

EL PAPEL DEL JUEZ EN LA ESCUELA DE LA EXÉGESIS

THE ROLE OF THE JUDGE IN THE SCHOOL OF EXEGESIS

AIDA DEL CARMEN SAN VICENTE PARADA¹

RESUMEN: La figura del juez y el papel que debe desempeñar en el sistema legal obedece a concepciones filosóficas, políticas y culturales, con un profundo arraigo en el pensamiento racional que caracterizó a la Modernidad. Para entender la actualidad del juez en la posmodernidad y su devenir histórico, en estas líneas se hace especial referencia a la figura del juez en el siglo XVIII, bajo el esquema de la escuela de la exégesis francesa, ya que se considera a esta época y al panorama que la cobija, como el parteaguas o génesis de la concepción de la función jurisdiccional ejemplificada en el silogismo judicial concebido por el racionalismo jurídico que caracteriza a la administración de justicia del Estado Moderno.

PALABRAS CLAVE: *Exégesis francesa; racionalismo jurídico; modernidad; juez; Ilustración; movimiento codificador.*

ABSTRACT: The figure of the judge and the role it should play in the legal system obeys philosophical, political and cultural concepts, with deep roots in rational thinking that characterized modernity. To understand today the judge in the postmodernism and it's historical development in these lines special reference to the figure of the judge in the eighteenth century, under the scheme School French exegesis is done, as it is considered to this time and the panorama that the shelter it, as the watershedor genesis of the conception of the judicial function exemplified in the judicial syllogism conceived by the legal rationalism that characterizes the administration of justice of the Modern State.

KEYWORDS: *French Exegesis; Legal Rationalism; Modernity; Judge; Illustration; Renaissance; Humanism.*

¹ Maestra en Derecho por la UNAM con Mención Honorífica, catedrática en la Especialidad de Derecho Civil de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, adscrita al Seminario de Derecho Penal.

SUMARIO: I. Introducción. II. Una aproximación a la cosmovisión de la Modernidad. III. El racionalismo jurídico. IV. El movimiento Codificador. V. El culto al legislador y la exégesis francesa. VI. Críticas a la exégesis francesa. VII. A manera de conclusión: La exégesis francesa como mitología en el discurso del Derecho Moderno. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Las siguientes líneas e ideas que componen el artículo, se inspiran en reflexiones en torno a la figura del juez a lo largo de la historia, sobre todo en los siglos XVIII y XIX; dichas inquietudes derivaron de un curso de formador de formadores en oralidad familiar en el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, en el que colaboré como docente en dos módulos, el módulo I intitulado “La figura del juez” a lo largo de la historia y módulo III dedicado a la Retórica Judicial. Durante el diseño y discusión del módulo II, los magistrados en materia familiar hacían referencia, a que la parte histórica del módulo debía ser un fuerte cimiento para la elaboración del perfil del juez en oralidad familiar del siglo XXI. De esta suerte comencé a estudiar la evolución de la figura del juez desde Roma hasta las corrientes de pensamiento más actuales, como el juez dialógico que Habermas propone. Atraído de manera especial mi atención, la etapa histórica que se plasma en el presente artículo (siglo XVIII y XIX), ya que, en dicha etapa convergían una serie de planteamientos filosófico-jurídicos de especial trascendencia que impactaron en el paradigma decimonónico del Derecho que hasta nuestros días inspira las clases y la formación de abogados.

Muchas veces y a manera de comparación, se observa en el common law que los jueces son figuras famosas, cuyas resoluciones están en la lente pública, porque la sociedad los percibe como autoridades paternas. Culturalmente no es lo mismo ser juez, en un país que pertenece a la familia del derecho común, que ser juez en un país de

tradición neoromanista; en este último caso no hay memoria de los jueces, es más probable que se conozca el nombre de un académico o de un famoso abogado que el nombre de un juez ¿a qué se debe este anonimato? En las siguientes páginas se efectúa un análisis del panorama histórico-filosófico que dio lugar a tal concepción. Con especial referencia a la Escuela de la Exégesis Francesa –como fruto del racionalismo jurídico–, en donde el juez tenía un papel pasivo y autómatas frente a la obra del legislador, de ahí la frase el culto al legislador que el juez debía profesar al momento de emitir una resolución judicial, bajo esa tesitura, el desempeño del juez no era gran cosa, pues su tarea consistía únicamente en aplicar el silogismo judicial.

El ánimo es que el lector comprenda porque la técnica de interpretación predominante en el sistema judicial con arraigo neoromanista, es la interpretación literal o declarativa, ya que, de acuerdo a los postulados del formalismo jurídico y en base al principio de legalidad, el juez no está autorizado a crear derecho, en virtud de que el mismo se identifica con la ley, como obra de la razón humana, condensada en la ley que a su vez provenía de la voluntad general, es completo (carece de lagunas) y es cerrado. De tal suerte que la creatividad en la actividad del juez resultaba un absurdo, toda vez que el legislador había construido una máquina legal perfecta y sostener lo contrario significaba actuar en contra del orden público y dar cabida a inseguridad jurídica.

El artículo pretende, también, hacer una crítica al pensamiento de la Modernidad, que guiado por la razón instrumental, difuminó el lado emocional y cultural presente en cada ser humano. Si bien el deseo de la Ilustración era que el ser humano se guiara por la razón y abandonara su infancia intelectual para desarrollarse plenamente –propuesta encomiable y loable–, la Modernidad se embriagó de la razón y se dedicó a hablar del libre juego de intereses, olvidando que la razón es solo una parte del ser humano. La crítica hacia la Modernidad se efectúa de la mano del pensamiento posestructural

o posmoderno, con el afán de poner en juicio la construcción cultural del proyecto de humanidad de la época Moderna mediante el movimiento codificador. Y finalmente para entender hacia dónde va el Derecho del siglo XXI y cuál es el papel de sus operadores jurídicos, de tal suerte es la importancia de estudiar la evolución histórica de la figura del juez que hoy por hoy se proyecta como constructor de ciudadanía.

II. UNA APROXIMACIÓN A LA COSMOVISIÓN DE LA MODERNIDAD

Para asimilar la figura del juez a la luz de la exégesis francesa es necesario analizar la serie de circunstancias que configuraron el nacimiento de esta corriente de interpretación jurídica. En atención a lo anterior nos situaremos en la Modernidad, donde confluyen una serie de ideas, movimientos intelectuales, culturales y políticos tales como: el Humanismo, el Renacimiento, la Ilustración, el Movimiento Codificador, la Revolución Francesa, el individualismo, que entre otros eventos abrevaron en el racionalismo jurídico, concepción que apostaba por un sistema jurídico completo, congruente y sin lagunas, cuya técnica de interpretación básicamente fue, la literal, misma que fue llevada al extremo por la Escuela de la Exégesis Francesa.

Para entender y esquematizar lo anterior es necesario navegar en el entramado de ideas que se condensaron en la Modernidad, en específico en los siglos XIV a XVIII en la Europa continental, y cómo las mismas incidieron en el desarrollo y evolución de la ciencia jurídica. Es en la Modernidad donde es abolido el régimen feudal de la Edad Media, lo que trabajo consigo varias consecuencias: 1) la instauración de un nuevo régimen político cuyo estandarte principal fue el individualismo; 2) en esa misma línea de pensamiento, la extinción del feudalismo abrió paso a la exacerbación del individuo, lo que significó un gran desarrollo de los derechos absolutos como la propiedad así como la magnificación del dogma de la autonomía

de la voluntad; 3) la búsqueda de la identidad nacional mediante el movimiento codificador, ya que el nuevo régimen político necesitaba legitimarse por medio de cuerpos de leyes, que a su vez unificaban al derecho nacional, prescindiendo del derecho romano; 4) al superarse el pensamiento de la Edad Media se dio el paroxismo de la razón, misma que conduciría la creación de toda la ciencia y en el Derecho se vio reflejada en el racionalismo jurídico; y 5) con la concreción del Estado Moderno se afianzó el Estado de legalidad que pretendía terminar con la discrecionalidad del feudalismo, ya que la separación de poderes tenía como fin evitar el abuso del poder por, parte del Estado frente al particular.

