

Tomando la historia en serio. Los exégetas según ellos mismos*

*Taking the history seriously.
The exégetas as they themselves tell it.*

ANTÓNIO MANUEL HESPANHA**

TRADUCIDO POR ANDRÉS BOTERO-BERNAL***

Artículo enviado el 10 de marzo de 2012. / Aceptado el 20 de abril de 2012.

* Conferencia pronunciada en el V Congreso Brasileiro de Historia del Derecho: "Las formas del derecho, orden, razón, decisión", realizado entre el 29 de agosto y el 2 de septiembre de 2011, y organizado por el Instituto Brasileiro de Historia del Derecho, en Curitiba, Paraná, Brasil.

** Doctor en Historia. Profesor Universidad Autónoma de Lisboa, Portugal.
Correo electrónico: amh@netcabo.pt

*** Doctor en Derecho. Universidad de Medellín, Colombia.
Correo electrónico: anbotero@udem.edu.co

El texto original está escrito en portugués, con varias citas en otros idiomas. Para mayor comprensión del lector se tradujeron todos los apartados, menos los que aparecían en latín, en la medida que son, la mayor parte de ellos, aforismos bien conocidos en la historia del derecho y, especialmente, en el derecho privado. El traductor agradece públicamente la ayuda de la estudiante de Derecho Marina Beaumont, en pasantía en la Universidad de Medellín, para las traducciones de los apartados del francés al español.

Resumen

Desde hace casi un siglo se formó una imagen de tono negativo sobre la Escuela de la Exégesis. Ella sería el ejemplo típico de un legalismo estricto, que reduce el dinamismo al derecho y la nobleza a las tareas de los juristas. Había muchas razones para desconfiar de ella. El derecho francés evolucionaría y se adaptaría a los nuevos tiempos, mientras los juristas habían mantenido, en la vasta área de su influencia, una enorme autoridad social. Por otro lado, el siglo XIX estaba lleno de continuas manifestaciones sobre la creencia en un derecho más allá de la ley. Ese era el espíritu del romanticismo y, por razones diferentes, de los varios naturalismos de fin de siglo, desde el romanticismo al sociologismo. Una revisión, incluso no sistemática, de los textos de los “exégetas” muestra que también cultivaban apenas un mitigado respeto por ella, que no autorizaba el veredicto de J. Bonnetcase, marcado por un anti-jacobinismo, espiritualista y conservador.

Palabras clave: Historia del Derecho, Positivismo legal, legalismo, Escuela de la Exégesis, Código Civil

Resume

Desde há quase um século que se formou uma imagem de tom negativo sobre a Escola da Exegese. Ela seria o exemplo típico de um legalismo estreito, que tirara dinamismo ao direito e nobreza às tarefas dos juristas. Havia muitas razões para desconfiar da imagem. O direito francês evoluíra e adaptara-se aos novos tempos e os juristas tinham mantido, na vasta área da sua influência, uma enorme autoridade social. Por outro lado, o séc. XIX estava cheio de contínuas manifestações de que se cria num direito para além da lei. Esse era o espírito do romantismo e, por razões diferentes, dos vários naturalismos de fim de século, desde o romantismo ao sociologismo. Uma revisão, ainda que não sistemática, dos textos dos “exegetas” mostra que também cultivavam um apenas mitigado respeito pela, que não autorizava o veredito de J. Bonnetcase, marcado por um anti-jacobinismo, espiritualista e conservador.

Palavras chave: História do Direito, Positivismo legal, Legalismo, Escola da Exegese, Code civil

Introducción

La comunidad jurídica de posguerra vive una suerte de inquietud con el hecho de que los “sacerdotes de la justicia” no hubiesen mostrado capacidad o disponibilidad para oponerse a las leyes de los gobiernos injustos.

Dígame, como abono a la verdad, que tal vez la cuestión ha sido mal planteada. Realmente es muy dudoso que la principal característica de los gobiernos injustos –como el nazismo, el fascismo, el franquismo, el salazarismo, etc.– hubiese sido la idolatría de la ley. Por el contrario, las teorías jurídicas de los totalitarismos de este tipo se basan en la voluntad *praeter-ley* del Jefe (Cfr. Schmitt, 1921; Schmitt, 1931; Schmitt, 1950), o, lo que es lo mismo, en valores ligados al destino de un pueblo, de una cultura o de un sistema social, plasmados en la sensibilidad de una comunidad más allá de lo que está expreso en el texto de las leyes. Así, la hostilidad en relación al legalismo jurídico era un trazo común de dictaduras fascistas o comunistas; y no, al contrario, la valorización suprema de la ley. Aunque, en un plano más próximo a la práctica y más lejano a la doctrina, el respeto por la ley fue una de las manifestaciones del respeto por la voluntad del poder.

Más allá de eso, no parece que la relación entre legalismo y autoritarismo sea de carácter necesaria. Hubo juristas que combatieron las dictaduras a partir del principio del respeto por la legalidad. Al revés, otros pusieron ciertas condiciones para que la desobediencia a la ley injusta fuese legítima.¹ Mientras que muchos anti-legalistas (*iusnaturalistas*, incluso de inspiración católica) convivieron bien con algunos de los autoritarismos; otros solo se descubrieron anti-legalistas cuando estos regímenes caían y su derecho fue substituido por un derecho democrático. (Hespanha, 1986: 107-131).

El legalismo es aquí tomado como la corriente de la teoría del derecho que identifica el derecho con la ley, dando a las normas jurídicas la naturaleza de mandatos incuestionables, desde el punto de vista de sus finalidades o de sus valores; y reduciendo el saber jurídico a una activi-

1 Ver el texto ejemplar de: Radbruch, 1999: 209 y ss. Radbruch establece ciertas condiciones para la legitimidad de la no obediencia a la ley: “*unerträgliche Ungerechtigkeit bzw. «Gleichheit aller Menschen aus Sicht bewusst verleugnen»*”.

dad intelectual puramente cognitiva, descriptiva, acrítica. Esta forma no valorativa de mirar aproximaría el saber sobre el derecho a los modelos epistemológicos de las ciencias naturales. Al paso que, desde el punto de vista político, es consistente con el principio de la separación de poderes, que reserva para el legislativo, en el momento de hacer la ley, la ponderación de los valores, los intereses y las oportunidades. Una vez establecido, el derecho legislativo obligaría absolutamente a los funcionarios del Estado, principalmente burócratas y jueces, los cuales no podrían reiterar (ni cuestionar) la ponderación original de los motivos para legislar.

Tomando la historia en serio. Debate entre Legalismo y Anti-positivismo

En el debate metodológico contemporáneo, el legalismo sirve como elemento de contraste, en relación con el anti-legalismo, en cualquiera de sus múltiples formulaciones.

En esta polémica entre positivismo legalista y anti-positivismo (o pos-positivismo), es importante encontrar manifestaciones históricas nítidas y fácilmente identificables de legalismo, con sus implicaciones y consecuencias. El legalismo jacobino, con la deificación de la ley y del Estado, con el voluntarismo político y con las tragedias humanas que le son asociadas –como el Terror, durante la Convención–, con su universalismo “desnacionalizante” y con su abstracción que ignoraba a las personas concretas, tiene constituido un ejemplo de contraste muy conveniente para el *corpus* argumentativo anti-positivista. Además, el legalismo sería, incluso, conservador, haciendo perdurar en el tiempo soluciones normativas obsoletas, al impedir la creatividad de la jurisprudencia y de la doctrina, más próximas a la dinámica de la vida. Aunque el primer tipo de argumentos, de carácter más marcadamente político, había estado frecuentemente latente, el segundo argumento –el del conservadurismo y el formalismo de la ley– es hoy el más invocado, sirviendo, por contraste, para promover la propuesta de un derecho más abierto a la vida, más dinámico, más dúctil (*soft law, diritto mite*²).

2 Esto en clara referencia al libro de Gustavo Zagrebelsky, “*diritto mite*”, traducido al español como “El derecho dúctil” (Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995). Nota del Traductor.

Como ilustración histórica de este vicioso legalismo, se acostumbra mencionar la Escuela de la Exégesis, que había florecido en Francia –y, por extensión, en otros países de la Europa latina– entre los años 1804 y 1880,³ que repele un derecho fundado en valores supraleales, cognoscibles por el saber prudencial de los juristas, considerados como capaces de leer la naturaleza o la razón.⁴

Los trazos principales de este derecho legalista habrían sido:

- La reducción del derecho al producto de voluntades (convenciones, leyes), en la línea del pensamiento político de J. J. Rousseau.⁵
- La identificación del derecho con la ley, como voluntad del legislador y como consecuencia del absolutismo de ésta, de acuerdo con una línea que corría desde el final del siglo XVII.⁶
- La desconsideración de la doctrina jurídica, con el cierre de las Facultades de Derecho por la Convención, en 1793, y con las medidas anti-judiciales de la primera ola revolucionaria (Leyes del 16 y 24 de agosto de 1790, valorizando a los jueces de paz, acabando con los recursos para los tribunales superiores –*parlements*– y prohibiendo a los jueces la creación de nuevas normas, *Code civil*, Art. 5).⁷
- La funcionalización de los juristas, convertidos en explicadores de las leyes.
- La sustitución del dinamismo natural del derecho en sociedad por el (bajo) dinamismo legislativo, eventualmente sustituido por una espe-

3 En contrapartida, en la Europa de influencia alemana estaría fortalecido un modelo “doctrinal”, en cuanto que, en el mundo anglosajón, había prevalecido un modelo “jurisprudencial”.

4 En la razón práctica o en la razón teórica.

5 Ver la crítica de Aimé Rodière (1810-1874) en: Rodière, 1874: 386 y ss.

6 “Si quiere el Rey, quiere la ley”, “El Estado, soy yo”. Decreto 22.3.1682 por el cual se ratifica la “*Déclaration des quatres articles*” de los obispos de Francia acerca del ámbito de los derechos reales sobre la Iglesia francesa (retomada por el concordato de 18 germinal del año 10 –8.4.1802–); y por el decreto 25.2825. Cfr. Dupin, 1824; Rodière, 1874: 383-384 y ss.

7 “Queda prohibido a los jueces pronunciarse por vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometieren”.

cie de fibrilación, en la que el ritmo de la producción legislativa intentaba acompañar la vida, generando fenómenos, también anti-naturales, de entropía reguladora.

Este sería el tipo ideal del legalismo. Más difícil es encontrar situaciones históricas que le correspondan, incluso aproximadamente.

En este texto, procuraremos verificar si la Escuela de la Exégesis, que es la referencia canónica cuando se trata de legalismo, corresponde mínimamente a este estereotipo. Para circunscribir el tema, trataremos aquí de un aspecto que parece, indiscutiblemente, no corresponder a la realidad histórica. Nos referimos a la falta de dinamismo jurídico de la época. El *Code civil* –para limitarnos a éste– tiene más de dos siglos. Habiendo pasado por un número pequeño de reformas, continúa, sin embargo, en vigor y satisface las necesidades sociales. Solo esto, por lo pronto, sugiere que otros ciertos trazos del modelo teórico no tuvieron correspondencia en la realidad: a saber, el absolutismo de la ley como fundamento de la decisión jurídica.

Otros elementos del arquetipo, en contrapartida, parece que corresponden a la realidad. Por ejemplo, el desfavor de los juristas y de los jueces en el liberalismo jurídico en Francia, pero también en Portugal (y en España).

