

La Historia del Derecho en Brasil, de la Independencia al primer centenario

Legal history in Brazil from the Independence in 1822 to 1st centenary

RESUMEN

Estudio de la historiografía jurídica en Brasil, desde la independencia en 1822 hasta las celebraciones del centenario en 1922. Se considera el papel del derecho en la construcción del Estado y en el desarrollo de una identidad nacional. Se destacan tres formas distintas y sucesivas de incursiones en la historia del derecho: un enfoque historicista y empírico, en el que la referencia histórica es secundaria a la historia general o al derecho; un enfoque científico y naturalista, en el que el derecho sigue las diferentes fases de la sociedad según ángulos positivistas o evolucionistas; y un enfoque dogmático e igualmente empírico, surgido en el Primer Congreso de Historia Nacional (1914) y en el Congreso Internacional de Historia Americana (1922), ambos organizados por el Instituto Histórico y Geográfico Brasileño. Sin embargo, comenzaron a percibirse las deficiencias de una visión excesivamente centrada en el monismo jurídico, lo que tendría consecuencias para la posterior construcción de una nueva historiografía jurídica.

PALABRAS CLAVE

Historiografía jurídica; Historicismo; Nacionalismo; Cientificismo; Instituto Histórico y Geográfico Brasileño.

ABSTRACT

Study on legal historiography in Brazil from the Independence in 1822 to Centenary celebrations in 1922. The role of law in the construction of the State and in the elaboration of a national identity is considered. Three distinct and successive forms of the history of law are highlighted: a historicist and empirical approach in which the historical reference is secondary in relation to general history or in relation to law; a scientism

and naturalistic approach in which law follows diferente phases of Society according the positivist or evolucionary viewpoint; and a dogmatic and equally empirical approach that emerged in the First National History Congress (1914) and in the International Congress of American History (1922), both promoted by the Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. However, the insufficiencies of a vision excessively centered on legal monism are beginning to be perceived, which will have consequences for the subsequent construction of a new legal historiography.

KEY WORDS

Legal historiography; Historicism; nationalism; scientism; Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro.

SUMARIO/SUMMARY: I. Independencia, estudios jurídicos e Historia del Derecho.–II. El Instituto Histórico y Geográfico Brasileño y la construcción de la identidad nacional. La Historia de la Legislación y el Derecho de los indígenas.–III. El historicismo y referencias históricas al Derecho.–IV. El cientificismo y los orígenes de una Historia del Derecho brasileño.–V. Una Historia empírica del Derecho, cultivada por los dogmáticos. V.1 Historia Constitucional. V.2 La Historia de la Administración judicial. V.3 La cuestión del contencioso-administrativo. V.4 Frutos inmediatos: los libros de Aurelino Leal y Agenor de Roure.–VI. El centenario de la independencia. VI.1 Historia de la Enseñanza del Derecho.–VII. Crítica al «idealismo constitucional» y desconocimiento de la tradición jurídica brasileña.–VIII. Consideraciones finales.

I. INDEPENDENCIA, ESTUDIOS JURÍDICOS E HISTORIA DEL DERECHO

El estudio de la historia jurídica en Brasil, desde el movimiento de independencia en la década de 1820 hasta las grandiosas celebraciones de su primer centenario en 1922, fue una aspiración permanente, pero que se materializó en pocas ocasiones. Hubo diferentes razones entre la motivación y su realización que explican tanto las lagunas como los logros.

La década de 1820, cuando Brasil obtuvo su independencia, fue testigo de la primera formulación del Estado-nación. El fin del sistema colonial, el fracaso de la fórmula política del Reino Unido y la consiguiente ruptura con Portugal, la definición de una élite político-administrativa, la guerra por la independencia y los esfuerzos por lograr la unidad política de la antigua colonia caracterizaron el proceso. Pronto se constituyó una Asamblea Constituyente, cuyos trabajos interrumpidos por el conflicto con el Emperador no impidieron a éste otorgar una carta constitucional cuyas líneas básicas habían sido trazadas en el congreso disuelto¹.

¹ WEHLING, A., «Reconfigurar a Corte/(Re), construir o Estado: o horizonte de expectativas no Brasil do Reino Unido». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, n. 478, 2019, p. 26. El trabajo se refiere a las líneas de fuerza en la historiografía de la independencia.

Quedaba mucho por hacer en cuanto a la organización del Estado central, las relaciones con las provincias, el dismantelamiento de la sociedad estamental y el enfrentamiento de resquicios mercantilistas. Al igual que otras antiguas colonias americanas, también era necesario forjar una identidad nacional, cuyos rasgos incipientes aún estaban superados por el espíritu provincial y local.

Los discursos de la Asamblea Constituyente de 1823, las proclamas gubernamentales y los periódicos y panfletos políticos en sintonía con una visión centralizadora a partir de Río de Janeiro hablaban de nación y de identidad nacional. Criticaban el «provincialismo» y la visión localista, volviendo al discurso del «Imperio grande y poderoso» que venía de la transferencia de la Corte en 1808 y la creación del Reino Unido con Portugal en 1815.

Desde la primera década de independencia se intentó construir esta identidad nacional a través de diversas iniciativas, entre ellas los «actos de lenguaje» a los que se refieren Skinner y Pocock, evidenciados en textos doctrinales, polémicas en el parlamento y la prensa, el himnario cívico y una primera historiografía oficial que enfatizaba la unidad nacional.

Al mismo tiempo, la élite política tenía claro que el proceso de consolidación de la independencia tendría dos vertientes: la construcción del Estado y su identidad como Nación. Y que uno de los pilares de esta construcción era la formación de líderes con educación superior, que hasta hacía pocos años estaba restringida a la Universidad de Coimbra. Durante el gobierno brasileño del rey João VI, aunque se habían creado los primeros cursos de enseñanza superior en medicina, formación militar y bellas artes, el monopolio de los cursos jurídicos, vivero de la administración pública y de la política, seguía perteneciendo a Portugal.

Por ello, la enseñanza jurídica se discutió desde la Asamblea Constituyente de 1823 y finalmente se instituyó por ley en agosto de 1827. Al año siguiente comenzaron a funcionar dos cursos de Derecho, uno en el norte del país, en Olinda (posteriormente trasladado a Recife) y otro en São Paulo, en un intento de atender a la diversidad regional de Brasil.

La expectativa en relación a esos cursos era pragmática, dirigida a la formación del liderazgo nacional y se mantendría así hasta el siglo xx, caracterizando lo que se ha llamado «bachillerismo de élite» en la conducción de la vida político-institucional brasileña².

La primera propuesta de estatutos para los cursos fue de Luís José de Carvalho e Melo, vizconde de Cachoeira, experimentado magistrado de Bahía. Incluía el estudio de la historia del derecho brasileño en la asignatura, de tercer curso, *Direito Pátrio Público*,

«con el profesor remontándose a los orígenes de la monarquía portuguesa, refiriéndose a las distintas épocas, a los diversos códigos y compilaciones y a todo lo necesario para que los alumnos conozcan en profundidad el curso que ha seguido la ciencia del derecho portugués hasta nuestros días»³.

² VENÂNCIO FILHO, A., *Das Arcadas ao bacharelismo*. São Paulo: Perspectiva, 1975, p. 113.

³ Estatuto del Vizconde de Cachoeira, *Criação dos cursos jurídicos no Brasil*. Brasília: Câmara dos deputados, 1977, p. 611.

La misma orientación se estableció para la asignatura de Derecho Penal en tercero y cuarto curso y para la de Práctica del Derecho en quinto, en la que se impartía la «historia resumida de los procesos judiciales civiles y criminales», así como referencias a la historia del Derecho Romano y del Derecho Mercantil en las respectivas asignaturas. A los Estatutos siguió la ley de creación de los cursos en 1827 y su reglamento en 1831, con modificaciones que no alteraron las directrices del Vizconde en la implantación de los planes de estudio.

Discusiones en el Parlamento y el Gobierno a mediados de la época imperial condujeron a cambios en los planes de estudios en 1854 y 1865, pero siguieron manteniendo las referencias históricas en las asignaturas, al menos en teoría, ya que sabemos que la aplicación de los programas, en general, no se llevó a cabo como estaba previsto⁴.

En los últimos años del Imperio, la insatisfacción con la formación jurídica de los estudiantes dio lugar a nuevos debates. En 1877, Franklin Dória, destacado intelectual, se quejó del carácter excesivamente teórico de la carrera, así como de la ausencia de una cátedra de Historia de la Legislación Extranjera y otra de Historia del Derecho Nacional, «lo que se echa en falta desde 1826». A pesar de las críticas, la ley de 1879 que instituyó la enseñanza superior libre en todo el país no incluyó la Historia del Derecho en el plan de estudios, salvo su inclusión en el programa de las diferentes asignaturas⁵.

En los años siguientes, con la difusión en el país del cientificismo en sus versiones positivista y evolucionista, surgió un movimiento a favor de una nueva reforma que eliminase del currículo el Derecho Natural, considerado un remanente metafísico, e incluir la Sociología. En medio de esta polémica, en la que se distinguieron Rui Barbosa en el Parlamento y Tobias Barreto y Silvio Romero en la Facultad de Derecho de Recife, se propuso también la inclusión en el plan de estudios de la Historia del Derecho Nacional. La legislación que siguió, sin embargo, no incluyó los cambios.

Con la instauración de la República en 1889 y los cambios subsiguientes, dos años más tarde tuvo lugar la reforma de Benjamim Constant, que consagró la opción científica: supresión del Derecho Natural e inclusión en la carrera de las asignaturas Filosofía e Historia del Derecho (primer año) e Historia del Derecho Nacional (en cuarto). En 1895 una nueva organización amplió los estudios a cinco cursos, concentrando la Historia general del Derecho y del Derecho brasileño en una asignatura del quinto año, la «Historia del Derecho y especialmente del Derecho Nacional»⁶.

La cátedra creada por la reforma Benjamin Constant dio origen al primer manual de Historia del Derecho Brasileño, de José Isidoro Martins Jr, cuya primera edición se publicó en 1895.

Nuevas reformas de la enseñanza jurídica en 1911 (Rivadavia) y 1915 (Carlos Maximiliano) mantuvieron la Filosofía del Derecho, pero enfatizaron el

⁴ BASTOS, A. W., *La educación jurídica en Brasil*. Río de Janeiro: Freitas Bastos, 2018, p. 71.

⁵ ANALES DEL PARLAMENTO BRASILEÑO. Cámara de los Diputados. Río de Janeiro: Tipografía do Imperial Instituto Artístico, 1877, vol. V. pp. 32-39.

⁶ VENÂNCIO FILHO, A., *Das Arcadas...*, p. 180.

carácter dogmático de las asignaturas, eliminando la Historia del Derecho de los planes, situación que se mantuvo hasta la última década del siglo xx.

¿Por qué, a pesar de su recomendación desde los Estatutos del Vizconde de Cachoeira, la Historia del Derecho Brasileño ha estado ausente de los planes de estudio?