Como podemos observar en la edad moderna, se pretendió resolver todo mediante la razón, como el rayo de luz que ilumina el proyecto de humanidad. La razón como derrotero de la Modernidad encauso al Derecho en el culto a la legalidad y en el culto al legislador relegando a la figura del juez a un papel pasivo o secundario en la aplicación del derecho. Asentado lo anterior, es decir, que la razón es la protagonista de la Modernidad, es menester desarrollar la génesis de la razón en el pensamiento moderno.

El primer paso hacia la instauración de la razón en el pensamiento del Estado moderno es el humanismo el movimiento intelectual y cultural que floreció especialmente en Italia en el siglo XIV, de la mano de su gran heraldo Francesco Petrarca y otros grandes pensadores como Pico della Mirandola; el mismo representó un cambio de mentalidad que rompía con las ideas de la Edad Media y retomaba las ideas de los clásicos (Grecia y Roma). De esa forma se inaugura el culto a las letras clásicas, que simbolizaban la obra del ser humano, porque el vértice de todas las ciencias debía ser el individuo dotado de razón como máxima obra de la naturaleza y del Creador. De esa forma la atención pasó de las letras divinas a las letras humanas y se reivindicó al hombre en el centro de la existencia y del conocimiento.

El antropocentrismo provocó una rebelión de los esclavos, de nosotros, en contra, de la teocracia, también en contra de esos administradores de los designios divinos (...) El hombre como medida de todas las cosas encierra un acto de sacralización de las creencias, (...) Medir al Estado en función del hombre y no de objetos supremos como lo han hecho los regímenes fascistas (...) El Estado al servicio del ser humano, jamás a la inversa.²

El Humanismo como una nueva cosmovisión permite que la palabra dignidad se constituya como el valor máximo que caracteriza a los seres humanos, en la construcción cultural del humanismo como actitud hacia la condición del ser humano, la dignidad constituye la piedra de toque de la ética laica³ que pugna por el respeto y pleno desarrollo del ser humano en el Estado liberal. Recordemos que en la obra de la *Dignidad del Hombre* de Pico della Mirandola, se equipara a la dignidad con el libre albedrío, ya que el hombre dotado de libre albedrío es el único artífice de su destino. Dado que el hombre, es el único ser oscila entre lo divino y lo terrenal, porque participa mediante su libre albedrío en la divinidad de Dios, ya que mediante su correcto y libre obrar, enaltece su espíritu.

Para Pico de la Mirandola la suprema creación del gran artesano del universo, es el protagonista, el único que decide lo que es bueno para él, por lo cual está dotado con libre albedrío: "(...) no vayamos a convertir en perniciosa la saludable opción libre que nos otorgó. Que se apodere de nuestra alma una cierta santa ambición de no contentarnos con lo mediocre, sino anhelar lo sumo y tratar de con-

² REYES HERÓLES, Federico, "En plena soledad", en BARTRA, Roger *et al.*, *Universidad y Humanismo*, México, UNAM, 2003, pp. 67-68.

³ De acuerdo a Peces-Barba la única dignidad existente, al menos hasta los siglos XIII y XIV es de origen externo, la heterónoma basada en la imagen de Dios o en la dignidad como honor, cargo o título, como apariencia o como imagen que cada uno representa o se le reconoce en la vida social. PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003, p. 18.

seguirlo (si queremos podemos) con todas nuestras fuerzas... Si nos empeñamos en nada seremos inferiores a ellos (...)"⁴

Lo genuino de la naturaleza humana es su racionalidad y libre albedrío, características únicas que consagran al ser humano como único entre el resto de los animales, idea que incidió en el Renacimiento, movimiento intelectual que dio cabida a las inquietudes políticas y filosóficas que más tarde darían vida y color al Estado Moderno.

La cosmovisión renacentista se caracteriza por una exaltación de los valores terrenos y de la personalidad, por un enfocar bajo una orientación señaladamente individualista los problemas del primitivo humanismo y por un espíritu de crítica más aguda y rigurosa que no retrocede ante los dogmas, tradiciones y creencias del pensamiento y religiosas medievales.⁵

El pensamiento que se desarrolla desde el Renacimiento hasta el siglo XIX se estructuró en una empresa de razón pura, abstracta, matemática.⁶ Esta es la esencia del pensamiento del Renacimiento que simbolizó un rayo de luz que rompió con las tinieblas de la Edad Media; en efecto en el Renacimiento el paradigma científico estaba basado en el método matemático con su rigor y disciplina para construir un pensamiento cien por ciento racional, que desconocía los engaños y las tergiversaciones de los sentidos, de la experiencia. La consecuencia de lo anterior es la cosificación del ser humano, porque en aquel momento no se dieron cuenta que la esencia humana, en cuanto a complejidad, escapa del modelo matemático, ya que en este caso la perfección tiene sus límites.

⁴ DELLA MIRANDOLA, PICO, *De la Dignidad del Hombre*, Madrid, Editora Nacional, 1984, p.105.

⁵ VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4^a ed., México, Porrúa, 1999, p. 127.

⁶ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luís, *Filosofía del Derecho*, 20^a ed., México, Porrúa, 2010, p. 423.

La razón como epicentro del conocimiento propicio un nuevo movimiento intelectual: la Ilustración cuyo lema esgrimido por Kant *Sapere aude*⁷, pretendía liberar al hombre de sus yerros, mediante el uso de la razón. Si bien el hombre nace con muchas limitaciones, cuenta con la razón para humanizarse y construir así un proyecto de civilización, porque el ser humano solo puede ser libre sirviéndose de su razón. La Ilustración de acuerdo a Kant es un llamado para que el ser humano abandone la pereza de pensar, para que abandone el papel de incapaz o de pupilo y busque por sí mismo la verdad, ya que no se trata de reproducir verdades instauradas por la Iglesia o por el monarca sino de descubrir y construir la verdad por sí mismo. En palabras de Kant:

La ilustración es la liberación del hombre de su culpable incapacidad. La incapacidad significa la imposibilidad de servirse de su inteligencia sin la guía de otro. Esta incapacidad es culpable porque su causa no reside en la falta de inteligencia sino de decisión y valor para servirse por sí mismo de ella sin la tutela de otro. ¡*Sapere aude!* ¡Ten el valor de servirte de tu propia razón!: he aquí el lema de la ilustración (...)

Es, pues, difícil para cada hombre en particular lograr salir de esa incapacidad, convertida casi en segunda naturaleza. Le ha cobrado afición y se siente realmente incapaz de servirse de su propia razón, porque nunca se le permitió intentar la aventura. Principios y fórmulas, instrumentos mecánicos de un uso o más bien abuso, racional de sus dotes naturales, hacen veces de ligaduras que le sujetan a ese estado. Quien se desprendiera de ellas apenas si se atrevería a dar un salto inseguro para salvar una pequeña zanja, pues no está acostumbrado a los movimientos desembarazados. Por esta razón, pocos son los que, con propio esfuerzo de su espíritu, han logrado superar esa incapacidad y proseguir, sin embargo, con paso firme (...) después de haber arrojado de sí el yugo de la tutela, difundirán

⁷ KANT, Immanuel, *¿Qué es la Ilustración?* Disponible en: <<http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>> el 14 de julio de 2016 a las 18:18 hrs.

el espíritu de una estimación racional del propio valer de cada hombre y de su vocación a pensar por sí mismo.⁸

Desafortunadamente la Ilustración suprimió la dimensión emocional del ser humano, crítica que de viva voz efectuó el Romanticismo a la Ilustración. Lo anterior devino en una dualidad entre la razón y la sensibilidad del ser humano, pues la Ilustración tomó a la dimensión espiritual y emocional como una falsa oposición en referencia a la naturaleza racional del ser humano. Y olvidó que las emociones y sentimientos así como la razón son parte de la naturaleza humana. En síntesis dio como resultado una moral que niega al cuerpo y que da origen a la razón instrumental que ha sido puesta en duda por el pensamiento posestructural o posmodernista.