Comencemos por el caso portugués. Las Cortes vintistas (surgidas de la revolución liberal de 1820) estaban llenas de juristas (Osório de Castro, 2002). Entre tanto, las referencias parlamentarias contra los hombres del foro –sobre todo, contra los jueces– fueron tan comunes como en la literatura popular y tradicional (Espinosa Gomes da Silva, 2000: 545; Barbas, 2003: §§ 25 y 40). Las desconfianzas que se observaban detrás se debían tanto a la convicción generalizada de que los juristas eran adversos al nuevo orden político, como a la influencia de Jeremy Bentham, un crítico sin piedad de los hombres de leyes, entonces muy en boga.⁸

Podemos dar un par de ejemplos en que juristas, magistrados y tribunales aparecen como instrumentos del egoísmo corporativo,

8 Cfr. Manuel des sophismes politiques (1824) y Chrestomatia (1816), obras que, no siendo dirigidas específicamente a los juristas, critican muchos sus usos sofisticos de lenguaje. Sobre la influencia de Bentham en esta materia en Portugal, ver: Barbas, 2003: 571.

como refugio de incompetencia y como baluartes de la reacción.⁹ En 8.5.1821,¹⁰ Borges Carneiro –él mismo jurista– propuso la suspensión de la admisión de alumnos en las Facultades de Derecho, ya que la profesión jurídica sería generalmente parasitaria¹¹ y la enseñanza de lo jurídico sería de mala calidad y normalmente contraria al nuevo orden constitucional.¹² La discusión del parecer de la Comisión de Instrucción Pública sobre la reforma de los estudios universitarios¹³ dio lugar a un sabroso diálogo entre dos de los más ilustres juristas miembros de la Cámara –Manuel Borges Carneiro y Manuel Fernandes Tomás–. El primero era escéptico en cuanto a que los profesores de la universidad pudieran hacer una reforma universitaria libre de los moldes de la doctrina jurídica tradicional. El segundo respondió que el problema no era la doctrina jurídica de la universidad, sino la práctica en el foro.¹⁴ Sea cual fuese el lugar donde radicaba el mal, este era el mismo: la inadecuación de la doctrina jurídica frente al sistema constitucional.

9 Es decir, anti-revolucionarios y anti-libertarios. Nota del Traductor.

10 *Diario das Cortes Gerais Extraordinárias e Constituintes da Nação Portuguesa* (en adelante *DCGECNP*), No. 74 (p. 831).

11 “¿Cual es la razón que explica por qué las demandas duran tantos años? Es por causa de los Abogados. Hace poco vimos una [...]: era cuestión que se decidía en dos horas, llevó 6 años [...] la razón es porque de las demandas vive mucha gente, viven Letrados, viven Procuradores, y mucha más gente: para que puedan vivir toda esta mucha gente es necesario que dure una demanda 5 años; esto es un grandísimo mal, porque todo el hombre que anda en demandas anda en odios, y distraído de sus ocupaciones: es preciso que esta inmensa turba, llamada gente de Ley, vaya tomar otro modo de vida, que vayan para las Artes, y para la Agricultura: no es necesario tantos Letrados, tantos Ministros, tanta gente de Ley, que viven de discordias y odios entre los Ciudadanos, y principalmente establecer una Ley para conciliar las partes [...]” *Ibíd.*

12 “[...] las Instituciones de Pascoal José de Mello son muy buenas, pero no sirven: tienen mucha cosa en contraposición con el sistema constitucional: todo lo que se dice sobre últimas voluntades, y sobre esclavos, son yerros que es necesario desaprender” *Ibíd.*

13 Ver: *Ibíd.*, No. 157, de 21-8-1821 (p. 1967).

14 “Aquella trampa de la que habla el Orador antecedente no se enseña en la Universidad, se aprende aquí en el foro. Yo fui a la Universidad, y practiqué en el foro; lo que aprendí en el foro era extraño de lo que me enseñaron en Coimbra” *Ibíd.*

El público en general, a su vez, se quejaba del atraso de las demandas judiciales, causado por las artimañas forenses.¹⁵

Políticamente, cualquier alusión a los poderes de los juristas para crear derecho no podía ser entendida sino como una tentativa de desacreditar la soberanía popular. Por tanto, las primeras obras jurídicas pos-liberales eran parcas en declaraciones sobre la supuesta capacidad de los juristas para crear derecho por vía doctrinal. Al contrario, los autores de mayor autoridad dirían a continuación –en consonancia con el (aparente) “legalismo” de la Ley de la *Boa Razão* de 1769 (Hespanha, 2004: 32) y de acuerdo con el monopolio parlamentario de la función de crear derecho– que la doctrina no era fuente de derecho.¹⁶ El primer libro sobre el derecho constitucional publicado en Portugal –una traducción del profesor salmantino Ramón Salas–,¹⁷ insiste en el origen parlamentario de la Constitución y de las leyes: “Según mi parecer –escribe en la página 7– una Constitución política, no es otra cosa que la expresión auténtica¹⁸ de las reglas, y condiciones, con que un pueblo quiere ser gobernado [...]”. De esta legitimidad original de la Constitución como expresión de la soberanía

15 “A la Comisión de Legislación fueron remitidas dos Peticiones, una en nombre de Joaquim Ignacio de Seixas, otra en nombre de D. Josefa Maria do Livramento Smith [...] ambas pedían una nueva Ley, que con penas graves destierre del Foro las demoras estudiadas, con que se estorban los progresos de las demandas”. *Ibíd.*, No. 51, 05-04-1821, p. 47. Lo que encuentra eco en las palabras de Borges Carneiro –aunque para otro propósito– días después: “De esta mi moción, deseo se mande tomar recuerdo en el Acta, y bien así que se recomiende a la Regencia del Reino que despacha órdenes muy positivas a las Relaciones y Juicios contenciosos para que traten de extirpar y abreviar las demandas, interminable origen de odios y disensos, debiendo el innumerable ejército que vive de este sórdido y cruel mester de demandas y disputas forenses, ir procurando otro modo de vida”. *Ibíd.*, 28-4-1821 (p. 710).

16 “Continuamente recurrimos a los escritos y opiniones de los Jurisconsultos, no porque tengan fuerza de obligar, sino porque en ellos vemos la tradición sucesiva, o el derecho consuetudinario, sobre la decisión de los casos e inteligencia de las leyes dudosas o porque nos sirven de medio para descubrir la buena razón de las leyes, y llegar a su verdadera interpretación. Lo mismo se debe decir de las decisiones judiciales” (Coelho Da Rocha, 1845: N° 42, § III).

17 Salas (y Cortez), 1822. La edición portuguesa no incorpora la parte de la obra original más directamente relacionada con la Constitución de Cádiz. Para una edición integral, ver: Salas, 1982.

18 Primitiva y propia.

nía del pueblo (de la nación) proviene el principio de su primacía frente a todas las otras leyes,¹⁹ así como el papel subordinado (exegético, anotativo) de la doctrina jurídica.

Sin embargo, esos textos coloridos no significan tanto cuanto se imagina.

Entre los juristas –especialmente en su élite académica de los “jurisconsultos” (*iurisprudentes*)–, la doctrina jurídica mantuvo, durante los siglos XVIII y XIX, un enorme prestigio y auto-confianza, a la que correspondió un reconocimiento generalizado de que esta prudencia del derecho mantenía un amplio poder de avalar la justeza de la ley y de adaptarla a las razones del derecho. Esta autosuficiencia de la doctrina (y de los jurisconsultos) provenía de ideas que se fundaban en épocas muy antiguas, a las que aquí aludimos apenas en un espacio breve.

La idea de que las leyes fundamentales de la vida social eran dictadas por la naturaleza,²⁰ siendo, por tanto, fundadoras y vinculantes en relación a cualquier ley positiva, alargaba enormemente el ámbito de las fuentes

19 “Las Leyes Constitucionales se llaman también fundamentales, porque son el apoyo, el cimiento, y las bases del edificio social, que sin ellas no puede quedar sólido por mucho tiempo. Se llaman también frecuentemente Leyes primarias (o primitivas) para dar a entender que con ellas se deben conformar las Leyes, que versan sobre intereses individuales, y subordinados; y las cuales se llaman Leyes secundarias. Y con efecto, si las Leyes secundarias no están en perfecta armonía con las Leyes primarias, fundamentales, o Constitucionales, un Gobierno no puede ser liberal salvo en el nombre. ¿Qué me importa que la Ley primaria sancione la libertad individual, si las Leyes secundarias ponen mi libertad a disposición de algunos mandatarios, o agentes de poder, que pueden privarme de ella con el pretexto de que son medidas de seguridad, o en virtud del *Caveant Consules* del Senado Romano, de que en todos los tiempos se hizo un uso tan inmoderado contra la libertad de los Ciudadanos? En pocas palabras, las Leyes secundarias no deben ser sino las consecuencias naturales de las Leyes primarias fundamentales, o Constitucionales” (Salas, 1822: 4).

20 Pero no de forma tan estricta que anulase completamente el libre arbitrio, conduciendo a un fatalismo que, en la época, se censura a Montesquieu. Ver: Rodière, 1874: 388: “(En) una relación necesaria, resultante de la naturaleza misma de las cosas, nunca puede, en efecto, ser elogiada ni reprobada dicha necesidad, como se dice muy justamente cuando se trata de apreciar la moralidad de los actos humanos, no teniendo ley, es decir otra ley que ella misma. Lo que termina por fin de demostrar que Montesquieu profesaba, en el fondo, unas doctrinas fatalistas, por la influencia, demasiado grande, que él atribuye a los climas sobre la legislación de los pueblos diversos”.

del derecho, en el período del *ius commune*. En verdad, el derecho natural se revelaba, no solo por la observación de la naturaleza de las cosas, sino más todavía por el uso de una razón especializada y, también, por la consideración de aquello que la naturaleza iba permitiendo que se estableciese por el uso continuo y sustentado (*radicatum, tempore praescriptum*) (Hespanha, 2000: 5-18). De ahí que, comúnmente, la doctrina y el derecho tradicional desempeñasen un papel heurístico de primera grandeza en la fijación del derecho y en la validación e interpretación de las leyes positivas. Este hecho obliga a repensar algunas ideas corrientes sobre las teorías de la Constitución y de las fuentes de derecho del Estado liberal.²¹

Era muy antigua la idea de que el derecho positivo era apenas una fijación de las reglas generales del derecho natural, un ajuste y actualización/instanciación de éste a situaciones particulares, no buscando la destrucción o la sustitución de este derecho no escrito, sino, antes bien, deseando su garantía. Esta idea correspondía a textos muy evidentes del *Digesto* de Justiniano, antes que nada a la famosa ley "*Omnes populi*".²²

21 La identificación de la Constitución con el derecho tradicional –que explica el tenor de los preámbulos de las Constituciones de Cádiz y de la portuguesa 1822– permite entender mejor que el verdadero control de la constitucionalidad cupiese, no en los parlamentos, sino en la justicia ordinaria, esto es a los tribunales supremos, compuestos de juristas destacados. En contrapartida, el control parlamentario sólo tenía sentido para los que consideraban a la constitución (y a las leyes) como convenciones –*con+statuere*–, un significado voluntarista de la palabra, que contrastaba con aquella, más común en el antiguo régimen, de una raíz naturalista –*constitutio corporis*–. Tal era el caso del voluntarismo convencionalista de Rousseau, consecuentemente denunciado por los juristas como perverso; muy expresivo al respecto: "El más falso de todos, que sin embargo tenía una gran cantidad de seguidores, fue uno de los grandes sofistas, Jean-Jacques Rousseau, que en su *Contrato Social*, trató de remontar la formación de todas las sociedades políticas a un acuerdo al que llegaron los hombres salvajes, que antes no estaban unidos por ningún vínculo". Rodière, 1874: 386).

