

# HISTÓRIA DO DIREITO

Revista do Instituto Brasileiro  
de História do Direito - IBHD

Vol. 4

Nº 6

2023

ISSN 2675-9284

*ibhd*



# **História do Direito**

**Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito - IBHD**

**Curitiba/PR**

**ISSN 2675-9284**

**Vol. 04**

**Nº 06**

**Jan/Jun 2023**

## **EDITOR**

Ricardo Marcelo Fonseca (UFPR)

## **EDITORES EXECUTIVOS**

Walter Guandalini Junior (UFPR)

## **CONSELHO DE REDAÇÃO**

André Peixoto de Souza (UFPR)  
Danielle Wobeto de Araújo (UFPR)  
Luis Fernando Lopes Pereira (UFPR)  
Sergio Said Staut Jr. (UFPR)  
Thiago Freitas Hansen (UFPR)

## **CONSELHO EDITORIAL**

Airton Seelaender (UnB)  
Alfredo de J. Flores (UFRGS)  
Andrei Koerner (UNICAMP)  
Antonio Carlos Wolkmer (Unilassale)  
Arno Wehling (ABL)  
Carlos Petit Calvo (Universidad de Huelva)  
Christian Edward Cyril Lynch (IESP-UERJ )  
Cristiano Paixão Araújo Pinto (UnB)  
Cristina Nogueira da Silva (Universidade Nova de Lisboa)  
Ezequiel Abásolo (Universidad de Buenos Aires – UBA)  
Gilberto Bercovici (USP)  
Giovanni Cazzetta (Università degli Studi di Ferrara )  
Gustavo Cabral (UFC)  
Gustavo Silveira Siqueira (UERJ)  
José Ramón Narváez Hernández (Universidad Autónoma de Mexico - UNAM )  
José Reinaldo de Lima Lopes (USP)  
Juliana Neuenschwander Magalhães (UFRJ)  
Massimo Meccarelli (Università degli Studi di Macerata)  
Monica Duarte Dantas (USP)  
Pietro Costa (Università degli Studi di Firenze)  
Samuel Rodrigues Barbosa (USP)  
Tamar Herzog (Harvard)  
Thomas Duve (Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie)

## **PARECERISTAS**

Andrés Botero Bernal (Universidad Industrial de Santander – UIS), Alan Wruck Garcia Rangel (UERJ), Alberto Spinosa (Università degli Studi della Toscana), Alexander Rodrigues de Castro (CEUMAR), Alexandre da Maia (UFPE), Alfons Aragoneses (Universidad Autónoma de Barcelona), Claudia Paiva Carvalho (UFRJ), Douglas Pinheiro (UnB), Eric Palma González (Universidad de Chile), Fernando Nagib (UFBA), Gustavo Castagna (UFPE), Hugo Leonardo Rodrigues Santos (UFAL), Jacqueline Blanco (Universidad Militar Nueva Granada), Juan Carlos Abreu y Abreu (Universidad La Salle México (ULSA)), Juan Carlos Frontera (Universidad del Salvador), Julio Rocha (UFBA), Laila Galvão (IFPR), Marcelo Casseb Continentino (UFPE), Maria Pia Guerra (UnB), Mario Cajas (Universidad ICESI), Paulo Emilio Borges de Macedo (UERJ), Pedro Cantisano (University of Nebraska Omaha), Rafael Lamera Giesta Cabral (UFERSA), Raphael Peixoto de Paula (IDP-UFERSA), Wagner Feloniuk (FURG).

# SUMÁRIO

Apresentação (v. 4, n. 6, 2023)

**7**

Ricardo Marcelo Fonseca

Walter Guandalini Junior

---

## Ferramentas

---

**10**

An Aristotelian Critique of the Idea of Mixed Constitutions in Polybius

Virginia Giouli

---

**23**

Poder, Estrutura e Semântica:

um retorno à obra Iurisdictio: semântica do poder na publicística medieval (1100-1433) de Pietro Costa

Márlio Aguiar

---

## Experiências

---

**52**

Cultura política judicial de los pueblos mayas del noroeste de Yucatán, México, 1824 – 1841

Luis Antonio Blanco Cebada

---

**76**

Iusiurandi Religio:

note sul giuramento nella dottrina giuridica tra alto e basso medioevo

Marco Sabbioneti

---

**101**

La Tragedia Antígona vista desde la Iusfilosofía

Andrés Botero Bernal

---

**122**

Pais destituídos.

O debate sobre a reforma do pátrio poder nas vésperas do Código Civil de 1916

Alan Wruck Garcia Rangel

---

**144**

Pais destituídos.

O debate sobre a reforma do pátrio poder nas vésperas do Código Civil de 1916

Nicolas Beraldi

Juan Ferrer

---

---

## Resenhas

---

**171**

### Outras histórias para outros códigos:

caminhos teóricos e metodológicos para a história da codificação

Gabriela Back Lombardi

---

**183**

### Resenha de "Senhorios Coloniais

direitos e chicanas forenses na formação da propriedade na América Portuguesa", de Carmen Alveal

Gustavo Silveira Siqueira

---

## Apresentação (v. 4, n. 6, 2023)

Iniciando o seu quarto ano de publicação, a RHD (Revista História do Direito) já alcançou o status de local privilegiado de divulgação e debate da pesquisa histórico-jurídica no Brasil. Mantendo o rigor acadêmico e a qualidade da produção pelos quais já é reconhecida, a revista conta, nesta edição literalmente poliglota, com mais da metade de textos produzidos por instituições de pesquisa estrangeiras – e os restantes provenientes de renomados centros de investigação nacionais.

A seção teórica (“Ferramentas”) abre com a reflexão filosófica proposta por Virginia Giouli em *An Aristotelian Critique of the Idea of Mixed Constitutions in Polybius*, texto em que enfrenta a concepção polibiana de “constituição mista” segundo a perspectiva aristotélica. Em seguida Márlio Aguiar apresenta releitura teórica da obra de Pietro Costa em *Poder, estrutura e semântica: um retorno à obra Iurisdictio: semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433) de Pietro Costa*, situando a relevância das escolhas conceituais e teóricas do autor no trabalho de compreensão do pensamento jurídico do medievo; por fim, em *La Tragedia Antígona vista desde la Iusfilosofia* Andrés Botero Bernal examina as diversas leituras apresentadas do texto de Sófocles, contextualizando-as historicamente.

As pesquisas empíricas (“Experiências”) iniciam pela Idade Média europeia, com o estudo de Marco Sabbioneti sobre o papel do juramento na doutrina jurídica medieval – em *Iusiurandi Religio: note sul giuramento nella dottrina giuridica tra alto e basso medioevo*. Os textos seguintes abordam a América Latina oitocentista: Luis Antonio Blanco Cebada examina a cultura política judicial dos povos maias (*Cultura política judicial de los pueblos mayas del noroeste de Yucatán, México, 1824-1841*) e Nicolas Beraldi e Juan Ferrer se dedicam à compreensão do constitucionalismo provincial argentino, a partir do caso de Córdoba (*Deconstruyendo la historia constitucional. Reflexiones para una historia del constitucionalismo provincial a partir del caso de Córdoba, Argentina (Siglo XIX)*). A seção de ferramentas se encerra com texto de Alan Wruck Garcia Rangel, que analisa o debate jurídico brasileiro sobre a reforma do pátrio poder no início do século XX – em *Pais destituídos. O debate sobre a reforma do pátrio poder nas vésperas do Código Civil de 1916*.

Como de costume, também este número da revista conta com análises qualificadas de importantes obras histórico-jurídicas publicadas recentemente. Gustavo Silveira Siqueira contribui com a sua *Resenha de “Senhorios Coloniais: direitos e chicanas forenses na formação da propriedade na América Portuguesa”, de Carmen Alveal*, obra que introduz o debate sobre as sesmarias no Brasil Colonial; e Gabriela Back Lombardi apresenta *Outras histórias para outros códigos: caminhos teóricos e metodológicos para a história da codificação*, resenha da história da codificação civil proposta por Carlos Petit em seu livro *Otros Códigos: por una historia de la codificación civil desde España*.

Permanece sendo motivo de profundo orgulho e intenso prazer a apresentação de textos tão relevantes ao qualificado público de leitores de *História do direito: Revista do Instituto Brasileiro de História do Direito* (RHD).

Ricardo Marcelo Fonseca  
Editor-chefe

Walter Guandalini Junior  
Editor Executivo



# Ferramentas

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **An Aristotelian Critique of the Idea of Mixed Constitutions in Polybius**

*Uma crítica aristotélica à ideia de constituições mistas  
em Políbio*

**Virginia Giouli<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> University of Reading, University of Athens. ORCID: 0000-0002-1923-4769.

## ABSTRACT

The idea of a Constitution of many minds or of many individuals as proposed in modern times, does not differ in kind from the dead end that Polybius sketches in his Constitution. Polybius, the Greek historian of the Hellenistic period (200-118), accepts the idea of a mixed Constitution as seen in Rome, but draws a line between what can be done in political science and what cannot. Hence assigning causes to facts is precarious as the idea of time will remain elusive to humans. And so any interpretative procedure assigning to reality, and to legal reality especially, any definite, once-and-for-all meaning is precarious. Qualifying causality, according to Aristotle, in terms of an uninterrupted time chain is of no help in realising social and political values or pursuing them; thus his views on the forming of a mixed Constitution are negative. Time and only time qualifies cause in Aristotle. His idea of absolute time, however, is not, and cannot be, connected with his idea of “craftsmanship”. To understand even in a material reductionist way and thus to interpret the temporal idea of history, politics and Constitution is our main task; to examine the nature of time is another. These ideas on the nature of the Constitution only respond to an “appalling” challenge in Aristotle’s Work: Why cannot we gain epistemic access to the real essences of Constitutional things and structure? And this is the challenge “par excellence” to be met in order to safeguard the common, public and institutional nature of political and intellectual values.

**Keywords:** History of Philosophy; Political Philosophy; A Reductionist Theory of the State; Modern Epistemology.

## RESUMO

A ideia de uma Constituição de muitas mentes ou de muitos indivíduos, como proposta nos tempos modernos, não difere em espécie do beco sem saída que Políbio esboça em sua Constituição. Políbio, historiador grego do período helenístico (200-118), aceita a ideia de uma Constituição mista vista em Roma, mas traça uma linha entre o que pode ser feito na ciência política e o que não pode. Portanto, atribuir causas aos fatos é precário, pois a ideia de tempo permanecerá indefinida para os humanos. E, assim, qualquer procedimento interpretativo que atribua à realidade, e à realidade jurídica especialmente, qualquer sentido definitivo, de uma vez por todas, é precário. Qualificar a causalidade, segundo Aristóteles, em termos de uma cadeia temporal ininterrupta não ajuda em nada a realizar valores sociais e políticos ou persegui-los, de modo que suas visões sobre a formação de uma Constituição mista são negativas. O tempo e só o tempo qualifica a causa em Aristóteles. Sua ideia de tempo absoluto, no entanto, não está, e não pode estar conectada com sua ideia de “artesanato”. Compreender mesmo de forma materialmente reducionista e, assim, interpretar a ideia temporal de história, política e Constituição é nossa principal tarefa; examinar a natureza do tempo é outra. Essas ideias sobre a natureza da Constituição só respondem a um desafio “terrível” na obra de Aristóteles: por que não podemos obter acesso epistêmico às essências reais das coisas e da estrutura constitucionais? E este é o desafio “por excelência” a enfrentar para salvaguardar a natureza comum, pública e institucional dos valores políticos e intelectuais.

**Palavras-chave:** História da Filosofia; Filosofia política; Uma Teoria Reducionista do Estado; Epistemologia Moderna.

## 1. Introduction

Material reductionism in historical theory concludes that talking about the Constitution of a state is talking about individuals. Can the opposite, that is, that individuals are unimportant, be true? Is a rationalist viewpoint in historical theory possible? Non-material reductionism implies that our statements about mind cannot be reduced to statements about matter. Individuals face the world not alone but within their own systems of reference; in conditions in which they can meaningfully follow the pursuit of truth. This idea determines a rationalist viewpoint.

Aristotle's notion of "melancholy" gives reductionism priority over rationalism. Polybius, a Greek historian of the Hellenistic period (200-118 BCE), has serious doubts about this priority, being pessimistic regarding the repetitiveness of the purposes of political life. Being unwilling to admit that we can extend our conceptual range in the direction of the unknown, Polybius searches for the best way of establishing our perception of political reality. The empiricist strain is noticeable in him. Is not he, however, material reductionist? It is tempting to believe that history would be less of a nightmare if all our ancestors were chosen rather than genealogically determined, i.e. if the natural authority of the biological ancestors were done away with altogether. Causality is seen as a pure succession of events –this has nothing to do with ideas of the "beginninglessness" (non-determined beginning) of the universe and the constitutional order. But we are speaking here of a repetitive succession. Polybius' non-dualism is expressed by his pessimistic conception of decay in governmental history.

Polybius makes the point that if there were more philosophers in the world there would be no need for religions. But losing faith in the ideal stresses the omnipotence of rationalism or the idleness of error-paralysing scepticism. A false idea of time renders us incapable of seeing and understanding our weak nature, our limits and our limited ability to assign causes to facts, as do our dealings with the world if connected with this false idea.

Hence the idea of a mixed Constitution is shown to be a fabrication of the mind; it is meaningless outside a prescribed set of circumstances defined by what we ordinarily understand using our knowledge of the balance of power. Laws in history are given *ab extra* in Aristotle. No man's mind can impose them on history. He, however, does not consider change an evil.<sup>2</sup> To honour those who discover anything which is useful to the state is a sound proposition but cannot safely be enacted by law, he states. This may encourage informers and perhaps may lead to political turmoil. Thus, he adds, it has been doubted whether it is expedient to make any changes in the laws of a country even if another law is better. Under pretence of doing a public service a man may introduce measures which are in fact destructive to the laws or to the Constitution.

## 2. Aristotle and the Mixed Constitutions

The above explains Aristotle's critique of the mixed character of the Constitution<sup>3</sup> where all references regarding its proposal have been made use of. Aristotle had seen Constitutions in practice. The arbiter, he states,<sup>4</sup> is always the person most trusted. He who is in the middle is

---

<sup>2</sup> Aristotle, *Politics*, 1268 b23-31

<sup>3</sup> J. Barnes (1991, pp. 21-24)

<sup>4</sup> Aristotle, *Politics*, 1297 a5-12

an arbiter. The more perfect the admixture of the political elements, the longer the Constitution will last. Many, even of those who desire to form aristocratic governments are mistaken, he adds, as they give too much power to the rich. There comes a time, he adds, when out of a false good there arises a true evil. This is synopsis of his line of thought regarding not only his reservations on aristocracy but on the mixed character of the Constitution. The encroachments of the rich are more destructive to the Constitution than those of the people. Thus collective decisions, Barnes states, will be best only in special circumstances.

Why should we not suppose that individual expertise will be submerged in general incompetence? Aristotle<sup>5</sup> states that the multitude ought to be in power rather than the few best. This is true but it is only with some difficulty that this can happen. For the many, of whom not everyone is a good man, when they meet together may be better than the few good. He explains this: they are regarded not individually but collectively. A feast to which many contribute is better than a dinner provided out of a single purse. Here we see Aristotle's scorn of material reductionism. Each individual among the many has a share of excellence and practical wisdom. When they meet together, they become in manner one man. This "man" has many feet and hands and senses. This holds with regard to their character and thought. Hence the many are better judges of music and poetry of than a single man. Some understand one part, he claims, and some another. And among them they understand the whole.

We see here Aristotle's scepticism: it is doubtful whether the principles of collectivity and lack of ability can apply to every democracy, and to all bodies of men. In some cases, the principle cannot be held applicable, he states. The argument would equally hold about animals, and it will be asked if men differ from animals. There may be bodies of men, he admits, about whom our statement is true. If so, one difficulty has already been raised. There is also another difficulty: what power should be assigned to the mass of freemen and citizens who are not rich and have no personal merit? This can be easily solved, he adds. This means that we are incapable of realising this mixed character in all circumstances and what is left to us is just generalising. Sometimes the alternative to human life, according to Aristotle, is that of animals.<sup>6</sup>

But is this anti-realism always the case?<sup>7</sup> Aristotle's empiricism is evident. This has nothing to do with the "beginninglessness" (non-determined beginning) of Constitutional ideas and facts and values; nor with their realization despite the fact that the Constitution may be imperceptible *in abstracto* to us. We must insist on the succession of events and to their causes. Aristotle is very unwilling to trace causality before the beginning of time and the Constitution. Thus, causal principles, we understand from Charles<sup>8</sup> do not govern or influence our future progress. Cause is qualified by the succession of time in Aristotle. A reversal of roles, though, is possible.<sup>9</sup> We must not confuse the infinite succession of time with the cause-chain in Aristotle. This point is discussed in great detail by Alexander attempting to sort out this confusion.<sup>10</sup> That is why Aristotle cannot be counted as a Cartesian. He is extremely pessimistic about whether mixed Constitution model-making ideas can free us from inequality and non-valuable conduct

5 Aristotle, *Politics*, 1281 a40-1281 b10; 15-25

6 Burke (1995, pp.13 ff, esp. p.15; pp.31ff)

7 Charles (1997, pp. 231-257); Giouli (2012a, pp.135-260; 2022, pp. 267-290)

8 Charles (2000, pp.1-3)

9 Burke (2000, p. 69); Gilson (1952, p. 369)

10 Alexander of Aphrodisias, *On Aristotle Metaphysics* 2&3, 5, 29 -30 and nn. 64-66

in a State. These procedures only testify to human vulnerability. This brings to mind the Historical Works of Polybius. He is, as Aristotle is, perfectly aware that laws are given *ab extra* in the spatio-temporal order of Constitutional and historical events. There comes a time, Aristotle states, when out of a false good there arises a true evil. This idea is shared by Polybius.

Let us proceed to examine Polybius (c. 200BC-118BC) on the idea of mixed Constitutions. Cause is qualified by the succession of time in Aristotle, as we have seen. The same holds for Polybius. We must not confuse the infinite succession of events with the cause-chain in their Works. It is understood in Aristotle that an infinity of causes is impossible. The same holds for both of them. But does this prove that time is finite for Aristotle? Plainly, no. The infinite chain of fathers and sons proves only the infinity of time. It does not prove the infinity of causes. The chain of causes is finite, he adds, because each cause is the same in kind in this chain. Thus, we may steer clear of the optimistic goal of any model-making based on time's eternal nature. Constitutions, too, are not susceptible to models, as they live and die with time. One's perception of the pure succession of events, according to Hume, remains unchallenged. Still, the idea of the "beginninglessness" (non-determined beginning) of time and Constitutional ideas also remains unchallenged in both writers.

### 3. Polybius and the Mixed Constitutions

Polybius had experienced of both Greek and Roman Constitutions and found the Roman mixed Constitution ideal. His ideas on government and history in juxtaposition to Vico's share the element of repetition and decay and this is a constant in Polybius' theory of repetitive governmental history. Thus monarchy, tyranny, aristocracy, oligarchy, democracy and mob rule constitute an ineluctable circle of evils. Man *can neither* escape it *nor* transcend it. Hence Polybius' rationalism is judged flawed. One can see Vico's scorn regarding Polybius' losing sight of the idea of Providence. Polybius is thus unable to integrate it within his historical model. Another interesting point is made by Brian McGing in his *Polybius' Histories*.<sup>11</sup> He refers to the warm praise Polybius received from John Adams, the second President of the United States of America. John Adams regards the idea of mixed Constitution highly. Adams sees all the characteristics of the idea of mixed Constitution united in the work of Polybius. This idea is a form of material reductionism in *The Works of Polybius*.<sup>12</sup>

But is Polybius truly a reductionist? People, he states, have grown accustomed to feeding at the expense of others and to depending for their livelihood on the property of others. They find a leader who is enterprising but who is excluded from the honours of office by his penury. Thus, they institute the rule of violence. They unite their forces in order to massacre, banish and plunder. Thus, they degenerate into perfect savages and find once more a master and a monarch. His theory of State concerns individuals. Here the empiricist strain is very strong. This is the cycle of political revolution. Constitutions change, disappear and finally return to the point from which they started in a course appointed by nature. The worst is sure to follow someday, he adds, just as rust<sup>13</sup> in the case of iron and wood-worms and ship-worms in the case of timber are inbred pests. These substances escape all external injury but fall a prey to the evils engendered

<sup>11</sup> McGing (2010, pp.169, 203, 218)

<sup>12</sup> Polybius, *The Histories*, VI, 9.7

<sup>13</sup> Polybius, *The Histories*, 10. 2-10

in the Constitution. This constitutes life at animal level. Thus, he adds, each Constitution has a vice engendered in it which is inseparable from it. In kingship it is despotism, in aristocracy, oligarchy, and in democracy the savage rule of violence. It is impossible, he adds, that each of these should not in course of time change into the vicious form. These examples show how fallible the human nature is. And indeed here the common division into good and bad, true and false, vanishes. There seem not to exist any indubitable examples regarding what morality (in juxtaposition to rationality) sanctions or forbids.<sup>14</sup> We only measure good and evil, true and false in terms of our ability to manage them. We thus have to face adverse circumstances.

Polybius states<sup>15</sup> that people pronounce in private on the characters of good or bad men and resolve to put their opinion to the test. They do not choose for investigation those periods of their lives which they passed in composure and repose. On the contrary, they choose times when they were afflicted by adversity and/or were blessed with success. Human perfection concerns human power.<sup>16</sup> This they regard as the correct way of gauging a person's strength, which lies in his ability to bear high-mindedly and bravely the most complete reversals of fortune. This is how we should formulate our judgements of States. Causes, and the consequent ability to choose what is best in each case, do not really challenge the temporal succession of events. Time qualifies cause. If this were not the case, exact criteria for success would be dominant throughout his critique and methodology. Polybius' pessimism is more than evident in how he evaluates success. Any optimism here would be out of the question. Time *in abstracto* can be imperceptible. We grasp time according to concrete causes each time. There is no transcendental (normative) means of understanding it and measuring it. The chief cause of success or the reverse, he states, in all matters, is the form of a State's Constitution. Springing from this, as from a fountain-head, all designs and plans of action originate and reach their consummation.

Polybius' observations do not touch on the "beginninglessness" (non-determined beginning) of the ideas of Constitution and time; nor of a final remedy for the evils inherent in Constitutions. They only show his doubt that we shall ever find the ideal Constitution. But is this really necessary? We only formulate *in concreto* our resistance to adversity through the means the Constitution provides us with –independently of any ideas on what constitutes the ideal Constitution. All existing things are subject to decay and change.<sup>17</sup> This is a truth that scarcely needs proof. The course of nature is sufficient to force this conviction on us. Every kind of State is liable to decay through two agencies, Polybius states. One is the growth either in size or in power of the State itself. The other is an external agency nor subordinated to any fixed rule. Polybius stresses the point of human incapacity to respond to adverse challenges. A State, according to him, can weather many great perils and attain to high perfection. Once the citizens and rulers have achieved long established prosperity, they will become more extravagant. They become fiercer in their rivalry regarding office and other objects than they ought to be. These defects increase until a change for the worse sets in, due to a love of office. Obscurity is regarded as a disgrace and extravagance and purse-proud display lead to obscurity. The populace is responsible for bringing about this change. Human life is depraved, as we saw in Aristotle. Polybius further analyses this responsibility. On one hand, people think they have a grievance against

<sup>14</sup> Burke 1983, p. 208)

<sup>15</sup> Polybius, *The Histories*, 3

<sup>16</sup> Polybius, *The Histories*, 2

<sup>17</sup> Polybius, *The Histories*, 57. 5

certain people who have shown themselves grasping. On the other hand, they are puffed up by the flattery of others who aspire to office. They are stirred to fury; they are swayed by passion in all their counsels. They will no longer consent to obey. They no longer consent to be the equals of the ruling caste but will demand the lion's share for themselves. This totally unpredictable procedure bewilders, and indeed shows the lack of faith in any ideal in question. The imperfect forming of a mixed Constitution is something non-sensical, if it follows such ineffective corrections of the arbitrary. But is this the case? And it is tempting indeed to consider Polybius' dictum as indicating absolute material reductionism. When the above happens, he states, the State will change its name to the finest sounding of all, freedom and democracy. Nonetheless, it will change its nature to the worst thing of all, mob-rule which, we add, is accompanied by the withering away of all ideas of value. This interest in values shows that God is not absent from Polybius' idea on mixed Constitution. God is the synthesis of our values.<sup>18</sup> Religion is the form of our values regarding Wittgenstein's judgement of unconditional value. But Man can no longer assign causes to facts; it is the succession of time that determines the cause of being. We may, again, thus raise the question on the pure empirical grounds of whether reductionism, and political reductionism, especially, is to be espoused. One can scarcely deny the existence of reductionism in Aristotle's Works.