Para terminar con la construcción del panorama o contexto que dio cabida a la cultura legalista que se refleja preponderantemente en la exégesis francesa, es necesario analizar el impacto de la Revolución Francesa, que se alimentó de las ideas de la Ilustración y del Renacimiento sobre todo, de las ideas de filosofía política de los contractualistas Montesquieu y Rousseau.

La Revolución francesa encarna la instauración de un nuevo régimen político inspirado en la filosofía política personalista, en donde se concibe que el Estado liberal⁹ está al servicio del ciudadano en contraposición a lo sostenido por la filosofía política plasmada en la República de Platón. Como ya se adelantaba la Revolución francesa trajo consigo un nuevo orden político-social: el individualismo liberal, donde se concibe al Estado como producto del hombre y para el hombre. El surgimiento del humanismo o personalismo, donde el hombre es el sustrato de todo, trae aparejada la idea de dignidad

⁸ *Idem.*

⁹ El sentido general del Estado liberal de derecho consiste en el condicionamiento de la autoridad del Estado a la libertad de la sociedad, en el marco del equilibrio recíproco establecido por la ley. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10ª ed., Madrid, Trotta, 2011, p. 23.

como límite del poder estatal sobre el ciudadano, ya que el Estado está al servicio de los valores del hombre.¹⁰

“El individualismo liberal de los siglos XVIII y XIX (...) ,considera que la mejor manera de servir al fin humanista,consiste en dejar en plena espontaneidad y libre juego las libertades de los hombres en todos los órdenes, y restringir la función del Estado y del Derecho”.¹¹ El racionalismo –legado del Humanismo y de la Ilustración– impulsó la demanda de la dignidad con que debía ser tratado el ciudadano como una condición para el progreso, es por eso que se dio al individuo la mayor libertad posible y jurídicamente este mandato tomó forma en el principio de autonomía de la voluntad, pues sólo el individuo guiado por su razón sabe cómo satisfacer sus intereses lo que llevaría a la creación de una atmosfera de las iniciativas individuales espontáneas que arribarían en el progreso y en el orden.

La razón del hombre instaurada por medio de la autonomía de la voluntad –esta última aliada indiscutible de la dignidad–¹² se convierte en la piedra de toque para construir una nueva realidad, es por eso que el Código de Napoleón consagró el dogma de la autonomía de la voluntad, de tal forma que el individualismo¹³ como ideología de la Revolución francesa se legitimó jurídicamente.

Ahora bien la Revolución fue también un gran paso hacia la glorificación del Estado secular. La lealtad temporal del individuo se otorgaría al Estado. Se abolieron las obligaciones y las relaciones

¹⁰ Cfr. RECASÉNS SICHES, Luís, *Filosofía del Derecho... op. cit.*, p. 501.

¹¹ *Ibidem*, p. 513.

¹² La autonomía de la voluntad de acuerdo a Kant, permite al ser humano custodiar debidamente su dignidad, para mayor abundancia en el tema se sugiere leer: KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 2013.

¹³ Una crítica muy pertinente acerca del individualismo se puede encontrar en FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, Barcelona, Planeta, 1985 y en MERRYMAN, Jhon Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica*, 3ª ed., México, FCE, 2014.

feudales. Las obligaciones religiosas perdieron la mayor parte de la importancia legal que les quedaba. Los tribunales eclesiásticos perdieron lo poco que les quedaba de su jurisdicción temporal. Las relaciones familiares estaban ahora definidas y reguladas por el derecho (es decir, por el Estado) (...) El universo legal antes muy complicado, se simplificó de pronto: en adelante, estaría habitado teóricamente sólo por el individuo y el Estado monolítico¹⁴.

En síntesis el Estado Moderno estaba al servicio de los intereses y exigencias de la sociedad, en virtud del contrato social, cada uno había cedido una parte de su libertad en aras de constituir al Estado y por consecuencia éste era el único que aplicaba la ley como expresión de la voluntad general para imponer y garantizar el interés de la mayoría. Lo anterior inauguro la cultura de la legalidad o el culto a la legalidad que caracterizó a la escuela de la exégesis francesa y que hasta hoy es una de las premisas básicas del positivismo jurídico.

A grandes rasgos lo *at supra* señalado además de ser la descripción del panorama intelectual, cultural y político que diocobijo al nacimiento de la escuela de la exégesis francesa. Es también la descripción de la cosmovisión de la Modernidad, en donde la razón impera porque ella permite acceder a todo el conocimiento, a la verdad lógica, a la armonía de valores. Porque nada se opone al método racional, que dicho sea de paso, es la manera de democratizar el conocimiento –ideal de la Ilustración–, ya que mediante el método científico y racional toda respuesta es cognoscible.

III. EL RACIONALISMO JURÍDICO

La influencia de la razón como la estrella polar que guía el desarrollo de la humanidad, naturalmente permeo en el pensamiento jurídico, dando nacimiento al racionalismo jurídico o Escuela Clá-

¹⁴ MERRYMAN, Jhon Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica... op. cit.*, pp. 45-46.

sica del Derecho Natural. La influencia del racionalismo ha desembocado en el formalismo jurídico y en el positivismo jurídico, a continuación un breve análisis del racionalismo.

Por “racionalismo” se entiende, en un sentido amplio, toda doctrina filosófica en la que se exagera el papel de la razón con detrimento del papel de la experiencia; en un sentido más preciso, es el método de investigación científica cuyo criterio de verdad son los datos obtenidos por deducción, con exclusión de los datos empíricos obtenidos por inducción.¹⁵

El racionalismo deviene del método matemático de Renato Descartes y sostiene como bien lo señala Villoro que el conocimiento se obtiene por medio de los procesos cognitivos (*a priori*) ya que los sentidos engañan, por consiguiente la experiencia es una fuente confusa de conocimiento.¹⁶ En la ciencia jurídica el racionalismo se dio a la tarea de construir dogmas derivados de principios deducidos racionalmente. Porque el Derecho auténtico es aquel que emana de la naturaleza racional del hombre, aquella naturaleza *a priori*, no viciada por la historia, es decir, emana de la razón pura.

Para Hugo Groccio, contemporáneo de Descartes, fundador de esta corriente de pensamiento: “el Derecho Natural es un dictado de la recta razón, que indica a alguien la existencia de un desorden moral o una necesidad (deber) moral, de acuerdo con su conformidad o inconformidad con la misma naturaleza racional y social”.¹⁷

En busca de la razón pura como causa generadora del derecho, autores como Groccio sentenciaron que la causa pura radicaba en la tendencia social innata del ser humano, paradójicamente la teoría racionalista tenía como punto de partida un hecho psicológico, es

¹⁵ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21ª ed., México, Porrúa, 2012, p. 49.

¹⁶ Para mayor abundancia en este tema se sugiera consultar. DESCARTES, René, *Meditaciones metafísicas*, disponible en: <http://www.mercaba.org/Filosofia/Descartes/med_met_alfaguara.PDF> 16 de julio de 2016 a las 21:37 hrs.

¹⁷ VILLORO TORANZO, Miguel, *Lecciones de Filosofía del Derecho... op. cit.*, p. 250.

decir, empírico. Este no es el espacio para efectuar una crítica adecuada al racionalismo jurídico, solamente se pretende que el lector entienda los principales postulados de dicha teoría, pues ella inspira al pensamiento de la exégesis francesa, y de igual forma influye en la estructura jurídica del Estado individualista.

En ese orden de ideas Rousseau con su idea del contrato social ejemplifica la idea de la regulación de la razón para instaurar un régimen político y jurídico, en virtud de que cada ciudadano entrega la totalidad de su libertad (sus derechos) y le son devueltos en una forma compatible con las libertades (derechos) de sus congéneres. De ahí la voluntad general (síntesis de la libertad de todos) del contrato social que en sucesivas ocasiones se hará presente por medio de la ley. Y la idea más importante, es que esa voluntad general es producto de la razón pura del hombre, por eso la voluntad del legislador plasmada en la ley, es naturalmente justa, de ahí que, de acuerdo a la escuela de la exégesis francesa, el juez no tiene facultades para ejercer la equidad y más bien debe buscar el espíritu del legislado, porque la ley, como producto de la razón, es perfecta, completa y justa.