La respuesta se encuentra en las primeras décadas tras la independencia. Se trataba de afirmar la naciente nacionalidad frente a la identidad portuguesa, representada por tres siglos de dominación colonial. El discurso sobre el tema se hizo explícito ya en la primera legislatura, en 1826, cuando varias voces se alzaron contra la enseñanza de la historia de la legislación brasileña o de la legislación portuguesa. Diputados como el magistrado Almeida e Albuquerque argumentaban que la legislación brasileña, a pesar de su origen portugués, no podía ser «explicada por los mismos principios... sino que debe ser iluminada y demostrada por los principios de nuestra Constitución»⁷. La misma tesis fue apoyada por el diputado Padre José Custódio Dias:

«Nuestra ley nacional es completamente contraria a estas máximas pestíferas de la ley portuguesa. ¿Y es posible que vayamos a imbuir a nuestra juventud con estas máximas de legitimidad y esclavitud nacional? (...) Nuestra ley es toda constitucional... ésta es la ley que nos salvará de las máximas del viejo mundo»⁸.

El problema de la construcción de una identidad nacional, en una época caracterizada por el romanticismo, el nacionalismo y el historicismo, seguiría siendo objeto de esfuerzos y debates en las décadas siguientes. El surgimiento de una literatura nacional e incluso la existencia de una «lengua brasileña» distinta del portugués se discutieron con frecuencia⁹. No es de extrañar, por tanto, que la cuestión de un derecho nacional, de su historia y de su presencia tanto en los cursos jurídicos como en el ámbito de la investigación siguiera haciendo furor.

II. EL INSTITUTO HISTÓRICO Y GEOGRÁFICO BRASILEÑO Y LA CONSTRUCCIÓN DE LA IDENTIDAD NACIONAL. LA HISTORIA DE LA LEGISLACIÓN Y LOS DERECHOS INDÍGENAS

La clara constatación de que era necesario consolidar el Estado y la nación en Brasil tuvo una importante expresión institucional con la creación en 1838 del Instituto Histórico y Geográfico Brasileño. La entidad se estableció como órgano semioficial en medio de una reacción conservadora y centralizadora que se oponía al liberalismo radical y republicano, en un momento de gran agitación política, con rebeliones e intentos secesionistas en partes del territorio.

⁷ CREAÇÃO..., p. 452.

⁸ CREAÇÃO..., p. 455.

⁹ MELO, G. C., *Alencar y a «língua brasileira»*. Rio de Janeiro: Conselho Federal de Cultura, 1972, p. 119. PROENÇA FILHO, D., *Muitas línguas, uma língua. A trajetória do português brasileiro*. Río de Janeiro: José Olímpio, 2017, p. 299.

La propuesta de los fundadores, una élite de magistrados, funcionarios, terratenientes y comerciantes, muchos de ellos procedentes de las luchas por la independencia, era crear una institución que recopilase información histórica, geográfica y económica para elaborar estudios e interpretaciones del país¹⁰. La cuestión de la identidad nacional estaba implícita y se hizo explícita cuando se presentó un concurso para la monografía que mejor respondiera a la pregunta: «¿Cómo debe escribirse la Historia de Brasil?».

El ganador, proclamado en 1843, fue el botánico y polígrafo bávaro Karl Friedrich Phillip von Martius. Las tesis de Martius, inspiradas en una perspectiva aún fuertemente ilustrada, atraían a quienes buscaban un fundamento histórico para el nuevo país. La formación social basada en las tres etnias –portuguesa, indígena y africana–, el predominio de la primera con fuerte influencia de las otras, el elogio del mestizaje, la organización institucional y administrativa basada en el municipio, la expansión territorial y la evolución social a lo largo de los siglos coloniales convergían para crear un país extenso, potencialmente rico y dinámico, cuya mejor forma de gobierno sería una monarquía constitucional, equidistante del despotismo del Antiguo Régimen y del radicalismo republicano. No olvidó la aportación de la religión, en particular la labor de los jesuitas, la vida militar y –tema que abandonaría la historiografía historicista posterior, centrada en el Estado– la vida social y económica en la cotidianidad rural y urbana.

En este contexto, instó a los intelectuales brasileños y, en particular, a los historiadores a «no perder nunca de vista» el desarrollo civil y legislativo, que necesariamente acompañó cada paso del proceso colonizador. Subrayó que era esencial conocer la «historia de la legislación y del estado social de la nación portuguesa» en la época de la incorporación de Brasil y su posterior desarrollo en el nuevo país, porque «en la legislación [el historiador] reconoce el espejo de una época»¹¹.

Se debe también a von Martius otra obra, titulada «O estado do Direito entre os autóctones do Brasil». En ella el autor se basaba en la experiencia adquirida en su viaje de estudios a Brasil entre 1817 y 1819, en los diferentes relatos de cronistas portugueses y españoles sobre los indígenas y en las ideas generales de la filosofía y la etnografía ilustradas en las que se formó, aún vigentes en las primeras décadas del siglo XIX. De este modo, naturalizaba la división del derecho –público, privado, de gentes– y la aplicaba a las sociedades que identificaba en un nivel inferior de civilización. No se trataba todavía de una perspectiva evolucionista tal como se desarrolló a mediados del siglo XIX, aunque a menudo comparaba las manifestaciones culturales de los distintos pueblos que conocía con los primitivos romanos o germánicos. Estableció así dos o tres niveles básicos, «primitivo» y «civilizado», con situaciones interme-

¹⁰ WEHLING, A., *Estado, historia, memoria. Varnhagen y la construcción de la identidad nacional*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999, p. 50.

¹¹ MARTIUS, K. F. P., «Como se deve escrever a História do Brasil». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, n. 6, 1844, 381.

días, como el caso de las llamadas altas culturas americanas¹². En cualquier caso, el *quid* de la explicación de von Martius sobre las etnias o «razas», como él las denomina, no está en las características biológicas, como pronto se afirmó, sino, al estilo de la Ilustración, en las categorías culturales. Se trataría, pues, de etapas superables por el progreso y no de dictados biológicos de inferioridad racial¹³.

Los temas jurídicos que identificaba se referían al ejercicio del poder, las relaciones civiles y el derecho penal. En el primer aspecto, estudió el papel de las asambleas tribales en las decisiones de interés colectivo, como la guerra y el comercio con otras comunidades, las características políticas y jurídicas de la jefatura, las formas de sucesión hereditaria o electiva y mencionó casos de chamanes que intentaban ocupar la jefatura para instaurar una «teocracia primitiva»¹⁴.

En el ámbito de las relaciones civiles, destacó la naturaleza del comercio, con los intercambios intertribales y los cambios provocados por la presencia de los portugueses, incluida la trata de esclavos de los vencidos en las guerras. En el ámbito del derecho de propiedad, refutó la idea de que era desconocido y lo asoció a la producción agrícola, aunque incipiente. Como ejemplos de objetos sujetos a las reglas de la propiedad privada individual, mencionó las armas y adornos de los hombres y los adornos y vestidos de las mujeres, cuando existían. La propiedad privada familiar, por su parte, consistía en redes, recipientes y otros utensilios necesarios para producir alimentos. En consecuencia, existían herencias –aunque no testamentos– y era costumbre repartir los bienes entre los parientes¹⁵. Para von Martius, el matrimonio no era ni un pacto religioso ni un acto civil, ya que se atribuían pocos derechos y garantías a los cónyuges, aunque existía una clara «autocracia», según él, del hombre sobre la mujer. Señaló la existencia de la dote en algunas tribus y destacó los impedimentos al matrimonio, el más común de los cuales era la unión entre hermanos¹⁶.

En cuanto a lo que identificó como derecho penal, el autor comentó la baja incidencia de robos y hurtos y las penas relativamente leves para tales delitos. Le impresionó, sin embargo, el castigo del asesinato, especialmente en forma de *vendettas*, que enfrentaban a comunidades enteras, sin dejar de destacar el hecho nuevo que representaba la acción de los portugueses, compradores de esclavos, y cómo ello estimulaba los conflictos.

También valoró el simbolismo que rodeaba los diferentes actos, a los que atribuía un significado jurídico, como la rendición, caracterizada por la prostración del vencido a los pies del vencedor, la emancipación de los jóvenes, marcada por sacrificios rituales que ponían a prueba el valor del futuro guerrero, y los gestos –en ausencia del juramento– que señalaban compromisos, como la

¹² MARTIUS, K. F. P., *O estado do direito entre os autóctones do Brasil*. São Paulo: Edusp, 1982, p. 20.

¹³ WEHLING, A., «La concepción histórica de von Martius». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. n. 385, 1994, p. 721.

¹⁴ MARTIUS, K. F. P., *El Estado...* pp. 23-34.

¹⁵ *Idem*, p. 35.

¹⁶ *Idem*, pp. 48-55.

colocación de las manos en el cabello. Esto último el autor lo comparaba con el valor dado «entre nuestros antepasados» al mechón de barba¹⁷. El gesto y la repetición ritual subrayaban así la fuerza jurídica de la costumbre.

Von Martius concluyó su estudio aplicando preceptos de la filosofía de la historia de Vico y Herder y, más reciente, de Schelling, su contemporáneo en Múnich y cuyo «Sistema de las Edades del Mundo» conocía desde 1811. Para situar el derecho, el autor bávaro utilizó una de sus hipótesis favoritas, la de la existencia de un gran pueblo o civilización que, por razones desconocidas, decayó y se fragmentó en innumerables unidades menores, con diferencias culturales en lenguas y costumbres cada vez más diferenciadas. En cuanto a la historia del derecho,

«Esta disolución de todos los lazos de una comunidad étnica anterior, acompañada y amplificada por una confusión babilónica del lenguaje, el derecho brutal de la fuerza y la continua guerra sorda de todos contra todos como resultado de esta misma disolución, me parecen lo esencial y más importante para la historia del derecho de los brasileños, incluso de toda la población primitiva americana»¹⁸.

La sugerencia de Von Martius en términos de derecho sólo sería aceptada parcialmente en relación con el estudio de la legislación portuguesa, porque la creciente tendencia monista del derecho en el siglo XIX excluía la posibilidad de considerar otros sistemas jurídicos fuera del ámbito de las normas estatales.

III. EL HISTORICISMO Y REFERENCIAS HISTÓRICAS AL DERECHO

En 1849-1859 Francisco Adolfo de Varnhagen, vizconde de Porto Seguro, el historiador brasileño más importante del siglo XIX, publicó un opúsculo presentado a la Asamblea General del Imperio con sugerencias pragmáticas para el futuro del país, al que llamó «Memorial Orgânico». En él identificaba cinco de los principales problemas de Brasil e indicaba las soluciones que le parecían más adecuadas. Una de las dificultades señaladas era el carácter excesivamente abstracto y alejado de la realidad de la Constitución y las leyes brasileñas: la influencia del constitucionalismo francés e inglés le parecía pernicioso, ya que se abandonaba la tradición jurídica portuguesa, basada en los fueros y costumbres que reflejaban la vida social y política portuguesa y brasileña, en favor de una legislación que no guardaba ninguna relación con la experiencia histórica ibérica o americana¹⁹.

Según él, esto despreciaba no sólo la tradición legislativa portuguesa, sino también la experiencia desarrollada en la colonia. Tal postura podría justificar

¹⁷ *Idem*, pp. 45-56.

¹⁸ *Idem*, p. 68.