We can do very little indeed to grasp the unknown, due to our frailty. This value-angle is in opposition to material reductionism. Any cyclic normativity implies flawed reasoning in Polybius' model of government history. The idea of frailty contradicts ideas on dualism. That time substantiates the cause-chain guarantees the value angle mentioned afore. A concrete cause cannot qualify the order of time; thus this cause is only a poor means to partially overcome the miseries of our nature. Such an imperfect realization of time *in concreto* diminishes our capacity to come in terms with our weak nature, our limits and our limited ability to assign causes to facts. This affects our dealings with the world. Time will always remain elusive. What is of interest however is that which can testify to time's succession and assign causes to facts. Thus both our philosophers can be seen as empiricists because for them the causal derivation of one state from another is conditioned by the temporal succession of different forms of Constitutions. This succession is concrete and uninterrupted as regards genealogy and lexification. Causality is substantiated in terms of it. Relevance or non-relevance to our actions in this temporal succession is of minor importance for Polybius and Aristotle. This plainly does not affect their scorn for material reductionism. It only underlines the strong empiricist strain in their work –not to mention their uncompromising belief in the inaccessibility of the ideal in historical and Constitutional time. The commonplace is to be taken for granted.

Vico, the Italian philosopher (1668-1744), scornfully wonders how scientific the philosopher's meditations upon the principles of civil governments are and how much truth there is in Polybius' reasoning about the mutation of governments. Following Pompa<sup>19</sup> who cites Polybius,<sup>20</sup> we see Sparta changing government from monarchy to aristocracy.

---

18 Davies (1993, p. 38)

19 Pompa (2002, p. 57, n. 36)

20 Polybius, *The Histories*, IV, 22. 4-5



Another flaw<sup>21</sup> in Polybius' reasoning<sup>22</sup> is uncovered by Vico. Vico states that religion is the only cause of Roman greatness. Polybius had conversely attributed this to the people, an idea which Vico scorns.<sup>23</sup>

We have not hitherto understood the meaning of late Greek mythology, according to Vico. We understand, however, from within our very nature the total falsity of the early Roman history. According to Vico, Polybius does not manage to convince us of the credibility of mythological legends. One should certainly accept or dismiss Vico's dictum on plebeians and aristocracy. The same holds concerning his derogatory attitude towards mythology, which is indeed unacceptable. We need not and we cannot ask *hic et nunc* proofs for the truth behind legend. Nonetheless, we need to be fair to Vico. He places religion in the realm of the known. Religion thus supports or opposes leaders, classes, groups of people. But is this the role of religion? Here we see sheer relativism, to say the least. A blurred line between religion and human activity is stressed, and this indeed exists –the realm of the known. That is why Vico<sup>24</sup> accuses Polybius<sup>25</sup> of losing sight of Providence. Polybius' reasoning concerning the founding of Rome is based on republics that were already founded. Again, here we see Polybius' sharp line between religious concepts and a historian's, or a statesman's concepts, which are secular. Polybius' ideas on Constitution are not based on abstract reasoning, of the revolutionary in science. They are based on a trial-and-error process, a down-to-earth process. It is this which causes Polybius not to dare to articulate models in historical procedure. Vico<sup>26</sup> refers to Polybius' lack of mention of Providence. Polybius' ideas are refuted by the fact that had there been no religions in the world there would have been no philosophers.

Again, there is no material reductionism in our Critique of these Mixed Constitutions: talking about States is not talking about the individuals that constitute them. The other way round is not true in Polybius' theories of a State as a logical construction made up of individuals; as an allusion to Cartesian dualism. Aristotle's view of these Constitutions offers the best possible account of them. We can never realise social and political values or pursue them; we can only qualify causality in terms of such an uninterrupted temporal chain. We are unable to fully respond to and understand the challenge which the pursuit of values requires. We may need to pursue values of this, but we cannot reach them. Does the idea of a Constitution of many minds or of many individuals develop beyond the dead end that Polybius sketches in his ideas on mixed Constitution?

21 Pompa (2002, p. 86: Vico, (1725), XXI, 136)

22 Polybius, *The Histories*, I, 3.7 in Pompa (2002, p. 86 and n. 96)

23 Pompa (2002, pp. 112-113 and n. 169: Vico (1725), XLV, 184-186)

24 Pompa (2002, p.157: Vico (1725), VIII, 269)

25 Polybius, *The Histories*, VI, 56, 10-11, in Pompa (2002, p.157, n. 11)

26 Pompa (2002, p. 274, n. 3)

## 4. A Critique of Aristotle's Critique

One cannot but be reminded of Aristotle here. There is in us a common sensibility, he states<sup>27</sup> that allows no further inferential steps.<sup>28</sup> Hence, no further inferential steps are needed regarding how we come to know that common qualities are not incidental in the Constitution. Hence, we need not answer any question on what triggers our mental images of the ideal Constitution. Indeed, here we can do nothing other than generalize regarding the intentional, this bizarre aspect of the human mind. We must use the commonplace to be in Wittgenstein's peace.<sup>29</sup> The intentional is the normative, Prof. Wedgwood states, but what triggers it remains in question.<sup>30</sup>

Mental images undermine significances and viewpoints.<sup>31</sup> There is not the slightest hint of dualism here. We are unable to opt for what triggers those images, the intentional. Here the interpretation is the normative, as Wedgwood takes the intentional to be the normative in his well-known book *The Nature of Normativity*.<sup>32</sup> Theories, hence, regarding the Constitutional truth remain permanently at risk<sup>33</sup> due to the (logical) insufficiency of scientific evidence. Such propositions imply the use of a conceptual armament extending into the unknown. Certainly, the scientist's task is to make sense of the Constitution within a certain conceptual range. This range does not and cannot include such extensions. Can one allow that science can undertake the impossible?

Does beginninglessness qualify Constitutional procedures and their ideals? Sceptical answers and reservations plainly deny this. Certainly, we are dealing with a trial and error procedure where reason's diminishing capacity to definitely move the tide of Constitutional reality and history or interpret it is obvious. Morality in juxtaposition to rationality is also variable. Is there an impending danger regarding individuals that are engaged in Constitutional procedures without taking into consideration theories, viewpoints, significances or values? Can anything prevent the development of a Constitution towards its perfection? Is the ideal Constitution possible? We raise these questions despite the unwillingness aforementioned. The answer is definitely no; unless we are willing to accept the dead end an omnipotent rationalism entails. We must accept the frailty of reason each time we attempt the impossible and are bound to fail –while imperfectly forming the idea of mixed Constitutions. Certainly we are dealing with individuals that form such ideas and relevant experiences whose content is undeniably psycho-somatic. And the agenda of the executive deals precisely with this content. Again, the commonplace qualifies the aforementioned Constitutional procedures. This is bound to be an imperfect formation and it can annul our capacity to act, unless we see and understand our weak nature, our limits and our limited ability to assign causes to facts. The same holds good for all our dealings with the world. Then we opt neither for a less empiricist viewpoint nor for a more rationalist one.

---

27 Aristotle, *On the Soul*, 428 a28-30

28 Charles (2000, p. 125)

29 Burke (1995, pp. 24ff)

30 Giouli (2012a, pp. 77-134)

31 Giouli (2012a, pp.135-260)

32 Giouli (2012a, pp. 77-134)

33 Giouli (2012b, p. 15)

To the disappointment of a sceptic, however, we cannot treat every statement as open to criticism and demand evidence for its truth and falsity. This, Burke states,<sup>34</sup> would dismantle our apparatus for producing this evidence. In contrast, Burke continues, the search for truth not only cannot begin but also cannot end anywhere.

Here, we see an important parallel between communication and *paideia*.<sup>35</sup> Indeed, political communication is communication that educates people, thus aiming to sustain the social, common and institutional character of knowledge. Poor communication means degradation of knowledge of political Good.

The same happens with grammar, where the way a word used in the language of which it forms part, suggests, Wittgenstein claims what kind of object anything is.<sup>36</sup> Thus, grammar –and likewise the Constitution– forms a constant element among the diversity of views on what we can do and what we cannot do as regards deliberating on the possible democratic values in our lives and reality in general. This Popperian line of what we can do and what we cannot do, in the Aristotelian absence of the omnipotence of political and legal reasoning is further stressed.<sup>37</sup> A totally unrestrained freedom is self-defeating.<sup>38</sup> This, however, is plainly subject to trial-and-error procedures.<sup>39</sup>

However, can the risks of the limited deliberation of like-minded people be minimised? Aristotle would seriously doubt it. Indeed, prejudices and relativism can prove fatal, here. But is this a distinction between material reductionism and non-material reductionism in theories of State? Does this emphasise the view<sup>40</sup> that talking about the State is talking about Its individuals, and *vice-versa*? What exactly is Aristotle's warning here that material reductionism can affect the function of the State negatively? Aristotle lays great stress on this focal point in his political philosophy and epistemology, concluding that human life and its products deprave, something ineluctable.<sup>41</sup> Giouli, like Plato before her,<sup>42</sup> brings up the question of the inexplicable. Such an understanding can help us to come to terms with our passions and fears regarding the unattainable. This is also stated by Aristotle, who refers to the political Good as chanced upon rather than chosen (*προαίρεσις*) in Aristotle. Indeed, in *Nicomachean Ethics*, III, 3, 1112 a28-30, Aristotle notably states that we do not deliberate about the totality of human affairs, e.g. a Spartan would not meditate on the best Constitution for a Scythian; nor do we deliberate on eternal things. None of these things can be affected by our own efforts. Choices are made principally in an instable way by the ruling section of the self, i.e. when we have decided as a result of deliberation, we desire in accordance with our deliberation, Aristotle concludes in *Nicomachean Ethics*, 1113 a5-13 in what is plain also from very ancient Constitutions.

34 Burke (1983, p. 208)

35 Giouli (2007a, pp. 50-59; 2000; 1998; 2007b, pp. 130-150)

36 Burke (1995, p.44 and n. 1)

37 Giouli (2012a, 73 and n. 7)

38 Giouli (2019; 2002; 2004 and Burke 1983, p. 181).

39 Burke (1983, p. 186)

40 Parkinson (1988, p. 378)

41 Aristotle, *Politics*, II, 1267 b1; Toynbee (1935, XII, pp. 584-587, esp. p. 585). Also Giouli (2012b, pp. 34 ff; 55 ff;81 ff; 110 ff) ; also Moutsopoulos (2014, pp. 181-182)

42 Giouli (2012b, pp.161 ff)

This is, nevertheless, Aristotle's anti-realist understanding which does not begin with the perception of order in this view of an ideal Constitution –this understanding rather attempts to uncover it. It can be connected to major issues of the necessity of rights and the need to relinquish some rights at times.

## 5. Conclusion

What is the essence of a written Constitution? How can we understand it? Is a possible answer the one that casts aside knowledge, coming from experience? And does this concern the pure succession of events? Can this angle bring an ideal Constitution to hand? Does the idea of mixed Constitutions suggest something like existing normativity? Definitely not. The opposite is true. The empiricist strain is very strong. Reason's diminished capacity to move the tide of history or interpret it is noticeable here. Morality in juxtaposition to rationality is also variable. In fairness to Polybius, however, one must be cautious in referring to the weakness of the power of reason. What can outweigh this flawed capacity is a plea for a sense of dedication to the ideal of historical truth. Both Aristotle and Polybius are very reluctant to make such a plea. Historically and Constitutionally speaking, the cause-chain repeats itself uninterrupted. One's perception of the pure succession of events remains unchallenged. The idea of the beginninglessness of time and Constitutional ideas also remains unchallenged in both philosophers. Causes are definite –though indefinitely assigned to facts in the course of time and in the course the Constitution substantiates. This holds good in Polybius' ideas on governmental history, as well as in Aristotle.

## 6. Bibliographical References

- Alexander of Aphrodisias (2014). *On Aristotle Metaphysics 2&3*. Translated by E.W. Doolley & Arthur Madigan. In R. Sorabji (Ed.), *Ancient Commentators on Aristotle*. Bloomsbury.
- Aristotle (1984). *On the Soul*. In J. Barnes (Ed.), *The Complete Works of Aristotle*, Vol. 1. Princeton University Press.
- Aristotle (1984). *Nicomachean Ethics; Politics*. In J. Barnes (Ed.), *The Complete Works of Aristotle*, Vol. 1. Princeton University Press.
- Barnes, J. (1991). Aristotle. In D. Miller (Ed.) *The Blackwell Encyclopaedia of Political Thought* (pp.21-24). Blackwell.
- Burke, T.E. (1983). *The Philosophy of Popper*. Manchester University Press.
- Burke, T.E. (1995). *Questions of Belief*. Avebury.
- Burke, T. E. (2000). *The Philosophy of Whitehead*. Greenwich Exchange.
- Charles, D. (1997). Method and Argument in the Study of Aristotle, A Critical Notice of *The Cambridge Companion to Aristotle*. In C. C.W. Taylor (Ed.) *Oxford Studies in Ancient Philosophy XV* (pp. 231-257). Oxford University Press.

- Charles, D. (2000). *Aristotle on Meaning and Essence*. Clarendon Press.
- Davies, B. (1993). *An Introduction to the Philosophy of Religion*. Oxford University Press.
- Gilson, É. (1952). *John Duns Scotus: Introduction to his Fundamental Positions*, in French. Vrin.
- Giouli, V. M. (1998). An Interpretation of the Media in Politics. *27<sup>st</sup> International Wittgenstein Symposium, Contributions of the Austrian Ludwig Wittgenstein Society*, 1, 232-235.
- Giouli, V. M. (2000). Holy Icons as a Means for Paideia: Educational Institutions and Public Policy. *Filosofia Oggi*, 89-90 (I-II), 117-121.
- Giouli, V. M. (2002). The Social Character of our Knowledge of History, a Response to Professor Huntington's Western Civilisation. *Filosofia Oggi*, 97 (I), 81-86.
- Giouli, V. M. Cybertrends and the Spell of Unlimited Freedom. *Filosofia Oggi*, 108 (IV), 343-346.
- Giouli, V. M. (2007a). *Political Philosophy and Education*, in Greek. Sponsored by Alexander S. Onassis Public Benefit Foundation. Livani Publishing.
- Giouli, V. M. (2007b). *Destitution and Paedeia, a Problem of the Institutional Character of Historical Knowledge*, in Greek. Sponsored by Alexander S. Onassis Public Benefit Foundation. Govostis.
- Giouli, V. M. (2012a). *How is Social Science Possible? An Aristotelian Critique of Normativism in Sociological Methodology*. Sponsored by Dimitris Daskalopoulos. Livani Publishing.
- Giouli, V. M. (2012b). *The Taming of Power: A Christian Critique of Theories of Historical Development* (edition based on PhD diss., DX179079 Thesis Number, The University of Reading, 1994). Sponsored by Alpha Bank with a Preface by E. Moutsopoulos. Publications of The Hellenic Society for Philosophical Studies.
- Giouli, V. M. (2019). Relativity of Freedom in Plato's *Republic*. *Quaestio*, 19, 327-340.
- Giouli, V. M. (2022). Aristotle's Non-realistic Account of the World. *Chôra χώρα · REAM*, 20, 267-290.
- McGing, Brian (2010). *Polybius' Histories*. Oxford University Press.
- Moutsopoulos, E. (2014) Review of *The Taming of Power: A Christian Critique of Theories of Historical Development*, by Virginia M. Giouli. *Diotima* 42, 181-182.
- Parkinson, G.H.R. (1988). Philosophy of Mind, Introduction. In G.H.R. Parkinson, T.E.
- Burke, J.G. Cottingham, M.A. Proudfoot, J.E. Tiles (Eds.) *An Encyclopaedia of Philosophy*, pp. 377-380. Routledge, 1988.
- Polybius (1960-1979). *The Histories*. Translated by W.R. Paton. Heinemann.

Pompa, L. (2002). *Vico: The First New Science* (1725). Cambridge University press.

Toynbee, A. J. (1935) *A Study of History*, vol. I-XII. Oxford University Press.

McGing, Brian (2010). *Polybius' Histories*. Oxford University Press.

Wedgwood, Ralph (2007). *The Nature of Normativity*. Clarendon Press.

Data de Recebimento: 30/04/2023

Data de Aprovação: 27/06/2023

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **Poder, estrutura e semântica: um retorno à obra *Iurisdictio: Semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)* de Pietro Costa\***

*Power, structure and semantics: re-reading Pietro Costa's Iurisdictio: semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)*

**Márlío Aguiar<sup>2</sup>**

---

\* O texto que se segue foi escrito na sua primeira versão em 2019, ano do cinquentenário da publicação editorial de "*Iurisdictio: semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)*", em interlúdio à escrita de minha tese de doutorado acerca dos fenômenos juridentes na história romana. À época, tinha por objetivo sistematizar as contribuições metodológicas desse que permanece um marco teórico e historiográfico incontornável para qualquer pesquisador de problemas historiográficos correlatos. O texto passou por sucessivas revisões, no entanto, antes de ser submetido à publicação tal qual ora se apresenta. Gostaria de registrar meus agradecimentos aos integrantes do Grupo "Teorias da História" (CFH/UFSC), organizado então pelo professor Jerzy Brzozowski, pela discussão coletiva realizada em torno do texto em outubro 2021, que tornou possível incorporar muitas das críticas e sugestões dos colegas na estrutura do artigo como um todo. Agradeço ainda em especial ao professor Carlos Eduardo Sell que, pelo intermédio sempre gentil de Tafs Ribeiro Holetz, forneceu contribuições essenciais quanto às consequências decorrentes de diferentes opções de tradução dos conceitos fundamentais de *Wirtschaft und Gesellschaft* de Weber, que aparecem refletidas na seção §2 do opúsculo.

<sup>2</sup> Universidade Federal de Santa Catarina. ORCID: 0000-0002-9319-7783.

## RESUMO

Passados então mais de cinquenta anos da primeira edição de “*Iurisdictio: semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)*” do historiador do direito Pietro Costa (1969), este estudo procede a uma análise dos fundamentos teóricos e conceituais dessa obra a respeito da jurisdição medieval. Primeiramente, apresentado o problema de pesquisa e objeto de investigação do livro, analisa-se em particular a adoção dos conceitos weberianos de poder/dominação como chave de leitura metalinguística do fenômeno histórico da jurisdição medieval. Em seguida, enfoca-se tanto as proposições oriundas da linguística estruturalista quanto da semântica histórica em particular realizadas por Pietro Costa para propor uma história semântica da *iurisdictio*. O artigo situa a relevância que as escolhas conceituais e teóricas, bem como o consciente emprego das ferramentas metalinguísticas, possibilitaram toda a operação historiográfica do primeiro estudo de fôlego do autor no pensamento e linguagem jurídicos do medievo.

**Palavras-chave:** Pietro Costa; História do Direito; Historiografia; Semântica; *Iurisdictio*.

## ABSTRACT

More than fifty years after the first publication (1969) by the legal historian Pietro Costa's “*Iurisdictio: semantica del potere nella pubblicistica medievale*” (1100-1433), this study proceeds to an analysis of the theoretical and conceptual framework of his book on medieval jurisdiction. The first section analyses the research problem of the book and its historical object, and presents how the adoption of the Weberian concepts of power/domination was the key to his new approach of metalinguistic reading of the historical phenomenon of medieval jurisdiction. The second and third sections focuses on both propositions arising from structuralist linguistics and historical semantics in particular, and how Pietro Costa proposed a historical semantics approach to the legal history of the word *iurisdictio*. This paper emphasizes the importance of those conceptual choices and the conscious use of metalinguistic tools by Costa, and how both made possible the entire historiographical operation of his first comprehensive study of medieval legal thought and language.

**Keywords:** Pietro Costa; Legal History; Historiography; Semantics; *Iurisdictio*.



## 1. Introdução

Pode-se atribuir legitimamente valor a um livro por força das *teses* que pôde construir e enunciar. Não é incomum na história do pensamento e da ciência que certas obras surjam saturadas de contribuições que, por robustez, sofisticação ou originalidade, fincam bandeira no terreno de uma área do saber – seja aqueles que produzem uma revolução de paradigma (em termos kuh-nianos), seja aqueles que, discretamente, forneceram subsídios que se mostram continuamente férteis em potência. Costuma ganhar, assim, a alcunha de um “clássico” de certa esfera da cultura o livro que primeiro anuncia, depois enuncia e, através da enunciação, atinge e realiza algo.

Todavia, é legítimo afirmar que uma obra também pode ser avaliada por força dos *efeitos* que produz (e que ainda pode produzir) em seus leitores. Neste sentido uma obra (per)locuciona não apenas pelas teses que expõe através da linguagem, mas pelo que *faz* com a própria linguagem. Um livro pode ter sua marca na história de uma disciplina não apenas pelos conteúdos de pesquisa oferecidos, diríamos, de concreto, mas pelos efeitos que produziu ou inspirou nas ações e pensamentos de seus leitores (em geral, pesquisadores ou estudiosos da área), efeitos da linguagem se estendem para além do momento histórico em que nasce uma obra. Parece defensável pensar, deste modo, que certos textos merecem ser revisitados não por uma saudosista deferência monumental e cristalização dos resultados do passado, mas porque, como o vinho de outros tempos do adágio de Publílio Siro, torna são o homem ao ser apreciado quando o tempo é oportuno (*annotina vina, sume libens dicto tempore, sanus eris*).

É com esse objetivo que propomos o convite à (re)leitura de *Iurisdictio: semantica del potere nella pubblicistica medievale (1100-1433)*<sup>3</sup> de Pietro Costa, professor emérito de história do direito medieval e moderno da *Università degli studi di Firenze*. “Obra primogênita e de juventude”<sup>4</sup> de Pietro Costa, *Iurisdictio* surgiu inicialmente como tese de láurea na metade dos anos sessenta e veio à luz em sua primeira edição no ano de 1969, exatos cinquenta anos atrás. Sua segunda edição em 2002 foi editada como o 62º volume da coleção do *Centro Studi per la storia de pensiero giuridico moderno*, acompanhada de uma breve nota introdutória de Paolo Grossi – orientador do trabalho de pesquisa original –, dois extensos prefácios de Ovídio Capitani e Bartolomé Clavero, e um posfácio do próprio autor (que faz as vezes também de réplica aos prefácios). No âmbito da história do direito, como se verá a seguir, *Iurisdictio* é frequentemente apontada como uma pesquisa exemplar das mudanças de rumo da historiografia jurídica dos anos sessenta e setenta na Itália, da por vezes chamada Nova História do Direito.

Esta retomada da obra a respeita e pressupõe a sua vitalidade – toma-se *Iurisdictio* não apenas como um livro que anunciava novas possibilidades historiográficas ao ser escrita, mas uma que *ainda* traz potencialidades em seu núcleo. Não apenas em seus resultados concretos quanto à história da cultura jurídica medieval, *Iurisdictio* também é uma obra sofisticada pelo modo como coadunou suas preocupações teóricas acerca da linguagem e dos discursos com as preocupações propriamente voltadas para o trabalho com as fontes histórico-jurídicas. Ao combinar exigências teóricas a respeito da linguagem com o fazer historiográfico, não apenas anunciou questões teóricas que continuam relevantes, como propôs procedimentos de trabalho à agenda de pesquisa da história do pensamento jurídico.

3 Doravante, iremos nos referir ao livro de Pietro Costa simplesmente como “*Iurisdictio*”, começando por maiúscula; “*iurisdictio*”, com minúscula, será utilizada para fazer referência ao conceito jurídico presente nos textos antigos e medievais extraído das fontes de pesquisa e, em última instância, o objeto de investigação de Costa.

4 São os termos de Bartolomé Clavero (2002, p. xx).

Movemo-nos assim pela novidade que Costa propunha à historiografia jurídica de uma época, mas especialmente pelas reflexões que a leitura de *Iurisdictio* ainda pode trazer para uma história conceitual (ou semântica) do direito. Não tencionamos reduzir a densa pesquisa de Costa à algumas poucas páginas de uma *delayed review*, tampouco propomos neste artigo – o que seria extremamente interessante, mas tarefa outra – um trabalho de história da historiografia jurídica acerca da recepção do texto de Costa por trabalhos que se seguiriam<sup>5</sup>. Nossa intenção é, pois, aparentemente mais simples: apontar, na estruturação teórica e em seu fazer historiográfico, algumas das suas contribuições pertinentes e intransitivas cinquenta anos depois.