En relación con el Estado individualista, uno de los principales postulados del racionalismo o Escuela Clásica del Derecho Natural, es la protección de los derechos naturales subjetivos básicos, como es el derecho a la libertad y recordemos que el Estado liberal individualista tenía o tiene como fin ser garante de la libertad del individuo como vía ideal para el pleno desarrollo. Bajo esa tesitura el derecho natural consiste fundamentalmente en la norma de libertad, que se deriva por esencia del hombre como ser moral, es decir, puesto que consiste en la consagración de las libertades básicas del sujeto, que no deben de sufrir más restricciones que las necesarias para la existencia de las libertades de los demás.¹⁸

¹⁸ Cfr. RECASÉNS SICHES, LUÍS, *Filosofía del Derecho... op. cit.*, p. 434.

Los límites del racionalismo jurídico fueron denunciados por la Escuela Histórica Alemana, inspirada en el Romanticismo, y a la cabeza de Savigny quien fue uno de los detractores del Movimiento Codificador en su libro de *De la Vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*. Dichas críticas exceden el objeto de análisis del artículo, sin embargo es pertinente mencionar la antítesis al lector para su mayor conocimiento.

IV. EL MOVIMIENTO CODIFICADOR

Durante muchos años el Derecho romano fue derecho común en Europa, hasta el movimiento Codificador. En los comienzos de la era moderna las costumbres locales a la par del Derecho romano hacían las veces de derecho formal en Europa. La llegada de la Ilustración arraiga la fuerte tendencia de una codificación racional, científica y nacional, ideales que fueron acogidas por la escuela racionalista que tuvo como preceptoras a las monarquías ilustradas de Europa.¹⁹

Señala Floris Margadant que:

ni el humanismo, ni el iusnaturalismo racionalista con la escuela histórica con su nacionalismo, habían logrado despojar al derecho romano de su carácter de derecho positivo. Finalmente surge el movimiento codificador. Los códigos modernos pretenden ofrecer un sistema hermético, sin lagunas, que contenga soluciones para todos los casos que puedan presentarse en la práctica (fijando de antemano los métodos de integración interpretación que deben seguirse en caso de omisiones o falta de claridad en los textos de los códigos).²⁰

¹⁹ Cfr. CRUZ PONCE, Lisandro, *Algunos Principios Generales de Nuestra Legislación Civil*, disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr3.pdf>> 16 de julio de 2016 a las 22:43 hrs., p. 39.

²⁰ FLORIS MARGADANT, Guillermo, *El Derecho Privado Romano*, 26^a ed., México, Esfinge, 2005, pp. 89.

En ese orden de ideas hemos de señalar que el Movimiento Codificador se inició en Austria en 1767 de la mano de Federico II, como búsqueda de la identidad nacional del Estado Moderno. De Austria se propagó a otros países como Prusia y Francia. Como parte de la delimitación del tema del artículo, el análisis del Movimiento Codificador se centrará en Francia que si bien no fue el primer país en elaborar un código sí tiene la dicha de haber elaborado uno de los códigos más completos y sencillos de todos los tiempos y el mismo constituyó la piedra de toque para la Escuela de la Exégesis Francesa.

Los inicios del movimiento codificador se remontan a la Francia de principios del siglo XVI, como un intento llevado por los monarcas para compilar las costumbres que regían como de derecho consuetudinario, el esfuerzo tuvo como resultado la expedición de las Costumbres de Orleáns 1509 y las Costumbres de París en 1510. Bajo el reinado del Rey Sol, Juan Bautista Colbert expidió unas Ordenanzas sobre procedimientos civiles en 1667 y otras sobre procedimientos penales en 1670, como parte de un gran código nacional, sistemático y uniforme que iba llevar por título el Código de Luís. Jaques Cambaceres, elaboró entre 1793 y 1796 tres proyectos de código civil, que no prosperaron.

Es gracias al pensamiento racional de la Ilustración que en 1801 se publica el proyecto de Código Civil, su elaboración demoró sólo cuatro meses a cargo de los juristas: Tronchet, Maleville, Bigot de Preaumeu y Portails. El Código de Napoleón fue promulgado 1804, retoma las ideas de Domat y Pottier y surge de la revolución francesa como una forma de legitimar las ideas del nuevo régimen político. Está conformado por 36 leyes y reconocido como el primer código en el mundo. La parte más importante de la redacción estuvo a cargo de Portails.

Inspirado en las ideas del individualismo (la máxima libertad a los particulares y el Estado está para servir al particular) este cuerpo legal responde al triunfo de la burguesía sobre los privilegios here-

dados, enarbola la libertad personal y la igualdad de todos ante la ley, protege la propiedad y establece la libertad de contratación mediante el principio de autonomía de la voluntad. Tiene un lenguaje sencillo porque se dirigía al pueblo.

El *Code* no tiene una redacción casuística, en palabras de Radbruch no se haya tampoco dominado por la quimera de resolver de antemano, mediante exageradas abstracciones, todos los casos jurídicos imaginables. Renuncia conscientemente a la pretensión de reglamentarlo todo, sin omisiones ni lagunas. Lo decía el mismo Portails: saber que no es posible preverlo todo, es una sabia previsión. Sin embargo el artículo cuarto exige al juez ver todos los casos jurídicos que se presenten ante él, sin que pueda excusarse en que la ley es oscura o insuficiente, con lo anterior el código civil francés admite la posibilidad de la creación libre del derecho por la vía judicial.²¹

El Movimiento Codificador es la expresión de la ideología del racionalismo exacerbado que pretendió abolir la historia y la influencia del derecho romano, mediante la promulgación de un cuerpo de leyes sistemáticamente ordenadas, en búsqueda de la razón natural y de la identidad nacional para conformar al Estado Moderno (...) una de las razones del intento de derogación de todo el derecho anterior y, en consecuencia, la limitación del efecto del derecho a la nueva legislación, era el estatismo: la glorificación del Estado nacional. Una ley que tuviese su origen en una época anterior, previa a la creación del Estado, violaba este ideal estatista. Lo mismo ocurría con una ley que tuviese su origen fuera del Estado, en un derecho común europeo.²²

El Movimiento Codificador con especial referencia en Francia, es importante, ya que su concepción de un cuerpo legal unificado,

²¹ RADBRUCH, Gustav, *Introducción al Estudio de la Filosofía del Derecho*, 11ª ed., México, FCE, 2013, p. 75.

²² MERRYMAN, Jhon Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica romano-Canónica...* *op. cit.*, p. 60.

completo, congruente, sin lagunas y absoluta claridad –de la que se jactaba sobre todo Napoleón– es una clara muestra del racionalismo jurídico y el paroxismo de esta idea incidió en la fundación de la escuela de la exégesis en Francia.

V. EL CULTO AL LEGISLADOR EN LA EXÉGESIS FRANCESA

Portails:

La mejor previsión que se puede hacer es que no todo se puede prevenir. En virtud de lo anterior el juez debe estar dedicado a descubrir la voluntad del legislador. El positivismo legislativo, el dogma de la separación de poderes, la ideología de la codificación, la actitud hacia la interpretación de estatutos, el énfasis peculiar en la certeza, la negación de una facultad equitativa inherente en el juez y el rechazo de la doctrina de *stare decisis*, tienden a disminuir al juez y a glorificar al legislador.²³

Surge en Francia a raíz y con motivo de la publicación del Código de Napoleón, prospera y domina el panorama jurídico del siglo XIX y sucumbre ante la crítica de la Escuela Científica dirigida por Géný con su obra: *Méthode d'Interprétation et Sources en Droit Positif* (1899). Su influencia sin embargo sigue siendo poderosa entre los juristas de América Latina.²⁴

La Escuela de la Exégesis Francesa tiene tres fases de acuerdo a Bonecasse: fundación (1804-1830), apogeo (1830-1880) y decadencia (1880-1900).²⁵ La técnica de interpretación literal o declarativa encontró en la exégesis francesa una aliada indiscutible, ¿pero cómo llegó a desempeñar este papel? Ya hemos visto que gracias a movimientos culturales, intelectuales y políticos que inauguraron la Modernidad, se colocó a la razón como el vértice a propósito del

²³ *Ibidem*, p. 104.