¹⁹ VARNHAGEN, F. A., *Memorial orgânico oferecido a la Assembleia General*. Brasília: Funag, 2016, p. 108.

un interés más profundo por la historia del derecho brasileño. Sin embargo, en algunos círculos del romanticismo se consideraba a Varnhagen excesivamente lusitanófilo y demasiado adepto a la razón de Estado. En una polémica en la que se vio envuelto en la década de 1850, dejó claro que consideraba fundamental, si no exclusiva, la aportación de los portugueses, distanciándose de la «fusión de las tres razas» de la tesis de von Martius, aunque éste atribuyera preeminencia a la contribución portuguesa. Criticó la «filantropía» ilustrada en relación con los indígenas y el indianismo literario, principal vertiente brasileña del romanticismo.

En la época, el historicismo, el nacionalismo y el romanticismo marcaban profundamente las concepciones sobre el pasado de Brasil, así como las soluciones para el presente y las proyecciones para el futuro. Pero la aporía ya planteada en la Cámara de Diputados sobre la incompatibilidad entre un derecho impuesto por el colonizador y la realidad del país seguía presente, desalentando el interés por la historia del derecho brasileño e incluso por la historia general del derecho, vista como legitimadora de una visión exclusivamente lusitana.

En la misma época, el principal escritor romántico brasileño –y jurista muy próximo a la dogmática– José de Alencar, al darse cuenta de que «la lengua brasileña se está liberando de las normas clásicas de los escritores portugueses», estaba convencido de que «las lenguas progresan y se transforman – si la lengua portuguesa no puede progresar, debe transformarse para formar la lengua brasileña»²⁰. Por ello, propuso un «Plan» para la lengua portuguesa brasileña.

Para el conocimiento del universo jurídico sólo quedaba el trabajo empírico. El propio Varnhagen lo hizo al ocuparse de la legislación y las prácticas de los concejos municipales, las normas de la región minera, el derecho eclesiástico y los tratados internacionales. Lo hizo, sin embargo, como un historiador puro, que utilizó las informaciones mucho más como fuentes para sus análisis que como objeto específico de conocimiento.

Otros dos historiadores-juristas trabajaron más de cerca con la propia historia del Derecho. Cândido Mendes de Almeida, en sus comentarios a las *Ordenações Filipinas* y en los volúmenes del Auxiliar Jurídico, estudió las normas metropolitanas y su aplicación –o falta de aplicación– en Brasil, con referencias a la doctrina y a la jurisprudencia, en particular sentencias judiciales. También añadió al primer volumen de las *Ordenações* un prólogo en el que presentaba una historia del derecho portugués y de su vigencia en Brasil.

Comenzaba presentando las líneas generales del derecho romano hasta Justiniano, basándose en Savigny. Pasaba seguidamente a las leyes visigodas, al derecho canónico y a las Siete Partidas, antes de iniciar su estudio de las *Ordenações* portuguesas. Concluía su trabajo con un estudio de la legislación portuguesa posterior a 1603, con la promulgación de las *Ordenações Filipinas*, hasta la independencia del país. No dejó de considerar, en diferentes momentos, sobre todo en el caso de la legislación específicamente portuguesa, los enfrentamientos y conflictos que hicieron que las diferentes posturas salieran victoriosas o derrotadas.

²⁰ PROENÇA FILHO, D., *Muitas...*, p. 390.

Los comentarios de Cândido Mendes, finalizados en febrero de 1870, fueron justificados por el autor como una contribución no sólo de carácter académico, sino también forense, considerando que el país aún no tenía su Código Civil, prometido, como él mismo recordaba, desde la Constitución de 1824²¹.

Agostinho Marques Perdigão Malheiro, abogado militante, publicó el libro «La esclavitud africana en Brasil. Ensayo histórico, jurídico y social». La obra formaba parte de la campaña contra la esclavitud que estaba teniendo lugar en el país y que generaría sucesivas leyes abolicionistas. Examinaba la esclavitud indígena, ya extinguida, y la africana, además de analizar la situación jurídica de los libertos a partir de la Constitución de 1824 y de la legislación posterior. Aunque fue una obra decididamente comprometida y circunstancialmente fechada, la calidad del análisis histórico-jurídico ha hecho que sobreviva no sólo como testimonio de una campaña, sino como contribución al conocimiento profundo del tema abordado.

El plan de trabajo consta de tres partes: legislación y doctrina jurídica sobre las personas esclavizadas y liberadas, la esclavitud indígena y la esclavitud de los africanos²². Las fuentes en las que se basó son las diversas legislaciones sobre la materia y la doctrina de diferentes épocas históricas. El libro contiene también un extenso apéndice documental compuesto por leyes, decisiones administrativas, extractos de memorias y dictámenes, proyectos de ley presentados a la Cámara de Diputados y al Senado Imperial y legislación comparada de mediados del siglo XIX sobre la extinción de la trata y la esclavitud.

El análisis de los diferentes institutos se basaba principalmente en el derecho romano, las leyes del Antiguo Régimen Luso-Brasileño y las «leyes modernas», es decir, posteriores a la Constitución de 1824. Los temas abarcaban todas las relaciones jurídicas afectadas por la esclavitud en Brasil, con énfasis en observaciones sobre el derecho de familia, el derecho de propiedad y las normas procesales, así como consideraciones sobre las formas de convertirse en esclavo y de poner fin a la esclavitud.

El estudio de Perdigão Malheiro seguía la orientación cristiana del autor y en su apreciación del derecho natural, que sustentaba su decidida defensa del «favor» o presunción de libertad, principio filosófico-jurídico frecuentemente invocado en el mundo jurídico brasileño por quienes condenaban el instituto de la esclavitud. Aunque buscaba exhaustivamente ejemplos normativos, doctrinales, filosóficos y jurisprudenciales para minimizar la condición de esclavitud y ampliar las manumisiones, el autor sabía bien que el fin que perseguía sólo se alcanzaría con soluciones extrajurídicas, políticas y sociales, como la campaña que había emprendido. Para la historia del derecho, sin embargo, es una contribución valiosa, como lo fue la de Cândido Mendes, jurista práctico que se sirvió de la argumentación histórico-jurídica para alcanzar su objetivo haciendo así, también, una contribución relevante al conocimiento científico.

²¹ ALMEIDA, C. M., *Código Philippino ou Ordenações e leis do Reino de Portugal*. Rio de Janeiro, Tipografia do Instituto Philomatico, 1870, v. I, p. LXXIII.

²² MALHEIRO, A. M. P., *A escravidão no Brasil. Ensaio histórico, jurídico, social*. Petrópolis: Vozes, 1976, v. I, p. 27.

IV. EL CIENTIFICISMO Y LOS ORÍGENES DE UNA HISTORIA DEL DERECHO BRASILEÑO

A partir de la década de 1870, en Brasil como en todo el mundo euroamericano, el romanticismo dio paso en la literatura al realismo, al eclecticismo filosófico, a las corrientes inspiradas en las diversas vertientes de lo que más tarde se llamó científicismo: positivismo, evolucionismo y, un poco más tarde, marxismo. Debido a la influencia del realismo literario, las expresiones del positivismo y el evolucionismo acabaron a veces agrupándose, incluso en el derecho, como «naturalistas».

Las premisas científicas se elaboraron de forma diferente en cada vertiente, pero tenían un fundamento epistemológico común. El reconocimiento de la física –la física newtoniana en su desarrollo hasta el siglo XIX– como el saber científico por excelencia; la concepción de la naturaleza como un todo regido por leyes deterministas, cognoscible mediante la metodología correcta, basada en la observación y la experimentación; el reduccionismo de otros campos del saber al patrón de la física, transpuesto primero a la biología y luego al estudio de las sociedades, y aquí llegamos a la sociología de Comte y Spencer o a la antropología de Tylor y Morgan. En poco tiempo, la filosofía y el derecho verían asaltadas las tesis del racionalismo ilustrado, sustituidas por leyes con un trasfondo físico-biológico²³.

Esta revolución epistemológica, que llegó al derecho brasileño a través de figuras como Tobias Barreto, Sílvio Romero, Rui Barbosa y Pedro Lessa, tuvo su primer campo de batalla en la filosofía del derecho, que propuso anular el derecho natural por «metafísico» y sustituirlo por estudios sociológicos.

Nada más proclamarse la República, el Ministro de Instrucción Pública, Benjamim Constant Botelho de Magalhães, positivista acérrimo, tomó varias medidas acordes con sus posiciones teóricas, entre ellas el decreto de 2 de enero de 1891, por el que se modificaban las instituciones de enseñanza jurídica²⁴. Para la carrera de Ciencias Jurídicas, la inclusión en el plan de estudios de las asignaturas de Filosofía e Historia del Derecho e Historia del Derecho Nacional implicó la creación de nuevos programas para las respectivas materias.

En el caso del programa de Historia del Derecho Nacional adoptado en la Facultad de Derecho de Recife se definieron 21 puntos. El primero de ellos daba la orientación filosófica a seguir: «ideas generales sobre filogenia jurídica y leyes superiores de evolución respectiva». Los cinco ítems posteriores trataban de la evolución histórica del Derecho portugués desde sus fundamentos romanos, germánicos y canónicos hasta los fueros consuetudinarios, las ordenanzas reales y la legislación de la Ilustración, destacando que el enfoque era el de la «historia genética del Derecho portugués». Otros tres describían el derecho colonial, siete el derecho del Imperio y cinco el derecho de Brasil bajo el nuevo régimen republicano, que acababa de instalarse.

²³ WEHLING, A., *A invenção da história. Estudos sobre o historicismo*. Rio de Janeiro: UFFUGF, 2001, p. 43.

²⁴ VENÂNCIO FILHO, A., *Das Arcadas...*, p. 179.

Este fue el programa utilizado por Francisco Isidoro Martins Júnior como profesor, cuya *História do Direito Nacional* es el resultado parcial, pues sólo llega hasta el punto 9, terminando con el cierre del período colonial en 1822²⁵.

Fiel a su percepción científica o «naturalista» del derecho, estableció un claro condicionamiento de la física a la biología y de la biología a los estudios sociales y, aunque se reconoció discípulo de Tobias Barreto, no hizo suyas las restricciones culturalistas del determinismo de este último. En consecuencia, Martins Jr. veía las tradiciones jurídicas romana y germánica no como formaciones culturales distintas, sino como expresiones raciales, en un sentido biológico.

Como un resabio del viejo sesgo nacionalista que venía de la época de la independencia, el autor explicó la ausencia del estudio de la historia del derecho brasileño por el hecho de que «después de 73 años de vida política autónoma, una parte de nuestra legislación sigue siendo extranjera... No tenemos un derecho nacional propio y homogéneo; no es de extrañar que carezcamos de la historia de este derecho». En su opinión, el derecho colonial era el resultado de la aplicación del derecho portugués a Brasil, que a su vez era el resultado de la convergencia del derecho romano y germánico. La clasificación se inspiró en las etapas establecidas por Esmein para el Derecho francés²⁶.