Para tal convite às reflexões teóricas e metodológicas proporcionadas pela (re)leitura da obra *Iurisdictio*, dividimos o artigo em três seções.

A primeira seção desse artigo sumariza e apresenta o problema e o objeto de investigação do livro – a *iurisdictio* medieval – a partir do desafio hermenêutico-interpretativo de aproximação com as fontes históricas mobilizadas. Essa seção do artigo em particular enfocará o acento weberiano presente em *Iurisdictio* e, em particular, como seu principal ponto de partida conceitual, o conceito de *potere politico* (sua chave de leitura para o conceito de *Herrschaft*) atravessa toda a operação historiográfica.

A segunda seção lida com a dimensão estruturalista da obra de Costa, com o objetivo de apontar concretamente quais foram os apelos teóricos e metodológicos de *Iurisdictio* aos autores estruturalistas de então, especialmente aqueles do domínio da linguística, bem como refletir acerca do peso dessa metodologia nos resultados historiográficos obtidos pelo historiador florentino. Analisar-se-ão as soluções teóricas formuladas por Pietro Costa no estruturalismo linguístico para subsidiar seu exame das fontes medievais, baseadas no emprego consciente e operativo aos recursos de metalinguagem do historiador/pesquisador como forma de abordagem reconstrutiva de um conjunto linguístico do passado.

A terceira seção, ato contínuo, debruça-se especificamente no investimento do autor na aplicação dos estudos da Semântica para a análise histórico-jurídica, apoiando-se nos especialistas de uma incipiente semântica estrutural para propor uma forma de história semântica apta a captar o discurso jurídico e político pré-moderno.

## 2. O ponto de partida weberiano de *Iurisdictio*

### 2.1. A pesquisa e a estruturação da obra

Todo convite à releitura seria incompleto se não pressupusesse a possibilidade de novos leitores – especialmente em se tratando de uma obra ainda não traduzida em nosso idioma e talvez eclipsada pelo extenso catálogo posterior de seu autor, altamente reconhecido e influente

---

5 Naturalmente, é inescapável alguma referência ao contexto do campo da história do direito italiano nos anos sessenta e às discussões acadêmicas do momento em que a obra do jovem pesquisador surgiu. De ponto de vista amplo, Pietro Costa situa-se no cenário de recomposição da *storia del diritto* – e do *Centro Studi per la storia del pensiero giuridico* de Florença. Tal geração de historiadores que proporia caminhos assaz distintos à disciplina, fazendo frente ao déficit histórico das disciplinas dogmáticas (informadas por matizes de positivismo formalista) por um lado, e pela historiografia limitada aos confins da filologia e da erudição. Quanto ao tema, ver Storti (2013, p. 9-31). Especificamente a respeito de *Iurisdictio* – e das razões pelas quais foi “boa a acolhida, apesar das más condições do ambiente” –, ver o prefácio de Clavero (2002, p. xlv-lviii; p. lxxv). Um exemplo inescapável de obra que dialogou com *Iurisdictio* é o livro de Jesus Vallejo, *Ruda equidad, ley consumada: Concepción de la potestad normativa, 1250-1350* (1992), que explicitamente admite a obra de Costa como seu “obrigatório ponto de partida” (Jesús-Vallejo, 1992, p. 39). Uma mostra da vivacidade de *Iurisdictio* para a Medievalística brasileira encontra guarida nos trabalhos de Maria Filomena Coelho.

na historiografia jurídica brasileira. Começaremos com uma descrição do problema central, do método e da estrutura de pesquisa de *Iurisdictio* para, em seguida, passarmos a suas operações conceituais.

*Como*, em certo tempo e lugar na história, os homens *obedecem* a outros homens? Através de quais mediações simbólicas o domínio de alguns sobre outros pôde ser aceito como natural, destinado ou legitimado a assim ser? Este problema é o cerne da indagação de *Iurisdictio*. Formalmente descreve o próprio autor a sua como uma pesquisa sobre o pensamento político e jurídico dos intelectuais da Europa ocidental, com a proposta de reconstruir a lógica simbólica do universo político da Cristandade medieval a partir de uma palavra: *iurisdictio*<sup>6</sup>.

Ladeado de uma constatação empírica evidente – existe o domínio de uns e a obediência de outros – e de uma constatação empírica menos óbvia à formação jurídica – a comprovação de em nenhum dos casos essa forma de distribuição do poder, geralmente desigual, estava estabelecida desde sempre (ou fadada ao eterno)<sup>7</sup> – o objeto da monografia de Costa gira em o conjunto de condições através da qual a autoridade e as relações de poder se legitimavam na sociedade medieval, permanecendo ou se tornando eficazes com um mesmo conjunto de signos que regiam situações das mais diversas (do imperador e do papa às comunas italianas, reis e senhores feudais).

As balizas são retiradas da história do pensamento jurídico: o período se situa entre a efervescência da Escola dos Glosadores e o “Renascimento Jurídico” de Bolonha (c. 1100) e a publicação de Nicolau de Cusa, *De Concordantia Catholica*, em 1433. A história da ideia *iurisdictio* não se constitui nesse percurso (por razões teóricas que serão melhor delineadas *infra*) como um recolhimento das ocorrências do termo e sua subsequente exegese. Por se tratar de uma história *semântica*, a pesquisa de Costa parte do vocábulo que lhe dá título como *terminus a quo* de uma operação que investigará o complexo das relações linguísticas e a meta-lógica da linguagem política-medieval.

O livro é dividido em três partes: *semântica*, *poder político* e *iurisdictio*. Cada uma dessas partes possui divisões e subdivisões: a bem da verdade, o detalhado sumário do livro é intimidador à primeira vista<sup>8</sup>. Correspondem tais três partes aos três níveis de linguagem operadas pela pesquisa: (1) a *semântica*, a linguagem *segundo a qual* se fala, uma forma de meta-metalíngua, ou o conjunto de regras da pesquisa que visa estabelecer a conexão entre os dois níveis remanescentes, que recebeu pouco depois uma mais elegante definição na obra de Costa (1972,

6 “... si trata di un’indagine sul pensiero politico e giuridico degli intellettuali dell’Europa occidentale fra gli anni 1100-1433. Il periodo considerato si situa, dal punto di vista della storia delle fonti, fra la data (approssimativa) dell’inizio dell’attività scientifica irneriana e quella di composizione del *De Concordantia Catholica* di Nicola Cusano (...) Lo svolgersi della ricerca mostrerà, se lo mostrerà, che tanto il primo quanto il secondo limite temporale obbediscono ad una scelta storicamente legittima. Entro questo arco temporale mi propongo di ricostruire la logica dell’universo politico della cristianità occidentale: non sono il primo nè, verosimilmente, sarò l’ultimo, a propormi un simile obiettivo. Se l’approccio al problema, testimoniato dal libro, ha qualcosa di peculiare giudicherà il lettore” [“Trata-se de uma investigação sobre o pensamento político e jurídico dos intelectuais da Europa Ocidental entre os anos 1100-1433. Do ponto de vista da história das fontes, entre a data aproximada do início da atividade erudita de Irnério e a data da composição do *De Concordantia Catholica* de Nicolau de Cusa (...) O decurso da investigação demonstrará (se puder demonstrá-lo) que tanto o primeiro como o segundo limite temporal obedecem a uma escolha historicamente legítima. Nesse horizonte temporal eu proponho reconstruir a lógica do universo político da cristandade ocidental: não sou o primeiro, nem provavelmente serei o último, a propor tal objetivo. Se a abordagem do livro ao problema tem algo de peculiar, caberá ao leitor julgar”], Costa, 2002, *prefazione* (= p. CI).

7 Veja-se especialmente Costa (2002, p. 91). Em mesmo sentido: “È un’ingenuità la pretesa di dover rispondere alla domanda ‘che cosa è il tal fenomeno’ e non ‘come è descrittibile quel fenomeno’” [É ingênuo pretender responder à pergunta ‘o que é este fenômeno?’ e não ‘como pode este fenômeno ser descrito?’] (Costa, 2002, p. 70, grifos nossos).

8 Não seria um conselho vão que uma cópia do sumário ladeie a leitura do texto principal. São palavras de Paolo Grossi (2014, p. 162, nt. 8) – ninguém menos que o orientador da tese original: “ver atualmente as pesquisas amplas e esclarecedoras de Costa, *Iurisdictio*..., que podem ser bem elucidativas para o leitor que se sujeitar ao ônus da difícil leitura da obra desse estudioso”.

p. 45-46): a semântica é um “pensar regulado” sobre algo; (2) o poder político, que corresponde à linguagem *com a qual* se fala, localizada especialmente nas conversões necessárias entre linguagem do intérprete e aquela das fontes históricas, na forma de uma metalinguagem; (3) a linguagem-objeto, aquela *sobre a qual* se fala: a linguagem jurídico-política do Medievo, captada pela imagem unificante do campo semântico de *iurisdictio*<sup>9</sup>.

É a terceira parte, a maior parte do livro, que concentra a discussão propriamente empírica (e fartamente documentada) em torno dos textos produzidos entre os séculos XII a XV. As fontes são muito variadas: vem de glosadores, comentadores, teólogos, filósofos, civilistas, canonistas e escritos jurídicos ou políticos de um modo geral, com uma grande variação temporal, contextual e autoral. O que avizinha as fontes mobilizadas entre si e fundamenta a própria seleção é o uso recorrente do mesmo conjunto de vocábulos específicos, reportando a uma teia de significados comuns. *Iurisdictio* é o núcleo da pesquisa na medida que é o eixo gravitacional dessa linguagem do poder: em torno dela giram os demais signos recorrentes, tais como *imperium*, *potestas*, *condere leges*, *iudicare*, *princeps*, *imperator*, *magistratus*, *lex regia*, *populus*, *plenitudo potestatis*, o binômio *de iure/de facto* etc.

A terceira parte do livro, ao perscrutar o vocábulo *iurisdictio*, persegue por meio daquele um determinado campo semântico: o processo de poder ou, para nos adequar à linguagem do livro, as formas de legitimação da autoridade em seu contexto sintagmático e nas suas oposições paradigmáticas. Após o estabelecimento do recorte temporal e, diríamos, da “gramática” do campo lexical em questão, o livro se dedica a descrever quatro processos de poder. Dois operam a legitimação da autoridade, da obediência e dos expedientes normativos através de uma linguagem de validade: a linguagem imperial e a linguagem eclesiástica-papal. Os outros dois operavam inicialmente por uma linguagem de poder ligada à sua efetividade: uma ligada às *Signorie* e aos *populi liberi* das Comunas; outra ligada ao fenômeno de efervescência de algumas monarquias nacionais, especialmente em França a partir do século XIV.

## 2.2. A centralidade do conceito de ‘potere politico’ (= dominação) na obra

Insistimos que não se tratam as escolhas teóricas e conceituais ao longo de *Iurisdictio* de meras preferências ou opções, mas daquilo que, aos olhos do então jovem pesquisador, pareciam preencher as condições metódicas necessárias impostas pela natureza linguística do próprio objeto.

---

<sup>9</sup> É importante destacar que, para Costa, trata-se de uma pesquisa cuja metodologia estruturalista que se dá no próprio percurso. Veremos adiante que, para Costa, não é possível falar sobre uma linguagem sem *ao mesmo tempo* expor os procedimentos lógicos recorridos (não antes ou de forma apartada); uma vez que nenhuma linguagem diversa da nossa é acessível sem a opção de uma via de acesso, ao falar de outra linguagem é preciso falar também dessas vias de acesso. O ato de compreensão histórica do seu objeto – e a *iurisdictio* nada mais é do que a ponta de lança de uma linguagem, ainda que específica, a linguagem jurídica e política – exige em sua integralidade os três níveis linguísticos que articula. Há que se evitar aqui a tentação de enxergar nessa tripartição uma divisão entre “capítulos teórico-metodológicos” e “capítulos empíricos” propriamente ditos, separação algo comum às teses acadêmicas no Brasil. A articulação entre as dimensões teórico-procedimentais e de pesquisa permaneceria na obra posterior do historiador. Em 1969, contudo, a exigência externada de que o historiador do direito justifique e demonstre como sua aventura intelectual foi planejada e controlada não é gratuita, mas um posicionamento geral, entre outros, contra o tratamento idealista da história do direito. Afirmar que todo trabalho historiográfico “traduz” o passado – em outras palavras, que nenhuma fonte é acessível de outra forma – era o convite do florentino à feitura de uma história do direito consciente e renovada em seus métodos. É significativo que poucos anos depois, em 1972, um texto intitulado *Semantica e Storia del Pensiero Giuridico* seja a contribuição de Costa ao volume inaugural dos *Quaderni fiorentini*, no momento mesmo de formulação de um programa comum aos pesquisadores da história do direito medieval e moderno na Itália (cujo primeiro monumento se encontra no mesmo volume: a *Pagina Introduttiva* escrita por Paolo Grossi).

Para Costa, como visto, caberia ao historiador da *iurisdictio* encontrar uma linguagem capaz de traduzir a experiência jurídica do passado em termos cognoscíveis (ou, na frase que toma emprestada de Bridgman, a forma de “pensar sobre coisas não familiares em conceitos familiares”<sup>10</sup>). Se a *iurisdictio* medieval era evidente, a *res* diversa e inquietante que suscitava a necessidade de intermediação linguística, fato é que, no *standard* historiográfico e politológico que se apresentava até os anos cinquenta, o conceito de “Estado” – entendido, em contornos formalistas, basicamente como um ordenamento jurídico de um território soberano (avizinado, costumeiramente, pelo conceito de “soberania”) – era tomado como suficientemente capaz de realizar tal operação de tradução<sup>11</sup>.

Foi precisamente nesse ponto que o historiador incursionou sua discordância e, ato contínuo, mudança de direção conceitual. Para Costa, a gênese dos conceitos de Estado e soberania na história intelectual europeia – gênese que tem uma história do fim da idade média em diante, passando por Bodin até as formulações mais recentes – significou apenas *uma* forma, dentre outras, de conceber o existente (ou, diríamos, de traduzir os fatos do mundo político, familiares ou não); *uma* forma, dentre outras que colocou o Estado no centro da reflexão jurídica, e que utilizou tal *invólucro* para compreender os muitos processos reais e tensões da sociedade. Com esse absoluto limite, o conceito de “Estado”, insistia Costa, precisava ser percebido tão somente como um invólucro da reflexão política e jurídica *já distante* dos momentos generativos daqueles mesmos processos sociais que se visa explicar<sup>12</sup>. Ao invés de conceber o Estado, portanto, como um conceito dogmático inescapável da história do direito, passa-se a tomá-lo como um esquema de explicação entre outros, cuja grau de aplicabilidade somente a consonância com a experiência histórica por explicar poderia aferir.

Em *iurisdictio*, o conceito de Estado não detém esse poder explicativo ou translático para o quadro político cristalizado nas fontes medievais até o final do século XV. De um lado, esse conceito falharia em capturar habilmente o fenômeno político e jurídico de muitas daquelas sociedades que não se sujeitam ao conceito povo-soberania-território; de outro lado, sua aplicação também implicaria num excesso que deformaria aquele mesmo material histórico, homogeneizando como “estatal”, “público” ou “soberano” muitas das tensões e conflitos que eram o centro da política no medievo. Ao que o leitor antepõe uma pergunta imediata: retirado o “Estado” desse papel central na explicação historiográfica, *o quê* – em termos metalinguísticos, teóricos – poderia entrar em seu lugar para manejar os sistemas sociais históricos pesquisados?

Foi buscando um substituto adequado para essa operação que Costa preferiu ao conceito de Estado aquele que aparece no subtítulo da obra para elegê-lo como pivô de suas operações metalinguísticas: o conceito de poder político (*potere politico*) (Costa, 2002, p. 69-70). Tal

---

10 Costa, 2002, p. 63.

11 Pelo *standard* político, Costa toma como referências fundamentais Harold Joseph Lasky (*A Grammar of Politics*, de 1925) e Bertrand de Jouvenel a respeito de soberania (*De la souveraineté: a la recherche du bien politique*, de 1955); pela historiografia jurídica, de Francesco Calasso, e talvez a obra mais reiteradamente destacada ao longo de *iurisdictio*, o texto “*I glossatori e la teoria della sovranità*” (publicado pela primeira vez em 1926, com novas edições em 1951 e em 1957, est’última a citada por Costa).

12 Para Costa, tal dogma pode ser lido na seguinte chave: toa-se como um pressuposto apriorístico à análise empírica de que as sociedades, em certos momentos da experiência histórica, seriam todas consagrados por esta experiência estatal (à revelia daquelas que “ainda” não tivessem alcançado tal momento histórico). Isso traz consequências de pesquisa sérias. Uma tribo nômade, por exemplo, carece do elemento *território* definido que é do Estado; e, no entanto, dizer que uma sociedade “tribal” – o que quer se entenda aqui por “tribo” – está *fora do quadro da política* é assaz problemático, e um problema oriundo do esquema hermenêutico que parte do conceito de Estado soberano como uma necessidade. Além disso, ao lembrarmos que o conceito de Estado surge como uma operação racional que é *posterior* às tensões e conflitos dos processos sociais, passamos assim a lembrar que seria no mínimo ingênuo acreditar que o Estado – que a “entidade soberana” – serviria para representar os aspectos políticos (de tensões e conflitos) das sociedades do passado; mais grave do que isso, ele antes *exclui e torna invisíveis* os conflitos internos e os mais relevantes aspectos políticos e jurídicos desses conflitos. Cf. Costa, 2002, p. 66-69.

conceito precisa ser inicialmente “redefinido” – como esquematiza Costa – para os fins concretos da pesquisa histórico-jurídica diante da vastidão do catálogo de acepções possíveis para o termo *poder* e outros termos relativos (autoridade, potência, influência etc.). O poder *não* suporta uma definição única e unitária (uma receita ingênua para tentar descrever “*que coisa é*” o fenômeno, em termos essencialistas, e não o mais modesto *como* descrever o fenômeno, em termos históricos). Mas, Costa admite que mesmo que partamos dessa abordagem “operacional” (abandonando o monismo e o essencialismo do conceito de Estado), outros problemas ainda existem. O poder é *uma* das características da política ou é o fenômeno constitutivo da política? Para além de poder, o que seria o poder *político* (noutros termos, o que o adjetivo faz com o substantivo)?

É nesse ponto que *Iurisdictio* encontra Weber, procurando uma definição relativamente elástica – “sociologicamente amorfa”, como diria o próprio Weber – e capaz de compreender capacidade de analisar um conjunto mais amplo de fenômenos normativos (quer políticos, quer jurídicos estritamente). Costa encontra em Weber a definição que procura para reconduzir sua pesquisa sobre o poder político medieval: o poder é “toda probabilidade de impor a obediência numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade”<sup>13</sup>. O poder é o que confere a possibilidade de dar comandos específicos que requerem a obediência de um certo grupo de homens, para além das esferas da força (*potenza*) e da influência.

Assim, Costa alcança a sua redefinição weberiana de poder político, para manejá-lo em sua análise da *iurisdictio*: “O poder é uma (a) relação entre desiguais; (b) mensurável; (c) capaz de se exteriorizar na emanção de uma norma; (d) (norma) esta sancionada; (e) (norma) esta que é funcional a um escopo; (f) inscrita em um lugar institucional; (g) destinada a sujeitos mantidos em obediência; h) e que é dotada de convicção acerca de sua legitimidade<sup>14</sup> (Costa, 2002, p. 74). Assim pensado, o termo *iurisdictio* se aproxima dos processos reais de autoridade descritos nas fontes; suas raízes deitavam fundo na ideia de justiça de uma sociedade feudal, hierárquica, fundamentada nas ideias de natureza, ordem e cosmos. Daí ser *iurisdictio* o símbolo mesmo do poder ordenador, da própria ordem e do processo de ordenação da sociedade.

A opção por Weber não se justificava apenas pela elasticidade dos conceitos de *Macht* e principalmente de *Herrschaft*, mas talvez pela intenção de Weber em elaborar uma exposição sociológica de todas as formas de comunidade, incluindo uma teoria compreensiva tanto da dominação quanto do Estado (*Staats- und Herrschafts-Lehre*). A construção sociológica de Weber teria em si os instrumentos necessários para começar a pesquisa, tanto por não reduzir *todo* o fenômeno político, institucional e jurídico à figura do Estado, quanto por sua capacidade de capturar diferentes constelações políticas, todas associadas à existência de um poder de (co)mando direcionado a certo grupo de indivíduos e com expectativas concretas de obediência e revestimento de legitimidade, questões que são avalizadas jamais por especulação teórica ou filosófica, mas como uma justificação de reais estruturas empíricas de poder<sup>15</sup>.

13 Costa, 2002, p.71, passagem na qual Costa cita *ipsis verbis* o conceito de “dominação” (= *Herrschaft*) em Weber, nos termos da edição italiana então veiculada. Veja-se *infra* em nota de rodapé as nossas considerações acerca das peculiaridades e implicações quanto às opções de tradução da versão italiana.

14 É ainda em virtude dessa definição metalinguística weberiana de poder que Costa, após tecer a história da *iurisdictio*, separa capítulos específicos para lidar com os signos relacionados à obediência [*Gehorsam*, em Weber] (seção III.G) e à legitimidade [*Gesetzlich(keit)*] (seção III.H).

15 Costa, 2002, p. 93, nt. 41.

Antes de prosseguirmos algumas considerações terminológicas são importantes (aos leitores de Weber, quiçá urgentes). Como visto, Costa toma a *iurisdictio* como um processo de poder político – o conceito weberiano por ele manejado para tal, no entanto – o conceito de *Herrschaft* – se traduz em português não como “poder”, mas como “dominação”.

Costa se valeu à época da edição curada por Pietro Rossi e traduzida por Tullio Bagiotti, publicada em 1961 pela Edizioni di Comunità, a primeira completa em língua italiana (Costa por sua vez fez uso da segunda edição de 1968). E na edição italiana de Rossi-Bagiotti a tradução de *Herrschaft* oscila entre *potere* (poder) – como, por exemplo, no parágrafo definidor de *Herrschaft* da *Wirtschaft und Gesellschaft* de Weber, base para o conceito redefinidor de Costa – e *dominio* (dominação), distinguindo-se este de *potenza*, o termo mobilizado para traduzir o conceito de *Macht* weberiano. Em *Iurisdictio*, da mesma forma, o termo utilizado por regra para o *Herrschaft* weberiano é *potere*<sup>16</sup>, enquanto *Macht* é traduzido como *Potenza*.

Traduzir o *Herrschaft* weberiano como “poder” (*potere*), assim como *Macht* como “potência”, parece constituir uma idiosincrasia da edição italiana<sup>17</sup>. Comumente nos trabalhos e traduções de Weber, “dominação” é a escolha tradutória *standard* não apenas em português, mas também em espanhol (*dominación*, na edição de Gill Vilegas), francês (*domination*, na edição de Chavy e Dampierre) e inglês (*domination*, desde as edições de Gerth e Mills, eventualmente *ruler/rulership*, como na tradução recente de Keith Tribe), da mesma forma que *Macht*, este sim, é tomado como “poder”.