²⁴ Cfr. VILORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho... op. cit.*, p. 102.

²⁵ *Idem*.

cual giraba toda la creación del conocimiento y la misma organización del Estado Moderno y para que la razón no fuera perturbada al interior del Estado, era necesario llevar a cabo la separación o división de poderes, para que ningún poder interfiriera con el otro y el equilibrio imperara. La idea de un derecho acabado, a manera de catálogo de soluciones a disposición del juez, debido al uso previo de la razón del legislador, era la forma ideal de conservar la separación de poderes, ya que resultaba absurdo y pecaminoso pensar en que el juez pudiera, al momento de aplicar la ley, crearla, esta idea explica la preponderancia de la interpretación literal o declarativa.

Profundicemos en lo anterior; el Estado Moderno estaba siguiendo, además de los postulados anteriormente desarrollados, las ideas de Montesquieu vertidas en su obra *El espíritu de las leyes* en donde señala lo siguiente: Libro XI, capítulo VI:

Cuando el poder legislativo está unido al poder ejecutivo en la misma persona o en el mismo cuerpo, no hay libertad (el énfasis es propio) porque se puede temer que el monarca o el Senado promulguen leyes tiránicas para hacerlas cumplir tiránicamente.

Tampoco hay libertad si el poder judicial no está separado del legislativo ni del ejecutivo. Si va unido al poder legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el juez sería al mismo tiempo legislador. Si va unido al poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

Aunque en general el poder judicial, no debe estar unido a ninguna parte del legislativo, hay, sin embargo, tres excepciones basadas en el interés particular del que hade ser juzgado (...)

Podría ocurrir que la ley, que es ciega y clarividente a la vez, fuera, en ciertos casos, demasiado rígorosa. Los jueces de la nación no son, como hemos dichos, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden morar ni la fuerza ni el rigor de las leyes.²⁶

²⁶ MONTESQUIEU, Charles-Louis, *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Sarpe, 1984, pp. 169 y 175.

En el caso de Francia en 1790 se lleva a cabo la división de poderes como una realidad más del nuevo régimen político. Con lo anterior quedaba prohibida la interpretación extensiva a cargo de los jueces, la creatividad y reconstrucción del Derecho no era tarea del poder judicial, ya que éste solo le incumbía aplicar y no crear; una vez más se hace patente la ideología del Estado Moderno; los principios de progreso, orden, libertad e igualdad asimilaban al juez como un burócrata más, encargado de ejecutar una actividad monótona y usual. Surge así una imagen del proceso judicial como una actividad bastante rutinaria,²⁷ es decir, la dimensión fáctica era suministrada por las partes y el juez sólo tenía que encontrar la disposición legislativa adecuada al caso concreto (silogismo judicial).

En otras palabras: “Todo el proceso de la decisión judicial se ajusta al silogismo formal de la lógica escolástica. La premisa mayor se encuentra en el estatuto: los hechos del caso proveen la premisa menor y la premisa se sigue inevitablemente”.²⁸

Para Escuela de la Exégesis Francesa los jueces eran una boca inanimada que pronunciaba las palabras de la ley, ya que la ley es producto de la voluntad general y por consiguiente no podía ser injusta, por lo que una técnica de interpretación extensiva era excesiva y absurda.

Los antecedentes de la exégesis francesa se remontan a la época de Justiniano con el *Corpus Iuris Civilis* en donde se consignaba una disposición expresa que prohibía la interpretación de la obra, ya que Justiniano consideraba que su obra era perfecta y temiendo además, que fuera vulgarizada con las leyes bárbaras proscribió cualquier comentario concerniente a su obra. Más tarde José II de Austria (durante el Movimiento Codificador) insertó una disposi-

²⁷ Cfr. MERRYMAN, Jhon Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica*, *op. cit.*, p. 72.

²⁸ *Ibidem*, p. 73.

ción similar en el Código de Austria, Federico II de Prusia de igual forma restringió la posibilidad de comentar su obra²⁹.

En Francia, la escuela de la exégesis francesa encontró cabida debido a que Napoleón estaba convencido de que los jueces –funcionarios del antiguo sistema– podían traicionar al nuevo régimen, mediante interpretaciones contrarias al espíritu del legislador. Temor que no resultaba del todo infundado, toda vez que los jueces constituían un grupo aristocrático que defendía los intereses de los terratenientes frente a los campesinos.³⁰ Por lo cual uno de los blancos de la Revolución fue la aristocracia judicial, que simbolizaba la falta de razón y el despotismo que caracterizaba al viejo régimen, mismo que en reiteradas ocasiones se habían negado a aplicar las nuevas leyes; de tal suerte Napoleón se inclinó por seguir al pie de la letra las restricciones apuntaladas por Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*.

Temiendo la reiteración de traiciones al nuevo sistema y a sus leyes y en un intento de frenar los abusos por parte del poder judicial hacia los ciudadanos nació en 1804 la Escuela de la Exégesis Francesa sus postulados principales se enuncian a continuación:

- La única fuente del Derecho es la ley. Por consecuencia el pensamiento de la exégesis francesa se rige por el principio de legalidad, que expresa la idea de que la ley es un acto normativo supremo del Estado oponible a cualquier otro derecho en nombre de la razón superior del Estado.³¹
- El poder legislativo era el órgano revisor de los jueces.

²⁹ Cfr. CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*, disponible en: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=867>> 17 de julio de 2016 a las 20:23 hrs.

³⁰ Cfr. *Ibidem*, pp. 42, 43 y 62.

³¹ Cfr. ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil... op. cit.*, p. 24.

- Al juez le estaba vedado crear derecho. La imagen neta del juez es la del operador de una máquina diseñada y construida por los legisladores. Su función es meramente mecánica³².
- Poder judicial tiene únicamente una función pasiva y reproductora. Y el juez es una figura autómatas a quien se encomienda la tarea de reproducir las palabras del poder legislativo.
- La sentencia del juez debe contener el sentido exacto de la ley, nunca debe ir más allá. Al juez sólo se le permite centrar su atención en los datos legales.
- Juez nunca puede negarse a fallar un caso, a pesar de la ausencia de disposición expresa ha de atender a la equidad (artículo 4 Código Civil Francés).
- La ley es clara, precisa, congruente no encierra lagunas ni contradicciones.
- El Derecho es una unidad cerrada y completa.
- El trabajo del juez es pensar y aplicar lo previamente concebido por el legislador.
- La única técnica de interpretación aceptada es la gramatical. En base al método analítico se efectuaba un análisis riguroso de la semántica de las palabras y de los artículos, así como del orden en que fueron plasmados: libros, títulos, capítulos etc. Si no era suficiente se recurría a la exposición de motivos para desentrañar el espíritu del legislador. Lo anterior desembocó en la creación de la hermenéutica jurídica.

A parte de la limitación en cuanto a la técnica de interpretación, se impuso otro impedimento al juez llamado la *referé législatif* en sus dos modalidades: facultativo y obligatorio. En el primer caso los jueces podían remitir sus dudas al legislativo. En el segundo caso cuando hubiera una laguna evidente, debían por fuerza, remitir al

³² Cfr. *Ibidem*, p. 73.

poder legislativo sus dudas. Aunado a lo anterior se creó la Corte de Casación (27 de noviembre de 1790), como una extensión del poder legislativo, solución que como veremos a continuación devino en un absurdo y en una paradoja.