22 "§ 1. Omnes populi qui legibus et moribus reguntur partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quis | que populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est uocaturque ius ciuile, quasi ius proprium ciuitatis; quod uero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur uocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur. quae singula qualia sint, suis locis proponemus." *Gaii Inst.*, 1, 1; *Inst. Iust.*, 1, 2, 1; *Dig. Iust.*, 1, 1, 9.

Consecuencia de lo anterior era la idea de que solamente el conocimiento especializado, de hombres de alma pura (*honesti, boni*), podría aspirar al reconocimiento de los primeros principios del derecho. Por tanto, el desenvolvimiento de la doctrina (*iurisprudentia*) era una parte indispensable del arte de fijar el derecho, sin la cual el tenor de las normas singulares no se alcanzaría.²³ Era una idea de Celsus, también recogida en el *Digesto*, y que fundamentaba el carácter cuasi sacerdotal de los juristas, detentadores de un saber de las cosas divinas y humanas, permitido a las personas buenas,²⁴ el cual les permitía distinguir lo justo de lo injusto. Las fuentes estaban también en el *Digesto* de Justiniano,²⁵ habiendo sido enormemente glosadas en la tradición romanística.²⁶

¿Cómo se situaban los exégetas en relación con estas ideas tradicionales que estaban en las antípodas del arquetipo teórico del legalismo? Para este estudio uso apenas algunos textos particularmente significativos del trabajo de la escuela francesa,²⁷ pero los ejemplos podían repetirse a saciedad. Aunque no todos sus miembros tenían la misma nitidez o usasen las mismas formulaciones, predominaba la idea de una vinculación ne-

23 "Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem" Celsus, *Dig. Iust.*, 1, 3, 17.

24 *Bonitas* (bondad), como cualidad de quien tiene acceso al conocimiento más profundo del orden.

25 "Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia", Ulpianus, *Dig. Iust.*, 1.1.10.2.

26 "Justitia est constans et perpetua voluntas jus suum cuique tribuens. Jurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia", Ulpianus, *Dig. Iust.*, 1,1,10,2; "[...] ius est ars boni et aequi. [...] Cuius merito quis nos sacerdotes appellet [...]", Ulpianus, *Dig. Iust.*, 1, 1, 1, pr.

27 Sobre los elementos generadores del movimiento exegético (ideal de un derecho claro, simple; ideal de un derecho legitimado democráticamente; antipatía por el carácter aristocrático y hermético del saber jurídico tradicional), ver: Arnaud, 1975 : 28 y ss., 45 y ss ; también: Husson, 1972: 115 y ss.; que describen con detalle los esfuerzos hechos por el ala democrática de los revolucionarios, en la última década del siglo XVIII, para liberrar el derecho del imperio de los juristas. El propio Napoleón participaba de esta sensibilidad, aunque había entregado la elaboración del *Code* a una comisión de juristas, que participaban de las concepciones tradicionales del derecho y de su saber, como se puede ver a lo largo del citado discurso de Portalis, de 1801, al que el emperador no había prestado demasiada atención.

cesaria del derecho positivo a fuentes jurídicas supra-positivas y de la naturaleza creativa de la actividad del jurisconsulto.

El primer texto es la pieza que, quizá, resume de forma más clara e influyente la idea de una legitimidad no contractualista (“mayoritaria”) del derecho, sino de una derivada de la autoridad (“contra-mayoritaria”) de los jurisconsultos. De hecho, a partir del Directorio, los juristas estaban prestos a recuperar su poder social y a reivindicar para sí el papel de guardianes especiales del derecho. A su sabiduría natural se dotaría una especie de *cassation à rebours*, un poder de anular la ley para hacer respetar el derecho. Usando su capacidad exclusiva para acceder al derecho natural, destruían el monopolio parlamentario (legislativo) de la declaración del derecho, bien como de la interpretación e integración de las leyes positivas. El texto es el “Discurso preliminar al proyecto de Código civil”, presentado por Jean-Etienne-Marie Portalis al Consejo de Estado, el 1º de Pluvioso²⁸ del año IX -21/10/1801- (Portalis, 2004)²⁹. Este discurso contiene las líneas de orientación del papel creativo de los jurisconsultos, en su relación con la ley, la expresión de la voluntad imperial (del emperador o de las asambleas parlamentarias):

- El derecho positivo es una aplicación del derecho natural.³⁰
- El derecho natural es un orden imperativo, fundado en la naturaleza de las cosas.
- Los juristas poseen una sabiduría hecha desde el estudio, la tradición y la práctica, capaz de identificar los principios de este orden y, en se-

28 Nombre asignado por la Revolución francesa a un mes caracterizado por ser de lluvias. Nota del Traductor.

29 Para las citas de esta obra que a continuación se harán, se recurrió a la versión española de Manuel de Rivacoba presente en: Portalis, 1978. Nota del Traductor.

30 “Las leyes no son meros actos de poder; son actos de sabiduría, de justicia y de razón. El legislador ejerce menos una autoridad que un sacerdocio [...]” (Portalis, 1978: 31); “como quiera que sea, las leyes positivas jamás podrán reemplazar enteramente el uso de la razón natural en los quehaceres de la vida” (Portalis, 1978: 35).

guida, de dominar las claves para comprender e integrar el derecho.^{31,32}

- Los magistrados, a su vez, monopolizan el saber de concretización del derecho, diferente del legislador que, así, no puede invadir las atribuciones del Poder Judicial.^{33,34}

31 “Es al magistrado y al juriconsulto, penetrados del espíritu general de las leyes, a quienes toca dirigir su aplicación./ De ahí, que, en todas las naciones civilizadas, se vea formarse siempre, cabe al santuario de las leyes y bajo la vigilancia del legislador, un depósito de aforismos, de decisiones y de doctrinas que diariamente se depura por la práctica y el choque de los debates judiciales, que se acrecienta sin cesar por obra de todos los conocimientos adquiridos, y que en todo momento ha sido considerado como el verdadero suplemento de la legislación” (Portalís, 1978: 36-37). “Pero, incluso el código más sencillo, ¿estaría al alcance de todos los sectores sociales? ¿No estarían perpetuamente ocupadas las pasiones en deformar su verdadero sentido? ¿No se precisa cierta experiencia para aplicar sabiamente las leyes?” (Portalís, 1978: 38). “En el estado de nuestras sociedades, harta fortuna es que la Jurisprudencia constituya una ciencia que pueda atraer al talento, lisonjear el amor propio y despertar la emulación. Por todo ello, una clase entera de hombres se dedica a tal ciencia, y esta clase, consagrada al estudio de las leyes, ofrece consejos y defensores a los ciudadanos que no pueden dirigirse y defenderse por sí mismos, y se convierte en algo así como el seminario de la magistratura” (Portalís, 1978: 39).

32 “El Derecho es la razón universal, la suprema razón fundada en la naturaleza misma de las cosas. Las leyes son o no deben ser sino el Derecho reducido a reglas positivas, a preceptos singulares./ El Derecho es moralmente obligatorio, pero, por sí mismo, no importa coerción alguna; él dirige, las leyes ordenan; él sirve de brújula, y las leyes, de compás./ Los diversos pueblos, en sus recíprocas relaciones, viven bajo el solo imperio del Derecho; los miembros de cada pueblo son regidos, en cuanto hombres, por el Derecho, y en cuanto ciudadanos, por las leyes” (Portalís, 1978: 46).

33 “Existen dos clases de interpretación: la una, por vía de doctrina, y la otra, por vía de autoridad./ La interpretación doctrinal consiste en captar el verdadero sentido de las leyes, aplicarlas inteligentemente y suplirlas en los casos no regulados por ellas. Sin esta especie de interpretación, ¿podría concebirse la posibilidad de cumplir la función judicial?/ La interpretación auténtica consiste en resolver los problemas y las dudas por la vía de reglamentos o de disposiciones generales. Este modo de interpretar es el único que está prohibido al juez [...] Forzar al magistrado a recurrir al legislador, sería admitir el más funesto de los principios; sería poner de nuevo en vigencia entre nosotros la desastrosa legislación de los rescriptos; pues, cuando interviene el legislador para pronunciarse en los asuntos nacidos y vivamente agitados entre particulares, no está más al abrigo de rebatos que los tribunales. Se debe temer menos el arbitraje reglado, tímido y circunspecto de un magistrado, que puede ser reformado y está sometido a la acción por prevaricación, que el arbitraje absoluto de un poder independiente que no responde ante nadie” (Portalís, 1978: 42-43).

34 “Hay una ciencia para los legisladores, como hay otra para los magistra-

En esta cohabitación, el espacio más limitado es, como se puede ver, el del legislador, enclavado entre la sabiduría cuasi sagrada de los juristas y el artesanado casuista del juez. O sea, no podía crear disposiciones normativas genéricas, de forma no controlada (por la ciencia de los juristas), ni tan poco llevar a sus atribuciones de regulación hasta la fase final de aplicación concreta. También en cuanto a este punto había precedentes textuales en la tradición jurídica, que limitaban la voluntad del príncipe/ legislador en función de la autoridad del derecho vigente, lo que, en el caso del derecho romano, también incluía, y en un lugar destacado, la *iurisprudentia*: “*Digna vox majestate regnantis legibus alligatum se principem profiteri: adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas*” [es digno de la majestad de un príncipe declararse limitado por las leyes en vigor, pues de la autoridad del derecho depende nuestro poder], proclamaba el Código de Justiniano (C., I, 14,4; edito de Teodósio II y de Valentiano III).

La recuperación del papel tradicional de los juristas para crear y legitimar el derecho se aceleró a partir de 1804.

A nivel constitucional, en oposición a la idea de una Constitución como un acto de ruptura, “constituyente”, con base en la voluntad de la mayoría de la “nación representada”, luego surgió la idea de una Constitución como “codificación”, que recogiese y garantizase por escrito, no la voluntad de una mayoría parlamentaria, sino el genio ordenador de la “Nación ancestral”, vertido en sus antiguas leyes fundamentales, eventualmente rejuvenecidas. Recordemos, apenas, tres ejemplos. En 1812, las Cortes de Cádiz justificaban así su empresa constituyente:

“Las Cortes generales y extraordinarias de la Nación Española, bien convencidas, después del más detenido examen y madura deliberación, de que las antiguas leyes fundamentales de esta Monarquía, acompañadas de las oportunas provi-

dos; y la una no se parece a la otra. La sabiduría del legislador consiste en encontrar, en cada materia, los principios más favorables al bien común: la del magistrado es poner estos principios en acción, ramificarlos, extenderlos, mediante una aplicación sabia y razonada, a las hipótesis particulares; estudiar el espíritu de la ley cuando la letra mata, y no exponerse a ser una y otra vez esclavo y rebelde, desobedeciéndola por espíritu de servidumbre” (Portalís, 1978: 45).

dencias y precauciones, que aseguren de un modo estable y permanente su entero cumplimiento, podrán llenar debidamente el grande objeto de promover la gloria, la prosperidad y el bien de toda la Nación, decretan la siguiente Constitución Política para el buen gobierno y recta administración del Estado”.³⁵

En 1814, Luis XVIII describe la misma relación entre el voto del pueblo y del carácter de la Nación: “Nosotros hemos finalmente buscado los principios de la Carta constitucional en el carácter francés, y en los monumentos venerables de los siglos pasados.”³⁶ En Portugal, para 1822, el preámbulo de la Constitución expresó la misma idea que la voluntad del Parlamento, es decir, la voluntad mayoritaria, solo con la ayuda de Dios y con amparo en la tradición podría ejercer la función constituyente:

35 Sobre la idea de una constitución “histórica” en el primer liberalismo español (Sempere y Guarinos contra Martínez Marina), ver: Herrera, 2007: 177-186. Textos: Martínez Marina, 1834. Sempere y Guarinos, 2007.

