la inexistencia de una meta-regla que ordene su aplicación, en cada caso, de cada uno de ellos*, concluye. Es decepcionante decir que toda esta discusión tiene raíces

en varias concepciones filosóficas acerca de las condiciones de posibilidades que cuenta el hombre para retener las cosas, cómo dominarlas, cómo conocerlas [...]. (STRECK, 2014:162).

En Brasil, en materia de derecho comparado, por ejemplo, en 1874, en una discusión sobre la posibilidad de que los Tribunales Franceses pudieran revisar las sentencias de Tribunales Extranjeros, se advierte que la conclusión de la sentencia fue negativa. Entendieron que los tribunales franceses no podían revisar estas sentencias. Son interesantes los comentarios hechos por juristas brasileños sobre el caso por entender que, en Brasil, esta materia no era objeto de discusión y, por eso, no había previsión en legislación positiva sobre este asunto y mucho menos casos prácticos. (GAZETA JURÍDICA, 1874:39).

Otro ejemplo presente en la Revista Gazeta Jurídica (1874:3-9), es el caso de la venta de Urucú, que suscita una discusión²⁷ sobre la posibilidad de que, existiendo ya una sentencia dictada por un Tribunal Extranjero, exista la posibilidad de una nueva demanda judicial sobre el mismo tema. Entonces, ¿sería este segundo proceso considerado perjudicial? El juez asignado al caso, entendió que el segundo proceso estaría perjudicando al reo con base en el principio de *non bis in idem*, luego, la alternativa del tribunal fue la de absolver al reo de esta segunda instancia.

En este sentido, es posible observar como una decisión dictada en una Conferencia en Francia influenciaba casos que eran juzgados en Portugal y, eran publicados en revistas de la época para que sirvieran como una fuente de investigación en el caso de que viniesen a juzgar algo sobre esta materia en Brasil.

²⁷ Aquí será explicada la historia para una mejor contextualización del raciocinio del lector: un amigo de un abogado portugués hace comentarios en los cuales él dice que un amigo suyo le encargó a un tercero la venta de Urucú. Y, este tercero, basado en un cálculo, consiguió una condena en sentencia que determinaba que ese amigo suyo (que era el reo) pagara al tercero el valor de 7.759 francos. Esta sentencia fue dictada por un Tribunal de Marsella, y ella también autorizaba la venta de Urucú. Posteriormente, se presentó una acción con el mismo pedido a un Tribunal distinto (en Portugal). De ahí, que surgió la discusión: si ya existía una sentencia dictada por el Tribunal extranjero, ¿esta nueva demanda se vería perjudicada? El raciocinio desarrollado fue: El abogado trae la sentencia de la segunda causa, en la cual el juez desarrolla el raciocinio con base en el entendimiento de que en la ley/derecho, que no se permitía la condena por la misma causa, en la que ya existe una sentencia que no fue anulada, con base en el *non bis in idem*. La acción y la causa de demandar eran las mismas constantes en la acción ya juzgada y que versaba sobre el alcance del resultado de las ventas de negociaciones de Urucú y de la sentencia proveniente de lo que fue juzgado en el Tribunal de Marsella, incluso también, porque pedía la deducción de la cuantía producida a través de la venta judicial que había sido autorizada. Partiendo de esto, si el juez condenase al reo, él entendía que iba a recaer en el *non bis in idem*, y, si él no lo condenase iba a producir el efecto que posibilitaba la anulación de la sentencia dictada por el Tribunal de Marsella. Entonces, el juez del caso, determinó que el único derecho que el autor poseía era el de promover la revisión y la confirmación de la sentencia dictada por el Tribunal de Marsella, así, la alternativa de él fue la de absolver al reo de esa instancia. (GAZETA JURÍDICA, 1874:3-9).

Otro caso que llegó a Brasil como ejemplo para averiguar de qué forma los reflejos teórico-jurídicos eran tratados y, consecuentemente, influenciaban en materias de interpretación de la norma, es un caso que podría encuadrarse hoy en el derecho crediticio.

Este caso²⁸ es sobre privilegios crediticios en el régimen hipotecario. Con base en el espíritu de la ley, los juristas entendieron que en la ley se habían establecido diversas clases de privilegios, como en el caso del Código de Francia, de Italia y de Portugal, en el caso de limitación de la preferencia a determinados objetos en determinados órdenes de bienes. Así, la ley brasileña creó un sistema propio de preferencia, siendo reflejo del Código de Napoleón sobre las disposiciones de las hipotecas legales del interdicto, del menor, de la mujer casada y en las garantías por falta de inscripción. Pero, en relación a los privilegios, la ley brasileña se parecía a las leyes de Italia y de Portugal en lo tocante a la exención de inscripción o registro. (GAZETA JURÍDICA, 1874:9).