El libro se divide en una «parte general», con los antecedentes y el derecho portugués, y una «parte especial», que en la jerga científica denominaba «período embriogénico» (1800 a 1822). Como método expositivo seguía siempre la historia general o tipologías sociológicas y antropológicas para delimitar el tema, llegando a los aspectos jurídicos; es lo que Martins Jr hizo, por ejemplo, cuando definía el derecho en función de la formación étnica y de la combinación de los distintos pueblos. En *aplicación del método propuesto, su interpretación pretendía establecer vínculos* causales entre la legislación y el contexto social, político y económico como regla de explicación. Al referirse a las *Ordenações*, consideraba las *Afonsinas* motivadas por el entusiasmo «nacional» tras la batalla de Aljubarrota, con la consolidación de la nueva casa real de Avis, y por la «fuerza expansiva del romanismo» que afirmaba la ley portuguesa ante los demás reinos de la península. Las *Manuelinas* se establecieron por una razón subjetiva (la vanidad del rey) y otra objetiva (reforzar el romanismo como defensor del poder real). Las *Filipinas*, por su parte, surgieron de la «necesidad de reaccionar contra el derecho canónico», reforzado en la legislación del rey Don Sebastião por la adopción estricta de las normas tridentinas, lo que coincidía con la tesis de Cândido Mendes en sus comentarios²⁷.

Otro ejemplo de la interpretación del autor es su personalísima y fundamentada lectura de la *Lei da Boa Razão*, la norma ilustrada dictada por el marqués de Pombal para redefinir todo el derecho portugués, librándolo de conflictos legislativos y de la actuación que el ministro consideraba negativa por una gran parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Esta legislación, dirigida contra

²⁵ MARTINS JUNIOR, F. I., *História do Direito nacional*. Recife: Cooperativa Editora e de Cultura Intelectual, 1941, p. 3.

²⁶ *Idem*, p. 58.

²⁷ *Idem*, pp. 94-96.

«los soldados de la Glosa, los discípulos de Acurito y Bartolo», se presentaba como una manifestación del «espíritu de nacionalidad» hostile a la «liturgia romanista», en lo que coincidía con el portugués Coelho da Rocha y el brasileño Cândido Mendes. Pero esta percepción le parecía insuficiente, y a la interpretación de las leyes debía añadirse el elemento crítico-filosófico. Expresado en sus palabras, «o jus civile lusitano era Acúrcio e a Glosa; a Lei da Boa razão veio a ser, contra ele, o jus gentium et naturale reunidos sob o influxo de Cujácio»²⁸. *Mos gallicus* frente a *mos italicus*, por tanto, aunque no utilizaba tales expresiones.

En relación con el último período colonial, el de la administración del príncipe, entonces rey João VI, de 1808 a 1821, proponía dibujar la «fisonomía jurídica» de la época, identificando casi exclusivamente institutos de derecho público interno y externo, sin apenas innovaciones en el derecho privado. La razón, manifestaba, era que Brasil vivía una «revolución social», y «é no direito público que elas [las revoluciones] se encarnam»²⁹.

Al momento de concluir Martins Jr utilizó dos metáforas fisiográficas. En la primera aludía a tres afluentes, romano, germánico y canónico, desembocando en el río portugués, transportadas a Brasil, primero brevemente confinadas en el «estrecho embalse del feudalismo» (así se contemplaba el régimen de las capitánías hereditarias entre 1534 y 1548) y extendiéndose después por todo el territorio conquistado. Pero en este proceso de expansión el autor sólo veía la difusión de la legislación portuguesa, sin formación de un derecho con colores locales.

La segunda metáfora procedía del relieve: las cordilleras representaban el derecho romano y visigodo, con las elevaciones portuguesas –fueros y *Ordenações*– dando paso en Brasil a la «extensa e inculta meseta» de la Colonia, hasta que surgió una nueva elevación con la legislación juanina. La visión era la misma: el derecho brasileño como derecho portugués trasplantado, y nada más.

En el mismo contexto, pero con diferente motivación, se sitúa la obra de Felisbelo Freire, *História Constitucional da República dos Estados Unidos do Brasil*, publicada en cuatro volúmenes en 1894-1895.

La motivación del estudio de Freire fue la consolidación de la República y la afirmación de la superioridad de esta forma de gobierno sobre la monarquía recién derrocada. Se inspiró en el mismo clima científico, pero se identificó con el liberalismo y el evolucionismo spencerianos y no con el positivismo, ya fuera el positivismo estricto del Apostolado Positivista de Río de Janeiro, ya el positivismo litreísta.

Escrito con «convicción republicana» y afirmando el nuevo régimen como «factor de desarrollo político» en una clara teleología, Freire iniciaba su *História Constitucional* con los orígenes de las ideas republicanas en el país e identificaba las «leyes de su desarrollo»³⁰. El primer volumen trata la evolución de las ideas republicanas y las causas de la caída de la monarquía en 1889. El segundo

²⁸ *Idem*, p. 110.

²⁹ *Idem*, p. 226.

³⁰ FREIRE, F., *História constitucional da República dos estados Unidos do Brasil*. Brasília: UNB, 1983, volumen I, p. 9.

estudia la producción legislativa, especialmente en el ámbito del derecho público, del gobierno provisional entre 1889 y 1891, incluso anticipando disposiciones que se convertirían en constitucionales. El tercero analiza en detalle el proceso constituyente de 1890-1891, especialmente las fuerzas centralizadoras, federalistas y ultrafederalistas en conflicto y las opciones constitucionales. El cuarto reúne los textos de las constituciones de los Estados, más los comentarios del organizador.

Felisbello Freire, siguiendo la perspectiva científica iniciada en la década de 1870 por los intelectuales positivistas o evolucionistas, veía en este período la superación de la «orientación metafísica» dominante hasta entonces, superada por el predominio de las ciencias naturales basadas en autores como Haeckel, Darwin, Comte y Spencer. Sus tesis a lo largo de los cuatro volúmenes revelan simultáneamente la fuerza de las posiciones científicas, en cuanto al método y al papel atribuido a la evolución del derecho constitucional, y su sintonía (o no) con la sociedad en cuanto al contenido. Por eso, uno de sus admiradores, Alcindo Guanabara, pudo decir que su historia constitucional no era una colección de «hechos banales», sino la obra de «un pensador que utiliza los hechos para documentar las opiniones»³¹.

Aún desde una perspectiva metodológica, otro crítico de la época, Araripe Júnior, enfatizó el mismo punto, entendiendo que Freire utilizó el método de Taine en *Orígenes de la Francia Contemporánea*, clasificando los acontecimientos en categorías, inspirándose en los «Datos de Sociología» de Herbert Spencer. En consecuencia –manifestó– había que responder a dos preguntas: ¿por qué no surgió antes la República y por qué los hábitos sociales y políticos no fueron suficientes para mantener el Imperio? Las respuestas para Felisbello Freire, según Araripe Júnior, residían en los males inherentes a la defectuosa («imperfecta») constitución de la monarquía. Tanto Alcindo Guanabara como Araripe Júnior hicieron que el autor incorporara sus críticas en la segunda edición del libro, que siguió inmediatamente a la primera, lo que atestigua su acuerdo con sus observaciones³².

Las explicaciones se centran en la existencia de una tradición político-jurídica de carácter republicano desde finales del siglo XVIII y en las causas económicas, sociales y políticas de la caída de la monarquía, que explican respectivamente como la mala gestión económica, la superación de la «fase metafísica» de la política y el derecho y los defectos de la Constitución de 1824, que generaron crisis institucionales. La República no fue, pues, un mero incidente político, sino el resultado de una maduración social, institucional y jurídica, la «fase final» de un largo proceso.

Al analizar los trabajos de la Asamblea Constituyente de 1890-1891 y su resultado, la Constitución de 24 de febrero de 1891, trató de identificar sus «factores» o elementos (la actuación político-jurídica, sobre todo jurídica, del Gobierno Provisional, la actuación de los grupos políticos en la Asamblea Constituyente, las influencias ideológicas). Respecto a estas últimas, descarta

³¹ *Idem*, p. 25.

³² *Idem*, volumen I, p. 15.

la influencia del Apostolado Positivista en su redacción, demostrando cómo se rechazaron las principales tesis de esta corriente ortodoxa del positivismo³³.

La *História Constitucional* de Felisbello Freire giraba en torno al tema republicano. Utilizaba frecuentemente ejemplos históricos y de derecho constitucional comparado para concluir que el resultado del proceso –la Constitución Republicana– atendió a las principales demandas de modernización institucional del país, como la introducción del federalismo, el presidencialismo, la ampliación del sufragio y de la justicia dual (federal y estatal) y la nueva organización municipal. También hizo hincapié en un aspecto ya defendido por la propaganda republicana desde 1870: la monarquía brasileña era una «excepción americana»; los regímenes republicanos expresaban una tendencia en el continente, la democrática, que según él afectaba directamente al derecho constitucional, pues la democracia «es más que una forma de gobierno, es un estado de la sociedad». Se trataba, sin duda, de una aspiración mucho más spenceriana que comteana, pero en cualquier caso plenamente científicista.

Pedro Lessa tenía opiniones similares, mas las expresaba de forma diferente. Jurista, miembro del Tribunal Supremo, autor de una extensa introducción a la Historia de Inglaterra de Thomas Buckle, que fue un éxito en el ambiente positivista, evolucionista y naturalista brasileño. Su discurso inaugural en el Instituto Histórico y Geográfico Brasileño versó sobre el carácter científico de la historia. Más filósofo del derecho y constitucionalista que historiador, sin embargo, publicó en la revista de esa institución, en 1907, un texto sobre «O Direito no século XIX», que consideraba las líneas estructurales de la historia del derecho, en particular del derecho público y constitucional, desde sus orígenes ilustrados y revolucionarios, sin dejar de hacer referencia al derecho privado. Para Pedro Lessa, el gran legado de los siglos XVIII al XIX había sido la organización –incluida la jurídica– de la libertad, mientras que el legado de los siglos XIX al XX era la resolución del problema de la propiedad, haciéndose eco de las consecuencias de la Revolución Industrial y de las respuestas socialistas, sindicalistas y conservadoras.

Refiriéndose al conjunto del derecho contemporáneo, Lessa explicó su concepción en términos de las ideas dominantes del científicismo: «las normas jurídicas son manifestaciones artísticas, traducciones –en forma de preceptos– de verdades generales o leyes científicas, obtenidas por inducción y deducción. La misión de la ciencia es descubrir conexiones causales, relaciones necesarias, entre los actos voluntarios del hombre y sus consecuencias naturales»³⁴.

Retomando las tradicionales críticas positivistas y evolucionistas al racionalismo de la Ilustración, partió del principio de que las concepciones revolucionarias de Rousseau, Sieyès y otros autores dieron efectivamente lugar al constitucionalismo, pero éste sólo se hizo viable cuando los excesos de aquellas concepciones fueron «eliminados por los mandatos de la vida práctica». Sometidas al tamiz de la realidad, dieron lugar a normas de derecho constitu-

³³ *Idem*, volumen I, pp. 342-344.

³⁴ LESSA, P., «O Direito no século XIX». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*, n. 68, parte II, 1907, p. 532.

cional que pretendían traducir los elevados y amplios principios político-filosóficos de la soberanía nacional, la representación de poderes, el sistema parlamentario y las garantías constitucionales de la libertad individual, la libertad de conciencia, de culto, de prensa, de reunión, de expresión, de asociación y el derecho de propiedad³⁵. Así, para él, la combinación del derecho público inglés y la filosofía francesa se transformó en el constitucionalismo que se reprodujo ampliamente en distintos países a lo largo del siglo XIX, garantizando seguridad jurídica y normas legales para situaciones como los gobiernos parlamentarios y presidenciales, o la tensión entre unitarismo, federación y confederación.