El desarrollo de la cassation francesa (de *casser* que significa “anular”) es el siguiente paso lógico y cronológico. Los defectos e inconvenientes de la dependencia total de la interpretación autorizada se hicieron evidentes para los juristas prácticos de la Francia revolucionaria, quienes sabían que la legislatura se vería inundada de solicitudes difíciles de interpretar, a menudo triviales (...) Pero la legislatura afrontaba un dilema teórico: quizá desearía no decidir una oleada de cuestionamientos de los tribunales, pero no podía permitir que los propios tribunales, interpretaran, sin minar, la doctrina de separación de poderes.

(...) La legislatura creó un nuevo órgano gubernamental y le dio facultades para anular las interpretaciones incorrectas de los tribunales...se ponía en claro que el nuevo órgano no formaba parte del sistema judicial, sino que era un instrumento especial creado por la legislatura para proteger la supremacía legislativa de la usurpación judicial (...) la legislatura respetaba las apariencias llamándolo la Corte de Casación (en lugar de Tribunal).

La Suprema Corte de Casación podía anular una decisión basada en una interpretación incorrecta y podía instruir al tribunal acerca de la interpretación correcta (...) a veces, surgían problemas más graves porque los jueces inferiores no podían o no querían entender y seguir la interpretación anunciada por la Suprema Corte de Casación. En teoría tampoco estaban obligados –o siquiera autorizados– a aplicar la decisión del tribunal superior (...) ya que el juez debía basar su decisión en la ley y la Suprema Corte de Casación no era una fuente del Derecho.³³

De esta forma se redujo la figura del juez a un mero reproductor de la voluntad del legislador, es menester mencionar que la amena redacción del *Code* implicaba, que el mismo podía ser consultado

³³ MERRYMAN, Jhon Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica*, *op. cit.*, pp. 78-80.

por cualquier ciudadano sin necesidad de ser un versado en el lenguaje técnico-jurídico, debido a que desde un inicio se apeló a que fuera un libro de consulta popular, ya que todo ciudadano libre debía comprender sus derechos y obligaciones. Con lo anterior el nuevo régimen anunciaba que podía prescindir de abogados y jueces especialistas, en suma del poder judicial. Por tal motivo el juez era considerado un burócrata más al que le correspondía llevar a cabo un trabajo autómatas y carente de creatividad. Esta idea acompañada del racionalismo jurídico dio como resultado el papel de pasividad que el juez del siglo XVIII en Francia, desempeñó durante la Escuela de la Exégesis y el culto al legislador que devino en un exacerbado formalismo jurídico o culto a la legalidad en detrimento de la búsqueda de justicia y de otros valores.

VI. CRÍTICAS A LA EXÉGESIS FRANCESA

El carácter fundamentalista de la Escuela de la Exégesis Francesa devino en una infinidad de defectos en la práctica, en respuesta a lo anterior las críticas de sus contemporáneos no se hicieron esperar, las más importantes fueron las efectuadas por Géný y por la Escuela Histórica Alemana, quienes vieron en la exégesis francesa una práctica retrógrada que sólo rendía culto a determinados conceptos y valores haciendo a un lado datos e instituciones de las ciencias sociales, económicas, políticas y de la cultura en general.

Francois Géný en 1899 escribe *El método de interpretación y las fuentes en el derecho privado positivo*. De acuerdo a Geny, ante la imposibilidad de conocer la voluntad, se tiene la alternativa de la noción de voluntad presunta y análisis de los precedentes históricos. Es menester recordar que en ese momento la jurisprudencia tenía el mismo valor que las opiniones doctrinales, ya que la única fuente del Derecho era ley, la endogamia jurídica tornaba en inaccesible a la ciencia jurídica y la privaba de fuentes que la podían enriquecer.

En ese orden de ideas Gény criticó el fetichismo hacia la ley, porque la ley no solucionaba todo, y apuntó que la figura del juez era esencial para el desarrollo de la ciencia jurídica, ya que el juez es una figura elocuente que hace uso de la razón y de la conciencia para hallar lo justo. La ley es un primer momento en la interpretación jurídica y el segundo momento está a cargo del juez quien de primera mano interpreta la ley para aplicarla al caso concreto. Esta idea en el pensamiento de Gény es toral, ya que, reconoce que el juez adjudica un significado previo a la norma jurídica al momento de recibir los hechos y ordenarlos en una categoría jurídica.

De acuerdo al autor en comento, resultaba imperioso para el Derecho reconocer otras fuentes tales como: la jurisprudencia, la costumbre, la doctrina. La construcción de las nuevas fuentes así como su fortalecimiento podría lograrse mediante la *libre investigación científica*, pues la ciencia jurídica podía auxiliarse de las herramientas de la ciencia para colmar las lagunas.

Por su parte la Escuela Histórica Alemana, inspirada en las ideas del Romanticismo, que denunciaba la supresión de la dimensión emotiva y cultural del ser humano en aras de la razón que pregona-ba la Ilustración, señaló lo siguiente:

- El Derecho como unidad cerrada y completa es una ficción.
- La ley no es más inteligente que quien la creó, por consiguiente el juez no es un esclavo de la ley. Es utópico y desagradable representar al juez como un aparato registrador.
- Es incorrecto negar al juez la posibilidad de apreciar, valorar y manejar la justicia y la equidad.
- Las cláusulas o principios generales del Derecho incluidos en la ley, son la misma autorización del legislativo para ejercer la actividad creadora en el Derecho.
- El Derecho es una obra inacabada de la historia de la humanidad, por consiguiente tiene lagunas.

- El Derecho no es un fenómeno aislado y no puede alejarse la cultura.

La escuela alemana a la cabeza de Savigny comprendió que el Derecho es un fenómeno de la cultura cuya fuente radica en la *volksgeist*,³⁴ (el espíritu del pueblo, de la nación). La intención de incluir esta corriente de pensamiento jurídico estriba en que representó un discurso jurídico alterno al de la Ilustración y al racionalismo jurídico.

VII. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA EXÉGESIS FRANCESA COMO MITOLOGÍA EN EL DISCURSO DEL DERECHO MODERNO

Al inicio del artículo desarrollamos la cosmovisión de la Modernidad con el fin de que el lector comprendiera el panorama intelectual que sirvió de caldo de cultivo para el racionalismo jurídico que construyó una figura e ideología con respecto del juez en el siglo XVIII. A continuación se esbozará una breve crítica acerca del pensamiento moderno en base a las ideas del posestructuralismo o de la posmodernidad;³⁵ se toma a la posmodernidad, porque ella simboliza la actualidad en el pensamiento y porque a diferencia de la Modernidad, se caracteriza por tener un discurso incluyente,

³⁴ La escuela histórica admite que la materia del derecho está dada por todo el pasado de la nación; pero no de una manera arbitraria y de tal modo que pudiera ser ésta ó la otra accidentalmente, sino como procediendo de la íntima esencia de la nación misma y de su historia. SAVIGNY, Friedrich Karl von, *et al.*, *La Escuela Histórica del Derecho, Tres Artículos*, trad. R. Atadar, Madrid, Biblioteca Victoriano Suárez, 1908. Disponible en: <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>> el 1º de octubre de 2016 a las 11:48 hrs.

³⁵ Para el desarrollo de esta parte se toman las ideas de COLLI, Giorgio, *El nacimiento de la Filosofía*, Barcelona, Tusquets, 1977 y VATTIMO, Gianni, *Adiós a la Verdad*, Barcelona, Gedisa, 2011. Y del mismo autor *El fin de la modernidad*. Disponible en: <http://api.ning.com/files/qn5ZDC3BwWlogVVK3bDMuKgp6J*oR0e6M*v-5gtigGM-zluSz2JJC4Zznio2VNNlmU1Ao4gsHulqJMUjqPWXR*ZMeai4pBM-Fz/vattimo_fin_de_modernidad.pdf> el 18 de julio de 2016 a las 13:43 hrs.

tendiente a cuestionar valores obsoletos y a pugnar por una visión multicultural que en el ámbito del Derecho se refleja en el discurso de dignidad y derechos humanos, en especial bajo los principios pro persona e interpretación conforme.