Algo talvez se perca com essa peculiaridade terminológica, pois quer em Weber, quer para a pesquisa de Costa a respeito de *iurisdictio*, não se tratam de meros vocábulos. Isso porque a “dominação” em Weber (o que Costa está chamando de *potere politico*) acondiciona precisão terminológica e o realismo empírico envolvido nos atos coercitivos e de comando – necessários para configurar a situação na qual um dominador detém a capacidade de fazer com que outros se submetam aos seus comandos, com alta probabilidade de que seus comandos sejam obedecidos. Como dispôs o tradutor espanhol de Weber a esse respeito, o conceito de *Macht* (“poder”) é mais elusivo e genérico do que o conceito de *Herrschaft* (“dominação”), razão para ser considerado “sociologicamente amorfo” pelo próprio Weber. O termo *Macht* tem papel na distinção das formas de poder em Weber (poder econômico, social e político), mas perde espaço à medida que a sociologia da dominação weberiana avança para os tipos ideais de dominação (tradicional,

16 Assim a tradução italiana apresenta o conceito weberiano no primeiro capítulo acerca dos *Soziologische Grundbegriffe*: “La *Potenza* designa qualsiasi possibilità di far valere entro una relazione sociale, anche di fronte ad un’opposizione, la propria volontà, quale che sia la base di questa possibilità. Per *potere* [= *Herrschaft*] si deve intendere la possibilità di trovare obbedienza, presso certe persone, ad un comando che abbia un determinato contenuto” (Weber, 1968, vol. I, p. 5 – seguida *in passim* pelo autor de *Iurisdictio*: cf. Costa, 2002, p. 71 – grifos nossos). É evidente a diferença nas opções tradutórias com a edição em português brasileiro. A exemplo: “*Poder* significa toda a probabilidade de impor a própria vontade numa relação social, mesmo contra resistências, seja qual for o fundamento dessa probabilidade. *Dominação* é a probabilidade de encontrar a obediência a uma ordem de determinado conteúdo, entre determinadas pessoas indicáveis” (Weber, 1999, vol. I, p. 33 – grifos nossos), e ainda: “Por ‘dominação’ [= *Herrschaft*] compreendemos, então, aqui, uma situação de fato, em que uma vontade manifesta (‘mandado’) do ‘dominador’ ou dos ‘dominadores’ quer influenciar as ações de outras pessoas (do ‘dominado’ ou dos ‘dominados’), e de fato as influencia de tal modo que estas ações, num grau socialmente relevante, se realizam como se os dominados tivessem feito do próprio conteúdo do mandado a máxima de suas ações (‘obediência’); vide Weber (1999, vol. II, p. 191). Igualmente a edição lusitana mais recente de Mourão emprega “dominação” em bloco. Para a interpretação que Costa faz de Weber e o juízo quanto a sua operacionalidade cf. Costa, 2002, p. 70-85.

17 Os tradutores italianos não ostentam suas razões para tal escolha na introdução e nas advertências das edições. A edição traduz *Kraft* como *forza*, *Macht* como *Potenza*, *Gewaltsamkeit* como *violenza*, *Autorität* como *autorità*, *Herr* como *detentore del potere* ou *signore* e, de modo não muito distinto, tanto *Gewalt* quanto *Herrschaft* como *potere* (e a partir disso todas as expressões compostas ou derivadas, como os três tipos ideais de dominação). Esta opção de tradução do conceito de *Herrschaft*, poder-se-ia defender, potencialmente evitaria ambiguidades com outro conceito jurídico constantemente mobilizado nas fontes (o conceito de *dominium*).

carismático, legal ou racional) – de fato, após definidos os termos do conceito de *Herrschaft*, ele se torna o traço elementar de Weber para análise todas as formas de organização<sup>18</sup>.

Assim, a *iurisdictio* que Costa analisa ao longo de sua obra – e o *potere politico*, conceito reconstruído pelo historiador, a lembrar que o poder é, antes de tudo, uma forma de relação<sup>19</sup> – precisa assim ser lida, de modo conceitualmente mais rigoroso, como dominação (*Herrschaft*).

Passemos a analisar os elementos da definição de *potere politico* e, por sequência, da *iurisdictio* medieval na obra de Costa.

A primeira característica do conceito é a desigualdade intersubjetiva presente na relação de poder político. Para Costa, conceder que o poder é uma relação desigual implica dizer que entre dois indivíduos, *P* e *S*, é uma relação de poder no momento em que *P* pode agir sobre uma ação *x* através de *S* em uma dada circunstância *y*<sup>20</sup>. A relação possui dois centros de poder (ativo e passivo) que podem se identificar com indivíduos, grupos ou instituições – ou ainda, duas posições dentro da pirâmide social (e interessam, portanto, não pela ‘coisa’, mas pela ‘posição’ e pela sua relação), a ser averiguada em tempos históricos concretos.

Ao que se segue o caráter mensurável e probabilístico dessa relação: *P* é condição provável do comportamento de *S* quanto a uma ação *x*. Se um indivíduo, instituição ou magistrado efetivamente *domina* outros em certa relação de poder, acrescenta Costa, é possível imaginar que este mesmo polo poderá representar um *S'* com relação a um outro *P'*, e assim por diante. Não há apenas *P* e *S*, mas *P, P', P'' ...* e *S, S', S''*, em uma mensurável hierarquia de poderes.

A desigualdade mensurável em uma relação de poder precisa de uma forma de expressão: eis a norma. A relação *PS* possui por conteúdo um comando de *P* para *S*; e a norma *n* existe apenas e tão somente como um veículo jurídico que media *P* e *S*; o primeiro se comunica com o segundo por um signo comunicativo de caráter autorizativo (a norma *n*). O fenômeno jurídico (*n*, norma) é impensável fora da relação de poder (*PS*). Essa é uma etapa essencial no modelo explicativo de *Iurisdictio* para traduzir a estrutura da linguagem política e jurídica medieval. O modelo estrutural deve ser plástico ou disponível para traduzir todas as situações que a linguagem dos teólogos e juristas buscava retratar, pois o direito é tomado como uma parte ao mesmo tempo essencial das relações e também como veículo dessas relações, funcionando como *medium* simbólico que matiza, explica e distribui *desigualmente* o poder entre grupos, classes e indivíduos. Essa desigualdade tem sempre uma função e um fim: a norma distribui os valores disponíveis entre as posições desiguais e confirma a diferença de papéis (e, especialmente, a supremacia de uns sobre outros).

18 Embora se entrelacem em diversos momentos da análise, também o conceito de dominação não se confunde com o de legitimidade (tampouco a legalidade, típica da dominação racional, confunde-se com legitimidade), como também reforça o tradutor norte-americano Keith Tribe acerca dos conceitos de *Macht, Autorität e Legitimität*. Cf. Villegas in Weber, 2014, p. 101-106; Tribe in Weber, 2019, p. 471-473.

19 “Potere è innanzitutto relazione” [“O poder é, em primeiro lugar, uma relação”], Costa, 2002, p. 75.

20 Costa previne-se aqui contra a pecha de uma visão determinista ou mecanicista nessa força de ler a dominação em Weber e na sua pesquisa (Costa, 2002, p. 74-77). Um exacerbado mecanicismo – expresso na noção de causa – não reproduz a peculiaridade da relação de poder (tanto a ideia de que *P* seria uma causa absolutamente necessária de *x*, quanto que *P* é um elemento impermeável à *S*, são ideias frágeis). O mundo não se faz por reações mecanicamente necessárias como se dá num esquema absolutamente impessoal e reducionista dos centros de poder *P* e *S*. Há uma mobilidade (mesmo que relativa) e uma imprevisibilidade típicas do mundo humano e das relações. *P* não é um produtor necessário, mas um produtor *provável* da ação *x* por meio de *S*. Os centros de poder são pensados assim como efetivos centros de ação, relativamente autônomos, com comportamento ligado a uma dinâmica complexa e típica não de uma lógica determinística, mecânica, mas probabilística. E, quanto à *x*, *S* é uma função de *P*; a emissão de vontade de *P* equivale à uma emissão da vontade de *S*, de modo conexo. O centro de poder ativo *P* não é indiferente ou puramente “externo”; a sua posição de poder ativo *P* depende da obediência de *S*. A conexão não pode assim ser rigidamente estabelecida em termos lógicos, mas empíricos.



A norma *n* é expressão da relação de poder também, para Costa, por ser dotada de sanção. Sempre em termos weberianos, a sanção aparece como elemento que distingue o “poder político” (= a dominação) da mera influência, pois a sanção é a forma objetivada e atua da coação imanente – presente em estado *potencial* e difuso – nas relações de poder.

Tais normas estão inscritas e lugares estruturais. Costa introduz esse elemento em sua definição com a intenção de indicar um esquema de relações que precede logicamente às relações reais. A politicidade das relações está conotada dos lugares instituições em que ocorre; a institucionalidade aqui está menos implicada na *organização de uma entidade* (em fato, esta organização pode ser muito diminuta) do que na coesão e estabilidade. A instituição é um “sistema de relações” em um mundo concreto e um desenvolvimento efetivo, real; a “estrutura” é um esquema lógico, geralmente posterior, que racionaliza essas relações entre os elementos. A estrutura não é assim relacionada diretamente com dados da realidade, mas com um esquema (abstrato) da instituição (ou das relações entre as instituições)<sup>21</sup>.

A obediência, por sua vez, é o elemento definidor da relação de poder que diz respeito ao agir do subordinado de tal forma que, em uma relação desse tipo, o subordinado age como se seu próprio querer possuísse o mesmo conteúdo do comando que recebeu por máxima; é a produção da ação *x* da parte de *S* pelo comando de *P*. Diz respeito, assim, à dimensão de eficácia do comando de *P*, é um puro “adequar-se à”, um dado objetivo e constatável. A obediência é uma variável dependente do comando; é a descrição da ação do dominado em resposta à ação do dominante. Assim como o poder é mensurável, a obediência (ou a eficácia do comando) também o é; e se há uma gradação ou hierarquia de poderes, também há uma gradação na eficácia de um comando (do mínimo ao máximo); a total ineficácia do comando, ou pura desobediência, é *uma* das possibilidades de modificação do próprio modelo; a plena e irrestrita eficácia é, em si, mais um modelo ou hipótese do que algo real.

Essa relação de desiguais não se dá unicamente no domínio da objetividade; o modelo possui como parte integrante uma *consciência subjetiva das motivações necessárias* para justificar (ou legitimar) o comando de *P* sobre *S*, a “posição privilegiada” de poder de um polo sobre outro. Num primeiro momento, para Costa, a legitimação pode ser vista como um elemento subjetivo da obediência (não é uma mera questão teórica ou filosófica, mas uma necessidade de justificação para diferenças *concretas, reais e palpáveis* entre os homens<sup>22</sup>); em segundo momento, pode-se qualificar como ideologia o elemento subjetivo da relação de poderes (uma transposição simbólica do processo social, relativamente autônoma frente à realidade; o símbolo ideológico ‘reflete’ a realidade, mas a transpõe para um plano próprio e posterior ao processo de simbolização). A justificação ideológica da relação de poder é sua legitimação e se caracteriza por uma dialética entre verdade e não-verdade<sup>23</sup>.

Costa reuniu assim todos os elementos de sua redefinição: o processo de poder é a dinâmica da relação em todos os seus elementos objetivos e subjetivos. Sublinha ademais com o termo

---

21 Para seguir a apresentação na linguagem simbólica, podemos dizer que a relação *PS* é uma estrutura de poder – a relação entre *P* e *S* na totalidade de um modelo institucional de poder –, enquanto o lugar estrutural do poder (diga-se, *l*) é a relação de *OS* quanto a sua imagem concentrada em um ponto ideal dentro das várias relações do sistema social globalmente considerado. Costa, 2002, p. 80-81.

22 Costa, 2002, p. 83, nt. 41

23 Como descreve o autor, o processo de poder ou é *factual* (impróprio) ou *legítimo* (próprio). Essa distinção é puramente teórica no momento e diz respeito ao elemento de legitimidade; um processo de poder que se dá diretamente e unicamente no domínio da objetividade (da resposta aos comandos por conta da sanção ou força, unicamente, ignorando os elementos subjetivos de legitimidade) é um processo de poder *factual* ou *impróprio*; o *legítimo* é aquele que leva em conta a legitimidade no seu modelo típico. E nestes casos, autoridade é o termo para designar o poder *legítimo* de uma relação de poder. Cf. Costa, 2002, p. 84-85.

*processo* o caráter unitário e dinâmico destes eventos que intercruzam a relação entre os sujeitos, isto é, a estrutura complexa formada pela totalidade desses elementos inter-relacionados.

a. *A iurisdictio como processo de poder político: validade e eficácia*

Uma vez definido o caminho conceitual e metalinguístico – pela redefinição do conceito de *potere politico* visto acima –, a obra deslinda efetivamente suas análises sobre o fenômeno jurídico capturado pelas fontes históricas medievais. Trata-se, afinal, de então *aplicar* o modelo proposto e verificar sua capacidade de dar conta da variedade das experiências que a linguagem política medieval acolhe e filtra.

Ao longo do estrato de tempo e de fontes analisadas em *Iurisdictio*, Costa toma como distinção operacional aquela entre os processos *válidos* e *efetivos* de poder. “Efetivo” e “válido” estão em oposição, mas pressupõem a existência um do outro; a efetividade pode começar no ponto no qual sistema de símbolos não consegue mais estender sua influência ou validade. A hierarquia dos processos de poder nessas duas ordens constitui um processo vertical (válido ou efetivo) de poder. O cume da hierarquia de poder é a “soberania”, no modo como os medievais entendiam tal conceito: a supremacia (em um processo válido ou efetivo) da hierarquia de poder<sup>24</sup>. Não se trata aqui da soberania como um poder único e exclusivo em sua origem, erigido sobre uma sociedade indiferenciada, mas uma relação entre a pluralidade das forças políticas e radicada nessa diferenciação. A estrutura vertical do processo de poderes da sociedade medieval – cujo símbolo por excelência é a *iurisdictio* – era uma associação sintética<sup>25</sup> entre os processos de poder formal/válido e efetivo (Costa, 2002, p. 342-364).

Caracterizemos, com o historiador, essas duas modalidades. O processo de poder se torna *válido* de acordo com a relação dos eventos passados entre os que obedecem e os que devem ser obedecidos, em relação com o esquema imposto em um sistema autorizativo de símbolos. O sistema autorizativo de símbolos é um dado externo que se liga ao processo de validação do poder: a relação entre os sujeitos, mediada por normas, é realizado dentro de um dado sistema simbólico. *A iurisdictio* estava no centro desse processo semiológico, de forja de uma linguagem da validade que deveria, nos limites possíveis fornecidos pelos textos, compreender simbolicamente o novo<sup>26</sup>.

Um dos processos autorizativos do poder é aquele protagonizado pelo Império. O conceito *iurisdictio* – centro da constelação linguística do processo de poder – se coleta recorrentemente nos textos dos juristas a partir do Renascimento Jurídico ao campo semântico do *imperator*. O

24 “Questo sovrano, come si comprende, non è affatto (non è cioè traducibile con..., semanticamente equivalente a...) il sovrano della giuspubblicistica moderna. L'imperatore medievale è semplicemente il capo di una gerarchia, di un processo verticale di potere, o come si preferisce; non lo si può intendere al di fuori della gerarchia, è il primo anello di questa. In questo senso, e solo in questo senso, egli è sovrano (v. II.8) (...) l'imperatore fonda un processo verticale del potere in due sensi; da un lato fornisce ad esso un parametro di legittimazione – e qui entro in gioco soprattutto il carisma; dall'altro lato permette la costruzione deduttiva di un processo valido di potere – e qui rileva la sua posizione di sovrano di una gerarchia” [“Este soberano, tal como o entendemos, não é de todo (isto é, não é traduzível como..., [ou] semanticamente equivalente a...) o soberano da publicística moderna. O imperador medieval é, como se prefira, simplesmente o chefe de uma hierarquia ou de um processo vertical de poder; não pode ser entendido fora da hierarquia, [pois] é o seu primeiro elo. Nesse sentido, e apenas nesse sentido, ele é soberano (ver II.8) (...) o imperador funda um processo vertical de poder em dois sentidos; por um lado, fornece-lhe um parâmetro de legitimação - e aqui entra em cena sobretudo o seu [poder de] carisma; por outro lado, permite a construção dedutiva de um processo de poder dotado de validade -, o que torna sua posição de soberano de uma hierarquia relevante”.] (Costa, 2002, p. 220-221).

25 Entenda-se bem, associação sintética, mas não unitária. A história medieval da *iurisdictio* é a história de conflitos políticos entre poderes – tentativas reais de hegemonia –, em duas ordens: o conflito horizontal, no âmbito da validade, entre Império e Igreja; e o conflito vertical, quando a tensão se dá entre o válido e o não-válido. A longo desses embates, conceitos e ideias se cristalizam e se legitimam o processo de poder que se expresse perante a *unidade* dos símbolos de validade e efetividade – não mais sua tensão – é a marca do novo, de um *Neuzeit*; o termo da *iurisdictio* medieval foi, na verdade, a incubadora que permitiu a ascensão da soberania moderna.

26 Outrossim, tal imagem do “novo” surgiu no mesmo lugar estrutural do feudalismo. É nesse sentido que Costa afirma que os juristas medievais paradoxalmente adotavam um “método de vanguarda” para resultados substancialmente conservadores da realidade.

esquema de validade, por sua vez, surge do conjunto de signos do *Corpus Iuris Civilis* – a partir do Renascimento do século XII – e cria o *imperator* medieval, que em nada se confunde com o velho *imperator* dos romanos. Os esquemas conceituais, linguísticos e intelectuais fundam um modelo de validade. Modelo este que não se pretende *ser* ou se confundir imediatamente com a realidade do mundo; é um modelo através do qual os juristas, por meio das formas e da linguagem, *compreendem* e analisam os dados fenomênicos, fazem projetos e estabelecem as correspondências entre realidade e validade.

O estudo do campo semântico de *imperator* demonstraria para Costa, em termos meta-linguísticos, a construção do primeiro modelo de poder válido, completo e articulado em várias posições hierárquicas que culminam em uma posição “soberana”. O modelo não nasce pronto dos textos romanos: os signos e símbolos linguísticos se tornaram disponíveis desde a fundação do trabalho dos Glosadores, mas a própria linguagem – e a articulação completa e racional desse processo de poder, ou ainda, uma ciência ou “teoria” do poder – do poder ainda não existia no começo do século XII. Até então, o *imperator* era, em termos weberianos, era marcado como uma figura de tipo carismático-tradicional, e especialmente carismático, representado como um regedor justo, o *servus aequitatis*. Com o Renascimento jurídico ocorre uma revolução intelectual e cultural: a figura do *imperator* carismático-tradicional é convertida em uma figura carismático-racional do poder (os três tipos de legitimação da *Herrschaft* em Weber são tipos puros; a aplicação dos mesmos à análise histórica permite sem reservas sua combinação). O imperador medieval é carismático (*charismatische Herrschaft*) na medida que há uma ênfase religiosa no *Imperator dominus mundi*, mas também racional (*legale Herrschaft*), na medida em que o imperador é o cume de vários anéis intermediários em uma hierarquia de poder. Cria-se um processo vertical e válido de poder, que ao mesmo tempo procede do soberano, e ao soberano tende. A linguagem simbólica do *Corpus Iuris* permite conceber intelectualmente o *imperator* medieval e, através dele, fundamentar a validade.

A linguagem da efetividade, no medievo, surgiu das exigências da realidade a partir do século XIV e do reconhecimento de poderes novos. O processo de poder *efetivo* assim se diz assim quando se organiza fora dos esquemas previstos pelo sistema autorizado de símbolos (acabando, ao fim de uma trajetória, por criar ele mesmo um outro sistema de signos<sup>27</sup>). Num sistema social, a existência de um sistema autorizativo e de validade é uma condição de existência de um processo efetivo de poder.

O modelo válido dos processos de poder e autoridade, do ponto de vista simbólico, cobria toda a realidade, mas quanto aos aspectos “novos” da mesma, interpretava tais fenômenos de modo restritivo. A história concreta da linguagem da eficácia se fez, por um lado, pela negação da linguagem da validade – com uma redistribuição semântica e valorativa –, por outro, pela progressiva “simbolização” dos fatos e da realidade, derivada do contexto situacional que, no século XIV, permitia entrever ao menos dois novos processos de poder: o *populus* (sobretudo em certas repúblicas e *Signorie* italianas, e representado maximamente na pena de Marsílio de Pádua) e a emergência política dos reis dos incipientes Estados (presente em juristas como Vicente Hispânico, Marino da Caramanico e Jean Faure).

---

27 “L’effettività è un criterio di valutazione essenzialmente variabile. Si definisce in una tensione che inarrestabilmente porta dal mero fatto verso la validità. Una situazione a lungo effettiva tende a crearsi specifiche forme di validità, a rappresentarsi come un processo di potere organizzato secondo simboli autoritativi propri” [“A eficácia é um critério de valoração essencialmente variável. Define-se numa tensão que conduz incessantemente do mero fato à validade. Uma situação de eficácia prolongada tende a criar formas específicas de validade, passa a representar-se como um processo de poder organizado de acordo com símbolos de autoridade próprios”] (Costa, 2002, p. 333).

Esses símbolos de validade e efetividade da linguagem jurídica e teológica foram instrumentos da luta política ao longo dos séculos XII e XV, fosse para a conservação ou a subversão do estado de coisas, mas tendente à contínua cristalização dos símbolos em símbolos de validade: a efervescência dos símbolos de legitimidade também conduziriam à validade dessa legitimidade “aplicada”, uma racionalização que reconduz às imagens de unidade e organismo que faziam parte do universo político medieval<sup>28</sup>.

### 3. As escolhas teóricas de *Iurisdictio*: estruturalismo e história do direito

*Iurisdictio*, costuma-se dizer, é uma obra marcada pelo estruturalismo (v.g. Capitani, 2002, p. ix-x; Clavero, 2002, p. x-xv, xviii) e, mais precisamente, por autores da linguística estruturalista, retirando desta a força centralizadora da linguagem para a configuração simbólica e normativa no medievo. Buscar-se-á nessa seção enfatizar menos o “-ismo” dessa afirmação, verificando em quais pontos e com quais intentos a obra *Iurisdictio* avançava pelo terreno do estruturalismo linguístico.

Entende-se aqui por corrente estruturalista, de modo amplo, como o movimento filosófico que, problematizando a gnosiologia e a ontologia de seu tempo, propunha uma viragem do exame dos particulares em prol de estruturas subjacentes à cultura humana, identificáveis mediante uma cuidadosa observação empírica destinada a formar modelos ou arquétipos das formas de organização dos produtos culturais humanos, entre eles as línguas naturais. Acompanhado disto havia no horizonte, no limite, também uma crítica aos limites do positivismo lógico, da fenomenologia e do historicismo, uma vez que todos, em tese, correriam os riscos de certo atomismo explicativo – nas palavras do linguista Giulio Lepschy, ele próprio um entusiasta do estruturalismo, do “banho neo-idealista” até então emergira apenas uma cumulação dissonante de estudos individualizantes, de uma linguística diminuída, impotente e carente da renovação de seus métodos<sup>29</sup>.

Em *Iurisdictio* despontam citações a autores do primeiro estruturalismo francês e do Círculo Linguístico de Praga, sobretudo na linguística. O *Cours de linguistique générale* de Ferdinand de Saussure (1916), como bem apontou Capitani em seu prefácio ao livro, recebeu uma influente tradução italiana em 1967, uma marca do prestígio que o corte saussuriano passou a gozar naquelas décadas. A obra de Costa se situa neste momento de propagação do estruturalismo: são fartas as referências não apenas a Saussure, mas a Jost Trier, Roman Jakobson, Roland Barthes, André Martinet, Stephen Ullmann e, na Itália, especialmente Giulio Lepschy.

É um pressuposto teórico oriundo do estruturalismo saussuriano a recusa explícita a uma abordagem “transcendente” da história do pensamento ou “atomista” com relação às ideias e conceitos: especialmente, não há concessões perante a ideia de que a organização da

---

28 Embora tenhamos privilegiado – em uma síntese muito aquém da pesquisa de Costa – as considerações sobre o processo de poder válido do Império (correspondente à seção III.A. da obra) como exemplo, o autor também identifica a criação de *outro* processo de válido de poder pela Igreja (seção III.D). Instituição de relevância política e social, sua distribuição de poder iria se expressar também uma imagem de legitimidade regulada por fontes de validade, mas irreduzíveis ao primeiro processo de validade de poderes do Império. O campo semântico da relação de poder/*iurisdictio* será não o do *imperator*, mas aquele do papa como *plenitudo potestatis*. Seu sistema simbólico se adequou rapidamente à organização altamente capilarizada da Igreja, encontrando terreno fértil às imagens de soberania e poder, destacando, mais do que na linguagem de validação do Império, a posição de destaque do soberano na hierarquia, ainda que sempre em relação aos graus intermediários de poder abaixo de si.

29 Fugiria aos intentos deste artigo esboçar uma história do estruturalismo, mesmo que limitado à França/Itália, e das variações de suas vertentes quer na Linguística, quer em outros setores das ciências humanas. Pelos muitos trabalhos de fôlego, cite-se, pela Linguística, Lepschy 1975; pelas ciências humanas na Europa continental, Dosse, 2018; e pela Europa central e oriental, Sériot, 2016.

experiência do mundo possa ser pré-linguística, prévia ao pensamento, que as coisas existem no mundo “em si” e estão acessíveis a todos em quaisquer linguagens, guiados pela onipotente força criadora do pensamento, que utilizaria a linguagem tão somente como *medium* para constituição de etiquetas.