En 1906, el jurista Clóvis Beviláqua (1906:15), publicó un texto explicando la *función del intérprete* (en el derecho brasileño), señaló los hechos con las Escuelas de la Exégesis y Científica, en Francia, y con la Escuela Histórica, en Alemania. Observó, también, que la interpretación de la ley debe ceñirse, antes de todo, a lo que se entiende por razonable y, luego, a las consecuencias sistemáticas, finalmente, la interpretación se orientará al desarrollo histórico de la civilización, y, para tal efecto, “los trabajos preparatorios y la discusión de sus vestiduras no valen na-

²⁸ La historia y su razonamiento: Los primeros comentarios en la Revista Gazeta Jurídica (1874:6-9) son en el sentido de que había diferencias en las leyes de otros países. Que, en Francia, el legislador estaría más preocupado con las relaciones de interés de la familia, que en relación a la preferencia del crédito en particular y de la hipoteca mutua. En Francia, existía una regla de que los privilegios solamente surtían efecto frente a terceros a partir de la fecha de publicación de la inscripción. En Francia, la reserva que se hacía era en relación al principio de la publicidad restrictiva en caso de haber un menor legal, o haber una interdicción y/o de haber una mujer casada, en estos casos. Ya en el Código de Piemonte había una regla de tres meses para que se efectuara el registro de privilegios de los créditos, y luego del registro los efectos serían retroactivos hasta la fecha de constitución del crédito. Ya en Portugal y en Italia la legislación consagraba el privilegio sin la necesidad de inscripción, por lo que quedarían reducidos a derechos personales, y ello no daba derecho de seguir con el caso. En 1864, surgió la ley hipotecaria n. 1237, y en relación a los privilegios, la cuestión que se tenía era sobre las dudas en la legislación en relación a cuáles créditos dejarían de ser contemplados entre aquellos que recibían una hipoteca legal. En la Revista Gazeta Jurídica (1874:9) se menciona una sentencia del Supremo Tribunal de Justicia que negó un recurso de apelación y acabó manteniendo de forma indirecta el entendimiento de que serían créditos quirografarios, el crédito de un contratista de edificación de casas y estos no tenían preferencia delante de los acreedores hipotecarios, siendo acreedores en general en el caso de quiebra. En la Revista Gazeta Jurídica (1874:9) es posible percibir las críticas de los juristas a esta decisión del STJ, pues, desde el punto de vista de ellos, esta interpretación contrariaba los principios de justicia, de equidad y de la ley como de hecho debería ser entendida. Aunque, la ley extranjera influenciara en algunos puntos a la ley brasileña sobre hipoteca, y, analizando tales influencias, se sabría cómo la ley debería ser de hecho entendida. Esto, porque, según el régimen hipotecario brasileño, aunque los privilegios no sean derechos reales, ellos no otorgan el derecho de continuar y, entonces, ellos no pueden en ningún caso preferir las hipotecas de los bienes registrados por ellos. Los juristas entienden que esta interpretación es ampliativa de los privilegios *stricti juris* y que estos no pueden comprender los bienes que ya les eran atribuidos por la legislación anterior. (GAZETA JURÍDICA, 1874:9).

da”, concluyó su pensamiento informando que “en este punto muchos maestros de la hermenéutica moderna están de acuerdo. No que lleguen al punto de opinar junto con el distinguido *Kohler*²⁹ que sería prudente que no se publiquen estos trabajos preparatorios, como, por ejemplo, los *Motivos* del Código Civil Alemán”, pero, la hermenéutica reconoció que “la crítica del notable jurista hiere bien el objetivo en muchos puntos sobre los cuales se ejerce”. (BEVILÁQUA, 1906:15). Para el jurista:

Este nuevo rasgo de la doctrina en Francia y la creciente audacia en la jurisprudencia, muestran, de un lado, que las ideas sobre interpretación ya no satisfacen más hoy las exigencias del momento; que la ley no es la única fuente del derecho; y que la vida social reacciona incesantemente sobre el derecho. [...] Entre muchos otros ejemplos que nos ofrece, de este hecho, el derecho patrio, puede ser recordado como el del seguro sobre la vida que, expresamente condenado por el código, abrió su camino en la consciencia jurídica y se hizo reconocer definitivamente por la doctrina y por la jurisprudencia. (BEVILÁQUA, 1906:13-18).