36 “Hemos debido, al ejemplo de los reyes nuestros predecesores, apreciar los efectos de los progresos siempre crecientes de las luces, las relaciones nuevas que esos progresos han introducido a la sociedad, la dirección impresa en los espíritus desde hace medio siglo, y las graves alteraciones que resultaron de esto: hemos reconocido que el deseo de nuestros súbditos por una Carta constitucional corresponde con la expresión de una necesidad fundamental; pero cediendo a ese deseo, hemos tomado todas las precauciones para que esta Carta fuera digna de nosotros y de nuestro pueblo del cual estamos orgullosos de mandar. Unos hombres sabios, miembros de los primeros cuerpos del Estado, se reunieron en unas comisiones de nuestro Consejo, para trabajar en esa importante obra. Al mismo tiempo que reconocíamos que una Constitución libre y monárquica debía cumplir con la esperanza de la Europa iluminada, nosotros tuvimos también que recordar que nuestro primer deber por nuestros pueblos estaba en conservar, por su propio interés, los derechos y las prerrogativas de nuestra Corona. Esperamos que instruidos por la experiencia, estarían convencidos que la autoridad suprema puede sola dar las instituciones que ella establece, la fuerza, la permanencia y la majestuosidad de la cual ella misma está revestida; que así cuando la sabiduría de los reyes concuerda libremente con el deseo de los pueblos, una Carta constitucional puede ser de larga duración; pero que, cuando la violencia arranca unas concesiones a la debilidad del gobierno, la libertad pública está tanto en peligro como el trono mismo. Buscamos también los principios de la Carta constitucional en el carácter francés, y en los monumentos venerables de los pasados siglos”.

“En nombre de la Santísima e Indivisible Trinidad, las Cortes Generales, Extraordinarias y Constituyentes de la Nación Portuguesa, íntimamente convencidas de que las desgracias públicas, que tanto han oprimido y todavía oprimen, tuvieron su origen en el desprecio de los derechos del ciudadano, y en el olvido de las leyes fundamentales de la Monarquía; y habiendo otrosí considerado, que solamente por el restablecimiento de estas leyes, ampliadas y reformadas, puede conseguirse la prosperidad de la misma Nación, y precaverse, que ella no vuelva a caer en el abismo, de que la salvó la heroica virtud de sus hijos; decretan la siguiente Constitución Política, a fin de asegurar los derechos de cada uno, y el bien general de todos los Portugueses”.^{37, 38}

Este conjunto de ideas-guía sobre la naturaleza de la ley y de su conocimiento será repetido por los “exégetas”.

Es el caso del autor de un libro que, desde el título, ya reivindica un programa no positivista-legalista: Jean Guillaume [Barón de] Locré de Roissy.³⁹ Locré escribió cuando todavía estaba húmeda la tinta del *Code civil* y el orgullo del Emperador por la realización de la principal pieza de su empresa de codificación estaba en su auge. En tanto, desde las primeras páginas, el autor –un fiel de Napoleón, a quien se dirige en este prefacio– indirectamente coloca a los juristas en un nivel superior al de los legisladores. La grandeza de Napoleón provendría, de hecho, de la decisión de ordenar la elaboración de un Código Civil; pero también de, consciente de sus limitaciones de simple legislador, confiar esta tarea a magistrados esclarecidos y puros de intenciones, a los cuales confiadamente abandonaba la “ciencia del derecho civil y el cuidado de los intereses privados” (p. 9). Sería justamente esta abstención tan sabia y generosa la raíz del alcance universal del Código, en el cual se tendría superado un derecho simplemente tradicional o simplemente voluntario, para alcanzar un

37 Presentado por Pereira de Moura en nombre de la Comisión de la Constitución (sesión de 8.2.1821). Discusión: 9.7.1821.

38 Sobre la idea de la constitución como codificación de la tradición jurídica, ver para Portugal: Hespanha, 1982: 63-90. Para la Constitución de Cádiz, ver: Garriga y Lorente, 2007: 22 y ss.; 377 y ss., y la bibliografía allí citada.

39 Locré De Roissy, 1805-1807.

derecho dirigido por la justicia, adaptado al espíritu del pueblo⁴⁰ y, así, esencialmente universal, ya que el Código obtendría “la Autoridad de la razón, allá donde no puede haber la de la ley” (p. xv). La última frase no es más que la reiteración de una fórmula que se utilizaba para justificar la validez del derecho común medieval: donde aquello que no pudiese valer como un mandato del legislador (*ratione imperii*), valía por el imperio de la propia razón (*imperio rationis*).

Esta consideración estaría determinada por el estilo jurídico-literario adoptado por Locré y el aparentemente inusitado título del libro. De hecho, la obra que pretendiese revelar el contenido de la ley no podría ser un mero comentario textual,⁴¹ pues la subsunción de la voluntad del legislador a un mundo más elevado de principios y de valores haría que el estilo simplemente descriptivo se tornase en una expresión limitada e incompleta:

“[...] Es imposible llegar por la mediación del texto a todas las nociones de la cual se compone la ciencia de las leyes escritas. Ella tiene tres objetos; el sentido de la ley, su espíritu, el sistema de aplicación. No me extenderé sobre la necesidad de entender bien el sentido del texto; es demasiado evidente. Pero diré que la inteligencia de la letra no es suficiente; hay también que conocer su espíritu [...]”. (p. 2).

En el anterior aparte cita la fuente romana de la idea: “*Scire leges non hoc est: verba earum tenere, sed vim ac potestatem*” (Celso, *Digesta*, 1, 3, 17) [saber las leyes no es dominar su letra, sino entender su intención (traducción no literal)]. Por tanto, el título *Esprit du Code* [...] no era ocasio-

40 Capaz de “alejar los abusos que debían su autoridad no solamente a unas costumbres ciegas; y los cambios inconsiderados introducidos por el espíritu de innovación; mantener o restablecer todo lo que, en las leyes antiguas y modernas, tenía la impronta de la justicia; agregar a la sabiduría de los siglos abriendo perspectivas tan vastas como nuevas; y desplegar este genio creativo y poderoso que necesita sólo de sí mismo para fundar o reconstituir los Imperios; para dar a cada pueblo las leyes más ajustadas a sus costumbres, a sus caracteres” (p. 10). También el Código de Napoleón fija entre nosotros la época de la vuelta al orden, a las ideas sanas, a las ideas verdaderamente grandes, verdaderamente liberales (p. 11).

41 Por ejemplo, “unas explicaciones tomadas de la imaginación y de la opinión personal de su autor” (p. 1).

nal o arbitrario, sino, simplemente, una descripción de aquello que, en lo fundamental, constituía el derecho. Cabe notar, para problematizar lecturas demasiado entusiastas del actual neo-constitucionalismo, que la oposición del texto-imperativo al espíritu-razón llega a formulaciones muy próximas de la oposición ahora usual entre reglas y principios: “La letra de la ley nos hará mucho menos entender su espíritu. Ella solo enuncia los mandatos sin explicar sus motivos” (p. 6). En cuanto al espíritu –a los principios...–, el autor también tiene sus jerarquías. Más importantes que las exposiciones oficiales de razones –que reenvían para la voluntad que subyace al *jussum* legislativo– son las actas de las comisiones de juristas que discutirán las razones de la ley. De hecho, si los primeros representan la genealogía de la voluntad, los últimos revelan la genealogía del acto de razón:

“Hay pues que juntar la meditación del expediente a la de las exposiciones de motivos y a las de la discusión solemne. Es allá dónde se encuentran los diversos sistemas que han sido propuestos, las razones por las cuales prefirieron uno a otro, los motivos de cada disposición en detalle, el alcance que se le quiso dar, las falsas consecuencias que no se quiso admitir, los remedios que fueron indicados para superar las dificultades en la ejecución, estas explicaciones lacónicas, estos rayos de luz que, en una palabra, disipan las dudas y previenen los procesos” (p. 13).

Pero más allá del espíritu, sería también de tener en cuenta las tradiciones de aplicación de la ley, que revelan un sentido adquirido posteriormente a la formación de la voluntad del legislador, cuando el texto es puesto en contacto con nuevos contextos discursivos y extra-discursivos. De hecho, la aplicación de la ley, al ser repetida, acabaría por crear un “sistema de aplicación” que es también crucial para averiguar su significado. En verdad, se trata de aquello que la doctrina tradicional llamaba *usus legis* (p. 4), capaz de redireccionar el sentido legislativo original. Una vez más, una abertura a sentidos no plasmados en el texto⁴² que aleja a Locré de una posición “formalista” u “originalista” (Dworkin), como hoy se diría.

42 “[...] O mejor dicho es una legislación auxiliar y de desarrollo, cuya fuerza, con el tiempo, no será menos grande que la de la legislación formal” (cita la fuente romana: *Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur, et hoc est jus, constitutum*, D. 1, 1, 12) (p. 6).

Esa idea de que los sentidos de las leyes son un producto de la meditación y la ponderación de principios legales y valores, implica la existencia de patrones absolutos que guíen la reflexión sobre las razones para los mandatos. El fundamento normativo de las leyes sería el derecho natural, idea ya presente en fuentes romanas, y que ahora es recuperada, aunque con una formulación actualizada⁴³: “El derecho natural, propio del hombre, no puede pues limitarse a la parte animal; así como debe referirse a su organización entera, es de la esencia de las cosas que él se compone también de reglas morales que sirvan para distinguir lo justo de lo injusto, al honesto del deshonesto y a reglar sus acciones” (p. 33). Por esto, debe todavía adaptarse a los valores tradicionales de una sociedad, ya que estos embeben a sus nociones de justicia y limitan, por eso, la voluntad normativa del legislador.

La distinción, fundamental y siempre presente, entre derecho natural y derecho positivo continúa siendo un elemento fundamental de la teoría implícita del derecho, al igual que de varios mecanismos dogmáticos, sobre todo de la interpretación y de la integración; pero también de la validación de las soluciones legislativas y, en caso tal, de su alejamiento. Según Locré, la complejización de la sociedad habría convertido el derecho natural en algo demasiado simple, que forzosamente habría de ser complementado por una regulación que lo explicitase y lo concretizase en términos más detallados y diversificados. Esta regulación, incluso si estuviese dotada de toda la fuerza vinculante, no dejaba de estar subordinada al sentimiento natural de justicia:

“En consecuencia de estos principios, hemos determinado el uso de las leyes naturales y el de las leyes positivas, por la distinción entre el fuero interior y el fuero exterior. En el fuero interior, es la moral, es decir el derecho natural tomado

43 *“Ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris perita censi. § 4 Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit”* (Ulpianus, Digesto, I, 1, 3).

en todo su amplio sentido, en todo su rigorismo, que es el árbitro supremo [...] En el fuero exterior, es la ley de convención [...]” (p. 40). “Las leyes positivas son pues las leyes principales en el estado de civilización; que tienen ahí una fuerza absoluta, y que nada puede balancear” (p. 41).