Destacaba también, en derecho penal, la tendencia a sustituir el sistema inquisitorial, vigente sobre todo bajo el absolutismo francés (lo mismo ocurrió en Portugal y por extensión en Brasil) por el sistema acusatorio y las vicisitudes del «humanitarismo» de la Ilustración en el siglo XIX, cuyos excesos, en su opinión, contribuyeron al aumento de la criminalidad. En materia de procedimiento penal, consideraba que el código brasileño de 1832 es superior a sus homólogos francés e italiano, ya que «salvaguardaba el interés social y los derechos del individuo»³⁶.

Una pequeña referencia a los «dos grandes códigos del siglo», el francés y el alemán, y a los de otros países, se centró en los debates desarrollados por entonces en Brasil para elaborar el Código Civil, que sólo entró en vigor en 1917.

V. HISTORIA EMPÍRICA DEL DERECHO, CULTIVADA POR LOS DOGMÁTICOS

Después de preámbulos en los que se consideraba la historia del derecho, pero en los que se abordaba de forma indirecta, como en Varnhagen, Cândido Mendes y Perdigão Malheiro, o desde una rigurosa plataforma filosófico-jurídica, podemos encontrar una especie de *momento fundacional* en 1914, con la atención prestada al tema en el Primer Congreso de Historia Nacional, organizado por el Instituto Histórico y Geográfico Brasileño.

La propuesta para la realización del primer Congreso de Historia en Brasil surgió del diplomático e historiador Manuel de Oliveira Lima, miembro del IHGB y de la Academia Brasileña de Letras y autor de importantes libros sobre la historia brasileña. La dirigió al presidente del Instituto, el jurista y ex político conde Afonso Celso, justificando su principal objetivo: estimular la conciencia y el sentimiento nacionales, a partir del conocimiento sistemático –y científico– de la formación nacional.

Afonso Celso y el secretario Max Fleiuss organizaron el Congreso en sesiones, con tesis/preguntas motivadoras en cada una de ellas. La novena sesión se dedicó a la historia constitucional y administrativa, lo que ya muestra el enfo-

³⁵ *Idem*, pp. 510-511.

³⁶ *Idem*, p. 517.

que presupuesto: el desarrollo institucional del Estado brasileño, en sus fundamentos constitucionales y en su organización estructural. Los trece trabajos presentados pueden clasificarse en historia constitucional, con ocho contribuciones, historia de la administración judicial, con tres, e historia del contencioso administrativo, con dos.

V.1 HISTORIA CONSTITUCIONAL

El trabajo de Augusto Olímpio Viveiros de Castro, titulado «Manifestações de sentimento constitucional no Brasil Reino», partía constatar la existencia de un excesivo idealismo en el constitucionalismo brasileño, debido al «alma latina» del país.³⁷ El asunto del idealismo y la consiguiente desconexión de la realidad se venía discutiendo desde el siglo XIX y alcanzó su auge en los años Veinte con el libro del jurista-sociólogo Francisco José de Oliveira Viana, *O idealismo na Constituição brasileira*.

El autor organizó su exposición en torno a lo que denominó sus «tesis»: en el Brasil-Reino (1815-1822) el sentimiento constitucional no fue popular, sino restringido a un «pequeño grupo de intelectuales» expresado en el liberalismo de las sociedades secretas; todos los principales movimientos revolucionarios tuvieron causas económicas; en el momento de la independencia, los militares desempeñaron un papel preeminente, dejando a los civiles en un segundo plano; el movimiento constitucional sólo adquirió relevancia cuando se convirtió en nacional-independentista. Iniciando su estudio con la participación de los diputados brasileños en las Cortes Constituyentes de Portugal, pasó después al proceso brasileño, destacando la riqueza de la «literatura constitucional» –libros, periódicos y panfletos– de los debates previos y durante la Asamblea Constituyente de 1823³⁸. Más que una historia del derecho o una historia constitucional, se trataba de una historia política del momento constitucional vivido en el proceso de independencia.

La contribución de Rodrigo Otávio Langaard de Menezes se centró en la Asamblea Constituyente de 1823, comparando su proyecto constitucional, que tuvo en Antônio Carlos Ribeiro de Andrada a uno de sus principales impulsores, con la Constitución de 1824, elaborada por el Consejo de Estado con la asistencia permanente del Emperador. Retomando las discusiones constitucionales de la época de la monarquía sobre la importancia de la labor de la Asamblea, concluyó que ambas eran similares, salvo por la existencia del Poder Moderador. De este modo, a diferencia de la obra de Viveiros de Castro, se aproximaba más a la historia constitucional tal como se concebía en la época y menos a la historia política³⁹.

³⁷ CASTRO, A. O. V., «Manifestações de sentimento constitucional no Brasil Reino». Volumen especial dedicado al Primer Congreso Nacional de Historia, 1916, v. III, p. 7.

³⁸ *Idem*, p. 33.

³⁹ MENEZES, R. O. L., «A Constituinte de 1823. A carta constitucional outorgada por Pedro I». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial... v. III, p. 63.

Alfredo Valadão y Aurelino Leal estudiaron el período de la regencia, tras la abdicación del emperador Pedro I en 1831. Eran también historias políticas, pero concebidas a partir de textos constitucionales: Valadão destacó el nacionalismo brasileño que triunfó con la abdicación y se expresó en la llamada «constitución de Pouso Alegre», propuesta a considerar si hubiera triunfado el frustrado «golpe de Estado de 1832», maniobra parlamentaria destinada a modificar la Constitución de 1824, sin abolir la monarquía, pero reduciendo los poderes del Emperador⁴⁰. Aurelino Leal, por su parte, estudió las motivaciones y características del Acta Adicional de 1834, de tono liberal, que introdujo concesiones federalistas en la Constitución, y la «reacción conservadora» posterior, que culminó en la Ley de Interpretación del Acta Adicional de 1841, que restringió algunas de esas concesiones⁴¹. Esta explicación, que ya venía de la obra de Joaquim Nabuco, «Um estadista do Império», y del debate político anterior, se vio así corroborada en una versión republicana.

Otra historia constitucional del Imperio, desde la independencia hasta el manifiesto republicano de 1870, fue la obra presentada por el jurista Levi Carneiro. Examinó los principales rasgos de la evolución político-constitucional, especialmente hasta el inicio del Segundo Imperio, en 1840, destacando el papel del federalismo como base de los movimientos revolucionarios que vivió Brasil, ya que reveló la fuerza de los particularismos. Por extensión, atribuyó una importancia fundamental a los municipios, considerados el «semillero de las franquicias liberales», lamentando el empeoramiento de las condiciones de los municipios en el Imperio, debido a la legislación centralizadora del constitucionalismo vigente. También se ocupó del estudio de las ideas constitucionales, tanto en la Asamblea Constituyente de 1823 como en la posterior publicística, y de la organización judicial del país, destacando los cambios introducidos por la reforma judicial de 1871⁴².

Sin descartar las heterodoxias constitucionales, examinó la organización provisional de la república pernambucana de la Confederación del Ecuador en 1824, la «constitución de Pouso Alegre» y la República de Piratini en la Revolución Farrroupilha de 1835-1845. A diferencia de la primera, como subraya, las dos últimas fueron más moderadas: la primera mantuvo la monarquía, suprimiendo el Moderador y el Consejo de Estado; la segunda, aunque republicana, adoptó las leyes del Imperio, adaptándolas a la forma de gobierno que había instaurado⁴³.

Carvalho Mourão hizo un estudio detallado de la significación de los municipios en el Brasil colonial y en el Reino Unido, analizando después su situación tras la Constitución de 1824 y el Acta Adicional de 1834. A continuación,

⁴⁰ VALADÃO, A., «A tentativa de golpe de Estado de 1832. A Constituição de Pouso Alegre». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Volumen especial... v. III, p. 100.

⁴¹ LEAL, A., «O ato Adicional. Reação conservadora». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Volumen especial... v. III, p. 103.

⁴² CARNEIRO, L., «O federalismo. Suas explosões». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Volumen especial... v. III, p. 187.

⁴³ *Idem*, v. III, p. 241.

el autor analizó la aplicación de las directrices constitucionales a la legislación reglamentaria a partir de la ley de 1828, que estableció los municipios sobre una nueva base⁴⁴.

José Lopes Pereira de Carvalho, en «D. Pedro I e a Constituição do Império», consideró la Constitución de 1824 desde el punto de vista de la organización del Estado y de los derechos individuales⁴⁵, destacando que su texto era un «producto consciente y equilibrado» del liberalismo. Con argumentos jurídicos, analizó el equilibrio de poderes y los criterios definidos para la reforma constitucional, destacando la flexibilidad de la Constitución. Aunque hizo hincapié en el papel del Emperador y mencionó los acontecimientos políticos, su análisis fue más estrictamente jurídico.

Agenor de Roure fue autodidacta en Derecho, pero realizó importantes contribuciones a la historia del Derecho y a la historia constitucional. En el Congreso Nacional de Historia de Roure fue responsable de la «*formação constitucional do Brasil*». Expuso su método al principio del trabajo: ir a los hechos, utilizando exclusivamente documentos escritos y oficiales, haciendo caso omiso de las distintas versiones políticas e ideológicas que los rodeaban. A pesar del positivismo implícito en esta actitud, dejó claro que se negaba a «descubrir las leyes [científicas] que rigen Brasil o determinan su futuro». De Tucídides dijo haber aprendido la primera lección –conocer la verdad ateniéndose a los hechos– e ignorado la segunda –predecir el futuro–.

El texto consideraba «formación constitucional» del país el período comprendido entre la independencia y el Acta Adicional. En él rechazaba la idea de que fuera el deseo de poder absoluto del Emperador o la actuación de los Andrada lo que motivara la clausura de la Asamblea Constituyente. Subrayó la naturaleza del pacto social: ¿quién representaba a la nación? –el territorio, los ciudadanos, los derechos, la sanción y el veto del Ejecutivo, el jurado y las libertades–, para concluir con una comparación entre el proyecto y la Constitución y la solución posterior representada por el Acta Adicional⁴⁶.

La explicación que dio de la clausura de la Asamblea, refutando los dos puntos mencionados a menudo por los intérpretes, revela una peculiar filosofía de la historia, basada no en Comte, sino en la psicología social de Gustave Le Bon. Así, el sentimiento del miedo, «que gobierna el mundo», era un «factor de progreso» y se puso de manifiesto en la formación constitucional del país, ya que propició la independencia, la Asamblea Constituyente y su disolución. Definió el miedo como el «conjunto de circunstancias» que condujeron a la lucha y su dirección progresiva hacia lo mejor⁴⁷.

⁴⁴ MOURÃO, C., «Os municípios – sua importância política no Brasil». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Volumen especial..., v. III, p. 690.

⁴⁵ CARVALHO, J. L. P., «D. Pedro I e a Constituição do Império». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Volumen especial... v. III, p. 706.

⁴⁶ ROURE, A., «Formación constitucional de Brasil». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Volumen especial... v. III, p. 936.

⁴⁷ *Idem*, v. III, p. 945.

V.2 LA HISTORIA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Los tres estudios sobre la historia de la administración judicial trataban de los jueces y tribunales hasta la independencia, la justicia militar y la policía administrativa y judicial.

El primero, de Eneas Galvão, era esencialmente descriptivo y se refería a los jueces, defensores y tribunales coloniales y a los creados por el rey João VI cuando gobernaba desde Río de Janeiro. Se enumeraban los cargos y funciones, basándose exclusivamente en la legislación, desde los jueces municipales hasta los jueces de tribunal⁴⁸.