Sin embargo, después de reflexionar sobre estos ejemplos de análisis interpretativo relativos a los años posteriores a 1800, es posible percibir la *mezcla de tradiciones* de codificación en las leyes civiles³⁰ brasileñas, como ejemplo, la ley de hipoteca, que tuvo influencia de tres códigos diferentes. (GAZETA JURÍDICA, 1874:9).

Por ejemplo, cuando se publicó el Código Civil de 1916, este, sufrió influencias importantes del Código Civil Francés (1804), del Código Civil Portugués (1867) y del Código Civil Alemán (1900), también, también presentaba subsidiariamente reflejos de los Códigos Civiles: de Prusia (1794); de Baviera (1756); de Cerdeña; de las Dos Sicilias; de Luisiana; del Ducado de Baden; de los Cantones de Vaud; de Friburgo; del Austriaco (1811), del Cantón de Berna (1831); de Holanda (1838); de Chile (1856). (STAUT JÚNIOR, 2009). Sobre el asunto, Lenio Luiz Streck (2011:29):

Siempre hemos estado, por lo tanto, lidiando con este tipo complicado de sincretismo. Esto es un problema, porque acaba generando la – falsa – idea de que, como buscamos conjugar todas las tradiciones que conforman el derecho occidental, tenemos aquí un “derecho mejor” o “más avanzado”. Seguramente esto es un gran error. Veamos lo que tenemos en materia de control de constitucionalidad: nuestro modelo es una mezcla del sistema difuso norteamericano con el sistema concentrado oriundo de Europa continental; mezclamos un modelo cuyo cierre de sistema es dado por una Corte Constitucional, con otro que tiene en el

²⁹ Clovis Beviláqua señala que “Kohler entiende que los trabajos preparatorios y la discusión parlamentaria no tiene la importancia que se les han dado, sirven apenas para indicar las condiciones históricas del pueblo y los impulsos que determinaron la creación de la ley como remedio para atender a las necesidades del momento”. (BEVILÁQUA, 1906:16).

³⁰ Varios otros ejemplos podrían ser citados, como el artículo 4 de la Ley de Introducción a las Normas del Derecho Brasileño, los artículos 126, 127 e 128 del Código de Proceso Civil/1973 (artículos 140, 141 e 142 do CPC/2015).

ápice un Tribunal Constitucional. Cabe preguntar: ¿esto tiene alguna consecuencia? ¿El hecho de que tengamos en *terrae brasiliis* esta mezcla de tradiciones hace de nuestro modelo de control de constitucionalidad algo “mejor” o, “más eficiente” que aquellos vivenciados en otros lugares, más “puro”, desde el punto de vista sistemático, y orientado para un modelo específico de jurisdicción constitucional? Independientemente de las respuestas que puedan ser ofrecidas a estos cuestionamientos, parece claro que este “ecumenismo jurídico” tiene graves consecuencias en términos de operatividad. (STRECK, 2011:29)

Así, se acaba generando un modelo jurídico hermenéutico mixto que está solidificado en la falsa idea de “mejor” y “más evolucionado” y que genera consecuencias al derecho brasileño, de una recepción acrítica de las tradiciones heredadas (STRECK, 2011:29).

Sobre las técnicas de hermenéutica utilizadas en Brasil en el periodo del auge de la Escuela de la Exégesis es posible observar que los métodos exegeticos influenciaban de forma significativa el modo de decidir en Brasil, no obstante, además de él, era posible ver grandes referencias de los autores alemanes, incluso, técnicas como el “apelo al espíritu del legislador”; la “idealización sistémica de lo real en busca de la adaptabilidad social”; y, la “interpretación a partir de la búsqueda de la certeza en la toma de decisiones”, características, respectivamente, de la Escuela de la Exégesis, de la Escuela Científica y del Movimiento del Derecho Libre que aún están presentes en la hermenéutica jurídica brasileña. (STRECK, 2014:160).

También, puntuando en general las principales fórmulas de significado, además de las mencionadas anteriormente, está (iv) “referencia a usos académicos del lenguaje” (método gramatical); (v) “Apelo al espíritu del pueblo; apelación a la necesidad” (método histórico); (vi) “explicación de los componentes sistemáticos y lógicos del derecho positivo” (método dogmático); (vii) “análisis de otros ordenamientos jurídicos” (método comparativo); (viii) “análisis sistémico de los hechos” (método del positivismo sociológico); (ix) “interpretación desde los fines” (método teleológico); (x) “análisis lingüístico a partir de los contextos de uso” (método del positivismo fáctico); (xi) “comprensión evaluativa de la conducta a través del análisis empírico-dialéctico” (egología); y, (xii) “producción de conclusiones dialécticas a partir de lugares” (método retórico). (STRECK, 2014:161).