Esta insistencia en el carácter absolutamente vinculante de las leyes positivas hacía correr el riesgo de destruir, al final, la idea de que el derecho tiene un “espíritu” y de que éste –bien como la reflexión de los juristas para descubrirlo– es indispensable a su determinación y aplicación. Lo-cré no alude a la cuestión, pero es taxativo en una respuesta en sentido negativo: “Sin embargo, ¿las leyes naturales se convertirán ellas enteramente nulas? No” (p. 42). Todo el capítulo XIII (p. 43 y ss.) está dedicado a esclarecer este punto. La sobrevivencia del derecho natural en el Estado civil sería doblemente justificada. Por un lado, el derecho natural influenciaría las leyes positivas; por otro, el derecho natural se positivizaría en el derecho civil “ya que el derecho positivo no fue instituido para destruir el derecho natural, por el contrario para asegurar su autoridad fijándolo y dándole una fuerza exterior y coactiva” (p. 43).

Esta positivización del derecho natural fortalecería todavía más la fuerza (interior y general) del derecho natural, más allá de ajustar a las condiciones concretas de la civilización de un pueblo otro elemento que estaba por encima de la voluntad del legislador (p. 43). Así, el derecho natural mantendría su fuerza directa en muchas instituciones, de las cuales el derecho civil cuasi se retiraría, dejando operar impulsos naturales del hombre (familia, herencia, propiedad). Lo mismo en el derecho penal, donde no faltarían delitos cuya tipificación, no estando fijada en la ley civil, provendría directamente del derecho natural o de las buenas costumbres, según el orden natural. Un ejemplo expresivo de esta eficacia de normas supra-positivas, en el mismo dominio del derecho penal, donde la tipificación explícita de los delitos era tan importante, es el del crimen de sodomía, punido durante el Antiguo Régimen por los derechos canónico y civil, pero abolido por las Leyes de 19-22.7 y 25.9-6.10 de 1791. Lo mismo aconteció en el *Code pénal* de 1810 –y, en general, en casi todos los códigos penales europeos de la primera mitad del siglo XIX–. En todo caso, en cuanto que algunos tratadistas la ignoran por completo, otros

incluyen la sodomía en las nociones (y correspondientes tipos penales) de atentado al pudor, ofensa a las buenas costumbres y corrupción de menores (Artículos 330 a 334 del *Code pénal* de 1810). O sea, incluso habiendo unanimidad en que se trata de un vicio abominable y repugnante que la sociedad debe sancionar, su tipificación requiere un re-envío para nociones que tienen su sede en un discurso jurídico supra-positivo. Esta estrategia de punir sin positivizar se destinaba a evitar el escándalo de nominar en la ley actos repugnantes y escandalosos.⁴⁴

De forma general, el derecho natural sería, por tanto, una importantísima guía para la interpretación e integración del derecho positivo. Correspondiendo así a algo a lo que nos estamos habituando en la dogmática contemporánea: el principio de la “interpretación conforme a...”.⁴⁵ En este caso, la interpretación del derecho civil conforme al derecho natural:

“Cuando la justicia civil está muda sobre un asunto, es por la equidad natural de la cual ella fue extraída, que el magistrado tiene que reparar la inadvertencia del legislador y suplir su silencio. Cuando la ley positiva es ambigua, es también por equidad natural que hay que interpretarla, porque es a partir del derecho natural que ella se formó. La ley natural es la primera y la más antigua de todas; las leyes positivas solo son excepciones o modificaciones de ella; pues ella conserva o retoma su imperio cada vez que ella no ha sido modificada” (p. 44).⁴⁶

44 Ignorar la sodomía sería la forma de no exponer públicamente un vicio tan repugnante. Ya Voltaire –en su obra *Prix de la Justice et de l’Humanité*– sugiere que la sodomía no existiría en Francia (“este vicio indigno del hombre no se conoce en nuestros rudos climas”, p. 78). Más tarde, los más ilustres comentaristas del *Code pénal* adaptan una visión menos radical, pero más prudente: “¿La justicia, además, podría procesarlos sin peligro? ¿Cuales escándalos surgirían de esos procesos? ¿Hasta donde sería bueno revelar tantas turbideces escondidas, tantos vergonzosos misterios? ¿Está la moral interesada en esas infames revelaciones? El silencio de la ley debería estar aprobado, cuando solo sería dictado por un sentimiento de respeto por el pudor público [...]” (Chauveau & Hélie, 1852: 184).

45 A la Constitución, al derecho comunitario.

46 Tampoco esta idea es nueva, por el contrario, tiene una larga historia en la teoría de la interpretación del *ius commune*, en que el derecho de los reinos (los derechos particulares) debería ser interpretado de forma tal que así se consiga la armonía con el cuadro axiológico y normativo del derecho común

El caso de Loaré es interesante para mostrar que, desde su promulgación, el Código Civil no gozó de una autoridad incontestable, compartiendo el universo normativo con otras fuentes.⁴⁷ La tradición siguiente de los miembros de la Escuela conocida como de la Exégesis mantuvo, de forma continuada, esa posición, incluso con matices individuales.

No menos interesante es el caso de aquel que frecuentemente es tenido como fundador de la Escuela, Claude Étienne Delvincourt, en sus *Institutes de droit civil français* (Delvincourt, 1808). Se trataba de una obra destinada a la enseñanza, que el autor pretendía acomodada a un público de principiantes y, por eso, despojada de todas las complicaciones dispensables, además de clara y precisa. En el "*Avertissement*", el autor da cuenta de esas limitaciones impuestas por la ley de reorganización de la enseñanza jurídica:

"Designado en el año 13 a la primera cátedra de Código Napoleón, para la escuela de Derecho de París, tuve, en esa calidad, que abrir en el mes de noviembre siguiente la primera clase pública y oficial que tuvo lugar en Francia a propósito de ese Código. [...] La ley de nuestra organización nos imponía la obligación de dictar durante una parte de la clase, y de explicar después lo que habríamos dictado. Creí pues cumplir con las expectativas del legislador, en adoptar un plan tal, que el dictado fuese la exposición de los principios establecidos por el Código, o mejor dicho fue el mismo Código, dispuesto de una manera conveniente para información [...], y que la explicación solo fue el desarrollo de la doctrina contenida en el dictado" (pp. iv/v).

Leído este texto, parece confirmarse todo lo que la historiografía tradicional dice de los métodos puramente exegeticos de la Escuela. Todavía, dos

(*secundam elegantiam [rationem] iuris communis*) (cfr. Hespanha, 2012: 6.6.2). Una de las fuentes romanísticas: "Ius singulare est quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constitutum introductum est", Paulus, D. 1.3.16.

47 A pesar de la disposición taxativa del Art. 7 de la Ley del 30 del mes Ventoso del año XII (21.3.1804), que promulgó el *Code civil*. "A partir del día en el cual esas leyes se pueden ejecutar, las leyes romanas, las ordenanzas, las costumbres generales o locales, los estatutos, los reglamentos cesan de tener fuerza de ley general o particular en las materias que son objeto de esas leyes que componen el presente código".

páginas adelante, al tratar de las fuentes del derecho, esta centralidad de la ley se desvanece, cuando surge la inevitable cuestión del derecho natural y de su relación con el derecho civil y con los procedimientos dogmáticos de aplicación de este último (denominados integración e interpretación).

Luego, en la abertura del capítulo primero del título preliminar ("*Du Droit, et des Lois en général*"), Delvincourt aborda la cuestión. La primera frase parece introducir un discurso legalista: "El derecho es el resultado de las disposiciones de la Ley" (p. 1); pero las frases siguientes no confirman la primera: "Pues es necesario, antes que todo, de determinar lo que debemos entender por esas palabras Derecho y Ley. El Derecho es el arte de la justicia y de la equidad, o la selección de los principios que sirven para distinguir lo justo de lo injusto, lo equitativo de lo que no lo es [...]" (pp.1-2). La "autoridad" a la que remite es el tradicional Jean Domat (Domat, 1689-1694), donde el derecho aparece fuertemente ligado a la religión y al orden moral. Es cierto que, enseguida, tiene una afirmación de tenor voluntarista ("La Ley, en general, es una regla, prescrita por una autoridad a la cual se tiene que obedecer"). Pero luego introduce la distinción entre derecho civil y derecho natural. Aunque parezca atribuir al derecho positivo una fuerza absoluta en el plano de lo justo (incluso no de lo equitativo, fijado por el derecho natural)^{48, 49}, viene a concluir que,

48 "Las leyes naturales son aquellas que la Razón Eterna ha grabado en todos los corazones. Las leyes positivas son aquellas que solo deben al hombre su existencia y su autoridad. Ellas difieren en que 1º las Leyes naturales están basadas en la razón y la equidad y que son inmutables, y no dependen ni de los tiempos ni de los lugares. Ellas no pueden pues variar, y reglan igualmente el pasado y el futuro. Las leyes positivas, por el contrario, como siempre tienen que estar proporcionadas a las costumbres, al carácter e incluso a los vicios del pueblo para el cual están hechas, varían necesariamente en razón de las circunstancias [...] 2º. Las leyes naturales; siendo esencialmente equitativas, y el objeto natural de la razón no se puede decir que las ignoramos porque sería decir que faltamos a las luces de la razón que nos las enseñan [...] 3º. Al fin, las Leyes positivas siendo, en su mayoría, unas modificaciones que por el estado de sociedad hubo que agregar a las disposiciones de las leyes naturales, de eso resulta que las primeras [las positivas] son las principales en el estado de civilización. Así que sus disposiciones son formales, los tribunales deben necesariamente conformar sus decisiones con aquellas, aunque parecieran ir en contra de la equidad. Es sobre ese principio que está basada la distinción que habíamos evocado antes entre lo justo y lo equitativo. Una cosa es justa en derecho cuando ella no es contraria a las disposiciones de la ley positiva [...]. Ella es equitativa, cuando ella es conforme a las leyes de la moral y de la conciencia" (Delvincourt, 1808: 4-5).

49 "Así que sus disposiciones son formales, los tribunales deben necesariamen-

en el plano de la integración y de la interpretación, él permanece subsidiario del derecho natural: “Pero, si las leyes positivas son mudas, obscuras o insuficientes, el juez debe suplirlas, sea por inducciones sacadas de las disposiciones de esas mismas leyes sobre otros asuntos, sea por la equidad natural [...]”.⁵⁰ Siendo cierto que esta interpretación doctrinal, sobre todo si es confirmada por la jurisprudencia, “deviene un medio muy importante en favor de quien lo puede invocar” (p. 4, nota). O sea, incluso en una obra dirigida a estudiantes, escrita en el ámbito de un curso sobre el *Code civil*, poquísimos años después de la promulgación de éste, el absolutismo de la ley, en cuanto su fuerza normativa cuando –el resentimiento de su justicia general– conduce a decisiones concretas injustas, queda muy mitigado en el plano de la interpretación y de la integración, pues el juicio sobre el contenido normativo de la ley queda dependiente de la consideración de la equidad y del derecho natural.

En una obra ulterior y más desarrollada (incluso se trata también de un “curso”, dominado por preocupaciones pedagógicas de simplificación), Delvincourt (1813) explica, de forma bien tradicional y alejada del supuesto legalismo, sus reglas para interpretar el *Code*:

“La segunda regla que he seguido, es que, si, de los dos sentidos que tiene una disposición, uno produce resultados contrarios a la equidad o a la moral, hay que rechazarlo sin hesitación. Siempre he pensado que correspondía perfectamente con el espíritu del Legislador, el buscar formar personas honestas, tanto como excelentes Jurisconsultos; que el estudio de la moral debía ser la base fundamental de nuestra enseñanza; y que el Profesor nunca debía alejarse de esa definición del derecho, *jus est ars aequi et boni*. En consecuencia, encontraremos sin duda en esta obra varias opiniones que el Jurisconsulto podrá impugnar; pero creo que puedo afirmar que nunca encontraremos una que el hombre honesto no pueda desaprobare” (p. v).

te que conformar sus decisiones con aquellas, aunque parecieran estar en contra de la equidad” (Delvincourt, 1808: 4).