El estudio de Esmeraldino Bandeira sobre la evolución de la justicia militar hace referencias doctrinales al derecho militar, remontándose al derecho romano para llegar al Brasil colonial, a la monarquía y a las primeras décadas del nuevo régimen republicano. Criticaba la legislación colonial, que reproducía la arrogancia jerárquica de la época, así como la «majestuosa arbitrariedad» del Emperador en la monarquía, para alabar la rapidez de los procesos y los conocimientos técnicos de los magistrados en la República. Lo que el régimen anterior no había conseguido –el Código Civil y un código militar– la República había empezado a realizarlo con el proyecto de código militar de 1890, basado en sus homólogos de Portugal, Francia e Italia, y el Código Civil que se anunciaba para 1914⁴⁹.

En cuanto a la legislación militar, tanto en la Colonia como en el Imperio, afirmó que era heterogénea, fragmentaria y casuística, opinión que también sostenían los partidarios de los cambios en los mismos periodos criticados. Se trataba, pues, de una perspectiva ideológicamente identificada con la República, que a menudo caía en conclusiones manifiestamente anacrónicas, debido sobre todo a la preocupación presentista del autor, que pretendía evitar la repetición de los «errores» del pasado.

La contribución de Astolfo Resende se basó en el Código de Procedimiento Penal de 1832, la ley de 3 de diciembre de 1841 y la reforma judicial decretada en la ley de 20 de septiembre de 1871. Partiendo de la evolución doctrinal y de la legislación comparada para analizar la situación brasileña, su principal contribución fue la periodización propuesta para el proceso penal. El primer momento fue una reacción a las condiciones coloniales, extendiéndose desde la independencia hasta 1841. Desde el punto de vista del autor, fue una época de «ardiente patriotismo y liberalismo radical», caracterizada por la extinción de los procesos judiciales arbitrarios –como se veía en las «devasas» de la época absolutista– la institución del Código de Proceso Penal y la creación del juez de paz como «elemento activo de la justicia penal».

El segundo momento fue una nueva reacción, esta vez contra los excesos liberales del Código de Procedimiento Penal, que se extendió desde el triunfo

⁴⁸ GALVÃO, E., «Juízes e tribunais no período colonial». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial... v. III, p. 325.

⁴⁹ BANDEIRA, E., «A justiça militar». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial...v. III, pp. 372-376.

conservador de 1841 hasta la reforma judicial. Se caracterizó por la restricción de la actuación de los jueces de paz, pasando varias de sus atribuciones a la policía, especialmente la preparación de pesquisas para la instrucción judicial. El tercer período, de 1871 a 1914, fue un período en el que las funciones judiciales pasaron a la competencia exclusiva de los magistrados, se abolió la jurisdicción de los jefes de policía (restringida a la investigación de delitos) y se fortalecieron los derechos individuales, con el perfeccionamiento de institutos como la prisión preventiva, las apelaciones y el *habeas corpus*⁵⁰.

Estrictamente hablando, concluyó el autor, en 1914 Brasil todavía estaba jurídicamente en el tercer período, aunque doctrinalmente y en términos de aspiraciones ya se había modernizado, con la progresiva restricción del jurado hasta su extinción, la abolición de la policía judicial (es decir, la investigación policial) y la equivalencia en el proceso entre los derechos de la sociedad y los del acusado.

V.3 LA CUESTIÓN DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El tema, en la sesión IX del Congreso Nacional de Historia, se trató en el punto: «Contencioso administrativo. ¿Fue organizado regularmente?». Respondieron a la pregunta dos autores, Alfredo Rocha y Nuno Pinheiro de Andrade. La cuestión se refería a la ley vigente en el Imperio, ya que la Constitución republicana la rechazaba.

Alfredo Rocha abordó las principales corrientes doctrinales, incluyendo autores brasileños como el vizconde de Uruguay, Veiga Cabral y Ribas. Estudió las atribuciones de los tribunales ordinarios en comparación con las de los tribunales administrativos y, en el caso específico de Brasil, destacó el problema de los litigios en materia tributaria, generalmente opuestos por los gobiernos conservadores a la tesis liberal de someter los casos a los tribunales ordinarios, y el problema de los litigios en el ámbito de la administración de las provincias. Concluyó, respondiendo a la cuestión planteada, que según las fuentes documentales, el contencioso administrativo «nunca tuvo una organización metódica y regular» en el país, ni procesal ni materialmente⁵¹.

Nuno Pinheiro de Andrade dividió su trabajo en tres partes. En la primera, repasó la doctrina extranjera y nacional sobre el tema, como había hecho Alfredo Rocha. En la segunda parte, estudió la práctica del contencioso en el Imperio, considerando su naturaleza, la competencia y jurisdicción de los diferentes órganos, los límites con el poder judicial, las principales controversias y el proceso. Intentó mostrar cómo la reacción liberal posterior a 1831, que hizo voluntarios los litigios con Hacienda, había perjudicado a la administración, por lo que consideró el contencioso administrativo como un «baluarte de la defensa del Estado». En la tercera parte, dedicada a la conclusión, constató que el contencioso en el Imperio estaba constituido por litigios entre particulares y el

⁵⁰ RESENDE, «A Polícia administrativa. Polícia judiciária». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Volumen especial, v. III, pp. 409-412.

⁵¹ ROCHA, A., «O contencioso administrativo». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Volumen especial... v. III, p. 356.

Estado; que tenía como «juez supremo la pura y simple discreción del Emperador», no ofreciendo verdadera justicia; y que carecía de organización regular, siendo una institución aún en proceso de formación cuando fue derrocado el régimen que lo había adoptado⁵².

V.4 FRUTOS INMEDIATOS: LOS LIBROS DE AURELINO LEAL Y AGENOR DE ROURE

El Congreso Nacional de Historia fue seguido de la publicación de dos nuevos libros de Aurelino Leal y Agenor de Roure que pueden asociarse a los trabajos realizados en esa reunión.

Dado el éxito de la participación de Aurelino Leal en el Congreso, el presidente del IHGB le invitó a impartir un curso sobre la historia constitucional de Brasil en la institución al año siguiente. Leal organizó el curso en cinco conferencias y las publicó en un libro en 1915 con el mismo título que el propuesto por el Instituto.

La «História Constitucional do Brasil» comienza con los antecedentes de la Asamblea Constituyente de 1823, es decir, la crisis del Reino Unido y la convocatoria de las Cortes en Portugal. Identificó la representación de los diputados de São Paulo al Príncipe Regente contra los decretos de las Cortes como la primera manifestación constituyente, proponiendo un «centro común de unión» de la provincia. Esto se continuó, en su opinión, por el decreto de 6 de junio de 1822, con la convocatoria de una asamblea brasileña cuyos electores presentaron, según el autor, un perfil nacionalista «sem nenhuma sombra de suspeita e inimidade à causa do Brasil»⁵³.

Refiriéndose al primer parlamento brasileño, la Asamblea Constituyente de 1823, coincidía con algunas de las críticas formuladas, concluyendo que los diputados tenían escasos conocimientos de derecho político, al igual que la población en general, incluso la políticamente activa. Comparando la opinión pública de Estados Unidos en la época de la independencia con la de Brasil, abrazó la visión entonces más común, esto es, que en aquellos tiempos las ideas políticas tenían poca penetración popular.

Al analizar el proyecto de la Asamblea Constituyente reconoció que consagraba instituciones modernas, valoró el trabajo del ponente Antônio Carlos, destacó la contrapartida de los «deberes» en la enunciación de los derechos y terminó reconociendo las buenas intenciones morales y patrióticas del proyecto, aunque vio algunas posiciones imprudentes, como las de origen jacobino. Como otros autores que intervinieron en el Congreso de Historia, Leite comparaba el proyecto con la Constitución Imperial, destacando que ésta había eliminado sus aspectos radicales, de modo que «la razón jurídica [no dice lo que consideraba como tal] estaba en la Carta de 1824»⁵⁴.

⁵² ANDRADE, N. P., «O contencioso administrativo. Teve ele uma organização regular?». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial...v. III, p. 691.

⁵³ LEITE, A., *História constitucional do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2014, p. 50.

⁵⁴ *Idem*, p. 60.

En el análisis de la Constitución de 1824, abordado en su tercera conferencia, Aurelino Leal valoró que el nuevo texto era superior al proyecto en puntos como las atribuciones de los Consejos Generales de las provincias (las futuras asambleas legislativas provinciales), la política fiscal, las libertades políticas, las fuerzas armadas, la posibilidad de suspender las garantías constitucionales (repetida, subrayó, en la Constitución republicana) y la propia existencia del Poder Moderador⁵⁵.

La cuarta conferencia estuvo dedicada a la cuestión de la aplicabilidad de la Constitución, un tema siempre recurrente que era un punto controvertido cuando se publicó este libro. Consideró positivo el carácter flexible del texto, favorable a las modificaciones, pero señaló, sobre todo en el Primer Reinado, el retraso en la definición de las leyes y reglamentos infraconstitucionales y la «confusión con la invasión de poderes entre sí». En esta conferencia reiteró lo que había dicho unos días antes en su comunicación al Congreso Nacional de Historia sobre el equilibrio logrado con la ley de Interpretación de 1841 entre el unitarismo de la carta constitucional y el federalismo del Acta Adicional. Defendió la tesis de que el equilibrio jurídico-institucional así logrado garantizó casi medio siglo de estabilidad, perturbada cuando volvió la cuestión federal en la década de 1880.

La última conferencia se centró en los orígenes de la República y la redacción de la segunda Constitución del país. Destacó las disputas entre federalistas y ultrafederalistas, las influencias del constitucionalismo federal en países como Estados Unidos, Suiza y Argentina, y las innovaciones legales como el nuevo Código Penal y la Ley de Quiebras. A continuación señaló que los cambios en la legislación electoral ampliaron el sufragio, pero el sistema adolecía de falta de representatividad de los partidos políticos en un país con un gran número de analfabetos y escasa conciencia cívica. La nueva Constitución, criticada desde su promulgación, tuvo su historia acompañada, dijo, de la permanente exigencia de revisión constitucional.

A diferencia de Felisbelo Freire, que veía la historia constitucional de Brasil como la inflexión del ideal republicano, Aurelino Leal la centró en el problema federal, entendiéndolo como el resultado de la alternancia de movimientos centralizadores y descentralizadores.

En 1918, continuando sus estudios de historia constitucional, Agenor de Roure publicó el libro *A Constituinte Republicana*. A diferencia de la obra de Aurelino Leal, más preocupada por la interpretación, la de Agenor de Roure era básicamente descriptiva del proceso constituyente, desde la creación de la comisión por el Gobierno Provisional, encargada de redactar un anteproyecto de ley, hasta el desarrollo de los trabajos.

El libro comienza con un «informe histórico» sobre los principales momentos de la Asamblea Constituyente, en el que refutaba la supuesta influencia positivista en la Constitución y destacaba el enfrentamiento entre los defensores de la Unión y los ultrafederalistas, opinando que la falta de precisión sobre los conflictos entre los estados y la Federación contenida en el artículo 6 del

⁵⁵ *Idem*, p. 98.

texto final sería fuente de graves conflictos, debido principalmente a la solución de fuerza que representaba la intervención federal en los estados⁵⁶. El resto del trabajo seguía los proyectos parlamentarios, las enmiendas y debates, la formulación de observaciones y la redacción constitucional propiamente dicha: organización federal, poderes legislativo, ejecutivo y judicial, estados y municipios, derechos, libertades y garantías.