De fato, Costa parte dessas linhas gerais da linguística francesa. Saussure estabelecera no seu *Cours* a tricotomia *linguagem, língua e palavra*: a linguagem é um fenômeno linguístico total, heterogêneo, contemporâneo ao âmbito social e individual; o que constitui objeto de ciência não é em si a linguagem, cientificamente incognoscível em sua heterogeneidade, mas a *língua*, um sistema completo, homogêneo. A tricotomia se resolve assim na dicotomia *língua-palavra*. A língua é um sistema de convenções necessárias para qualquer indivíduo que queira se comunicar. Por sua vez, a palavra é a *língua em ato*, é o ato de comunicação, enquanto a língua é a *condição* de comunicação; a língua se impõe a todos e não está livremente disponível, enquanto a palavra é uma expressão privada e selecionada pelo falante. A língua é modelo coletivo que se articula em sistema<sup>30</sup>; a palavra, uma soma de atos individuais de comunicação ou de fala<sup>31</sup>. Os signos linguísticos, para Costa:

(...) si dispongono secondo una logica, come vedremo, rigidamente strutturata (la lingua è stata studiata come il più convincente modello di ‘struttura’), che si impone, con una sua precisa organizzazione dei dati dell’esperienza, ai parlanti in essa (e pensanti secondo essa), in un tempo e in luogo dati<sup>32</sup>.

Costa também se apropria – de modo contundentemente crítico – da teoria do campo semântico (*Begriffsfeld*) de Jost Trier. Formulada após o *Cours* de Saussure e partindo da recusa a um estudo atomista das palavras, Trier buscou demonstrar a articulação – por distinção e oposição – entre as palavras de uma dada língua, formando campos lexicais que, ao final, fariam derivar uma estrutura homogênea e uniforme da língua.

Costa toma de Trier a ideia de articulação dos campos lexicais dentro de uma língua, mas busca aprofundar a seu próprio modo as relações internas de conceitos em um mesmo campo semântico, como a linguagem jurídica. Nosso autor considera a teoria de Trier mais acertada em sua intuição e nos seus primeiros passos – sobretudo, a definição de campo semântico – do que propriamente no método de Trier. O gramático germânico utilizava a a imagem eloquente do mosaico para representar a língua: as palavras se articulariam em ricas intersecções, numa visão de completude e uniforme linguísticas. Para o florentino, Trier parte de uma visão inicialmente realista da língua, mas recai, ao final, em um idealismo exacerbado. Uma língua plenamente fechada, autossuficiente e perfeitamente sobreposta à realidade externa (com igualdade entre

30 “Não há, pois, nem materialização do pensamento, nem espiritualização de sons; trata-se, antes, do fato, de certo modo misterioso, de o ‘pensamento-som’ implica divisões e de a língua elaborar suas unidades constituindo-se entre duas massas amorfas (...) Poder-se-ia chamar à língua o domínio das articulações (...) cada termo linguístico é um pequeno membro, um *articulus*, em que uma ideia se fixa num som e em que um som se torna o signo de uma ideia. A língua é também comparável a uma folha de papel: o pensamento é o anverso e o som o verso; não se pode cortar um sem cortar, ao mesmo tempo, o outro; assim tampouco, na língua, se poderia isolar o som do pensamento, ou o pensamento do som; só se chegaria a isso por uma abstração cujo resultado seria fazer Psicologia Pura ou Fonologia pura”, cf. Saussure, 2012, p. 159.

31 Para Saussure, quando se diz que “a palavra *x* significa *y*”, encobre-se uma parte do fato linguístico envolvido no processo de significação: atemo-nos à associação entre som e conceito, mas com essa operação perdemos de vista que o valor-conceito em questão só existe por um complexo de relações pré-estabelecidas no sistema com outros valores-conceitos. Veja-se Saussure, 2012, p. 164-165.

32 “[os signos linguísticos] (...) são organizados segundo uma lógica rigidamente estruturada (a língua foi estudada como o modelo mais convincente de “estrutura”), que, como veremos, impõe-se aos falantes nela imersos (e que pensam a partir dela), com a sua organização precisa dos dados da experiência em dado tempo e lugar”. Costa, 2002, p. 15.

campo lexical e campo semântico) em última instância levaria a uma visão estática das circunstâncias últimas de comunicação e à impermeabilidade da língua frente ao extralinguístico<sup>33</sup>.

Busca-se através disso recusar veementemente a tese (implícita em muitos trabalhos historiográfico) na qual o pensamento se articula em si e por si, prescindindo da linguagem<sup>34</sup>, ao sabor da inventividade e engenho subjetivos. É também herança estruturalista a perspectiva semiológica (no sentido saussuriano) e, conseqüentemente, interdisciplinar em *Iurisdictio*. O próprio esquema tripartite de composição da obra está eivado pelo seu método: a *iurisdictio* é investigada estrutural e sistemicamente em três partes porque são três os níveis da linguagem envolvidos no *iter* de pesquisa.

Os fundamentos com o estruturalismo podem gerar à primeira vista um estranhamento leitor contemporâneo, certo “ruído” teórico (pelo menos, do leitor interessado em história do direito – a pecha de estruturalista certamente não causará estranhamento, mesmo hoje, entre linguistas). O estruturalismo reconhecidamente não está mais em voga como então, tanto por conta da discussão quanto aos pressupostos do pensamento estruturalista pelo pós-estruturalismo francês, quanto por críticas diretas, como aquelas formuladas pelo método desconstrutivista de Derrida. Em historiografia veio a potente crítica de Fernand Braudel<sup>35</sup>, publicada no famoso artigo *Histoire et sciences sociales: la longue durée* em 1958 na Revista *Annales*, incluída na coletânea *Écrits sur l’histoire* em 1969, mesmo ano no qual Costa publica a monografia aqui revisitada. A longa duração é o conceito-operador que substitui Braudel àquele de estrutura encontrado na antropologia estruturalista de Lévi-Strauss – para o historiador francês, toda historiografia seria, em um certo sentido, estrutural; mas apegada aos movimentos inerentes à temporalidade e à mudança.

33 Veja-se ainda Costa, p. 30-36, 42-45.

34 Assim caracteriza – para rejeitá-lo – Costa o esquema transcendental da história do pensamento jurídico-político a partir de três pressupostos: (a) que toda coisa designa um nome e todo nome significa uma coisa já dada no mundo externo, nas coisas fora da linguagem; (b) que o mundo se ordena anteriormente à linguagem de modo integral; (c) que o pensamento se articula em si mesmo, como que por virtude própria, antes da linguagem, prescindindo dela, valendo-se dela num segundo momento que não se confunde com o próprio pensamento. Começa-se a pensar, em consequência, que diferenças linguísticas podem ensejar diferentes formas de organização da experiência ou do universo, mesmo quando o universo de dois falantes diversos seja muito similar. Em história do direito e em história da linguagem político-jurídica as consequências não podem ser minimizadas: a recusa ao transcendentalismo é também uma recusa do universalismo de certas categorias e instituições. Costa não deixa de cautelosamente advertir contra a radicalidade da tese oposta: igualmente enganoso acreditar que cada língua ou grupo linguístico seria então tão específico e peculiar, que geraria uma representação completa e incomunicável do mundo, em suma, intraduzível em termos de uma metalinguagem.

35 Braudel toma como paradigma a *antropologia* estrutural de Claude Lévi-Strauss. O estruturalismo permitiu à Linguística uma “revolução fonológica”, fugindo da “armadilha das palavras” (as antigas “evoluções históricas” das palavras, tomadas atomisticamente na sua relação com o objeto). Aprendendo com a linguística estrutural – que buscara assim uma realidade subjacente e inconsciente da língua –, Lévi-Strauss, ao trabalhar com o objeto antropológico da troca matrimonial, pôde realizar boa empreitada antropológica e traduzi-la, ao sabor da época, em termos matemáticos. É onde o estruturalismo, destaca Braudel, irá adoecer se padecer de história, dos diferentes estratos de tempo, “aos incidentes e saltos, às intempéries múltiplas da história”, inclusive o cruzamento de estruturas e acontecimentos. O estruturalismo extremado, sem duração, satisfaz os estágios macrosociológicos de longuíssima duração – daí seu interesse às pesquisas de Lévi-Strauss –, podendo produzir apenas “verdades que são, além do que o desejado, aquelas do homem eterno”. Para Braudel, *in verbis*: “o desacordo é mais profundo ainda do que parece: o tempo dos sociólogos não pode ser o nosso; a estrutura profunda de nosso ofício de historiadores tem horror a ele (...) Uma crise estrutural social deve, da mesma forma, ser localizada o tempo, através do tempo, situar-se exatamente em si mesma e, ainda, em relação aos movimentos das estruturas concomitantes. O que interessa (...) é o intercruzamento desses movimentos, sua intersecção e seus pontos de ruptura, coisas que só podem ser registradas em relação ao tempo uniforme dos historiadores, medida geral de todos esses fenômenos, e não em relação ao tempo social multiforme, medida particular de cada um deles”. Braudel, 2011, p. 117 e de modo geral, p. 104-121. Uma caracterização muito parecida do “saldo positivo” do estruturalismo aparece em *Iurisdictio* (Costa, 2002, p. 24-30). Dedicamos algum espaço para expor a crítica de Braudel não apenas pela coincidência temporal, mas como emblemática postura teórica condizente com aquela de Costa: o estruturalismo não é criticado ou recusado *em bloco*; o pensamento estrutural, as ideias de realidade subjacente e campo lexical, serviram para a linguística se libertar, e também permitiram aos historiadores fugir da “armadilha do acontecimento”. Estes primeiros pressupostos e ganhos do estruturalismo não são (tampouco precisam ser) negados, para Braudel para realizar a correção de rumos por ele proposta.

No que toca à historiografia jurídica e política, ao menos duas questões poderiam ser lançadas como motivos de preocupação e crítica. A primeira, enunciada a seu próprio modo por Braudel, diz respeito ao possível déficit de historicidade pelo quanto haveria de abstrato, universal e perene nos objetos “linguagem” e “direito” no estruturalismo. Uma segunda questão – revivida por Bartolomé Clavero em seu prefácio à Costa – diz respeito à rotura intransponível e, no limite, talvez metafísica, entre o plano dos discursos e o plano da *praxis*<sup>36</sup>.

Mas seria um erro impulsivo condenar *Iurisdictio* à pecha de obra datada, inservível para algo além de memento de história da historiografia jurídica. Parece bem acertada a consideração de Capitani: Costa não estava “aderindo à moda” do estruturalismo, mas procurando, nos recursos teórico-metodológicos então em voga, aqueles que melhor servissem ao seu objeto de pesquisa<sup>37</sup>. O estruturalismo é tomado como uma propedêutica de caminho para historicizar um conceito jurídico. Pode-se aqui fazer uma analogia: assim como as demandas reais da sociedade medieval fizeram surgir uma linguagem da efetividade quanto aos processos de poder (como destrinça Costa quanto ao discurso em torno do poder real a partir do século XIV), também aqui foram as demandas concretas do objeto de pesquisa que levaram o autor a optar por um modelo teórico e uma abordagem metodológica que melhor respondessem a tais inquietações. Nada mais do que o procedimento de um historiador: não por amor à “totalidade” estrutural, mas por dever de ofício<sup>38</sup>.

Desta forma, o estruturalismo permitiu apontar aos seus colegas de ofício que a linguagem é tão essencial à indagação a respeito de temas da historiografia jurídica quanto suas dimensões intelectuais nos âmbitos jurídico e teológico. Invertendo a operação tradicional da historiografia do pensamento jurídico e político, Costa procede de *Weltbild* à *Welt*. A semântica estrutural da linguagem política medieval é uma análise de formas significantes que formaram, tradicional e objetivamente, um tecido da língua e do sistema linguístico medieval. Não se trata simplesmente de uma soma de “linguagens individuais” (ou da soma de trajetórias de palavras, poderia dizer um linguista do estruturalismo como Saussure ou Benveniste; diriam um Bloch ou um Braudel, no campo da historiografia, da soma de acontecimentos), mas o *produto* que

36 É o que Clavero (2002, p. liv-lxvi) questiona com o “*silêncio* de Pietro Costa” que intitula seu texto: a relação entre textos e realidade não seria apenas um vácuo, um silêncio intransponível?

37 Assim também como se dá quando, para interpretar o conceito weberiano de *Herrschaft*, Costa contrapõe leituras de ênfase decisionista (comuns na sociologia norte-americana) – isto é, do poder como capacidade decisória – e de ênfase institucionalista (como Costa lê o próprio Weber, e cientistas sociais como Maurice Duverger), enfatizando os aspectos estruturais e “objetivos” do fenômeno do poder. Aproxima-se desta ênfase e afasta-se daquelas: Costa busca um conceito de poder não em termos abstratos, mas em função de suas fontes e da *iurisdictio* em termos institucionais. A metalinguagem selecionada deve convir à pesquisa.

38 Extrapolaria os limites desse artigo tecer uma comparação em pormenor, mas nesse sentido, ainda que por outro caminho teórico, há muito em comum entre *Iurisdictio* de Costa e um antigo livro do professor e historiador do direito António Manuel Hespanha, *A História do Direito na História Social* (1978). Primeiro, porque Hespanha também se apropriou dos arcabouços teóricos para inseri-los à história do direito; segundo porque, ao propor uma “história materialista dos discursos” – combinando o materialismo histórico com a ideia de autonomia dos discursos, oriunda da leitura de *A Arqueologia do Saber* de Michel Foucault (1969) –, partia também o historiador lusitano de uma análise estrutural. Ambos concordariam assim que a realidade não é apreensível senão pelo filtro da linguagem. Naturalmente, Hespanha tomava rumos diferentes: acessar as práticas comunicativas dos juristas seria um meio de acesso à materialidade do próprio direito, a mesma que condiciona, por si mesma, a linguagem; para ele, “o que se apresenta como sistemático ou organizado não são os valores ou os conceitos do direito: é, antes, o processo pelo qual tais valores são produzidos e transformados (ou seja o ‘aparelho de produção’”, vide Hespanha, 1978, p. 26. Um terceiro ponto em comum, parece-nos, é que também o texto de Hespanha pode ser acessado em suas propostas teóricas ainda hoje, sobretudo na sua inversão (foucaultiana) do idealismo e na centralidade do mundo textual para a história do direito (que, nem por isso, seria uma história desprovida de mundo, uma mera história de infraestruturas). O universo dos juristas é um universo de realidades textuais: o jurista vê o mundo através de textos e conceitos; a realidade dita “objetiva” vem em segundo lugar porque o jurista lida com as *ideias* e *conceitos* sobre esta realidade. Os discursos não descem do céu, são antes produtos da própria prática discursiva originária. Devemos estar atentos, sustentou então, pois a história do direito é uma história dos discursos, e assim, não importa apenas um foco subjetivista e autoral dos seus textos, mas um enfoque nas estruturas objetivas do discurso e seus diálogos com a tradição do período (em última instância, com seu sistema). Vide de modo similar Costa (2002, p. 7-8)

se extrai delas, com um interesse não pelos átomos, mas pela *estrutura* formada<sup>39</sup>. A existência de uma linguagem político-jurídica dominante não significa que não existem casos que se destacam e distinguem dessa estrutura: a especificidade tem o seu lugar (mesmo dentro de uma história que já é particular); o foco não reside, no entanto, nem nas personalidades inventivas e subjetivas dos juristas, nem nas economias textuais internas.

É precisamente no seu emprego metodológico próprio, criativo e rigoroso do método estruturalista que *Iurisdictio* se notabiliza<sup>40</sup>. O historiador deve identificar certo fenômeno social com seus signos e símbolos e, a partir de então, embarcar na semiótica fornecida pelo próprio passado. Se em *Iurisdictio* não encontramos em qualquer lugar, por exemplo, a figura do Estado como conceito-operativo para fenômenos reais – uma constatação algo óbvia na historiografia do direito hodierna, mas que ainda precisava ser dita em algo e bom som nos anos sessenta –, preferindo ele aproximar-se do conceito de poder, isto se dá não apenas por pressuposição teórica, mas por constatação empírica que deriva da linguagem e que o leva a acolher a teoria estruturalista em primeiro lugar.

É importante destacar que o estruturalismo serve a Costa em outro aspecto: em sua teoria da tradução dos significados dentro da historiografia jurídica. Isto porque, costumeiramente, a linguagem histórica analisada não é a nossa própria linguagem. O método seria de pouca utilidade ao erigir regras para construir o significado de um vocábulo e não poder formulá-lo ou exprimi-lo na linguagem do pesquisador. A atividade interpretativa do direito, assim, não distingue a determinação do significado de uma palavra e a sua formulação; são manifestações concretas simultâneas da interpretação, ainda que se façam por instrumentos conceituais e operações lógicas distintas.

A primeira operação – com o objetivo de determinar o significado de uma palavra – busca colocar um monema (*x*, *iurisdictio*...) na sua trama significativa. Soma-se a uma segunda operação: o significado de *x* (que foi expresso por um falante ou vários falantes num tempo histórico anterior) precisa ser formulado numa linguagem compreensível *para seu intérprete* do agora, uma vez que há uma unidade, em cada conceito, entre seu significado e sua formulação. Somos seres condenados ao processo de significação: enquanto existirem duas línguas não perfeitamente isomórficas em jogo, rigorosamente, não é possível obrar sem tradução; soma-se, no caso da historiografia, a distância temporal de diferentes linguagens.

A análise semântica da linguagem contida nas fontes segundo as regras enunciadas de tradução para a linguagem do intérprete é uma análise semântica *estrutural*. Para ser estruturada, duas condições devem ser satisfeitas: existir um sistema de coesão interna na linguagem-objeto, e que tal coesão, que seria inacessível observando o sistema isoladamente, revele-se no estudo de suas transformações (Costa, 2002, p. 58-59). A compreensão

---

39 “Se storicizzare vuol dire, per esprimerci in forma approssimativa, comprendere la significatività di un’esperienza nei suoi vari livelli, sovraed infra-strutturali, l’analisi strutturale dei fenomeni linguistici ed intellettuali (politico-giuridici, nel caso) non è non fare storia, ma è, semmai, fare una storia diversa” [“Se historicizar significa, a bem dizer, compreender o significado de uma experiência nos seus vários níveis, supra e infra-estruturais, a análise estrutural dos fenômenos linguísticos e intelectuais (no caso em apreço, de fenômenos político-jurídicos) não é fazer história, mas sim fazer uma história diferente”], cf. Costa, 2002, p. 28.

40 Não seria irrelevante anotar, ademais, que Costa propunha uma aplicação teórico-metodológica nova (de fato, inédita) quanto ao objeto *iurisdictio*, como a comparação com obras anteriores (pensamos aqui em Calasso) poderia constatar. Mesmo entre seus pares de Florença, a abordagem proposta por Costa em 1969 é virtualmente particular (e é nesse sentido que graceja Clavero ao chamar Costa de “mayor y más anarquista de los heresiarcas...”, vide Clavero, 2002, p. lxxvi). Tratava-se não apenas de justificar os modos de seleção de suas fontes e dos conceitos que se centram sua obra sobre *iurisdictio* – como faz com sua renovação inventiva da teoria do campo semântico –, mas justificar a escolha do próprio método como legítimo para a história do direito.



estrutural mobilizada por Costa tem um interesse programático: encontrar subsídios para fundamentar a atividade de traduzir um sistema linguístico do passado em outro do presente, equivalendo minimamente um sistema de linguagem em outro.

Desta forma, Costa propõe um esquema procedimental básico que mantenha a operação de tradução a um nível consciente. Ao se investigar historicamente uma palavra (*iurisdictio*) numa dada língua, deve-se levar em conta que aquela língua fornece um código/código para o qual os falantes daquela língua mesma se remetem e se voltam para transmitir e codificar as mensagens (o jurista e o teólogo da Europa ocidental medieval cristã). O trabalho de tradução é construir um código na sua própria língua (a língua do intérprete, a língua *com a qual se fala*, em si mesma uma metalinguagem) para reformular a mensagem da língua anterior (linguagem-objeto, *da qual se fala*), buscando criar duas mensagens semanticamente equivalentes. A única condição essencial para que uma metalinguagem seja válida é que haja a maior equivalência possível entre ela e a linguagem-objeto ou que, em suma, o código cumpra sua função perante o outro código.

Assim, o modo como *Iurisdictio* busca lidar com o problema hermenêutico-historiográfico da alteridade dos conceitos do passado e do presente em dois pontos: (1) parte do pressuposto de que a linguagem exerce um papel fulcral do ponto de vista historiográfico; (2) parte da exigência dúplice de monitorar cuidadosamente as categorias/conceitos interpretativos e operacionais empregados e buscar construir diante disso uma “meta-linguagem” capaz de traduzir a linguagem jurídica que se está analisando no mundo medieval, respeitando tanto a necessidade de tradução quanto o objeto traduzido e seu contexto.

O objetivo de Costa com sua relativamente longa explanação acerca do método estrutural na primeira parte da obra – e sua rigorosa aplicação ao longo da pesquisa, retomando-a nas partes subsequentes – não era o de diretamente ingressar na teoria da história, mas *promover* certa consciência metodológica à sua área de saber ao descrever o modo através do qual os resultados são obtidos como condição de validade da própria empreitada historiográfica. Também não se tratava de fazer um trabalho de filosofia da linguagem (e/ou) do direito, mas de explicitar um conceito operativo de linguagem com um método racional para pensar o direito e a política, mobilizados no vocábulo *iurisdictio*; portanto, não se deve extrair de suas páginas que direito e poder político (*iurisdictio*) são meramente redutíveis e reflexos da linguagem.

Se a pesquisa em história do direito pretende ser um ato de inteligência ela deve servir-se de uma ou mais linguagens rigorosas, de procedimentos controláveis que a diferenciem do senso comum e das *doxa*<sup>41</sup>. Mais importante ainda é a consciência do historiador do direito quanto a estas operações de ofício: a pesquisa histórica *tende* em si mesma à teoria da

---

41 Neste ponto uma comparação textual pode ser relevante. Tzvetan Todoróv – conhecido autor búlgaro, proeminente do estruturalismo dos estudos literários – afirmara, de modo a rebater as críticas ao objetivismo do estruturalismo: “não existe ciência social (nem mesmo ciência) que seja livre de toda subjetividade. A simples escolha de um conjunto de conceitos teóricos ao invés de outro já pressupõe uma decisão subjetiva; mas, se não se faz essa escolha, fica-se a marcar passo, O economista, o antropólogo, o linguista devem igualmente ser subjetivos; a única diferença é que eles são conscientes disso e tentam circunscrever essa subjetividade e levá-la em conta no interior da teoria. Não tentaremos, pois, repudiar a subjetividade das ciências sociais numa época em que ela penetra até mesmo nas ciências naturais” (Todoróv, 2006, p. 82). Algo similar, rebatendo a posição do desconstrucionismo que se segue à crítica à objetividade dos métodos da história dos conceitos e história intelectual hodierna: “O historiador não é um expectador passivo (...) Os instrumentos linguísticos empregados pelo historiador, sua metalinguagem, pelo contrário, parece ser muito mais negligenciada, como se a linguagem que utilizamos fosse um instrumento autorregulado e neutro. Eu penso que exatamente o oposto é verdade: nossa metalinguagem funciona suavemente apenas se nos tornamos conscientes de que seus requisitos e performances não são fixos e garantidos, mas variam dramaticamente conforme sua ‘afinação’”. Ver Costa, 2010, p. 53.

história nos métodos e nos seus resultados, e se torna – como teoria – mais real e palpável nos experimentos historiográficos realizados com as fontes, no dia-a-dia do ofício<sup>42</sup>.

No entanto, talvez a preocupação mais intuitiva de um olhar crítico à teoria e metodologia estrutural, “objetiva” da história semântica proposta em *Iurisdictio*: trata-se de uma efetiva história *do direito* ou, tão somente, de uma história literária? A abordagem seria capaz de falar simultaneamente da sociedade medieval, ou apenas conta uma história interna aos textos (algo que externos) que circundam e refletem sobre a realidade?