50 Delvincourt es, sin embargo, definitivo en el sentido de que una sentencia emitida de acuerdo con la ley nunca puede ser considerada injusta, aunque pueda ser inicua (Delvincourt, 1808: 5).

En fin, un texto que resume muy bien, y desde diversos puntos de vista, una concepción tradicional del derecho como arte de lo justo, prosiguiendo antes la honestidad que la mera consistencia literal.

Otro de los grandes exégetas del *Code civil* fue Charles-Bonaventure-Marie Toullier (1752-1835), autor de la monumental obra *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Ouvrage dans la quelle on a taché de réunir la théorie à la pratique* (Toullier, 1811-1831). Para él, la jurisprudencia continúa siendo una ciencia, esto es “un enlace de verdades fundadas en esos principios evidentes [...] organizados en un orden metódico” (p. 3), en cuanto que la ley “es una regla de acción” (p. 5), según la cual se clasifica una acción como justa o injusta (Ibíd.). Define también la jurisprudencia como la ciencia que lidia con las leyes morales particulares al hombre (p. 3). Y, final y consecuentemente, confía en la existencia de un derecho natural querido por Dios y promulgado por la recta razón (“Es la voluntad de Dios, promulgada por la recta razón, que es lo que se llama la ley natural”, p. 13), del cual el derecho positivo sería una explicitación y fijación (p. 15). Aún afirma: “la ley extrae su fuerza de la única voluntad del soberano” (p. 17), y así clasifica como despótico un poder que no sea limitado por ninguna ley, siendo únicamente determinado por la voluntad del poder, lo que es absolutamente coherente con sus ideas sobre el derecho natural y su relación con el derecho civil: el derecho natural y la religión serían el fundamento del derecho civil, cuyo silencio suplirían: “Hay pues una alianza real y necesaria entre el derecho civil, la moral y la religión, y es de su acuerdo que depende la bondad de las instituciones de un Estado, la paz de la sociedad, y la felicidad de cada uno de sus miembros en particular” (p. 12).

Esta atención a elementos normativos superiores a la letra de los mandatos de la voluntad expresa del legislador se encuentra también en otro “exégeta” muy difundido, autor de un comentario al *Code* con cerca de una veintena de ediciones, leído en Francia y en el extranjero hasta los años ochenta del siglo XIX, Joseph-André Rogron⁵¹.

Aunque comience su trabajo con la afirmación de que habría llegado un tiempo en el cual sería cuasi prohibido ignorar las leyes, especialmente las contenidas en los códigos, Rogron da una gran importancia a los juris-

51 Rogron, 1834 (en el presente texto se utilizó la 16ª edición, de 1859).

tas y a la doctrina. Por tanto, al escribir la explicación del código, estaría tentado a restaurar el componente doctrinal del derecho, antecediendo el texto de cada capítulo de sus fuentes teóricas y doctrinales, que el Código no contiene: “Hice preceder cada título del análisis de principios generales que le dominan; di todas las definiciones que el legislador había alejado como inútiles en las disposiciones imperativas de la ley [...]; en fin, reuniendo la teoría al texto, me esforcé en no dejar nada obscuro en la expresión ni en el pensamiento del legislador” (pp. VII-VIII). También en su teoría de las fuentes⁵² y de la interpretación,⁵³ el derecho positivo aparece subordinado al derecho natural, una posición que ya vimos era corriente en todos los juristas del período.

El ambiente político y cultural de la Restauración y el doctrinarismo de la monarquía orleanista (de 1830) reforzaron todavía más un concepto elitista y “contra-mayoritario” (como algunos hoy gustan llamar) del derecho. También en el campo jurídico, reinaba entonces, soberana, la idea de un “imperio de la razón” (P. Rosanvallon), adverso a la creación de derecho por el parlamento o por los gobiernos de origen parlamentario, al paso que se estimulaba la legitimidad de la ley a partir de la autoridad científica, racional o prudencial –de cualquier modo, contra-mayoritaria–⁵⁴ de los juristas.⁵⁵

52 “Las leyes nos vienen de Dios, o son la obra de los hombres: de Dios, se les llaman leyes naturales; de los hombres, se les llaman leyes positivas/. Las leyes naturales no son otra cosa que los sentimientos y los principios de equidad grabados por la naturaleza en el corazón de todos. Como ellas se derivan necesariamente de relaciones inmutables, ellas son inmutables como ellos. El amor paternal, el amor filial, la defensa contra una injusta agresión, son todas leyes naturales./ Las leyes positivas, agregadas por los hombres a las leyes naturales, reglan las nuevas relaciones nacidas de la reunión en sociedad; obra de los hombres, ellas pueden ser abolidas por ellos, salvo que estén ligadas íntimamente a una ley natural. Las leyes sobre las sucesiones, sobre la adopción, son leyes positivas”, *Comm. Artº 1*, p. IX.

53 “En todos los casos, los jueces deben siempre pronunciarse recurriendo a la interpretación por vía de doctrina, es decir aquella que consiste en descubrir el verdadero sentido de una ley obscura para aplicarla justamente al caso particular. Conseguimos esto consultando el espíritu de la ley, la jurisprudencia, el uso y la equidad”, *Comm. Art. 4*, p. 8.

54 La expresión surge apenas en los años sesenta del siglo XX, en los Estados Unidos, con el libro de Alexander Bickel (1962) sobre las dificultades teóricas y políticas del *judicial review*.

55 Sobre el doctrinarismo en general, ver: Rosanvallon, 1985; para Portugal,

Ya en la segunda mitad del siglo, Aimé Rodière (1810-1874) publicó una interesante historia de los juristas que incluye, tanto en la introducción como a propósito de cada biografía, a las auto-representaciones dominantes de los juristas y de sus saberes (Rodière, 1874). La justificación del libro ya es significativa del modelo de juristas y de saber jurídico al que el autor se adhiere: “Una clase de hombres quien, por la naturaleza de sus trabajos, se acerca más a las ideas santas [...] que Ulpiano, gran jurisconsulto, llamaba los sacerdotes del derecho [...]” (p. 2). En cuanto al derecho, éste no es identificado con la ley, sino con “la justicia en acción, y la justicia en acción es muy vecina de la santidad, o más bien ella es como el primer escalón, la justicia es solo la caridad en una medida exacta y limitada, mientras que la santidad es la caridad sin medida” (Ibíd.). En cuanto a los juristas, el autor distingue, significativamente, entre los juristas o legistas (“los agrimensores”),⁵⁶ que se ocupan del estudio de las leyes con un fin interesado, y los jurisconsultos (“los geómetras”), “que se abandonan con Amor y encuentran las mismas satisfacciones intelectuales que el pintor siente cuando está delante de un bello cuadro, o el escultor delante de una bella estatua [...]” (Ibíd.). Serían justamente los escritos de los jurisconsultos el tesoro precioso, acumulado durante generaciones (desde Papiniano hasta Pothier), donde los magistrados podrían encontrar los principios necesarios para la interpretación de las leyes; y, al mismo tiempo, los que, en las Facultades de Derecho,

“...golpean a las inteligencias jóvenes y vírgenes que deben adoctrinar, por la hermosura y la majestuosidad del derecho. Tienen que enseñar a hombres jóvenes, de edad alegre en la cual no están guiados por ningún pensamiento interesado, a gustar la justicia por sí misma, como los jóvenes artistas de talento, que estando en el taller del maestro no tienen que preocuparse por las necesidades de la vida, cultivando el arte por el solo placer de embriagar sus almas de las manifestaciones sensibles de lo Bello” (p. 409).

con especial referencia al derecho: Hespanha, 2004: 12.2, sobre todo p. 162 y ss., además de la bibliografía allí citada.

56 La diferencia entre ellos sería la misma que existe entre un agrimensor y un geómetra (pp. 2-3).

Las biografías reunidas en el libro ilustran este modelo cuasi sagrado de jurisconsulto y de saber jurídico. La piedad religiosa (como en el caso de L. A. Marcadé, p. 432), la capacidad de alcanzar los principios de lo justo (como en Pellegrino Rossi, p. 449), el arte de aprender con los antiguos (como en F. C. v. Savigny), tales son las cualidades más excelsas de los grandes juristas.⁵⁷ Cuando Rodière escribe su libro, ya está en movimiento una nueva ola de anti-legalismo.

En verdad, como refiere André-Jean Arnaud (1975: 63 y ss.), los “exégetas” nunca tuvieron monopolizada la enseñanza del derecho, ya que, a su lado, siempre hubo jurisconsultos y filósofos del derecho prontos a criticar la orientación descriptiva que la reorganización de los estudios jurídicos pretendiera imponer a las Facultades de Derecho francesas.

Desde este punto de vista de la historia de las ideas, el movimiento anti-exégeta puede ser explicado de varias formas. Por una referencia al “tradicionalismo” y “espiritualismo” del movimiento romántico, que llegó a Francia luego y a causa de la Restauración, y que, en el dominio del derecho, corresponde al programa teórico de la primera Escuela Histórica alemana; y por influencia de una idea sistemática del derecho, también fomentada por la orientación pandectística de la misma Escuela (segunda ola) que, cultivando la sistematización dogmática del derecho, transformó el *Volksrecht* de la primera ola en un *Professorenrecht* de la segunda. Uno y otro de estos entendimientos del derecho eran, de cualquier modo, contrarios a un positivismo legalista y, por vías diversas, legitimaban, en contrapartida, un retorno de los juristas a su antiguo lugar central en la creación del derecho⁵⁸ (Hespanha, 2005: 270).

En Francia, esta influencia del “doctrinarismo” alemán se manifestó, sobre todo, por la recepción de la obra de un seguidor del método sistemático de la Escuela Histórica alemana: Karl Salomon Zachariae (1769-1843).⁵⁹

57 En cuanto que J. Bentham es fuertemente atacado por su utilitarismo, pero también, por cierto, por su hostilidad a los juristas.

58 Nótese que, en este libro, soy todavía subsidiario de la historiografía corriente en cuanto a la apreciación de la Escuela de la Exégesis; en una próxima edición, todo eso tendrá que ser profundamente revisado.

59 Zachariae, 1827. La 5ª edición, de 1839, fue traducida en francés por los pro-

Pero este filón anti-legalista también se combinaba con una corriente *arrétiste*,⁶⁰ que valorizaba la jurisprudencia, detectable en la obra de un célebre “exégeta” –Jean Charles Florent Demolombe (1804–1887)–, quien creará, en 1851, una *Revue critique (!) de législation et de jurisprudence (!)*. Por otro lado, todavía antes de que surgiera una influencia del realismo sociológico o de un “modernismo”⁶¹ anti-legalista y espiritualista –que culmina en la obra de François Géný (Géný, 1899 ; Géný, 1914-1924. Una antología cómoda en: Géný, 2007),⁶² de sentido político claramente conservador, así mismo anti-parlamentario– ya había señales de un criticismo “cientificista”, que, retomando la lección de Jean-Jacques Rousseau, volvía a la idea de que el “derecho técnico” (o positivo) debía tener como fundamento la naturaleza del hombre, expresada en las ideas de libertad, progreso y amor (i.e., respeto por la radical libertad de los otros). Representativo de este liberalismo radical –que tiene trazos comunes con el de Stuart Mill y se presta, también, a una aproximación con el socialismo– es la interesantísima figura de Émile Acollas (1826-1891), libertario e *communard*,⁶³ que criticaba el *Code civil* como estatizante, opresivo y esclerosante,⁶⁴ y la enseñanza exegética como dogmática y contraria al

fesores de Estrasburgo y sus divulgadores en Francia fueron Charles Marie Antoine Aubry y Karl Heinrich Rau (Aubry & Rau, 1837-1847; más tarde, 1850: *Le Droit civil français*, 1854-1860). Sobre la influencia de Zachariae, ver: Arnaud, 1975: 56 y ss.; sobre la influencia en Francia de la Escuela Histórica y, a saber, de Savigny, ver: Xifaras, 2001: 177-209.