Hoy por hoy el Derecho busca ser un mosaico de valores, principios y derechos de toda índole, cuyo objeto sea refrendar la dignidad de la humanidad y de su entorno. Por eso hoy el discurso jurídico pivotea en torno a los valores que construyen culturalmente al concepto de humanidad y ya no pivotea en torno al silogismo jurídico.

Antes de comenzar a verter las siguientes aseveraciones, resulta pertinente aclarar al lector que no se pretende minimizar o denostar la influencia de la razón en el desarrollo de la humanidad, sino el uso indebido y discriminatorio de la razón en el discurso del progreso por el progreso. No obstante que el Derecho es una construcción social, en el caso de la Escuela de la Exégesis Francesa la concepción de un derecho cerrado y completo trascendió a la sociedad mediante un culto al legislador y a la legalidad, al colocar sobre cada uno la aureola de racionalidad.

El frenesí del Derecho moderno y secular abrevó en la búsqueda del cumplimiento riguroso de los procedimientos para aplicar la ley a la situación concreta, idea que eclipsó la búsqueda de justicia. Lo anterior explica porque en la cultura neoromanista la creatividad y la construcción progresiva del Derecho no son parte del discurso, debido a que la razón instrumental sacrificó la búsqueda de un Derecho justo por la implementación de un Derecho que velaba por la legalidad y el formalismo jurídico, ya que para el discurso de la Modernidad era más importante el valor de la igualdad que el valor de la justicia, es así como se pugnaba por implementar el mismo procedimiento legal a casos similares, de otra forma se rompería con la ideología de la libertad y la igualdad.

Lo anterior es una parte del campo de estudio de la mitología del Derecho moderno,³⁶ ya que el discurso de orden y progreso instaurado por la hegemonía de la razón dentro del sistema jurídico, tuvo por consecuencia un retroceso en el desarrollo de la ciencia jurídica. La sacralidad de la razón en la Modernidad y el afán de imponer verdades absolutas obtenidas por medio de procesos cognitivos racionales atrofiaron el enriquecimiento, en este caso del Derecho. Ya que, se concibió al Derecho como un gabinete más de la razón instrumental y no como un fenómeno de la cultura en la historia de la humanidad, en el entendido de que la cultura es la serie de valores y costumbres proyectadas en un sentido ideal, a los que aspira la sociedad, y por consiguiente esta serie de proyecciones de la psique colectiva no son del todo racionales, de ahí que el Derecho no es una obra acabada, sino más bien, una estructura en obra negra, con una naturaleza reactiva, ya que actúa en base al fenómeno social y no necesariamente en base al silogismo legal.

Un derecho occidental avanzado, dedicado en su apoteosis a la libertad y a cierta igualdad, se vuelve totalmente despótico cuando es enviado al resto del mundo en los procesos de colonización formal que se realizaron desde fines del siglo XVIII hasta comienzos del siglo XX... El derecho occidental evolucionado era un objeto unitario, universal. Este derecho era una justificación primordial y un

³⁶ La presente crítica está basada en las ideas de la teoría jurídica contemporánea, con especial referencia en los pensadores posestructuralistas-culturalistas, quienes ven en el Derecho contemporáneo un discurso de progreso en el interior y en el exterior un discurso de dominio del más fuerte sobre el más débil, en este caso los débiles son aquellos que tienen un estilo de vida occidental y por consiguiente no son vistos como seres racionales, y esta idea se refleja en el colonialismo que sufrió África a cargo de la Europa Continental que en aras del progreso laceró la identidad de otros seres humanos así como su entorno natural. Para mayor abundancia en el tema se sugiere consultar: FITPATRICK, Peter, *La Mitología del Derecho Moderno*, México, Siglo XXI, 1998; GROSSI, Paolo, *Mitología jurídica de la Modernidad*, Barcelona, Trotta, 2003; KANH, Paul, *Análisis Cultural del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.

instrumento que, “elevaría a la masa de los pueblos de África a un plano de civilización más elevado”.

La figura mítica de la nación sigue sosteniendo la fuerza del imperialismo. El imperialismo moderno no sólo difunde integralmente la nación-estado como modelo mundial, sino que la diversidad de las naciones también mantiene las distinciones del imperialismo.³⁷

Como ya lo hemos visto de la mano del pensamiento de la Escuela Histórica Alemana, el delirio por desterrar a lo irracional llevó a imponer una verdad, en este caso, el racionalismo jurídico, que se encargó de extirpar (en el plano ideal) a la dimensión espiritual y cultural del ser humano. Lo anterior desembocó en la ausencia de diálogo y en el exterminio del principio de agonía y de alteralidad, ya que los puntos de vista disidentes no podían ser partícipes del diálogo de la Modernidad. Por tal motivo esta época, es también la época de exterminios masivos, genocidios etc. de ahí que el discurso de la Modernidad se convirtió en una retórica sin réplica, en un discurso impuesto que olvidaba a la dialéctica.³⁸ Y por consecuen-

³⁷ FITZPATRICK, Peter, *La Mitología del Derecho Moderno*, México, Siglo XXI, 1998, pp. 113 y 118.

³⁸ Para llevar a cabo esta recuperación hay que sustituir el concepto de verdad como conformidad de la proposición con la cosa por un concepto más comprensivo y general que se funda en la experiencia, como modificación que sufre el sujeto cuando encuentra algo que realmente tiene importancia para él, VATTIMO, Gianni, *El fin de la modernidad*. Disponible en: <http://api.ning.com/files/qn5ZDC3BwWlogVVK3bDMuKgp6J*oR0e6M*v5gtigGM-zluSz2JJC4Zz-nio2VNNlmU1Ao4gsHulqJMUjqPWXR*ZMeai4pBMFz/vattimo_fin_de_modernidad.pdf> 18 de julio de 2016 a las 15:11 hrs.

“Así nació la retórica, con la vulgarización del primitivo lenguaje dialéctico. Su origen es también paralelo a la dialéctica, en el sentido de que surge ya antes e independientemente de ésta, dentro de una esfera diferente y para fines distintos; pero la retórica en sentido estricto, como técnica expresiva construida sobre principios y reglas. se injerta directamente en el tronco de la dialéctica. La retórica es también un fenómeno esencialmente oral. si bien en ella ya no hay una colectividad que discute, sino uno solo que se adelanta a hablar. mientras los otros escuchan (...) La retórica es igualmente agonística, pero de forma más

cia, dicha tradición oral asentada en cuerpos legales se encargó de perpetuar al mito del progreso y de la razón exacerbada.

Savigny rechaza la idea de la Codificación, porque la compilación de las leyes entorpece el libre desarrollo de las leyes y torna estática su construcción. La Codificación corresponde a lo estático racional y no a lo dinámico vital. Y dicho sea de paso niega la idea de que el Derecho sea un producto de la razón, sin arraigo histórico como lo sostenía la Escuela Clásica. El Derecho como producto de la cultura es un entramado complejo que abarca la dimensión intelectual y emocional del pueblo, que va de acuerdo al contexto histórico.

La mitología del Derecho moderno nos ayuda, entonces, a entender porque culturalmente nuestro Derecho es como es, respondiendo a la pregunta de la introducción, porque el juez en el sistema neoromanista no tiene influencia, no es famoso, no es referencia intelectual, ni un héroe, a contrario sensu del derecho común o common law en dónde los jueces son figuras públicas, referentes obligados en la doctrina y en la construcción del Derecho.