La crítica realizada por el citado autor se fundamenta en el campo del “tratamiento doctrinario tomado de los métodos interpretativos, que siempre ha ocultado su compromiso ideológico con las soluciones que demanda la práctica judicial”, para Warat (apud STRECK, 2014:161), “la los métodos de interpretación pueden ser considerados la coartada teórica para el surgimiento de creencias que orientan la aplicación del Derecho”. (WARAT apud STRECK, 2014:161)

Así, a partir de la reflexión científica, es posible crear fórmulas interpretativas que permitan (i) “transmitir una representación imaginaria del papel del Derecho en la sociedad”; (ii) “ocultar la relación entre las decisiones jurisprudenciales y el tema dominante”; (iii) “presentar como verdades derivadas de los hechos, o de las normas, los lineamientos éticos que condicionan el pensamiento jurídico”; y, (iv) “legitimar la neutralidad de los juristas y otorgarles la condición de científicos”. (STRECK, 2014:161).

Otro factor que merece destaque es la *mezcla de tradiciones* en el movimiento de codificación en Brasil, es posible notar una mezcla de diversas leyes extranjeras para formar una ley específica de la materia en Brasil, comprendiendo la idea de aprovechar el mejor factor de cada modelo de modo que sea posible montar una ley ideal y más completa. (STRECK, 2011:29)

Consideraciones Finales

Las teorías desarrolladas por diversas escuelas jurídicas, a pesar de presentar avances y retrocesos, sirven de importantes estudios para el análisis de la teoría del derecho y de la hermenéutica jurídica contemporánea, así, despreciar la historia de construcción de la doctrina, ley y jurisprudencia constituye una enorme deficiencia para el estudio científico del derecho.

A pesar de ser considerado una especie de positivismo jurídico primitivo, los estudios de la Escuela de la Exégesis enaltecieron la actuación del legislador, lo que acabó volviendo la atención para la limitación de la actuación del jurista, y la necesidad de una libre investigación científica del derecho predicada por la Escuela Científica, estudios estos, que sirvieron de paradigma para la investigación en derecho.

El programa de la Escuela Científica también influyó movimientos que buscaban criticar el método positivista ortodoxo, como en el caso de Alemania, con el Movimiento del Derecho Libre, que a pesar de su espíritu libertador y subversivo fue de gran importancia para levantar cuestiones en la época sobre la laguna jurídica del derecho y la importancia de no confundirse derecho con ley.

Se puede apreciar que fueron significativas las influencias del derecho francés y alemán en Brasil en los años posteriores a 1800, algunas aún presentes en la legislación en vigor, y, las importantes notas del jurista brasileño Clóvis Beviláqua, en 1904, acerca de la necesidad de ir más allá de la “interpretación” exegética, uniendo el derecho positivo y el científico, ley y jurisprudencia, para que se consigan ir organizando, de forma sistemática, las reglas del derecho. Otra característica que merece atención es sobre la *mezcla de tradiciones* y las consecuencias que esta tradi-



ción conlleva para la hermenéutica jurídica brasileña, por tanto, es claro que el “ecumenismo jurídico” tiene graves consecuencias en términos de operatividad, ya que “se afrontan mecanismos sin reconocer en ellos el rasgo histórico efectivo que los configuró”, como ejemplo, en el control de constitucionalidad por amebado, el olvido de la regla de la bancada plena consagrada en el artículo 97 de la Constitución Federal brasileña. (STRECK, 2011: 29).

Sin embargo, como explica Lenio Luiz Streck (2011:30), no es apropiado decir que el campo jurídico brasileño debe permanecer inmune a la influencia de las tradiciones del derecho occidental, “perdidas en medio del intento de “fundar” un “efectivamente nacional “ley démodé.”, sin embargo, es necesario pasar bajo el sesgo crítico de lo que se incorpora a partir de estas experiencias, al menos por razones de precisión científica.