Em seu posfácio, Costa configura a questão da distinção entre os discursos de saber (*v.g.* os discursos que efetivamente constituem a linguagem-objeto de *Iurisdictio*) e a realidade como uma questão de transitividade. Discurso de saber e *praxis* se tocam por meio de uma relação constante, não de uma equivalência: o discurso do saber não está apartado e fraturado da realidade histórica, mas, ao mesmo tempo, não é meramente um “reflexo” da realidade. Tampouco há um fosso intransponível entre eles; como diria mais tarde, “ação e discurso, práxis e cultura, são duas páginas da mesma folha de papel”<sup>43</sup>.

Costa não adota a ideia de que o saber jurídico medieval se traduz imediatamente em ordenamento, como se houvesse uma perfeita sublimação da realidade em pensamento<sup>44</sup>. O tempo dos textos não é, necessariamente, o tempo dos seus contextos. Isto fica particularmente

42 Posição mantida em ensaios recentes. Costa ainda define como “tradução” a operação histórico-hermenêutica que o historiador do direito deve operar de modo consciente entre a linguagem-objeto e a metalinguagem (Costa, 2010, p. 52-57). Do ponto de vista teórico, os três primeiros textos da coletânea brasileira *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico* (2010) são exemplares porque apresentam as mesmas preocupações metodológicas ainda que em roupagem teórica mais próxima das correntes historiográficas contemporâneas: quais são os critérios para que o historiador do direito selecione sua linguagem-objeto (fontes, textos e conceitos)? A resposta, insiste Costa: “é a nossa metalinguagem que define nossa área de pesquisa, determina o *corpus* de nossas fontes históricas e nos permite formular nossas questões” (Costa, 2010, p. 61). E ainda: “Devemos estar plenamente conscientes do papel instrumental de nossa metalinguagem: os instrumentos conceituais e linguísticos que utilizamos (e não podemos evitar utilizar) de modo a compreender o passado e falar sobre ele que devem ser redefinidos e utilizados em uma perspectiva operacional. Em outras palavras: quando nós, historiadores, usamos a linguagem do presente, não buscamos teorias verdadeiras, simplesmente buscamos a melhor maneira de formular questões” (Costa, 2010, p. 54). Podemos, afinal, “escolher entre diferentes metalinguagens, mas não podemos evitar a escolha de uma delas” (Costa, 2010, p. 47). Não se estranha a proximidade teórica com Koselleck, que também assim correlaciona a crítica das fontes com o campo teórico da história (equivalente à metalinguagem de Costa. Segundo Koselleck (2006, p. 187-188): “As fontes têm poder de veto (...) [mas,] aquilo que faz da história, história não poderá jamais ser deduzido a partir das fontes. Para que estas finalmente falem, faz-se necessária uma teoria da história possível. Assim, partidatismo e objetividade delimitam-se de uma nova maneira no âmbito da tensão entre a construção do pensamento teórico sobre história e a crítica das fontes. Uma é completamente inútil sem a outra”.

43 Costa dedica significativa parte de seu posfácio da segunda edição de *Iurisdictio* para esse ponto: “lo storico che ripercorre dall’interno le strategie linguistico-discorsive del sapere giuridico e politico ritiene di avere a che fare con discorsi che ‘dicono la verità’ e guardano alla realtà di cui sono parte integrante: non crede che questi discorsi siano ectoplasmi o monadi autosufficiente; non dubita che esista un passaggio, un transito, dal ‘discorso’ alla ‘realtà’ (se vogliamo ancora far uso di queste insoddisfacenti categorie); pensa insomma che fra la parte e il tutto, fra il sapere e la ‘realtà’, il ponte esista, ma ritiene altresì assai problematico riuscire ad imboccarlo e a lo percorrerlo dall’interno di quell’universo discorsivo che costituisce l’oggetto primario della sua operazione ermeneutica” [“(...) o historiador que parte do interior das estratégias linguístico-discursivas do saber jurídico e político tem que lidar com discursos que acreditam ‘dizem a verdade’ e que reproduzem a realidade de que são parte integrante: <o historiador, no entanto,> não acredita que esses discursos sejam ectoplasmas ou mônadas autossuficientes; não duvida que exista uma passagem ou trânsito do ‘discurso’ para a ‘realidade’ (se ainda quisermos utilizar essas categorias insatisfatórias); em suma, pensa que entre a parte e o todo, entre o conhecimento e a ‘realidade’, a ponte existe, mas também considera muito problemático poder atravessá-la <tão só> a partir do interior desse universo discursivo que constitui o objeto primário da sua operação hermenêutica”] (Costa, 2002, p. xci).

44 Que é um pressuposto um tanto implícito na tese de Calasso. Em *I Glossatori e la teoria della sovranità*, a coincidência entre o tempo da realidade (ou ainda, da política) e o tempo do pensamento (melhor: do pensamento formulado pela linguagem do direito) é uma marca implícita, mas recorrente. “La scienza giuridica era pensiero libero di uomini che dalle loro stesse esigenze di lavoro erano tratti a contatto con la vita, e ne sentivano la forza. L’intuizione di questa realtà dimostrò precocemente il distacco fra le ideologie e la vita (...) Ora, questi problemi politici, veduti da giuristi e ragionati col linguaggio del diritto, si spogliavano rapidamente dell’elemento polemico e contingente, che attirava per vie più facili e spesso immobilizzava lo scrittore politico, e scoprivano invece al giurista il nucleo veramente essenziale” [A ciência jurídica era o pensamento livre de homens que, através das suas próprias exigências de trabalho, eram levados a entrar em contato com a vida e a sentir a sua força. A intuição desta realidade demonstrou desde cedo o distanciamento entre as ideologias e a vida (...) Ora, esses problemas políticos, vistos pelos juristas e arrazoados através da linguagem do direito, foram rapidamente despidos dos seus elementos polêmicos e contingentes, que atraíam e muitas vezes immobilizavam o teórico político; ao revés, [esses problemas] revelavam ao jurista seu núcleo essencial] (Calasso, 1957, p. 164-165).

claro para Costa ao analisar a emergência do que chamou de “primeiro” processo efetivo de poder. Seu sistema simbólico – coroado pela doutrina da *universitas superiorem non recognoscens*, em sua melhor forma, em Bártolo – não é irmão gêmeo do mundo da vida: a *linguagem*, os *símbolos/signos* e a expressão foram muito mais lentos para se alterar do que a realidade social. A realidade não é *imediatamente* exprimível e transformada em novos signos ou na resignificação dos mesmos: o processo semiológico opera *dentro* da realidade, mas para Costa (2002, p. 260-262) não se identifica com esta – o discurso corresponde às instigações da realidade, quando sua linguagem alcança certo grau de segurança e consolidação de uso.

Costa anota, ademais, a especificidade dos discursos e saberes jurídicos: a presença simultânea de um caráter cognoscitivo (como outros discursos, o discurso jurídico medieval buscava apreender e entender a realidade) e de um caráter ordenador (dizendo respeito a dispositivos que possuem ou têm vocação para possuir efeitos sobre a realidade social). O saber jurídico medieval tem uma capacidade ordenadora: também *cria* uma parte da sua realidade, porque o discurso tem uma faceta de inerente *poiésis*, destina-se à ação. Tal capacidade ordenadora (tal acesso, pois, à realidade”, não é, no entanto, demonstrada *a priori*: não basta lermos *ad nauseam* os textos dos glosadores, comentadores e canonistas para compreendermos todos os meandros do funcionamento da ordem jurídica medieval. Se por meio dos discursos de saber (como “parte” do todo, “setor” da realidade social) se almeja alcançar a dinâmica da “realidade” ou “totalidade” histórico-social mais ampla é inevitável que tal ponte seja *construída/produzida* pelo historiador; e, nesse momento, de um historiador “do específico” há uma conversão para o “historiador do geral”, alguém que é capaz de avaliar e contar uma história que vai além daquela que o “historiador do específico” pode ou quer contar (uma “história à part entière”). A história do saber jurídico é a história de um ponto de vista outro para além da história do ordenamento jurídico (da *praxis*) e em complemento desta.

#### 4. Os caminhos sugestivos de *Iurisdictio*: por uma história semântica do direito

La storia di una parola è la storia del linguaggio che la ospita, e il significato di essa si risolve metodologicamente nella *semantica* di quest’ultimo. La storia di *iurisdictio* è una semantica del linguaggio politico-giuridico medievale<sup>45</sup>.

Embora Costa não tencionasse fazer uma história do pensamento político medieval em sentido amplo (como em manuais de história da filosofia ou mesmo de história do direito medieval), e sim a história de uma palavra, ao reconhecer que essa estava inserida em universo simbólico e que não era exauriente em si mesma, tal história da palavra não poderia dispensar uma análise do discurso coerente (e daí, estrutural) em torno da *iurisdictio*. O modelo estrutural da obra é pensado como plástico o suficiente para traduzir as situações sócio-políticas que a linguagem dos teólogos e juristas buscava retratar; nessa “totalidade da situação sociopolítica” *o direito é uma parte*, quiçá essencial, mas também um veículo da relação de poder.

Desta forma, em *Iurisdictio* se optou por via linguística-semântica à história do pensamento jurídico, político e teológico (que não são, ademais, tão distantes no mundo medieval quanto no

45 “A história de uma palavra é a história da língua que lhe fornece morada, e o seu significado se resolve metodologicamente na semântica dessa língua. A história da ‘*iurisdictio*’ é uma semântica da linguagem político-jurídica medieval”, Costa, 2002, p. 3.

moderno), porque o próprio *pensamento* passado não é acessível *per si*<sup>46</sup>. A língua é um sistema que institucionalmente se impõe aos indivíduos, um *fenômeno objetivo*, uma regra do falar e do pensar – existe liberdade dentro da língua, porém é ela que estabelece as regras do jogo. Entre língua e palavra há uma relação dialética, uma vez que a palavra “fala” segundo as regras da língua, mas a língua só existe concretamente a partir da palavra. A língua existe não fisicamente, mas sim, como um modelo abstrato criado pelo pesquisador; resultado das pesquisas estruturais a partir da empiria advinda dos atos individuais de comunicação.

No medievo, falando de modo wittgensteiniano – e como o historiador Costa se apropria da filosofia da linguagem de então –, a *iurisdictio* seria tudo o que *foi* o caso. Uma pesquisa que parte desses fundamentos é feita em torno de um *sprachliches Weltbild* imanente a linguagem (tanto a linguagem comum quanto às linguagens especiais<sup>47</sup>), uma vez que o pensamento que estruturou e articulou as relações de poder e a legitimação da autoridade no passado não foi atingido em si e por si, mas por condicionamentos de ordem simbólica e linguística<sup>48</sup>. Ao examinar os textos jurídicos medievais, constata-se para Costa uma necessidade lógica comprovável empiricamente no trabalho de pesquisa: para conhecer o pensamento incrustado na linguagem jurídica-teológica do passado, parte-se (mas não se encerra aí) do significado das palavras, em especial dando atenção a certos termos e conceitos que permitem a entrada no campo lexical passado; a palavra<sup>49</sup> é o umbral do campo semântico.

É importante fazer uma advertência: Costa não advogava que o historiador do direito – ou qualquer historiador – deva se converter num linguista, mas sim, que se negue a reduzir a história do pensamento jurídico ou político à história de palavras atômica e isoladas. A língua, como o direito, é um sistema, e também é uma (a primeira) instituição. Ao nos confrontarmos com os textos, encontramos as palavras, os atos concretos de comunicação que foram preservados nas fontes; este é o material empírico de pesquisa para o qual, metodologicamente, precisamos recorrer ao sistema potencial, objetivo, homogêneo e abstrato da língua, de modo a compreender as palavras individualmente. O “átomo” – a palavra – constitui ponto de partida, uma vez que é o contato empírico com a fonte; em termos rigorosamente historiográficos, não é a palavra/átomo o objeto de ciência, uma vez que ele não nos conduz aprioristicamente ao pensamento, mas somente no confronto com a estrutura da língua especial.

Como acessar uma linguagem? Se a língua é, de modo geral, uma unidade linguística erigido por palavras (= lexemas), tais como um edifício sustentado por colunas, de que forma o

46 “Il pensiero giuridico non esiste” [“O pensamento jurídico não existe”] é a formulação provocativa de Costa (1972, p. 64) – ou “herética”, para Clavero (2002, p. lxxvi), no bom sentido de uma inovação ou rebeldia teórica – para os mesmos fins.

47 Procedendo no esquema da linguística saussuriana, Costa salienta a relação entre uma linguagem comum e uma linguagem especial. Por linguagem comum Costa focaliza a “linguagem da Europa medieval”: a organização da experiência não é pré-linguística, existindo termos e compassos comuns radicados no espaço-tempo e cultura da Europa ocidental cristã. No entanto, nenhum tecido linguístico é uniforme. As linguagens especiais são recortes ou zonas ideais – percebidas enquanto tais mais pelos intérpretes do que pelos falantes do passado, de fato – que fazem parte de uma linguagem comum. É o caso da linguagem jurídica e da linguagem teológica. Utilização específica de conceitos, termos autorreferentes e jargões profissionais são exemplos típicos dessa distinção: enquanto a linguagem comum tende a maior universalidade em sua comunidade linguística, a língua especial tende à precisão, à criptologia, à formação de impulsos comunicativos e atos de fala que possuem alcance e escopo diversos da linguagem comum. Cf. diretamente Costa (2002, p. 11-17, 20-25).

48 O que é uma interessante defesa antecipada – presente não apenas no posfácio mais recente, mas no texto de 1969 – de qualquer acusação de radical relativismo ou perspectivismo (afastando a produção historiográfica de Costa, por exemplo, das convicções de um Hayden White). Das particularidades da linguagem-objeto da história (do direito) não se segue que não se possa acessar o pensamento passado (por meio de reconstrução) ou, pelo menos, tentar compreendê-lo na melhor luz possível, com o emprego de métodos racionais e cuidadosamente sopesados, para chegar ao significado empregado por um dado texto ou autor inserido em um contexto linguístico (e em campos semânticos). Se a linguagem é a principal via para alçar o conhecimento – e se o pensamento é linguisticamente *condicionado*, algo que não existe previamente à linguagem –, esse se torna o método de operação por excelência para a história do pensamento.

49 Costa utiliza mais precisamente o termo *lexema* (isto é, um monema – a primeira unidade de articulação ou significação da linguagem – considerado em seu sentido lexical, não gramatical).

historiador pode construir (por meio de uma metalinguagem) uma ponte de compreensão ante suas fontes? A resposta de Costa é muito mais pragmática do que se levaria a crer: acessa-se à linguagem por meio das relações entre as palavras. “Se il linguaggio è la dimensione pubblica del pensiero, il significato è la più obiettiva via d’accesso al concetto” (Costa, 1972, p. 54).

Duas são essas formas de relação segundo Costa (2002, p. 36-38). A primeira, dita sintagmática, é imediatamente visível aos olhos: constitui-se na relação de lexemas em uma mesma sentença (ponto no qual todos os fatores são levados em conta, desde a disposição espacial entre os termos até sua disposição temporal. Os contextos sintagmáticos entre as palavras de uma língua se concatenam e formam sua base horizontal, apreensível *a priori* em uma forma de enunciação. A segunda relação entre as palavras é de tipo paradigmático, por meio de uma associação de lexemas em diferentes enunciados; ausências representam em um enunciado não necessariamente silêncio, mas uma oposição associativa *in absentia*.

O plano dos sintagmas é um “discurso que flui”: os contextos são consolidados à medida que são tradicionalmente utilizados, razão pela qual recolhemos significados (por meio de um operoso trabalho com a linguagem), em enunciados objetivamente constatáveis que nos permitem ordenar os monemas em uma trama de relações significativas concatenadas. O plano dos paradigmas ou associações é um discurso que se pressupõe, na evocação de outras expressões ausentes em um enunciado, mas recorrentes em outro. Diante dessa atração semântica entre os campos lexicais, o significado de uma palavra só pode ser obtido com todas as relações vigentes na unidade de uma dada língua, de um dado espaço-tempo, de um dado conjunto de fontes<sup>50</sup>.

Assim, por exemplo, diante do enunciado “*iusdictio est potestas cum necessitate iuris s[cilicet] reddendi equitatisque statuende*” – a definição de Irnério em suas *Glosae ad Digestum Vetus*), uma fonte individualmente tomada – apreende-se contextos sintagmáticos como *iusdictio-potestas* ou *iusdictio-statuendus*. Oposições e contrastes paradigmáticos ou associativos também surgem das fontes: diante de uma fonte que declina “*iusdictio est imperium*”, emerge-se tanto um contexto sintagmático (*iusdictio-imperium*) quanto paradigmático com relação ao anterior (o mesmo *iusdictio-imperium*). As fronteiras entre relações paradigmáticas e sintagmáticas não são estanques.

O significado de uma palavra não é qualidade intrínseca da mesma ou uma entidade psíquica aderente, mas algo que se acessa pelo contexto sintagmático considerado entre as palavras; isso é, as relações internas dão significado a um monema. Sendo assim, é imprescindível o contato com os fatos linguísticos (outrora comunicados) com as fontes, mas não com as fontes tomadas isoladamente, impiedosamente manipuladas, mas no modo como a língua se consolida no tempo e no uso insistente<sup>51</sup>. O significado de uma palavra deriva então, defende Costa, especialmente da análise de seu contexto sintagmático. Se a palavra não significa “em si”, alimentada por um motor interno sapiente, significa que recorre ao contexto significante

50 “Data una parola, il campo semantico di essa ci dà il suo significato. La enunciazione sintetica di questo metodo di ricerca, che abbiamo illustrato poco sopra analiticamente, si esplicita nella constatazione seguente: il significato della parola non è comunicato al parlante della parola in sé e per sé, ma dal contesto sintagmatico, in cui la parola è ricompresa, e dalle associazioni paradigmatiche ad esso” [“A partir de uma certa palavra, é seu próprio campo semântico que nos fornece o significado. O enunciado sumário desse método de investigação, que ilustramos analiticamente acima, é explicitado na seguinte observação: o significado da palavra não é comunicado ao seu locutor em si ou por si mesma, mas pelo contexto sintagmático em que a palavra se insere e pelas associações paradigmáticas que podem ser feitas”] (Costa, 2002, p. 46).

51 Momento no qual impera a empiria da historiografia e reinam as fontes. O recurso inicial às intuições prévias e à empiria, percebe Costa, admitem a limitação e pelo método, que será tão melhor ou pior empregado quanto as habilidades de pesquisa, seleção e associação do pesquisador. Também é mesmo método a oferecer um controle racional das “pré-intuições” do pesquisador, a advogar pela manutenção de limites circunscritos e permitir que, pelo menos, garanta-se uma validade relativa – provisória, sempre passível de revisão dos pares – da aplicação do método na pesquisa e dos próprios métodos e teoria em si mesmos.

para poder significar, para dar vida ao enunciado; em resumo, a palavra só ganha significado quando/enquanto é usada<sup>52</sup>. Mantém-se uma definição referencial do significado, evitando o psicologismo e o atomismo que antes caracterizava o significado; uma tese da “objetividade do fenômeno linguístico” para evitar o subjetivismo das “imagens mentais”, da inventividade criadora pretensamente *ex nihilo* e dos catálogos de palavras.

A definição do significado de uma palavra impõe para Costa ao menos dois recursos: (a) um voltado à realidade externa, renunciando a tratar o significado como entidade unicamente interna à língua (o que Costa chama ainda de recurso ao contexto situacional – elemento histórico); (b) o recurso ao resultado de outras ciências para determinar os fatores extralinguísticos – isso significa uma dimensão interdisciplinar.

O método de Costa exige – uma vez que parte da análise de contextos sintagmáticos e paradigmáticos – uma leitura extensiva de todo o seu *corpus* documental. Pressupõe que em qualquer língua ocorre um processo de assentamento dos significados dos lexemas, de modo que, toda palavra – individualmente colocada – parte pelo menos de uma pré-compreensão intuitiva do seu significado, ponto de partida para qualquer investigação a respeito de seu significado e para a seleção de mais fontes. Complementarmente, é de se constatar que muitos são os contextos sintagmáticos de uma língua. Um leitor atento não se bastará apenas *iurisdictio est potestas*, mas muitos outros contextos sintagmáticos, em diversas disposições e complicações sintáticas e lexicais. Ao fazê-lo, o pesquisador encontrará um grande número de fatos linguísticos para os quais as mais intuições prévias – necessárias para as primeiras etapas de trabalho e, afinal, inescapáveis – não permitem dar uma resposta total, não sem levar a sério todas as relações estruturais envolvidas<sup>53</sup>.

O leitor contemporâneo não deve deixar de perceber que em seu livro de 1969 Costa não estava distante – ao comprar a crítica *estruturalista* de análises “atomistas” ou meramente “cronologistas” na história das ideias e buscar uma solução sistemática-estrutural também para a semântica – da mesma insatisfação de fundo dos primeiros trabalhos de Pocock e Skinner quanto à abordagem textualista. Se, para Saussure, a língua não é a soma de palavras, mas a estrutura e sistema que emerge daquelas, para Costa o mesmo caráter objetivo e estrutural permeia a linguagem jurídica.

Para Costa, afirmar que a língua é estrutura implica dizer que a ênfase do historiador do direito é mais bem-sucedida na análise dos aspectos objetivos (a objetividade da língua) do que em aspectos subjetivos (que poderia ser representada por orações recorrentes na historiografia da filosofia e das ideias até então: a “liberdade em Hobbes”, a “autonomia em Kant”, a “exceção em Schmitt”, etc). Não significa negar a capacidade criativa de homens individuais (Irnério, Bártolo, Marsílio *etc.*), ou que a palavra, com o tempo e uma dada utilização, pode modificar a língua. Mesmo um estudo focado na subjetividade criadora não pode prescindir de cotejar a

---

52 Esta é, aliás, a forma através da qual Costa se aproxima e interpreta Wittgenstein (Costa, 2002, p. 47), através da primeira parte da 43ª definição das *Investigações Filosóficas*, explicitamente referenciada: “Para uma grande classe de casos – embora não para todos – do emprego da palavra “significado” – pode dar-se a seguinte explicação: o sentido de uma palavra é o seu uso na linguagem” (IF 43 = Wittgenstein, 2015, p. 207). Cumpre destacar, no entanto, que embora Costa tome a famosa sentença “O mundo é tudo o que é o caso” do *Tractatus* para dar início a toda a obra (Costa, 2002, p. 3) e faça segundo aceno às *Investigações*, Wittgenstein é autor de uma presença ausente em *Iurisdictio*.

53 “Il problema della ricerca storica è, a questo punto, uno solo: ordinare i dati in più insieme significativi; e ordinarli secondo schemi euristici razionalmente enunciabili che, sfuggendo all’indeterminatezza della mera intuizione, giustificano scientificamente i risultati” [“A essa altura o problema da investigação histórica é um só: ordenar os dados obtidos em vários conjuntos significativos; e ordená-los de acordo com esquemas heurísticos racionalmente selecionados que, escapando à imprecisão da mera intuição, justifiquem cientificamente os resultados”] (Costa, 2002, p. 39).

relação do “idioleto” de um dado autor – um uso inventivo de um conceito como, por exemplo, o conceito ciceroniano de *res publica* – com o fenômeno objetivo da linguagem<sup>54</sup>.

Ocorre que para Costa – como posteriormente para Koselleck – certas línguas específicas são muito melhor compreendidas na *longue durée* e nos estratos de uso sedimentados do tempo do que na abordagem de “sujeitos criadores”, da subjetividade inventiva. Esta não é negada: mas um trabalho dessa natureza se aproximaria mais da história de *um autor*, uma forma que poderíamos chamar como que uma “micro-história” semântica. Sem negá-la – mesmo porque, ela era então dominante no campo historiográfico do direito e da política – Costa defendeu que uma abordagem semântica (portanto, estrutural e objetivante, mas nesse sentido preciso dos termos) seria um modo mais eficaz para compreender historicamente a linguagem jurídica e política de uma realidade passada.

## 5. Considerações finais

O livro de Pietro Costa é um engenhoso contributo à história dos discursos de legitimação do poder normativo. Foi capaz de identificar o modo sofisticado como juristas e teólogos medievais constituíram – por processos intelectivos próprios – linguagens que operassem com a realidade pluralística do poder no medievo. Como tal, o livro ainda pode ser aproveitado por historiadores do direito, medievalistas e politólogos.