No olvidemos que la Ilustración pretendió difuminar el pensamiento oscuro, irracional, fantástico, idea para nada descabellada, sin embargo, su mala aplicación dio al traste con la razón instrumental que cosificó a los seres humanos en otro mito: el ser humano solo es razón, lo que condujo a la moralización de las emociones –sin advertir que las emociones ni son buenas ni son malas– y en aras de lo anterior se produjo una sociedad excesivamente individualista y egoísta, en la que los derechos de las clases desprotegidas

indirecta que la dialéctica: en ésta el arte no se puede demostrar a no ser mediante una competición, mientras que en la retórica cualquier intervención del orador es agonística, ya que los oyentes deberán juzgarla en comparación con lo que digan los otros oradores (...) En la dialéctica se luchaba por la sabiduría; en la retórica se lucha por una sabiduría dirigida al poder (...) Lo que hay que dominar, excitar, aplacar, son las pasiones de los hombres”. COLLI, Giorgio, *El nacimiento de la Filosofía*, Barcelona, Tusquets, 1977, pp. 86-87.

son violados a ultranza del principio de autonomía de la voluntad, por ejemplo.

El mito de un Derecho ordenado —mediante la codificación nacional— trajo consigo, el ritual del formalismo jurídico, ya que los particulares aprendieron a actuar y ordenar su conducta de acuerdo a una serie de pasos para crear un estatus de legalidad, que muchas veces deviene en mera apariencia jurídica. Por eso en nuestra cultura jurídica importa más la forma que el fondo, de ahí que el juez y el mismo litigante estén más preocupados por cuidar las formas que velar por las cuestiones de fondo.

La influencia de la exégesis francesa y su culto a legislador, está vigente en cuanto la administración de justicia basta ver el último párrafo del artículo 14 constitucional: “En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”.³⁹ De igual forma el artículo 19 del Código Civil para el Distrito Federal señala: “las controversias judiciales del orden civil deberán resolverse conforme a la letra de la ley o a su interpretación jurídica. A falta de ley se resolverán conforme a los principios generales de derecho”.⁴⁰

De esa forma se hace patente la cultura de la legalidad soportada por el racionalismo jurídico del cual se valió la exégesis francesa para instaurar como única interpretación válida, la literal o declarativa. Si bien la idea de certeza, seguridad jurídica e igualdad no es despreciable, se debe abordar con cautela toda vez que como hemos visto a lo largo de esta última parte, el Derecho es multifactorial y atiende a un fenómeno muy complicado, como es la sociedad y la

³⁹ *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 20ª ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 34.

⁴⁰ *Código Civil para el Distrito Federal*, disponible en: <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343/21.htm?s=>> el 18 de julio de 2016 a las 15:37 hrs.

cultura, por eso el juez no puede sustraerse de los fenómenos que circundan a la hipótesis jurídica.

El discurso de la exégesis francesa resultó ser fundamentalista y se dedicó a velar por valores de corte liberal que descalificaban otros valores, en virtud de no ser cognoscibles por medio de la razón instrumental tales como la equidad y la justicia. Lo anterior provocó un retroceso y una segregación de valores y puntos de vista disidentes, una postura que distingue al discurso de la Modernidad como anteriormente quedó evidenciado en la crítica que la posmodernidad le hace. De tal manera que la figura del juez en el siglo XVIII se traduce en una suerte de funcionario cautivo de la ideología del Estado individualista.

Mientras que para el racionalismo jurídico la historia no incide en el orden jurídico ya que se considera que el juez era un autómatas que repetía los pensamientos del juez, porque el sistema jurídico derivado de la razón era un sistema perfecto compilado por el legislador.

Para la Escuela Histórica Alemana, el *ethos* del pueblo (recogido en el *volksgeist*), es el que define al Derecho como un fenómeno más de la cultura y toca al juez indagar este sentir colectivo, e identificarlo como un arquetipo inmerso en el inconsciente colectivo, para lo anterior, el juez se vale de sus instintos, sus emociones, el análisis cultural, en suma de los argumentos al *ethos* (ética) y al *pathos*, y no solamente del silogismo jurídico (traducido en el logos, en el silogismo judicial propio discurso del racionalismo jurídico) para resolver el caso. Por consiguiente es válido que el juez lleve a cabo una actividad de creación y construcción del Derecho partiendo de argumentos al *pathos* (sentimiento).

Lo anterior explica el desarrollo del derecho civil, pues es el derecho de y para los individuos, así como la ausencia de la discrecionalidad judicial en los sistemas neoromanistas, el anonimato de los jueces en la tradición legal de los países de esta corriente en

contraposición con la exaltación de la figura del juez en el common law.

La apertura en derechos humanos simboliza la admisión de un discurso multicultural que mitiga el uso recrudescido del principio de legalidad y empuja al juez a practicar una interpretación extensiva y evolutiva, en aras de construir un Derecho que inspirado en una verdadera función social y no un mero ejercicio individual de intereses.

El ánimo del presente artículo fue hacer partícipe al lector de una reflexión en torno a la cultura jurídica que impera en nuestro país. Es importante analizar las causas y el origen de las instituciones pues es la manera de efectuar una crítica pertinente y de construir una nueva realidad no sólo jurídica sino cultural.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La interpretación judicial constitucional*. Disponible en: <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=867>>.
- COLLI, Giorgio, *El nacimiento de la Filosofía*, Barcelona, Tusquets, 1977.
- CRUZ PONCE, Lisandro, *Algunos Principios Generales de Nuestra Legislación Civil*, disponible en: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/revdpriv/cont/4/dtr/dtr3.pdf>>.
- DELLA MIRANDOLA, Pico, *De la Dignidad del Hombre*, Madrid, Nacional, 1984.
- DESCARTES, René, *Meditaciones metafísicas*. Disponible en: <http://www.mercaba.org/Filosofia/Descartes/med_met_alfaguara.PDF>.
- FITPATRICK, Peter, *La Mitología del Derecho Moderno*, México, Siglo XXI, 1998.

- MARGADANT, Guillermo Floris, *El Derecho Privado Romano*, 26ª ed., México, Esfinge, 2005.
- FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, Barcelona, Planeta, 1985.
- GROSSI, Paolo, *Mitología Jurídica de la Modernidad*, Barcelona, Trotta, 2003.
- KANTH, Paul, *Análisis Cultural del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 2001.
- KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, México, Porrúa, 2013.
- , *¿Qué es la Ilustración?* Disponible en: <<http://pioneros.puj.edu.co/lecturas/interesados/QUE%20ES%20LA%20ILUSTRACION.pdf>>.
- MERRYMAN, Jhon Henry y PÉREZ PERDOMO, Rogelio, *La tradición jurídica romano-canónica*, 3ª ed., México, FCE, 2014.
- MONTESQUIEU, Charles-Louis, *Del Espíritu de las Leyes*, Madrid, Sarpe, 1984.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, Madrid, Dykinson, 2003.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción al Estudio de la Filosofía del Derecho*, 11ª ed., México, FCE, 2013.
- RECASENS SICHÉS, Luís, *Filosofía del Derecho*, 20ª ed., México, Porrúa, 2010.
- REYES HERÓLES, Federico, *En plena soledad*, en BARTRA, Roger et al., *Universidad y Humanismo*, México, UNAM, 2003.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von et al., *La Escuela Histórica del Derecho, Tres Artículos*, trad. R. Atadar, Madrid, Biblioteca Victoriano Suárez, 1908, disponible en: <<http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/escuelaHistoricaDelDerecho.pdf>>.
- , *De la Vocación de Nuestro Siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, Granada, Comares, 2008.
- VATTIMO, Gianni, *Adiós a la Verdad*, Barcelona, Gedisa, 2011.
- , *El fin de la modernidad*. Disponible en: <http://api.ning.com/files/qn5ZDC3BwWlogVVK3bDMuKgp6J*oR0e6M*v5gtigGM-zluSz-2JJC4Zznio2VNNlmU1Ao4gsHulqJMUjqPWXR*ZMeai4pBM-Fz/vattimo_fin_de_modernidad.pdf>.

VILLOORO TORANZO, Miguel, *Introducción al Estudio del Derecho*, 21^a ed., México, Porrúa, 2012.

———, *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 4^a ed., Porrúa, México, 1999.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, 10^a ed., Madrid, Trotta, 2011.

LEGISLACIÓN

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 20^a ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.

Código Civil para el Distrito Federal, disponible en: <<http://info4.juridicas.unam.mx/adprojus/leg/10/343/21.htm?s=>>.