60 Corriente que se basaba en el análisis de las decisiones judiciales –arrêts–. Nota del Traductor.

61 Uso la terminología –no muy común, pero impresionante, por recalcar el parentesco de estas corrientes jurídicas con el anti-racionalismo y el anti-formalismo del “modernismo” en la literatura y artes plásticas– de: Calvo, 2011; disponible en la Web: (http://www.comparatistas.edu.pt/component?option=com_eventlist/Itemid,232/func,details/did,122/).

62 Cfr. Arnaud, 1975: 76 y ss; sobre la reacción anti-positivista y sobre F. Géný, p. 120 y ss.; también: Bernuz, 2006. Sobre los realistas, Melleray (org.), 2011.

63 Fue nombrado profesor de la Facultad de Derecho de París por la Comuna, aunque no había ejercido el cargo, pues se mantuvo en Suiza hasta 1871. Sobre él: Bouckaert, 1987: 35-46.

64 “[...] El Código civil francés pertenece a los días más funestos de la Historia de Francia [...] legisladores inatentos e inhábiles, legistas vulgares, cerrados a la idea del progreso no menos que a la de los Derechos verdaderos, corazo-

principio del libre examen⁶⁵ (Acollas, 1877). Lo que esto representaba, de cara a una enseñanza exegética, está expresado claramente en su curso de Berna:

“Eso para decir, Señores, ¿que vamos a desatender el estudio de los textos? De ninguna manera. Tomaremos los textos uno por uno, en orden o desorden, analizaremos cada frase, interpretaremos cada palabra. Los textos son un terraplén en la ciencia jurídica, excelente terraplén para percibir desde ahí lo que es en cada materia la idea del Derecho y lo que es necesario, correspondientemente, cambiar en los hechos. Haremos pues también la exégesis, pero no nos quedaremos en las malezas y los pantanos de la interpretación literal” (Acollas, 1877: 12; ver también: 15-16).

Por eso se propuso (Acollas, 1877: 83), alejándose de las teorías “decrépi-tas” –individualismo consensualista, historicismo alemán, sociologismo de Comte–, construir una teoría moral, económica y jurídica basada en la autonomía de la persona humana (p. vii), que disminuyera cada vez más el peso del derecho, devolviendo la regulación de la sociedad (p. 56) a una moral fundada en la ciencia positiva de la naturaleza humana (cfr. p. 338). En verdad, al lado de ser el instrumento opresor del Estado, dirá (anticipando a L. Duguit en su crítica realista a los dogmas de la teoría clásica dominante del Estado, no del Pueblo, pero sí de los más fuertes), “¡Qué es hoy el derecho más que la rutina más estupidificante y atrasada, un arte miserable de volver equívocos los textos, una sofisticación del espíritu, tal vez la peor de todas!”.

La recuperación misma de la doctrina se verificó en Portugal. Algunos juristas –más próximos a las posiciones doctrinarias y románticas–, como

nes vacíos y conciencias muertas, los Cambacères, los Portalis, los Tronchet, los Bigot adoptaron en su obra solo el único pensamiento de reaccionar contra el espíritu de la Revolución” (Acollas, 1871: 34).

65 Luego en la primera lección de su curso de derecho francés en la Universidad de Berna, él anunciaba a los estudiantes su propósito de “hacer en esta cátedra una obra de ciencia enteramente libre y estudiar con Ustedes las leyes a la luz de la filosofía”, precisando: “esta fue la dirección de todas mis investigaciones, de todos mis trabajos, de todo mi pasado; será la de toda mi vida” (Acollas, 1871: 1).

Basílio Alberto de Sousa Pinto (1793-1881), tenía rotundas afirmaciones sobre la primacía de la razón, de la naturaleza “y del temperamento de los pueblos”, sobre los efímeros acuerdos políticos en las cámaras. Otros, más próximos a las posiciones democráticas –como Vicente Ferrer Neto Paiva (1798-1886)–, afirmaban los derechos de la “filosofía” en la configuración de las leyes. Algunos más, finalmente, con perfiles más “técnicos” que “ideológicos”, invocaron la tradición dogmática de los autores portugueses, pre y post-liberales –como fue el caso de Manuel de Almeida e Sousa (Lobão) o de Joaquim Homem Correia Teles (1780-1849)– o adoptaron las soluciones de los códigos modernos de la “mayor parte de las naciones pulidas”,⁶⁶ partiendo del Código prusiano –como pasó con Joaquim H. Correia Teles– o del Código Napoleónico –como sucedió con Manuel Antonio Coelho da Rocha (1793-1850) y de José Dias Ferreira (1837-1907)– (sobre esta evolución ulterior ver Hespanha, 2008: 143-202).

De todo lo que fue expuesto, creo que se puede concluir que, de legalismo, poco se encuentra en el siglo XIX, con excepción de unas efímeras décadas consecutivas a las revoluciones jacobinas, y sobre todo en Francia. En el caso de otros países, que tuvieron sus revoluciones en el primer cuarto del siglo XIX, el legalismo fue todavía menos pronunciado, hasta por la falta de un cuerpo de derecho legal, ya que los códigos aparecen, en general, muchísimo más tarde (Para Portugal, ver: Hespanha, 2008: 143-202, Hespanha, 2010: 109-151). Surgen, es cierto, pero en el grupo de los juristas prácticos –los “agrimensores”–, incapaces de subir a las alturas de la reflexión de los jurisconsultos –los “geómetras”–.

La cuestión que entonces puede explicar esta lectura –que tengo por equivocada– de la Escuela de la Exégesis ya fue más o menos explicada, indirectamente, por André-Jean Arnaud en su libro clásico sobre los juristas en la sociedad francesa de los siglos XIX y XX (Arnaud, 1975), así como, más recientemente, por artículos de M. Xifaras (2001) y de L. Husson (1974) sobre la Escuela de la Exégesis.

66 Cuyo derecho había sido incorporado en las fuentes de derecho patrio por la Ley de la “Boa Razão” (1769).

Conclusión

Creo que, por un lado, la imagen legalista de la Escuela de la Exégesis es todavía el reflejo de la famosa polémica alemana acerca de la codificación, en que se confrontaban el progresismo democrático francés –representado por Anton Friedrich Thibaut (1814)– y el romanticismo conservador alemán –ejemplificado en F. K. v. Savigny (1814)–, el primero, defendiendo el primado del legislador democrático en la constitución del Derecho; el segundo, encomendando esta tarea a un espíritu de lo justo inmanente en la cultura de cada pueblo; pero, de hecho, erigiendo a los juristas en portavoces de estos sentimientos culturales de justicia, cuya revelación, por tanto, les era propicia (*Professorenrecht*).

El segundo factor de una interpretación legalista de la “exégesis” estará en la antipatía de los juristas por la idea de un derecho voluntario, contrario a toda la tradición jurídica del *ius commune* –según su lectura dominante, apoyada por textos muy conocidos del *Corpus iuris*⁶⁷– y del iusnaturalismo racionalista. El destinatario principal de las críticas era J. J. Rousseau; pero también el voluntarismo de la *Convention*, del *Terreur*, del pensamiento abstracto y universalista típico de los *idéologues* y, en un plano todavía más ideológico, la república jacobina, anti-tradicional y anti-católica.⁶⁸ Este rechazo al voluntarismo (o convencionalismo) de Rousseau y de los “demócratas” de la Convención los conduce a extender la acusación de legalismo a toda la subsecuente tradición jurídica de una Francia donde, a pesar de todo, en verdad existían muchas leyes y códigos emblemáticos.

Más inmediatamente, la “leyenda negra” de la *École de l'Exégèse* tiene origen en el célebre libro de Julien de Bonnecase, *L'école de l'exégèse en droit*

67 En tanto que existen otras lecturas de sentido diferente, que recalcan el origen pacticio y voluntario del derecho (como las que parten de la *lex regia de imperio* como fundamento de los poderes político y legislativo). Por esto, en una tradición jurídica creada por jurisconsultos –denominados juristas académicos–, estos textos no obtienen el destaque de aquellos que ponen de relieve la naturaleza prudencial del derecho.

68 Entre los autores aquí utilizados, esto es mucho más claro en Loaré y Rodière, que fustigan el carácter impío de las leyes revolucionarias sobre la Iglesia y sobre la familia.

civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants, de 1919.⁶⁹ El libro de Bonnecase, escrito en la secuencia de la reacción neo-iusnaturalista (digamos, simplificando algo) de la de Raymond Saleilles y de François Géný, tenía la intención de demostrar que toda la historia del derecho francés en el siglo XIX se podía explicar por la tensión entre una corriente innovadora, abierta a la vida –que se explicaba por la influencia de la doctrina “científica” alemana– y otra estéril y conservadora, que identificaba el derecho con la ley y que recusaba a los juristas cualquier legitimidad creadora. Y no era nada difícil de descubrir que su corazón estaba con la primera corriente, simplificando groseramente la lectura de la teoría de las fuentes y de la interpretación de la escuela de la Exégesis (Cfr. Xifaras, 2001: 178 ; Arnaud, 1975: 155; igualmente, López, 2009).

La lección de Bonnecase era, por tanto, consistente con sentimientos difusos en la época, tanto en el mundo del derecho, como en el ambiente ideológico. Parte de las élites culturales y políticas europeas pasaban por una fase de revisión de los dogmas del Estado democrático (o, más en general, del *Rechtsstaat*), como era entendido en la segunda mitad del siglo XX. El primado de la ley parlamentaria, la democracia sufragista, el laicismo, el igualitarismo (formal o jurídico), estaban en discusión; en el horizonte se perfilaban nuevas formas de concebir el pueblo, de entender la relación del pueblo con el espacio (ver, ahora, el interesante libro de Marino, 2011), de valorizar la tradición y la religión, de institucionalizar la representación, de equilibrar elementos racionales con elementos espirituales en la definición del gobierno bueno o justo, de declarar el derecho. En este último plano, el modelo de la “declaración mayoritaria” cedía de cara a modelos elitistas o autoritarios, que reservaba de nuevo a los juristas su función tradicional de guardianes del derecho o, por lo menos, de consejeros autorizados de los líderes carismáticos.

Así, el juicio sobre el legalismo y sobre la Escuela de la Exégesis ganaba un significado político. Desde luego, en el plano de la gran política. Para los adeptos de un “nuevo orden”, los exégetas representaban –en

69 Bonnecase, 1919 (“2. éd. entièrement rev. et augm., ornée de quatre portraits en phototypie”).

principio, por lo menos, pues había en esto algunas paradojas pasadas y futuras⁷⁰ síntomas de la resistencia de un paradigma obsoleto, el del Estado democrático, laico, articulado sobre la voluntad popular. Para los partidarios de un Estado democrático, más o menos renovado, el legalismo representaba, por el contrario, el primado de la voluntad popular, sea sobre soluciones políticamente autoritarias, sea sobre modelos de derecho “científicos” o “tecnicistas”, monopolizados por élites académicas. Es aquí que surge otra dimensión del sentido político de la validación, ahora no ya en el plano de la gran política, sino en el de la política corporativa de los juristas.