Um ponto de virada crucial para toda a investigação histórico-jurídica realizada em *Iurisdictio*, como destacamos na primeira seção, foi a adoção do conceito weberiano de *Herrschaft* para a construção de seu modelo de análise. Foi através de seu esquema teórico centralizado pelo núcleo dos processos de poder político que, por assim dizer, a selva das fontes históricas foi explorada e a multiplicidade de fenômenos foi ordenada em um determinado âmbito de experiência. Argumentamos ademais que, ao menos como Costa dispôs a questão, não se tratava de uma escolha gratuita ou preferencial na adoção da teoria, mas de uma necessidade lógica e conceitual que exsurgia do próprio material empírico.

Nas duas seções que se seguiram, do mesmo modo, enfocamos como Pietro Costa fundamentou em *Iurisdictio* a sua inscrição no estruturalismo linguístico então em voga. De Saussure e dos demais autores da Linguística estrutural de seu tempo, o historiador do direito importou uma abordagem linguística especialmente preocupada com a ordenação interrelacional dos lexemas e vocábulos para recusar transcendentalismos e essencialismos julgados perigosamente anacrônicos. Partindo do pressuposto estruturalista que a experiência do mundo é organizada pela linguagem e que os signos de uma língua, por sua vez, estão estruturados segundo uma lógica própria, a publicística medieval pôde ser estudada por Costa não como um catálogo cronológico de fontes ou de autores individuais, mas como índice de uma *linguagem jurídica*.

---

54 Quanto a Koselleck, vide Koselleck, 2006, p. 133-145 e sobretudo Koselleck, 2014, pp. 19-25 e pp. 313-332. Para Koselleck: “Podemos então dizer que, em termos teóricos, a história do direito também considera que as disposições legais singulares estão submetidas à necessidade de repetição e orientadas a uma aplicação recorrente, ou seja, dotadas de prazos e de duração relativamente longos. Ela trata de estruturas, não de eventos. O caso do moleiro Arnold [“Ainda há juízes em Berlim!”] não é apaixonante como história individual, mas sim encarado, na história do direito, como sintoma de uma mudança estrutural que exclui a repetibilidade de algumas pretensões do poder, para colocar em vigor e fixar a nova regulação de procedimentos jurídicos independentes. Esse aspecto temporal, que confere à história do direito uma participação genuína na história geral, tem consequências tanto para a exegese específica de fontes como para sua relação com disciplinas vizinhas e suas áreas de pesquisa” (Koselleck, 2014, p. 327-328).

Demos destaque, na última seção, aos aspectos teóricos levantados em *Iurisdictio* no que toca a sua proposta de uma história *semântica* estrutural de uma palavra. O modelo conceitual construído em torno das relações de poder (analisado na primeira seção) e baseado no arcabouço estruturalista (na segunda seção) deviam, afinal, responder não a uma questão de simples lexicologia ou terminologia, mas relacionada ao estabelecimento do *significado* de um conceito político-jurídico do passado, bem como de seus limites temporais. Assente que o significado de uma palavra não é transparente ou óbvio, restava ainda investir num exame das relações sintagmáticas e paradigmáticas que permitem aos pesquisadores de outros tempos acessar, ainda que parcialmente, a história da significação de um termo tão relevante para a história das relações de poder na Europa.

*Iurisdictio* surgiu como uma obra na qual a preocupação com linguagem está indissociável da pesquisa e mesmo a pressupôs. Marca da vitalidade da questão é que as preocupações teóricas acerca dos usos da (meta)linguagem pelo historiador continuaram se renovando na produção de Pietro Costa. O aviso de que os problemas metodológicos não poderiam ser ignorados ou permanecer ausentes na história da cultura jurídica feito em 1969 foi atualizado em aspectos filosóficos, mas a vigília é a mesma.

Ao longo da “pesquisa em ato” que constituiu a entrada de Pietro Costa na historiografia, o leitor dificilmente passará sem se convencer da necessidade de incorporação dessa consciência metodológica à história do direito. Os problemas teórico-metodológicos levantados pela questão hermenêutica-historiográfica na análise da linguagem do passado sem dúvida se renovam. As diferentes soluções que a historiografia jurídica pode se servir hoje no âmbito da teoria da história e da metodologia de pesquisa – com décadas de consolidação da filosofia analítica da linguagem, da *Begriffsgeschichte* e da Escola de Cambridge, para remeter aos exemplos imediatos – nem por isso deixam de ganhar com as reflexões semântico-estruturais propostas em *Iurisdictio*.

## Referências Bibliográficas

- Braudel, Fernand (2011). “História e ciências sociais: a longa duração” [1958] (trad. Flávia Nascimento). In: Novais, Fernando A.; Silva, Rogerio F. da (2011) *Nova História em Perspectiva: propostas e desdobramentos*. São Paulo: Cosac Naify.
- Calasso, Francesco (1957). *I Glossatori e la teoria della sovranità: Studi di diritto comune pubblico*. 3ª ed. [1ª ed. 1945]. Milano: Giuffrè.
- Capitani, Ovidio (2002). Prefazioni. In: Costa, Pietro (2002). *Iurisdictio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*. 2ª ed. [1ª ed. 1969]. Milano: Giuffrè, p. ix-xviii.
- Clavero, Bartolomé (2002). ‘Iurisdictio’ nello specchio, o el silencio de Pietro Costa. In: Costa, Pietro (2002). *Iurisdictio: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*. 2ª ed. [1ª ed. 1969]. Milano: Giuffrè, p. xix-lxx.
- Costa, Pietro (1972). Semantica e storia del pensiero giuridico. *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico*, vol. 1. Milano: Giuffrè. Disponível em: < <http://www.centropgm.unifi.it/quaderni/01/index.htm> >. Acesso: 06/06/2023.



- Costa, Pietro (2002). *Iurisdiction: Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale, 1100-1433*. 2ª ed. [1ª ed. 1969]. Milano: Giuffrè. Disponível em: < <https://www.quadernifiorentini.eu/biblioteca/062/volume.pdf> >. Acesso: 07/06/2023.
- Costa, Pietro (2010). *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico* (trad. Alexander Rodrigues de Castro, Angela Couto Machado Fonseca, Érica Hartman, Ricardo Marcelo Fonseca, Ricardo Sontag, Sergio Said Staut Jr., Walter Guandalini Jr.). Curitiba: Juruá.
- Dosse, François (2019) *História do Estruturalismo* (trad. Álvaro Cabral). São Paulo: Unesp, 2 vol.
- Grossi, Paolo (2014). *A Ordem Jurídica Medieval* (trad. Denise Rossato Agostinetti). São Paulo: WMF Martins Fontes.
- Hespanha, António Manuel (1978). *A História do Direito na História Social*. Lisboa: Horizonte.
- Jesús-Vallejo, Fernández de la Reguera (1992). *Ruda equidad, ley consumada: Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Koselleck, Reinhart (2006). *Futuro passado: contribuição à semântica dos tempos históricos* (trad. Wilma Patrícia Maas e Carlos Almeida Pereira). Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio.
- Koselleck, Reinhart (2014). *Estratos do tempo: estudos sobre história* (trad. Markus Hediger). Rio de Janeiro: Contraponto/PUC-Rio.
- Lepschy, Giulio Ciro (1975). *A linguística estrutural* (trad. Nites Therezinha Feres). São Paulo: Perspectiva.
- Saussure, Ferdinand de (2012). *Curso de Linguística Geral* (trad. Antônio Chelini, José Paulo Paes, Izidoro Blikstei). 28ª ed. São Paulo: Cultrix.
- Sériot, Patrick (2016). *Estrutura e Totalidade: as origens intelectuais do estruturalismo na Euríopa Central e Oriental* (trad. Maristela Cury Sarian e Mariângela Peccioli Galli Joanilho). Campinas: Ed. Unicamp.
- Storti, Claudia (2013). La storiografia giuridica italiana dal 1972 a oggi: stato dell'arte e prospettive. In Sordi, Bernardo [a cura di] (2013). *Storia e diritto: esperienze a confronto: atti dell'incontro internazionale di studi in occasione dei 40 anni dei Quaderni Fiorentini*. Milano: Giuffrè, 2013, p. 9-31.
- Todoróv, Tzvetan (2006). *As estruturas narrativas*. (trad. Leyla Perrone-Moisés) 4ª ed. São Paulo: Perspectiva.
- Weber, Max (1968). *Economia e società* (trad. ital. Tullio Baggioti, Franco Casablanca, Pietro Rossi). 2ª ed. [1ª 1961]. Milano: Edizione di Comunità, 5 vol.
- Weber, Max (1999). *Economia e Sociedade: fundamentos de sociologia compreensiva* (trad. Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa). Brasília: UnB. 2 vol.

Weber, Max (2014). *Economía y sociedad* (trad. esp. Francisco Gil Villegas M.). 3ª ed. Cidade del Mexico: FCE.

Weber, Max (2019). *Economy and Society: A New Translation* (trad. ingl. Keith Tribe). Massachusetts: Harvard University Press.

Wittgenstein, Ludwig (2015). *Tratado lógico-filosófico e Investigações Filosóficas*. (trad. M. S. Lourenço). 6ª ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian.

Data de Recebimento: 08/06/2023

Data de Aprovação: 14/08/2023

# Experiências

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **Cultura política judicial de los pueblos mayas del noroeste de Yucatán, México, 1824 – 1841**

*Cultura política judicial dos povos maias do noroeste  
de Yucatán, México, 1824 – 1841*

*Judicial Political Culture of the Mayan Peoples of  
Northwestern Yucatan, Mexico, 1824 – 1841*

**Luis Antonio Blanco Cebada<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Escuela Nacional de Estudios Superiores - Mérida, Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). ORCID: 0000-0002-0623-7856.

## RESUMEN

Esta investigación analiza la cultura política judicial de los pueblos mayas del noroeste de Yucatán, México. Sostiene que entre 1824 y 1841 los mayas del noroeste de Yucatán aprovecharon la desorganizada administración de la justicia para forjar estrategias cotidianas de poder. Para ello, se apropiaron de la normatividad vigente en beneficio propio. Si bien los transformó el marco legal al constituirlos como ciudadanos, también formaron una ciudadanía que actuó en la esfera pública en defensa de su autonomía. El trabajo indaga la cultura política-jurídica de los infractores y de los operadores judiciales en los tribunales. Para ello, presenta casos de acuerdo al modo en cómo operó el entramado judicial en el momento del juicio, identificando los actores y sus funciones; así como los argumentos de los operadores judiciales y de los subordinados en la descripción de las sentencias.

**Palabras clave:** Cultura política judicial; justicia criminal; operadores judiciales; Mayas; Yucatán.

## RESUMO

Esta pesquisa analisa a cultura política judicial dos povos maias do noroeste de Yucatán, México. Ele argumenta que entre 1824 e 1841 os maias do noroeste de Yucatán aproveitaram a administração desorganizada da justiça para forjar estratégias cotidianas de poder. Para fazer isso, eles se apropriaram dos regulamentos atuais para seu próprio benefício. Embora o arcabouço legal os transformasse ao constituí-los como cidadãos, eles também formavam uma cidadania que atuava na esfera pública em defesa de sua autonomia. O trabalho investiga a cultura político-jurídica dos infratores e operadores judiciários nos tribunais. Para isso, apresenta os casos de acordo com o funcionamento do quadro jurídico no momento do julgamento, identificando os atores e suas funções; bem como os argumentos dos operadores judiciários e dos subordinados na descrição das sentenças.

**Palavras-chave:** Cultura política judicial; Justiça Criminal; operadores judiciários; maias; Yucatán.

## SUMMARY

This research analyzes the judicial political culture of the Mayan peoples of northwestern Yucatan, Mexico. He argues that between 1824 and 1841 the Maya of northwestern Yucatán took advantage of the disorganized administration of justice to forge daily strategies of power. To do this, they appropriated the current regulations for their own benefit. Although the legal framework transformed them by constituting them as citizens, they also formed a citizenship that acted in the public sphere in defense of their autonomy. The work investigates the political-legal culture of the offenders and judicial operators in the courts. To do this, it presents cases according to the way in which the judicial framework operated at the time of the trial, identifying the actors and their functions; as well as the arguments of the judicial operators and the subordinates in the description of the sentences.

**Keywords:** Judicial political culture; criminal justice; judicial operators; mayans; Yucatan.

## 1. Introducción

Hasta hoy continúa el debate en torno a si a los mayas los favorecieron las reformas gaditanas de 1812.<sup>2</sup> Depende. En un contexto de cambios continuos y vertiginosos, sería arriesgada una respuesta inmediata. Sobre todo porque la Constitución de Cádiz promovió mudanzas en diversos ámbitos de la vida colonial: desde una reorganización jerárquico-política-electoral con sus respectivas divisiones territoriales; hasta una reapropiación de las tierras; el replanteamiento de la configuración de las sociedades corporativas; la recaudación de fondos, y el rediseño de la estructura organizativa burocrática. Por eso, señalar que los indígenas recibieron el impacto negativo de las reformas, es como observarlos en tabula rasa sin contar con previas experiencias de organización sociopolítica; y en contraparte, indicar que aprovecharon las reformas mimetizándose para sobrevivir, saliendo avante en ello, es tanto como olvidar que en última instancia el modelo dominante organizativo era el de los españoles, y que el proceso no estuvo exento de tácitas prerrogativas.

A raíz de las reformas borbónicas, en medio siglo, una serie de eventos transformaron la vida de la población india: la venta de las cofradías; la supresión del protectorado indio; la desamortización de las propiedades comunales; la reactivación de las contribuciones personales; la promulgación de leyes y decretos tendientes a cercar la movilidad y la participación india; las muertes provocadas por el cólera, y las continuas penalizaciones provenientes del sistema de justicia cuyos castigos eran el encierro o el trabajo forzado en obras públicas. En este contexto, la primera mitad del siglo XIX atestiguó el nacimiento de un “indio ciudadano” sujeto a un gobierno con reglas escritas y situado en espacios anónimos. Este indio ciudadano, como lo llama Cobá Noh, despojado de sus tierras, y excluido de la toma de decisiones públicas, inserto en una zona de alto dinamismo comercial, sorteó su situación (2000). El indio ciudadano generó estrategias creativas aunque “ilegales”. Se le presentaron dos posibilidades: labrar la tierra o desenvolverse en actividades fuera de la ley. ¿Qué opciones tomaron? ¿Cómo se relacionó el indio con el poder hegemónico? La serie “Penal” del fondo “Justicia” del Archivo General de Yucatán (AGEY) ofrece variopintas respuestas.

Al respecto, Güemez Pineda identifica en los fondos “Justicia” y “Poder Ejecutivo” del AGEY dos manifestaciones de los indígenas de la península entre 1821 y 1847: infractores y demandantes (1988, 54). Así lo expresa (cursivas son mías):

- 1) Los expedientes cuya información evidencia que el indígena asumió posiciones de protesta o *demanda* en contra de individuos o instituciones del grupo dominante, como en los casos de enajenación o usurpación de tierras, abuso de autoridad, cobro indebido de contribuciones, atropellos contra su persona y bienes, etcétera.
- 2) Los expedientes en los que el indígena aparece como *infractor* de los intereses del grupo dominante, como por ejemplo, invasión de tierras, desacato a la autoridad, resistencia al pago de contribuciones, tumultos, conspiraciones, robos, abigeato, vagancia, etcétera.

---

<sup>2</sup> Estas reformas tienen su asiento en la *Constitución Política de la Monarquía Española*, mejor conocida como “La Pepa”, por haber sido promulgada el 19 de marzo de 1812, día de San José. La Constitución gaditana fusionó liberalismo y nacionalismo, e incorporó la expresión de la soberanía popular y la separación de poderes: pivotes modernos de la civilización occidental (Frasquet, 2008, 157). Para Annino (2008, 31) el nuevo lenguaje de la ciudadanía introducido en 1812 “dibujó una nueva idea de legitimidad, ahora otorgada por la nación misma”. En la también llamada Constitución de Cádiz las bases del liberalismo se asentaron para la constitución del ciudadano moderno, adscrito a una nación regulada por leyes, soberano en cuanto que contractualista, racional para gobernarse en tres poderes.

Estos dos conceptos, infractores y demandantes, me parecieron interesantes para abordar el trabajo de archivo. En efecto, hallé vasta información sobre cómo participaron los mayas en procesos judiciales a los cuales asistían por voluntad propia y otros en los que participaban a solicitud expresa del juez.<sup>3</sup> Guemez Pineda considera que “es necesario distinguir entre una resistencia armada y una resistencia cotidiana, en la que se contemple la acción del indígena como factor de lucha en la vida social yucateca” (1988, 54).<sup>4</sup> Esta resistencia no armada es la que me interesó y por ello me aboqué al estudio de las controversias en los tribunales en los expedientes de la serie “Penal” del fondo “Justicia” del AGEY.

El tribunal es un espacio donde los jueces resuelven casos a partir de la regla extraída de un caso precedente. En éste se confrontan derechos antagónicos por parte de jueces que deben elegir entre uno y otro final de juicio (Bourdieu 2001, 182-183). El conocimiento de las normas otorgó al juez el poder para tomar decisiones y, a su vez, legitimarse ante los actores enjuiciados. Pero no todos los actores implicados en el proceso judicial comprendían las reglas del tribunal y las normas, sobre todo si eran escritas. Existieron apropiaciones diferenciadas del mismo proceso, estando en desventaja tanto los agraviados como los inculpados, es decir, aquellos que acudían al tribunal para validar sus derechos.

En su interesante estudio sobre el sistema administrativo judicial mexicano Palafox Menegazzi sostiene la existencia de prejuicios influyentes en las decisiones del juez (2016). A lo largo del siglo XIX los operadores judiciales guiaron la resolución de sus casos a partir de una serie de causales relacionadas con la edad, el sexo y la posición social de los demandantes. Llamo operadores judiciales a todos los agentes de gobierno controladores del proceso penal: jueces, secretarios, notarios, asesores letrados, fiscales, defensores, etcétera.

Si a esta desigual visión del proceso penal se anexa la naciente organización del sistema judicial, es posible advertir la desventaja de quienes no fueron operadores judiciales: agraviados e inculpados. En este contexto, el derecho ha sido analizado como un conjunto de estructuras normativas fundamento de la justicia y garantía del equilibrio social, o como un discurso legitimador del poder de las elites. Aguirre y Salvatore sostienen que estas perspectivas han sido cuestionadas por los estudios jurídicos, la filosofía política, la antropología, la sociología y los estudios culturales, basados en que entienden el derecho como “una arena de lucha ambigua, maleable y escurridiza, cuyos límites y parámetros son a su vez el resultado de disputas y negociaciones. [...] el derecho produce y reformula la cultura (sistemas de identidad, prácticas y significado), y moldea y es moldeado por procesos más amplios” (2017, 226).<sup>5</sup>

La pregunta que sostiene la investigación es: ¿Cuáles fueron las estrategias que los mayas generaron para contrarrestar el poder del sistema de justicia del Estado? Mi hipótesis es que entre 1824 y 1841 los mayas del noroeste de Yucatán, construyeron su ciudadanía aprove-

3 Nombre “mayas” a la población que en el período de estudio poseía apellido de origen nativo; trabajaba en alguna de las haciendas de la zona ocupando los cargos subordinados en la estructura jerárquica laboral; se reconocía a sí misma como indígena o como indio en el tribunal, o era nombrada como tal por los operadores judiciales; y por respeto a la fuente histórica. Como demostraron Restall y Gabbert esta supuesta unidad se forjó como autorepresentación ante los funcionarios españoles, y como la nominación española de una categoría particular de indios asentados en la península: los indios mayas (2017).

4 Hoil Gutiérrez (2016) señala que en la primera mitad del siglo XIX, a diferencia del oriente de la península de Yucatán que se encontraba bajo la influencia de los mayas insurrectos, el noroeste se hallaba alejado del epicentro de la insurrección maya, con una hegemonía del gobierno yucateco, y con baja afectación económica y demográfica.

5 El estudio de los testigos de asistencia, el intérprete y los jueces de paz clarifican lo que Aguirre llama “zonas de contacto”: prácticas legales clave para entender los procesos de cambio histórico y cultural, haciendo hablar desde la intermediación a los subalternos, a manera de “ventrilocuos” (2012, 143).

chando la desorganizada administración de la justicia al forjar estrategias cotidianas de poder. Para ello hicieron un uso social de la justicia y se apropiaron de la normatividad vigente en beneficio propio. El objetivo principal es, entonces, conocer la cultura política judicial de los pueblos mayas del noroeste de Yucatán.

La temporalidad del estudio abarca lo comprendido entre la creación de la primera *Constitución Política del Estado libre de Yucatán*, sancionada en Mérida el 6 de abril de 1825 (1825), y el *Reglamento de Administración de Justicia* del 31 de marzo de 1841 (1850). El espacio de análisis es el “Camino Real Bajo”, ubicado en el noroeste de Yucatán (véase mapa 1). Este se convirtió en un espacio próspero y estratégico hacia finales del siglo XVIII y principios del XIX que permitió que se crearan nuevas rutas de comercio, idóneo para comprender las emergentes dinámicas entre los actores sociales y el Estado en formación.

Enseguida presentaré las historias de hombres y mujeres enjuiciados por un sistema administrativo que parecía definir el concepto de justicia sobre la propia marcha. ¿Cómo operó la justicia en las primeras décadas del México independiente? ¿Qué elementos del antiguo régimen permanecieron y cuáles se incorporaron? Primero analizaré la práctica judicial, desde que se forma el sumario hasta la sentencia, identificaré las funciones de los actores principales y sus instancias, y las leyes en las cuales los jueces se apoyaron para dictar sentencia. Después identificaré los argumentos que esgrimieron los inculpados, los testigos y sus defensores, razones útiles para alegar su inocencia. Los expedientes están agrupados tomando en cuenta dos consideraciones metodológicas, enunciadas en orden de importancia: 1. la relación temática que guardan, y 2. el orden cronológico. En la mayoría de los casos ambos criterios coinciden.

### Mapa 1: El Camino Real Bajo



Fuente: Gerhard (1991, 46).



## 2. Justicia en búsqueda de ley

En Yucatán desempeñó papel destacado el tribunal de indios.<sup>6</sup> Si el problema no se arreglaba ante el cacique del pueblo podía ascender al tribunal. Esta situación cambió a principios del siglo XIX con la desaparición de dicha instancia.<sup>7</sup> En su lugar se instauraron jueces de letras, cuyas competencias fueron definidas por la Constitución de la monarquía española. Fundamentalmente estos jueces tenían la potestad para solucionar los conflictos locales al fungir como intermediarios entre los disputantes. La Constitución de Cádiz reconoció una jurisdicción especial para el ámbito judicial al establecer que cada cabeza de partido hubiera un juez de letras y su juzgado correspondiente (artículo 273), con competencia para lo contencioso (artículo 274). Su artículo 275 rezó que “en todos los pueblos se establecerán alcaldes, y las leyes determinarán la extensión de sus facultades, así en lo contencioso como en lo económico”. La relación entre jueces de letras, alcaldes y audiencias se estrechaba al mantener el flujo de información sobre los asuntos civiles y criminales, pues en su artículo 276 la Constitución indicó que “todos los jueces de los tribunales inferiores deberán dar cuenta, a más tardar dentro del tercer día, a su respectiva audiencia, de las causas que se formen por delitos cometidos en su territorio, y después continuarán dando cuenta de su estado en las épocas que la audiencia les prescriba” (Gamas Torruco, 2012).

Si bien existió un fuerte arraigo de los postulados gaditanos en Yucatán por parte de los pueblos indios al fusionar el antiguo cabildo indígena con los nuevos ayuntamientos, también debe reconocerse que la figura del alcalde mantuvo su dominio sobre los jueces locales; las emergentes segunda y tercera instancia hicieron lo mismo sobre las alcaldías (Güemez Pineda, 2005, 93-95; 2015, 11-13).<sup>8</sup> Y ante esto, ¿dónde queda la primera instancia? ¿Quién representa al poder local en materia judicial: el juez de letras o el alcalde? Los jueces de letras desempeñaron el papel de jueces de primera instancia, pero los caciques de los pueblos, y sobre todo los alcaldes ordinarios, fueron quienes recibieron en primer lugar los asuntos de interés local, siempre y cuando no hubiera juez de primera instancia, y después el alcalde los representó ante la superioridad. Sin embargo, la segunda instancia fue quien decidió la sentencia definitiva en la mayoría de los casos. El asunto que expondré enseguida ilustra el papel de las autoridades locales en materia de justicia y la relación jerárquica entre las instancias.