Referencias

- ARNAUD, André-Jean. *O Pensamento Jurídico Europeu*. Lisboa, Editora Internacional, 1995.
- BAPTISTA, Francisco de Paula. *Compendio de Hermenêutica Jurídica: para uso das Faculdade de Direito do Império*. 3. ed. Recife: Editora Não Identificada, 1872.
- BARRETTO, Vicente de Paulo. *Dicionário de Filosofia do Direito*. Unisinos: São Leopoldo. 2009.
- BEVILÁQUA, Clóvis. “A função do Interpretete”. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*. vol. 14, n.1, 1906
- BONNECASE, J. *Escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Cajica, 1944.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. “A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879)”. *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija*. Universidade Carlos III de Madrid: Editorial Dykinson, p. 97-116, 2005.
- FORMIGA, Armando Soares de Castro. *Aspectos da codificação civil no século XIX. História do derecho e pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2012.
- GAZETA JURÍDICA. *Revista semana de jurisprudência, doutrina e legislação*. Proprietário e redactores: CARLOS FREDERICO MARQUES perdigão E ALVARO CAMINHA TAVARES DA SILVA (MENBROS EFFECTIVOS DO INSTITUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS BRASILEIROS). ANNO II, VOL. IV, N. 79. DOMINGO, 5 DE JULHO DE 1874. RIO DE JANEIRO. Harvard Law School.
- GENY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1902.



- GILISSEN, John. Introdução histórica ao Derecho. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa. 1995.
- HESPAÑA, Antonio Manuel. A Cultura Jurídica Européia. Almedina: Coimbra. p. 400-458. 2012.
- HESPAÑA, António Manuel. O derecho dos letrados no império português. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.
- LIMA, Iara Menezes. “Escuela da Exégesis”. Revista Brasileira de Estudos Políticos, Online, p.105-122. 2008.
- MARQUES, Mário Alberto Pedrosa dos Reis. Codificação e paradigmas da modernidade. Coimbra. Editora Coimbra, 2003.
- MIRANDA, Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- NEVES, Antonio Castanheira. Digesta: escritos acerca do Derecho, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.
- STAUT JÚNIOR, Sérgio Said. A POSSE NO DERECHO BRASILEIRO DA SEGUNDA METADE DO SÉCULO XIX. AO CÓDIGO CIVIL DE 1916. Tese (Doutorado) - Curso de Derecho, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009.
- STRECK, Lenio. Hermenêutica jurídica e(m) crise. 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- STRECK, Lenio. Jurisdição Constitucional. 6 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.
- STRECK, Lenio. “Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista?”. Revista NEJ: eletrônica. Vol. 15. n.1. p. 158-173. 2010.
- STRECK, Lenio. Verdade e Consenso. Saraiva: São Paulo. 2011.
- STRECK, Lenio. Dicionário de Hermenêutica Jurídica. Coleção Dicionários Jurídicos: Belo Horizonte. 2017.

Sobre os autores:

Maurides Macêdo

Máster y Doctora en Historia. Es Post Doctora en Derechos Humanos por la Universidad de Texas. Tiene Postgrado en Derecho Penal y en Derecho Procesal Penal. Es Graduada en Derecho y en Historia. Es Profesora titular de la Universidad Federal de Goiás.

Universidade Federal do Goiás - UFG, Goiânia, GO, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8107202394331830> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1279-8254>

E-mail: maurides13@hotmail.com.



Jessica Painkow Rosa Cavalcante

Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestra em Direitos Humanos pela Universidade Federal de Goiás, pós-graduada em Direito Civil e Processo Civil e em Direito Agrário e Agronegócio. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás e advogada inscrita na OAB-TO.

Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS, São Leopoldo, RS, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4024280261959707> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6325-5735>

E-mail: jessicapainkow@hotmail.com

Leonardo Matheus Barnabé Batista

Actualmente cursa el Doctorado en Ciencias Ambientales de la Universidad Federal de Tocantins; Se desempeña profesionalmente como investigador y abogado, tiene experiencia en el campo del Derecho, con énfasis en Derecho Agrario, trabajando principalmente en los siguientes temas: Derecho territorial quilombola: cultura, pueblos y comunidades tradicionales; ley registral, superposición de tierras, regularización de la tenencia de la tierra, títulos de dominio y propiedad. Está vinculado al grupo de investigación Derecho Agroalimentario, Territorios y Desarrollo de la Universidad Federal de Goiás; y, implicaciones ambientales de los agronegocios en las comunidades rurales del cerrado de Tocantins en la Universidad Federal de Tocantins. Es Máster en Derecho Agrario por la Universidad Federal de Goiás - UFG, Graduado en Derecho y tiene Postgrado en Derecho Civil y Procesal Civil. Es alumno del programa de Postgrado (lato sensu) en Filosofía y Teoría del Derecho por la Pontificia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG.

Universidade Federal do Tocantins - UFT, Palmas, TO, Brasil

Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1566159634562298> ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2875-3787>

E-mail: leonardo.matheus.bb@gmail.com

Os autores contribuíram igualmente para a redação do artigo.