El proyecto de un saber jurídico exegético (o anotativo, como dicen los anglo-sajones) subordinaba los juristas a los políticos. Ese fuera, de resto, el principal sentido de la política del derecho durante la Convención. En contrapartida, el principal sentido de la lucha de los juristas franceses después del Directorio era precisamente el de recuperar su importancia decisiva en la declaración del derecho, como creo que quedó claro. Incluso, una cosa no puede ser completamente separada de la otra; podríamos decir que, independientemente de las soluciones jurídicas concretas, lo que estaba en medio era la cuestión de saber quién decidía sobre qué era derecho –¿los políticos (los ideólogos) o los juristas?-. Esta era la cuestión central de la política del derecho en el siglo XIX y, por eso, ella dominaba el trabajo jurídico-dogmático en las áreas fundamentales de la teoría de las fuentes, de la interpretación y de la integración.

En los días de hoy, la cuestión mantiene su agudeza. En trazos algo sobrecargados, podríamos decir que el Estado constitucional (que, *grosso modo*, corresponde a una ideología liberal de anteposición “de los derechos” al derecho positivizado⁷¹) se mantiene en tensión con el Estado democrático, basado en el papel constitutivo de la soberanía popular. Por ello, el desenlace de esta tensión no es indiferente a una política corpo-

70 Ni el Imperio corresponderá a este modelo democrático y jacobino; ni las “*novas ordens*” políticas habían de prescindir del *garde fou* de un legalismo autoritario.

71 Como ya acontecerá en el período revolucionario, exprimiéndose en la tensión entre *liberales* y *demócratas*.

rativa de los juristas. Y, por eso, ganan hoy tanto relieve las oposiciones entre derecho “contra-mayoritario” y “derecho mayoritario”, entre “neo-constitucionalismo” y “constitucionalismo”, entre un ordenamiento jurídico “en red” y un ordenamiento jurídico “en pirámide” (teniendo como *topos* el texto constitucional), entre “principios” y “reglas”. Y, en cuanto esto esté en juego –¿y cómo dejará de estarlo?–, la validación historiográfica de la Escuela de la Exégesis continuará, naturalmente, estando atraída por lecturas vinculadas a cuestiones actuales de política del derecho.

Bibliografía

- Acollas, É (1871). *Cours de droit civil français [Université de Berne]. L'idée du droit*. París: Gerner-Bailliére.
- _____ (1877). *Philosophie de la science politique et commentaire de la Déclaration des droits de l'homme de 1793*. París: A. Maresq Ainé.
- Arnaud, André-Jean (1975). *Les juristes face à la société*. París: PUF.
- Aubry, Charles Marie Antoine & Rau, Karl Heinrich (1837-1847). *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*. (3 vol.). Strassbourg: Lagier.
- Barbas H. A. (2003). *Judex perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal. 1640-1820*. Coimbra: Almedina.
- Bernuz B. M. (2006). *François Génry y el derecho. La lucha contra el método exegético*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bickel, A. (1962). *The Least Dangerous Branch*. Indianapolis-New York: Bobbs-Merrill.
- Bonnecase, J. (1919). *L'école de l'exégèse en droit civil. Les traits distinctifs de sa doctrine et de ses méthodes d'après la profession de foi de ses plus illustres représentants*. París: E. de Boccard, Éditeur.
- Bouckaert, B. (1987) "La tradition juridique en France pendant le 19e siècle: libérale ou étatiste?". En: LEPAGE, Henri y SCHWEITZER, Serge (dir.). *De l'ancienne économie à la nouvelle économie*. Aix-en-Provence: Librairie de l'Université, pp. 35-46.
- Calvo G., J. (2011). "Derecho y Literatura. Anatoliï Fedorovich Koni (1844-1927) (sobre cultura literaria del Derecho y Cultura jurídica de la Literatura en la Rusia imperial de Alejandro II a Nicolás II)", disponible en la Web: http://www.comparatistas.edu.pt/component/option,com_eventlist/Itemid,232/func,details/did,122/
- Chauveau, A. & Hélie, F. (1852). *Théorie du Code pénal*. París: LGDJ.
- Coelho Da Rocha, M. A. (1845). *Instituições de direito civil português*. Coimbra: Imprensa da Universidade.
- Delvincourt, C. E. (1808). *Institutes de droit civil français*. París: P. Gueffier.
- _____ (1813). *Cours de Code Napoléon. Ouvrage divisé en deux Parties, dont la première contient la Troisième Edition des Institutes de droit civil français, du même Auteur, revue corrigée par lui, et la seconde, les Notes et Explications sur lesdites Institutes* (Tomo I). París: P. Gueffier.
- Domat, Jean. (1689-1694). *Les loix civiles dans leur ordre naturel*. París: Jean Baptiste Coignard.
- Dupin, M. (1824). *Libertés de l'église gallicane*. París: Baudouin frères.
- Espinosa G. da Silva (2000). *História do direito português. Fontes de Derecho*. Lisboa: Fundação Gulbenkian.

- Garriga, C. & Lorente, M. (2007). *Cádiz, 1812. La constitución jurisdiccional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gény, F. (1899). *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*. París: A. Chevalier-Marescq & cie.
- _____ (1914-1924). *Science et technique en droit privé positif*. París: L. Tenin.
- _____ (2007). *La libertad en el derecho entre certeza e incertidumbre*. Sel. y trad.:María José Bernuz Beneitez y José Ignacio Lacasta Zabalza. Granada: Comares.
- Herrera G. R. (2007). "Monarquía visigoda en Sempere y Guarinos". En : Res pública, 17, pp. 177-186. Disponible en: revistas.um.es/respublica/article/download/60791/58561
- Hespanha, A. M. (1982). «O projecto institucional do tradicionalismo reformista». En: *O liberalismo na península ibérica na primeira metade do século XIX*. Lisboa: Sá da Costa, I., pp. 63-90.
- _____ (1986). "Discours juridique et changement politique: l'exemple de la révolution portugaise de 1974". En: Heyen, Erk-Volkmar (ed.). *Historische Soziologie der Rechtswis-senschaft*. Frankfurt/Main: Vitt. Klostermann, pp. 107-131.
- _____ (2000). "Qu'est-ce que la 'Constitution' dans les Monarchies Ibériques de l'Époque Moderne?". En: Themis: Revista da Faculdade de Direito da UNL, 2, pp. 5-18.
- _____ (2004). *Guiando a mão invisível*. Coimbra: Almedina.
- _____ (2005). *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. Brasil: Fundação Boiteux.
- _____ (2008). "Um poder um pouco mais que simbólico. Juristas e legisladores em luta pelo poder de dizer o derecho". En: Fonseca, Ricardo Marcelo & Leite Seelaender, Airton C. (coords.). *História do derecho em perspectiva, Do Antigo Regime à modernidade*. Curitiba: Juruá, pp. 143-202.
- _____ (2010). "Razões de decidir na doutrina portuguesa e brasileira do século XIX". En: Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico, 39, pp. 109-151.
- _____ (2012). *Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina.
- Husson, L. (1972). "Analyse critique de la méthode de l'exégèse". En: Archives de Philosophie du droit, T. 17.
- _____ (1974). "Análisis crítico del método de la exégesis". En: Nouvelles études sur la pensée juridique. París: Dalloz. Versión castellana de Gabriel Limodio disponible en: http://www.librostonic.com/pdf/Analisis-critico-del-metodo-de-la-exegesis*-1
- Loche De Roissy, J. G. (1805-1807). *Esprit du Code Napoléon tiré de la discussion ou conférence historique, analytique et raisonnée du Projet du Code Civil, des observations des tribunaux, des procès-verbaux du Conseil d'État, des observations du Tribunat, des exposés de motifs et discours, etc., etc.* París: Imprimerie Impériale.

- López M. D. (2009). *Teoría impura del derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Universidad de los Andes.
- Marino, A. (2011). *La geopolítica del Novecento. Dai Grandi Spazi dele dittature alla decolonizzazione*. Torino: Mondadori.
- Martínez Marina, F. (1834). *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla especialmente sobre el código de las Siete Partidas de D. Alonso el Sabio*. Madrid: Imp. de D. E. Aguado.
- Melleray, F. (org.) (2011). *Autour de Léon Duguit*. Bruxelles: Bruylant.
- Osório de Castro, Z. (2002). *Dicionário do Vintismo e do Primeiro Cartismo (1821-1823)*. Porto: Afrontamento.
- Portalis, J. E. M. (1978). *Discurso preliminar del proyecto de código civil francés*. Trad. Manuel de Rivacoba y Rivacoba. Valparaíso (Chile): Edeval, 1978.
- _____ (2004). *Discours préliminaire du premier projet de Code civil. Titre original: Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil. Discours prononcé le 21 janvier 1801 et le Code civil promulgué le 21 mars 1804*. Prefacio de Michel Massenet. Bordeaux: Éditions Confluences.
- Radbruch, G. (1999). "5 Minuten Rechtsphilosophie". En: Radbruch, Gustav. *Rechtsphilosophie, Studienausgabe*. 1. Auflage. Heidelberg: Uni-Taschenbücher Verlag.
- Rodière, A. (1874). *Les Grands jurisconsultes*. Toulouse: E. Privat.
- Rogron, J. (1834). *Code Napoléon expliqué*. París: H. Plon.
- Rosanvallon, P. (1985). *Le moment Guizot*. París: Gallimard.
- Salas, R. (1822). *Lições de derecho público constitucional para as escolas de Hespanha*. Trad. por D. G. L. D'Andrade. Lisboa: Rollandiana.
- _____ (1982). *Lecciones de derecho público constitucional*. Introducción de José Luís Bermejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Savigny, F. (1814). *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*. Heidelberg: Mohr und Zimmer.
- Schmitt, C. (1921). *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. München und Leipzig: Duncker & Humboldt.
- _____ (1931). *Der Hüter der Verfassung*. Tübingen: Mohr.
- _____ (1950) *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*. Köln: Greven.
- Sempere y Guarinos, J. (2007). *Cádiz, 1812. 1. Observaciones sobre las Cortes y sobre las leyes fundamentales de España. 2. Memoria primera sobre la Constitución gótico-española*. Ed. lit. Rafael de Herrera Guillén. Madrid: Editorial Biblioteca Nueva.
- Thibaut, A. F. (1814). *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*. Heidelberg: Mohr und Zimmer.

- Toullier, C. (1811-1831). *Le droit civil français suivant l'ordre du Code. Ouvrage dans la quelle on a taché de réunir la théorie à la pratique.* (14 vol.) Paris: Warée & Warée.
- Voltaire (1778). *Prix de la Justice et de l'Humanité.* Ferney: (s. n.).
- Xifaras, M. (2001). "L'Ecole de l'Exégèse était-elle historique? Le cas de Raymond-Théodore Troplong (1795-1869), lecteur de Friedrich Carl von Savigny". En: Kervégan, Jean-François & Mohnhaupt, Heinz (orgs.). *Wechselseitige Beeinflussungen und Rezeptionen von Recht und Philosophie in Deutschland und Frankreich. Influences et réceptions mutuelles du droit et de la philosophie en France et en Allemagne. Drittes deutsch-französisches Symposium vom 16. bis 18. september 1999 in La Bussière/Dijon.* Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, pp. 177-209.
- Zachariae [von Lingenthal], Karl Salomon (1827). *Handbuch des Französischen Civil-rechts* (3 vol.), (s. n.).