A diferencia de sus otras obras, el libro sobre la Asamblea Constituyente es más bien una crónica de los acontecimientos vista desde un ángulo político-jurídico que, si no destaca por la interpretación, contribuye sin embargo a la comprensión del proceso legislativo.

VI. EL CENTENARIO DE LA INDEPENDENCIA

Las conmemoraciones del centenario de la independencia en 1922 dieron continuidad a la historiografía jurídica, como había ocurrido con el Primer Congreso de Historia Nacional. El Instituto Histórico y Geográfico Brasileño, que se distinguió en los eventos, promovió el Primer Congreso Internacional de Historia Americana, que se reunió en su sede del 8 al 15 de septiembre de 1922. La sección 4 del Congreso se dedicó a la historia constitucional y administrativa, con contribuciones de diversos autores, algunos miembros del Instituto Histórico y otros ajenos a él; predominaron las ponencias sobre «manifestaciones del sentimiento constitucional» e «ideas de la Asamblea Constituyente».

El jurista Augusto Olímpio Viveiros de Castro, al tratar del primer tema, destacó la importancia política del traslado de la Corte a Brasil y consideró que el movimiento constitucionalista en Portugal estuvo motivado menos por influencias ideológicas que por la difícil situación económica de la metrópoli, «en ruinas». Mencionaba la fugaz adopción de la Constitución española en Brasil y volvió al recurso del «alma latina» de los brasileños (que había defendido en su texto para el Congreso de 1914) para explicar la «ilusión constitucional» y el carácter alienado de las discusiones político-jurídicas que tenían lugar en la época⁵⁷.

Sobre el mismo tema, el entonces jovencísimo historiador y jurista Pedro Calmon, destacando el carácter histórico y no inmutable de las constituciones, tocó un punto que comenzaba a imponerse en la interpretación del derecho brasileño: la existencia en el período colonial, junto al derecho portugués, de un «derecho rústico y simple», no escrito, «muchas veces trágico y sangriento», practicado en el interior del país, del cual la venganza privada era un ejemplo importante. Aplicando este concepto al momento constitucional que vivió el

⁵⁶ ROURE, A., *A Constituinte republicana*. Brasília: Senado Federal, 1979, vol. I, pp. 12-15.

⁵⁷ CASTRO, A. O. V., «Manifestações do sentimento constitucional no Brasil». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial. Congresso Internacional de História da América, 1927, vol. V, p. 571

país con la independencia, concluyó que existía una diferencia entre las ideas universales y el hecho jurídico del páramo (*sertões*) brasileño⁵⁸.

César do Rego Monteiro y José de Barros Wanderley abordaron las ideas dominantes en la Constitución de 1824. El primer autor consideró los principales conceptos contenidos en la Constitución, como la definición de una «monarquía hereditaria, constitucional y representativa», el Poder Moderador, la permanencia vitalicia del Senado y del Consejo de Estado y –en una anticipación de la situación política que no encontró favor en la historiografía– el parlamentarismo. En cuanto a la enunciación de los derechos individuales, llamó la atención sobre las dos opiniones opuestas: los que antepusieron los derechos a la Constitución y los que los consideraban basados en la Constitución, sin tomar, no obstante, posición⁵⁹.

Barros Wanderley, por su parte, consideraba que la Constitución no era el resultado del trabajo de los diez Consejeros de Estado que la redactaron, sino de la confluencia de tres factores: el factor nacional, en el que predominó la formación del país por las tres etnias –portuguesa, indígena y africana– y la acción unificadora del gobierno de Dom João en Brasil; el factor internacional, representado por el contexto revolucionario y las concepciones de la Ilustración; y como «factor complementario» la acción del emperador Pedro I, que consideraba positiva. Identificando lo que llamó «propedéutica constitucional brasileña», comentó la limitada cultura constitucional existente, el aspecto positivo representado por la acción política de los consejos municipales de la colonia y vio «brotes de independencia» en los diferentes movimientos de insatisfacción con la dominación portuguesa⁶⁰, en una perspectiva teleológica que va de 1640 a la independencia. Insistió además en los puntos señalados por Rego Monteiro como ideas constitucionales dominantes, destacando en particular la centralización política, la unidad del poder judicial y la facilidad de revisión de la Constitución.

La cuestión del federalismo fue estudiada por Agenor de Roure. Se concentró en la época de la independencia, ya que trataba de los primeros pasos del proceso federalista, pero no dejó de analizar su evolución a lo largo del Imperio, hasta la República en 1889. Consideró la acción de la Asamblea Constituyente como un «embrión de la idea federativa», estudiando las manifestaciones a favor y en contra de su implantación en el país, la reacción centralizadora representada por la Constitución Imperial y el desarrollo posterior de los debates político-constitucionales sobre el tema⁶¹.

Otras directamente relacionadas con la historia del derecho fueron las contribuciones de Clovis Bevilacqua sobre «la cultura jurídica en Brasil» y Luís Frederico Sauerbraun Carpenter, sobre «derecho procesal – organización judi-

⁵⁸ CALMON, P., «Manifestações do sentimento constitucional no Brasil». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial. Congresso..., 1928, v. VI, 16.

⁵⁹ MONTEIRO, C. R., «A carta constitucional de 1824. Ideias nela dominantes». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial. Congresso..., 1928, v. VI, p. 77.

⁶⁰ WANDERLEY, J. B., «A carta constitucional de 1824. Ideias nela dominantes». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial. Congresso... v. VI, p. 127.

⁶¹ ROURE, A., «Os pródromos do federalismo – ideias, projetos e programas dos partidos». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial. Congresso...v. VI, pp. 459-484.

cial». Recientemente reconocido como el gran autor del Código Civil que entró en vigor en 1917, Bevilacqua definió la cultura jurídica de un pueblo como la suma de la legislación y la producción de los juristas. Su obra hizo una breve referencia a los juristas nacidos en Brasil durante el período colonial, centrándose en los autores de la «fase nacional» de la cultura jurídica, después de la creación de los cursos de Derecho. Distinguió entre juristas de formación filosófico-jurídica, constitucionalistas, internacionalistas y aquellos más centrados en «la práctica o doctrina del derecho positivo», concluyendo con una revisión del período 1822-1922, que en su opinión presentó «algunas ramas del derecho... [cuyas obras]... no tienen nada que envidiar a las de cualquier otro país»⁶².

El trabajo de Carpenter se centró en el análisis de la ley de 1832 que instituyó el Código de Procedimiento Penal y redefinió la organización judicial, sustituyendo la secular estructura colonial⁶³. Trató de establecer los vínculos entre los enunciados de derecho penal material y procesal de la Constitución de 1824 y las disposiciones del Código.

Con apoyo gubernamental, el Instituto publicó también un *Diccionario histórico, geográfico e ethnographico do Brasil*. Max Fleiuss y Augusto Tavares de Lira estudiaron la Organización Política; Max Fleiuss la Historia Administrativa (en ambos se puede encontrar indirectamente información relevante para la Historia del Derecho), y la principal contribución al tema fue de nuevo Aurelino Leal, con un estudio sobre la historia judicial de Brasil.

Este autor organizó su tema según cortes cronológicos-institucionales de la Colonia (1500-1808), el periodo juanino (1808-1822), el que discurrió entre la independencia y la república (1822-1889) y la república (1889-1922), siendo la parte más extensa la dedicada a la monarquía (60% del texto). Obra basada, como las anteriores, en leyes, decretos y reglamentos de órganos, con la excepción de los análisis que hizo del argumento estudiado en las discusiones parlamentarias de las asambleas constituyentes de 1823 y 1890-1891, cuando consideró invariablemente los debates previos y el texto definitivo de la norma. En el Primer Reinado, cuando la Cámara de Diputados y el Senado se encargaron de la legislación reglamentaria para hacer realidad los preceptos constitucionales, criticó el autor la falta de visión de conjunto de los parlamentarios, que se tradujo en una «legislación fragmentaria»⁶⁴.

Como el tema era la historia judicial, persiguió su desarrollo con referencias contextuales a la historia general, tal y como había efectuado en la *História Constitucional do Brasil*. Mencionó la importancia y las principales implicaciones jurídicas de los Códigos Penal (1830), de Procedimiento Penal (1832) y de Comercio (1850) y la organización judicial del Imperio (como había hecho antes con la Colonia), destacando la situación antes y después de la reforma judicial

⁶² BEVILACQUA, C., «A cultura jurídica no Brasil». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial. Congresso...v. IX, p. 317.

⁶³ CARPENTER, L. F. S., «Direito processual. Organização judiciária». *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro*. Tomo especial. Congresso...v. VI, p. 531.

⁶⁴ LEITE, A., «História judiciária do Brasil». *Diccionario histórico, geográfico e ethnographico do Brasil*. Rio de Janeiro: IHGB-Imprensa Nacional, 1922, v. I, p. 1132.

de 1871, cuando se crearon nuevos tribunales de apelación en el país. Por último, estudió la organización del poder judicial en el régimen republicano, a partir de la Constitución de 1891, destacando la dualidad de la justicia federal y estatal⁶⁵. Las fuentes que utilizó, además de la legislación, consistían en los principales estudiosos de cada argumento, como los vizcondes de Uruguai y Cairu, el consejero Nabuco, Carvalho de Mendonça y Rui Barbosa, entre otros.

El estudio de Gabriel M. S. Viana, «Organización y distribución de la justicia en Brasil (1550-1822)», publicado en 1923 por el Tribunal Supremo en su revista, pertenece al mismo contexto de las celebraciones del centenario de la independencia. Se trata de una obra divulgativa, que tenía en cuenta las tres etapas político-administrativas de Brasil: Colonia, Imperio y República. Se identifican los cargos judiciales y sus atribuciones a partir de la legislación portuguesa (*Ordenações* y legislación extraconstitucional) y brasileña (constituciones imperial y republicana y legislación infraconstitucional). Sólo se volvía opinable en la conclusión, cuando defendía la independencia del poder judicial, basándose en Guizot y Alencar Araripe y cuando comparaba el sistema judicial unitario del Imperio con el sistema dual de la República, decantándose por el primero, debido principalmente a las injerencias políticas que afectaban a las elecciones de los jueces estatales⁶⁶.

VI.1 HISTORIA DE LA ENSEÑANZA DEL DERECHO

La historiografía jurídica producida por el Primer Congreso Nacional de Historia y por las conmemoraciones de la independencia de Brasil ignoró la historia de la enseñanza jurídica. Sin embargo, poco después de 1922 y al aproximarse el primer centenario de su inicio en Brasil, se produjeron dos libros que se convirtieron en las primeras referencias al respecto.

Las «Memórias para a história da Academia de São Paulo» de Spencer Vampré fueron publicadas en 1924. La obra abarca desde 1827 hasta 1900 y, como el título deja claro, era una memoria descriptiva de la evolución de la carrera de Derecho en São Paulo. La obra enumeraba el cuerpo docente desde la fundación, con breves referencias biográficas a los profesores más importantes, y hacía lo propio con las diferentes promociones, recordando a los alumnos que destacaron sobre todo como políticos y literatos. E identificó los principales compendios usados en la Escuela y el periodismo académico desarrollado por los alumnos⁶⁷.

La «História da Faculdade de Direito do Recife» de Clóvis Bevilacqua se publicó en 1927. Aunque repleta de datos sobre profesores, alumnos, compendios y periodismo académico, la principal preocupación del autor, por entonces ya consagrado por el Código Civil que había entrado en vigor diez años antes,

⁶⁵ *Idem*, vol. I, p. 1186.

⁶⁶ VIANA, G. M. S., «Organização e distribuição da justiça no Brasil (1500-1922). Esboço histórico». *Revista do Supremo Tribunal Federal*, v. XLIX, 1923, p. 520.

⁶⁷ VAMPRÉ, S., *Memórias para a história da academia de São Paulo*. Brasília: Instituto Nacional del Libro, 1977, v. I, p. 213.

era la evolución de las ideas filosóficas que orientaban el pensamiento jurídico de la facultad⁶⁸. Consideró el «estado mental» de Brasil y de Pernambuco en la época de su fundación e identificó sus principales fases, destacando la entrada de las concepciones científicas en la década de 1870 y el protagonismo intelectual de Tobias Barreto, creador de lo que denominó la «escuela de Recife». Desde esta perspectiva, mostró cómo la filosofía ecléctica y el derecho natural neoescolástico fueron sustituidos en la facultad por el positivismo, el evolucionismo y el naturalismo jurídico.

VII. CRÍTICA AL «IDEALISMO CONSTITUCIONAL» Y DESCONOCIMIENTO DE LA TRADICIÓN JURÍDICA BRASILEÑA

Como se viene observando desde la independencia, varios publicistas y otros intelectuales criticaron el desfase entre las ideas constitucionales importadas y la realidad brasileña. En la Asamblea Constituyente de 1823 y en la primera legislatura iniciada en 1826, algunas voces se alzaron en ese sentido. Como se ha señalado, en 1850 el historiador Francisco Adolfo de Varnhagen fue directo al grano al criticar la opción de la Constitución y de las leyes brasileñas por modelos franceses e ingleses en detrimento de la tradición portuguesa y colonial de cartas y legislaciones municipales⁶⁹.

El argumento fue recurrente en la cultura brasileña, tanto en la literatura como en el pensamiento social. A principios del siglo xx, el escritor Euclides da Cunha se quejaba de que Brasil era el único país que no tenía una teoría constitucional⁷⁰. El político y publicista Alberto Torres, al dar cuenta de esta laguna en su libro «A realidade nacional», propuso una reforma constitucional que acercara las leyes al contexto social.

Pero el tema alcanzó su apogeo con los libros del jurista y sociólogo Francisco José de Oliveira Viana. En 1922 publicó «O idealismo na evolução política do Império e da República» (El idealismo en la evolución política del Imperio y de la República)⁷¹, en el que denunciaba el problema, y en otros libros, anteriores y posteriores, contrastó la organización social y la producción jurídica del «pueblo masa», es decir, de la mayoría de la población, con la percepción de las élites mentalmente identificadas con Europa o Estados Unidos. Esta producción jurídica del «pueblo masa», para Oliveira Viana, consistía en los diferentes actos practicados repetidamente a partir de los usos y costumbres arraigados en la población, frente a la legislación inspirada desde el exterior.

⁶⁸ BEVILACQUA, C., *História da faculdade de direito do Recife*. Brasília: Instituto Nacional do Livro, 1977, p. 15

⁶⁹ VARNHAGEN, F. A., *Memorial orgânico...* p. 105.

⁷⁰ CUNHA, E., «À margem da história». *Obras Completas de Euclides da Cunha*. Río de Janeiro: Nova Aguilar, 2009, v; I, p. 245.

⁷¹ OLIVEIRA VIANA, F. J., *O idealismo na evolução política do Império e da República*. São Paulo: Estado de São Paulo, 1922, p. 5.

Se abría así una nueva oportunidad, diferente de las anteriores, para la historia del derecho, cuyas vicisitudes continuarían a lo largo del siglo xx, con el surgimiento de algunas historias generales del derecho brasileño que todavía dependían de la dogmática jurídica. La búsqueda de un enfoque específicamente luso-brasileño y brasileño del derecho, sin embargo, sólo se materializaría a partir de la década de 1990, en una forma que buscaba comprender el problema más recurrente en la historia del derecho brasileño destacado por Varnhagen, Euclides da Cunha, Alberto Torres y Oliveira Viana.

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

Podemos concluir destacando algunas características propias de cada una de las tres etapas de la historia del derecho en Brasil entre el proceso de independencia y su primer centenario: historicismo, cientificismo naturalista y dogmática empírica.

En la etapa que denominamos *historicismo*, con sus referencias históricas al derecho, no existe una historia formal del derecho, a excepción del enfoque antropológico ilustrado de von Martius. Predominó el descriptivismo fáctico, se carece de problemas específicos y la materia sólo aparece como soporte de otros enfoques. Se trata de referencias como las encontradas en la «Historia General de Brasil» de Varnhagen, los comentarios de Cândido Mendes a sobre las *Ordenações Filipinas* y el libro de Perdígão Malheiro sobre la esclavitud indígena y negra en el país.

Es la época del triunfo de la razón de Estado, en la que el origen del derecho es estatal y en la que el Estado, como creador del derecho, impone su normatividad, bien a través de la voluntad de un soberano absoluto, bien a través de una asamblea que lo establece. Los autores valoran así la legislación, ya que expresa simultáneamente la voluntad del Estado y las necesidades de la sociedad. En ningún momento cuestionan, sino que lo consideran implícito, la lógica hobbesiano-hegeliana que asigna a la ley el papel básico del orden jurídico. El monismo es la única opción posible y el pluralismo jurídico les parece inconcebible, como reconocer la validez jurídica de las costumbres indígenas o quilombolas, por ejemplo.

El cientificismo (en sus diversas versiones, como el positivismo ortodoxo comteano y litriano, el evolucionismo spenceriano y darwiniano o incluso la muy frecuente difusión de Haeckel) afectó directamente a la producción histórica y jurídica. Partiendo de la epistemología newtoniana, se caracterizó por el determinismo de las leyes científicas y el reduccionismo de la biología a la física y de la sociología a la biología. La sociología, que en la segunda mitad del siglo xix tenía este sentido básicamente naturalista, con su comprensión de la evolución social en determinadas etapas, dio un tratamiento diferente al problema de la historia y del derecho. Así, el desarrollo de los acontecimientos históricos se entendía como diferentes estados sociales que se sucedían unos a otros, cada uno caracterizado por determinados aspectos políticos, económicos, morales, intelectuales... y jurídicos. Esta es la concepción científica y naturalis-

ta que encontramos dominante en Brasil en el cambio del siglo XIX al XX, y que se expresa en las obras de Martins Jr, Felisbelo Freire y Pedro Lessa.

Así pues, la sociedad se consideraba más importante que el Estado, y su organización, así como su orden jurídico, dependían del estadio social existente. En consecuencia, la legislación producida era fruto del grado de desarrollo de la sociedad, pero esta concepción seguía siendo monista, rechazando el pluralismo de fuentes o sistemas jurídicos en nombre de la categoría historicista del progreso, que jerarquizaba las sociedades y los sistemas jurídicos en superiores e inferiores, o en «civilizados», «bárbaros» y «salvajes» en la tipología evolucionista.

En el campo de la legislación, se privilegió el constitucionalismo y el derecho público, productos perfeccionados de la evolución histórica interpretada tanto por la filosofía hegeliana como por la ideología del progreso. No es casualidad que Martins Jr valore el derecho público del período juanista, Felisbelo Freire la historia constitucional y Pedro Lessa lo vea como la gran construcción filosófico-jurídica del siglo XIX.

Mientras los autores del historicismo empírico veían en la fórmula monárquica de gobierno la solución al equilibrio institucional del país y su unidad, los del cientificismo naturalista veían en la forma republicana, representativa de una sociedad evolucionada, el fruto natural y casi inevitable del progreso.

Los autores que trabajaron la historia del derecho en la tercera etapa eran generalmente magistrados y abogados o autodidactas, pero todos tenían en común la apreciación de una visión dogmática y legislativa del derecho y una concepción de la historia brasileña centrada en los acontecimientos políticos. Eran igualmente empíricos, pero en la medida en que buscaban hechos listos y acabados, a la espera de ser desvelados por el historiador. La influencia científica y naturalista quedó atenuada, reducida a aspectos residuales o a metáforas, y se produjo en cierta medida un retorno a la tradición descriptiva de la primera fase.

Hubo un claro énfasis en el papel del Estado, en parte debido a la tradición previa y a la naturalización de la idea de razón de Estado, en parte debido a la novedad que representaba el régimen republicano. El propio tema sugerido por los organizadores del Primer Congreso de Historia Nacional, repetido en el Congreso Internacional de Historia Americana de 1922, alentaba el enfoque que dominó el período: constitución, administración de justicia, contencioso, predominio de las fuentes legislativas, emanación estatal del orden jurídico.

La historia del derecho, al igual que la de las instituciones, aparecía así como una rama de la historia política, que a su vez se centraba en los grandes líderes, las acciones políticas y las instituciones públicas. En esta historia del derecho se hacía hincapié en la historia constitucional en sus diferentes aspectos y en el procedimiento penal con poco espacio para la historia del derecho privado, a pesar de ser sus cultivadores contemporáneos de la promulgación del Código Civil. Los derechos individuales, a pesar de los acontecimientos políticos que implicaron su realización, incluido el cuestionamiento del sistema electoral, sólo aparecían de forma incidental en estos textos, o simplemente no se mencionaban.

Recordemos que, al mismo tiempo, se discutía la cuestión social, sobre la que llamaron la atención Pedro Lessa y Rui Barbosa, y el problema de la prioridad de los derechos políticos sobre los derechos civiles, lamentado por Alberto Torres. Repitiendo una vieja crítica al burocratismo brasileño, Euclides da Cunha –que acababa de publicar «Os Sertões» sobre la guerra de Canudos– en un artículo de 1906 en la *Revista do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro* decía que Brasil era la única nacionalidad hecha «por una teoría política, pasando artificialmente del régimen colonial de los privilegios al régimen constitucional de las leyes»⁷².

Hubo que esperar, sin embargo, a las obras de Oliveira Viana de principios de los años veinte (*Evolução do povo brasileiro* y *Populações meridionais do Brasil*) para empezar a intuir la existencia, en esa «otra sociedad» que vivía en el interior, de un «pueblo masa» que producía su propia ley, muy diferente de la oficial. El autor, sin embargo, sólo desarrolló la tesis casi treinta años después, en otro libro, *Instituições políticas brasileiras* (1949). Correspondió al joven jurista-historiador Pedro Calmon, en el Congreso Internacional de Historia Americana, llamar la atención sobre el problema en una época dominada por los dogmáticos jurídicos.

ARNO WEHLING
Da Academia Brasileira de Letras e do Instituto
Histórico e Geográfico Brasileiro

⁷² WEHLING, A., «Euclides da Cunha». SEELAENDER, A. C. L. y WEHLING, A., *Entender a independência. 1822 na História das Instituições Brasileiras*. Rio de Janeiro: Editora Processo, 2022, p. 70.