---

6 En 1569 el gobernador Luis de Céspedes nombró a Francisco Palonimo, vecino de Mérida, como Defensor de los naturales de estas provincias. Con ello nació el protectorado de indios de Yucatán, cuya intención se inscribía en intereses más amplios de la corona: “conseguir una forma regular y moderada [...] por una parte, contener los excesos de individuos extraordinariamente voraces, o verdaderas manifestaciones de violencia y delito; y, por otra, ver que los indios sí aportarán lo que se considerara una proporción adecuada” (Borah, 1996, 352). Cunill señala que los defensores representaban a los indios en distintos asuntos “como cuentas de tributarios, peticiones para reducir el salario de los oficiales que participaban en las visitas o quejas contra los religiosos que infligían excesivos castigos a los naturales en los casos de idolatría” (2012, 139).

7 Canto Alcocer menciona que en la primera mitad del siglo XIX se incrementaron en Yucatán los delitos de abigeato, el sacrificio de reses, el incendio y la destrucción de las haciendas (1993, 65). Siendo el noroeste una zona eminentemente ganadera es posible que las causas de los delitos se ligaran a los proyectos proganaderos a favor de apropiarse de terrenos baldíos, y al sistema de servidumbre que los hacendados se empeñaban en mantener (Güemez Pineda, 1988, 2003).

8 Güemez Pineda señala que algunos cabildos continuaron como tales “a pesar de no contar con cobertura legal bajo ese nuevo orden constitucional” otros más “impulsaron a sus líderes a compartir el mando local con los integrantes de grupos criollo – mestizos” o siguieron lidereando ahora como intermediarios entre el poder local y las nuevas autoridades (2015, 13).

### *“No proceder de malicia”: robo y lesiones en el camino de Kinchil.*

El 6 de diciembre de 1824 José María Poot se presentó ante el juzgado de primera nominación de la capital, Mérida, para denunciar una agresión. Dijo que “viniendo a esta ciudad en unión de otros del pueblo de Kinchil [...] le salieron al momento tres hombres [...] le quitaron estos costales, para lo qual [cual] [...] llamando para que le defendiesen porque sintió que uno de estos hombres le hiriese con el puñal que traía”.<sup>9</sup> Atónito, y sangrando, se trasladó al pueblo de Yash’ukal. Ahí contó lo que sucedió al primer hombre que encontró en su camino: José Chuc salió junto con otros a buscar a los salteadores. Alcanzaron “a uno solo llamado Navarro”, quien confesó y delató a sus compañeros: Juan José Gómez y Martín Poot. Aunque el expediente no especifica si José Chuc era o no parte de la autoridad local, es evidente el auxilio comunitario que recibió José María Poot: lo socorrieron porque estaba herido; buscaron a quienes lo hirieron, y lo acompañaron a quejarse ante el cacique del barrio de la Mejorada, quien lo redirigió con el juez de primera nominación.

El juez de primera nominación de la capital, Manuel José Peón, ordenó revisar al herido e instruyó perseguir y apresar a los delincuentes. Navarro dijo al juez que era vecino de Yash’ukal, y que lo aprehendieron en los montes de la hacienda Chuc Ua por herir y por robar costales a un individuo que iba en el camino de Chichi. Navarro manifestó que “si sabe el delito que comete, todo aquel que hurta o mata en los montes y desiertos”. También reconoció “que otras cosas más han hurtado [...] a quien sea baúl y ropa que se le pone a la vista”. Declara que han robado principalmente a indios, sin saber quienes eran. De acuerdo a las indagatorias llevadas a cabo por el juez, el 10 de diciembre José Gómez, uno de los cómplices de Navarro, se refugió en la casa de recogidas a cargo de Antonina y Juliana Gijón, el mismo sitio donde fue encontrado el baúl robado con ropa.<sup>10</sup> Antonina aclaró que “aunque Gómez posaba en su casa no vio ni sabe que él hubiese traído el baúl [...] ni la ropa que contiene”. El baúl fue hallado en el solar de enfrente, dijo, y la ropa la encontró su hermana, Juliana Gijón. En su declaración Juliana lo reafirmó.

En el segundo interrogatorio Navarro se contradijo. Declaró que no sabía “del mal fin que llevaban sus compañeros pues estos le sacaron de su casa para ir a leñar reparando entonces que [ilegible] portaban puñales por lo cual les dijo que no le habían [hubieran] llevado ha hacer mal tanto”. También indicó que acudió al amparo del herido (José Marí Poot, el denunciante), entonces vio a un grupo de frente tirándole piedras, y por esa razón se fugó. El 20 de diciembre continuaron los interrogatorios. Las hermanas Gijón negaron haber encontrado el baúl en su casa, el juez citó al cacique del barrio de la Mejorada, Sisto Uc.<sup>11</sup> El cacique fue testigo de los hechos desde el primer momento. Dijo que el 3 de diciembre un indio herido se presentó a la casa real de su barrio trayendo consigo a Juan Secundino Navarro, quien le hirió y hurtó nueve

9 La jurisdicción y funciones específicas del juez de primera instancia en Yucatán se definieron en la Constitución de 1825. En este caso aún se recurre a la alcaldía de primera nominación, asociada en el antiguo régimen con la vigilancia de los asuntos judiciales. AGEY, Justicia, Penal, C. 2, vol. 2, exp. 18, 3 de diciembre de 1824, “Causa criminal contra Juan Navarro y otros por robo y lesiones a José María Poot en el camino de Kinchil”.

10 Para Pérez Baltasar (1985, 13) las casas de recogidas se establecieron desde el siglo XVI en la Nueva España como “centros de reclusión para mujeres públicas [...] ‘arrepentidas’, sus fines eran esencialmente los de servir como correccional o reformatorio de aquellas que habían tenido en la vida pocas oportunidades, dedicándose por ello a la prostitución o a la mendicidad”. Son, en suma, espacios reformativos y de corrección sociocultural (Robinson, 2010, 3).

11 Machuca Gallegos demuestra que Sisto Uc fue uno de los primeros funcionarios con apellido maya en el ayuntamiento de Mérida. Sisto Uc fue cacique de San Cristóbal, alcalde auxiliar de Mejorada [1821 y 1823], regidor del ayuntamiento [1822]. También fungió como elector de parroquia, es decir, fue encargado de elegir a los alcaldes, regidores y procuradores síndicos del ayuntamiento. Como regidor, tuvo “que realizar las listas de los individuos elegibles para alcaldes auxiliares de los barrios y de los pueblos bajo jurisdicción del ayuntamiento” (2018).

costales. El cacique contó que interrogó a Navarro, y le preguntó por sus acompañantes, José Gómez y Martín Poot, ambos del barrio de Santa Anna. Al saber esto, el cacique dispuso al que era juez de primera nominación de la capital, Manuel José Peón, los aprehendiera, auxiliándose para tal efecto del cacique del barrio de Santa Ana, Balthazar Aké. Aké investigó y halló en la casa de Navarro dos camisas y dos abanicos; en la posada donde habían visto a Gómez -casa de las Gijón- nueve costales; y en el solar de enfrente, escondido, el baúl.

El 8 de marzo de 1825 Balthazar Aké y Francisco Gómez, alcalde y alcalde auxiliar del barrio de Santa Ana (Mérida), ratificaron ante Manuel José Peón, juez de primera nominación de la capital, el relato de Sisto Uc. También el conductor del coche de Poot, Domingo Sib, señaló a Navarro, al verlo de frente, como responsable del hurto. Navarro insistió en que José Gómez fue quien cometió el hurto, y no él ni algún otro compañero. Una vez ratificados los hechos, el juez nombró a José Dolores Poveda como defensor de Juan Secundino Navarro.

Hasta aquí se puede observar cierta continuidad para procurar justicia en el antiguo régimen. En primer lugar, el cacique recibió el asunto y lo turnó a la primera instancia, sobre todo por tratarse de salteadores de caminos, delito que incumbía al pueblo y la región. En segundo sitio, es el juez de primera nominación de la capital quien atiende y sigue el caso, no es el juez de letras. De forma paralela, los alcaldes auxiliares de barrio representaron una innovación. Machuca Gallegos refiere que se empezaron a elegir a partir de 1820: “Se escogían dos por cada barrio y su labor consistía, entre otras, en hacer ronda por la noche, evitar reuniones escandalosas, dar a conocer los reglamentos de policía, cuidar que su barrio estuviera limpio y se siguieran las medidas de sanidad” (2016, 103-104). Pasaré ahora a la parte del juicio donde la defensa del inculpado entra en escena: la plenaria.

En mayo de 1825, Dolores Poveda, el defensor, citó a las hermanas Gijón; a Francisco Gómez, alcalde auxiliar del barrio de Santa Ana, y a Sisto Uc, cacique del barrio de Mejorada. Ellos ratificaron los hechos ante el alcalde depositario de la primera nominación, regidor Luis Sobrino. En lo inmediato, Dolores Poveda emitió su parecer señalando que “no se encuentra la justificación debida o necesaria que previene la ley para condenarle [...] y de todo resulta que no llegó a probarse [probarse] el hecho con la claridad que exige [exige] la ley para aplicarle la pena”. Dolores Poveda suplicó la libertad del reo por “no proceder de malicia”. El 9 de julio el juez enfermó y el proceso quedó varado hasta finales de agosto; el juzgado pasó la causa al licenciado Justo Serrano, quien en noviembre regresó los documentos sin haberlos calificado. Entonces el 1 de noviembre el tribunal solicitó al asesor letrado licenciado José de Ayala para “aconseje a este tribunal lo que debe hacer”. De Ayala emitió su juicio en abril de 1826, encontró a Navarro:

Convicto y confeso del crimen de salteador de caminos en el que [ilegible] complicidad Antonina y Juliana Gijón por la [ilegible] de ropas en que intervinieron [...] Usted se sirva condenar al expresado Navarro a un año de prisión en el correccional de esta ciudad, con grilletes y cadena al pie; que a las antedichas Gijones se les confine seis meses á el [al] servicio de la casa de beneficencia: que se despache circular a todos los pueblos de la comprehención [sic] del Estado hasta lograr la apreciación [aprehensión] de los prófugos José Gómez y Martín Poot; y que se eleve esta consulta al Excelentísimo Tribunal de segunda instancia para su superior determinación.<sup>12</sup>

En abril de 1826, diez meses después, el juez Bernabé Negroe sostuvo que nada se había probado a favor de Navarro y sus cómplices. Que vista la opinión del juez y del letrado

12 AGEY, Justicia, Penal, C. 2, vol. 2, exp. 18, 3 de diciembre de 1824, “Causa criminal contra Juan Navarro ...”.

“condenaba y condenó a Juan Secundino Navarro a sufrir la pena de un año de presidio en la correccional de esta ciudad con grilletes y cadenas al pie, como igualmente a Antonina y Juliana Gijón, sus cómplices, a seis meses de servicio en la casa de beneficencia o en un depósito”. A la par, solicitó la “requisitación [sic] en solicitud de los prófugos José Gómez y Martín Poot”. Finalmente, instruyó que se turnara el juicio al tribunal de segunda instancia para su determinación; y a Dolores Poveda para su conocimiento.

El fiscal del tribunal de segunda instancia, Juan López Gavilán, declaró que asaltar caminos “es uno de los delitos atroces que se reconocen en la jurisprudencia, cual lo denota la gravedad de las penas que se le imponen”. Sostuvo su juicio con base en “las leyes 11 título 11, 14 o 16 partida [sic] tercera y 26 título 1 partida 1 en que medie la persona del hombre o su fama, de cuya naturaleza deberá considerarse este, no deben librarse, sino por pruebas tan claras como la luz”. De ahí que el juez opinó “que en todo se confirme la sentencia proferida por el juez de primera instancia”.<sup>13</sup>

Francisco Martínez de Arredondo, defensor o procurador casuístico de Navarro en el tribunal de segunda instancia, arguyó, el 19 de abril, que José Gómez y Martín Poot engañó “fría y llanamente” a Navarro; que Navarro carecía de antecedentes de hurto; que no huyó, se protegió de las pedradas; que lo aprehendieron sin los costales (cuerpo del delito); y que Navarro no infringió heridas al ofendido, fue Gómez. Ante ello, “no deja duda en que Gómez y Martín Poot fueron los perpetradores del delito” y que los costales los encontraron en la casa de las Gijón. Por ello, el defensor consideró que a Navarro no debía juzgarse tan duramente. Si los reos ya hubieran sido aprehendidos

se vendría en mayor conocimiento de la ninguna parte que Navarro tuvo en uno y otro robo, y tal vez que quedaría patentado [patentizado] el engaño con que lo sacaron a leñar resultando completamente inocente bajo cuyos sólidos fundamentos espero que V.E. los tenga en consideración al tiempo de su superior pronunciamiento, haciendo merito de los meses que lleva sufrido de prisión”.<sup>14</sup>

Una vez que concluyó el alegato a favor de Navarro, el defensor señaló que acogería la causa de las Gijón “por no ser incompatible con la de Navarro”. Francisco Martínez de Arredondo sostuvo que las dos declaraciones que fundamentaron la acusación en contra de las hermanas eran infundadas. Las hermanas desconocían cómo llegaron a su casa los costales, y cómo es que el baúl y la ropa se hallaban en el solar de enfrente. Siendo Gómez desertor de los militares, pero “teniéndolo ellas por soldado”, no les extrañó que “hubiese llevado a su casa ropa que por precisión tienen los militares”. Tampoco les incumbía saber si los costales eran robados. De ahí que no se les probara que estuvieran involucradas en el delito.

El defensor dijo que no debía castigarse a “los delincuentes” sin “que el delito esté probado y que a los reos se les oigan todas sus ejecuciones. Lo contrario, como sucede con el presente, es infringirlas y atropellarlas”. El defensor remató su alegato:

Pero aún cuando apareciera de la causa lo contrario, ¿a dónde está la declaración que como reas cómplices debió tomárseles? ¿Dónde la confesión con cargos? ¿Dónde los

---

13 AGEY, Justicia, Penal, C. 2, vol. 2, exp. 18, 3 de diciembre de 1824, “Causa criminal contra Juan Navarro ...”.

14 AGEY, Justicia, Penal, C. 2, vol. 2, exp. 18, 3 de diciembre de 1824, “Causa criminal contra Juan Navarro ...”. Agüero sostiene que “una de las formas más comunes de cerrar una causa criminal en tiempos coloniales consistía en dar por pena la prisión que el reo había sufrido durante el proceso. Aunque se trataba de un modo ‘indulgente’ de resolver una causa, esta forma de penalidad se sostenía en criterios tan antiguos como la prudente discreción del juez y el sentido purgativo del padecimiento” (2010).

careos para aclarar el hecho? Finalmente, ¿dónde sus explicaciones, exculpaciones y defensas? Nada de estas [ilegible] necesariamente aparecen. Y si esto es así: ¿Con que inauditas indefensas se las condena a sufrir seis meses de servicio en la casa de beneficencia o en el depósito? Yo no puedo comprender los motivos en los que comultó [sic] el asesor letrado la sentencia y no cabe duda que esta en sí trae aparejada una nulidad.

La defensa solicitó al juez revocar la pena de Navarro, dándosele por compurgada con los meses que pasó en prisión; también pidió exonerar a las Gijón.<sup>15</sup> El 27 de abril de 1826 el magistrado del tribunal de segunda instancia y “los colegas nombrados en esta causa” emitieron la sentencia definitiva: condenaron a Navarro “a cuatro años de presidio en el de Veracruz”; revocaron de esta manera la sentencia del juez inferior. Y sobre Antonina y Juliana Gijón “que vuelva la causa al juzgado de origen para que se termine con arreglo a derecho”. Se ordenó al comandante general que custodiara al reo en su proceso; y se solicitó al gobernador del estado que dictara las providencias para localizar a los prófugos.

Al observar las continuidades con el antiguo régimen en los procesos anteriores, identifiqué varias novedades en el proceso judicial:

- La presencia del alcalde auxiliar de barrio, cuyos antecedentes fueron los apoderados del pueblo “cuya función sería escuchar las quejas y sugerencias de los vecinos de Mérida, con la atribución del poder necesario para resolver los problemas, pero no sin consultar antes al procurador síndico”.<sup>16</sup> El alcalde auxiliar del barrio parece ser, a su vez, el antecedente de los jueces auxiliares en los pueblos quienes comienzan a aparecer en los expedientes de la serie “Penal” del fondo “Justicia” del AGEY en la siguiente década.
- El teniente letrado desapareció. Si bien en la colonia el asesor letrado ya era una figura prominente en el ámbito judicial, a partir de 1823 asumió su función principal como asesor directo para tomar decisiones. De acuerdo a la orden del 18 de octubre de 1823 del agosto congreso de Yucatán, el juez lego que en la administración de justicia pronunciara su fallo sin consultar al asesor quebranta las leyes; y si habiéndolo consultado el fallo resulta ilegal, el responsable es, entonces, el asesor letrado (Campos García y Güemez Pineda, 2008, 129-130).
- El fiscal se instaura de forma institucional y con tareas preponderantes en el juicio. No como aquel promotor del antiguo régimen sino como parte íntegra del proceso. Para Palafox Menegazzi el fiscal representaba el interés público: “sus funciones guardaban su origen en la antigua figura del promotor fiscal, establecida en el territorio novohispano [...] los promotores debían asesorar a las autoridades judiciales para una correcta implantación de la ley y un adecuado funcionamiento de los tribunales” (2016, 494). Y añade:

15 En este momento, Cristóbal Brito y José Iza sustituyeron en el proceso a José M. Pacheco y Francisco Martínez de Arredondo. El acto lo presidieron el magistrado del tribunal de segunda instancia. Todo “conforme a la ley”, aunque nunca se citó tal. Se les tomó juramento “por Dios nuestro Señor y una señal de cruz, bajo cuya gravedad ofrecieron desempeñar el cargo según sus conciencias con absoluta imparcialidad y arreglo a las leyes”. AGEY, Justicia, Penal, C. 2, vol. 2, exp. 18, 3 de diciembre de 1824, “Causa criminal contra Juan Navarro ...”.

16 Para mayor detalle sobre el origen de esta figura burocrática, véase Machuca Gallegos (2016, 103), quien explica el proceso del nacimiento del alcalde auxiliar de barrio, herencia del licenciado Justo Serrano. Arnold (1988, 107) señala que una vez que Fernando VII juró la Constitución gaditana en mayo de 1820, los ministros de la ciudad de México se declararon magistrados y “autorizaron a los 32 alcaldes de barrio de la ciudad de México para que sirvieran de jueces de primera instancia hasta que las autoridades imperiales nombraran jueces de distrito”.

Durante el proceso de revisión penal en segunda instancia, las partes implicadas podían apelar la sentencia emitida por el juez inferior. La apelación podía ser interpuesta también por el propio fiscal, quien presentaba a la sala un escrito en el que recapitulaba las actuaciones llevadas a cabo durante el juicio y emitía su parecer. Su actividad consistía en representar los intereses del derecho público o común [...] En caso de encontrar alguna irregularidad, el fiscal podía ordenar al juez inferior la incoación de nuevas diligencias procesales (2016, 525).

- En el caso de Navarro y compañía, el fiscal confirmó la sentencia de primera instancia, aunque esta la revocó la segunda instancia. Lo interesante es que el fiscal estaba capacitado para opinar e influir de manera directa en la sentencia, y era capaz de apelar a las instancias inferiores y solicitar que se revisara el juicio.
- Existe un defensor en primera y en segunda instancia. Aunque el defensor cobró relevancia particularmente desde la *Recopilación de leyes de los reinos de las indias* de 1680, por ley primera, título seis, libro sexto [sic] “De los protectores de indios”, fue hasta 1812 con el *Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia* en su artículo 55, cuando la defensoría se define como un derecho de los defendidos. Así:

cualquiera otros tribunales y jueces guardarán á los abogados y defensores de las partes la justa libertad que deben tener, por escrito y de palabra, para sostener los derechos de sus defendidos [...] y no se les interrumpirá ni desconcertará cuando hablen en estrados, ni se les coartará directa ni indirectamente el libre desempeño de su encargo” (Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, 1812).

- El intendente gobernador y capitán general ya no es quien tiene la última palabra en materia judicial. El tribunal y sus ministros poseen las competencias para arbitrar y definir el curso final del proceso al dictar sentencia. Así lo indica la gaditana en su artículo 28: “En todo negocio, cualquiera que sea su cuantía, habrá a lo más tres instancias y tres sentencias definitivas pronunciadas en ellas”, y en su artículo 285 regula la relación entre las partes, sujetándolas a los dictados de la ley: “La sentencia que dieren los árbitros, se ejecutará, si las partes al hacer el compromiso no se hubieren reservado el derecho de apelar” (Gamas Torruco, 2012).

La Constitución Política del Estado libre de Yucatán de 1825 en su artículo 7 dividió el territorio en 15 partidos: Bacalar, Campeche, Ichmul, Izamal, Isla del Carmen, Hecelchakán, Junucmá [sic], Lerma, Mama, Mérida, Oxkutzcab, Seibaplaya, Sotuta, Tizimín y Valladolid. Por cada partido “habrá a lo menos un juez de primera instancia cuya dotación señalará el Congreso” (artículo 159). Una de las obligaciones de los tribunales inferiores informar “al de segunda instancia a más tardar dentro del tercero día de las causas que se formen por delitos cometidos en su territorio” (artículo 161). A pesar de esta aparente claridad, en la primera década después de promulgada la Constitución de 1825 continuaron en acción autoridades propias de la colonia, y son confusos los límites para operar la justicia entre las instancias.

Presentaré tres casos que ilustran la manera en cómo el proceso judicial se moldea a partir de nuevas figuras que le permiten tomar distancia del antiguo régimen: el de los testigos. También aparecen nuevos operadores judiciales. Estos casos, de 1825, 1833 y 1835 los seleccioné siguiendo las recurrencias de los argumentos esgrimidos por los implicados en los delitos

cometidos por los infractores, las cuales exhiben si los testigos moldearon o no el juicio a favor. Escogí dos a favor, y uno en contra del inculpado.<sup>17</sup>

### “Pongánse en libertad”: robo de maíz en Ucú

En el pueblo de Ucú el 12 de noviembre de 1825 se procedió a ejecutar sumarias en contra de “los individuos José Crispín López, José Varguez y Norberto Pool de esta vecindad por el crimen de ladrones de maíz de los labradores en sus milpas a quien delataron sus dueños ciudadanos José Vázquez y Mario Pinto”.<sup>18</sup> El juez nombró a dos testigos de asistencia, para las diligencias “por la falta de escribano”. El cabo Manuel García notificó a los ciudadanos Andrés Bojórquez y José María Chan de este encargo. Antes de asumir su papel Bojórquez y Chan juraron ante el tribunal desempeñar correctamente sus funciones “haciendo la señal de la santa cruz”.<sup>19</sup> Las declaraciones de los inculpados, López, Varguez y Pool, se recibieron en la casa consistorial en presencia de los testigos de asistencia y el cacique de la república del pueblo de Ucú.

Norberto Pool afirmó tener 18 años y que robó las milpas: que “vendieron los maíces en la capital y se repartieron el dinero”. José Crispín, de 16 años, afirmó “ser cierto que acompañado de José Varguez y Norberto Pool habían ido a robar las milpas de los ciudadanos”. Lo mismo declaró José Varguez. El alcalde de Ucú, José Antonio Herrera, envió a los inculpados a la cárcel pública de Mérida y, en compañía de sus testigos de asistencia, comunicó al juez de primera instancia:

Habiéndome puesto en mi tribunal una demanda los ciudadanos José Varguez y Mario Pinto contra los tres individuos que remito a Vuestra Señoría por rateros en las milpas y por no tener ellos un mecate de labranza son como vagos mal entretenidos, con arreglo al artículo 32 del Reglamento de policía y remitiéndole a Vuestra Señoría el breve [...] que les he hecho pongo a su superior determinación, Dios y Libertad, Noviembre de 1825.<sup>20</sup>

En lo inmediato, el alcalde primero y juez interino de primera instancia de la capital, Bernave Negroe, a través de su secretario Nicolas Carrillo, solicitó al doctor Domínguez que en su calidad de asesor letrado opinara sobre el sumario, e indicara “si es suficiente lo obrado para destinar a estos individuos según la ley”. El asesor letrado respondió que eran vagos, es decir, sujetos que no tienen oficio y modo digno y conocido de vivir. Pidió, sin embargo, que se les brindara el permiso de ocho días prorrogables para que probaran sus ocupaciones de acuerdo a la ley del 11 de septiembre de 1820 y a la ley 7<sup>a</sup> Título 31 Libro 12 de la Novísima Recopilación. Si no fuere así, solicitó que se le devolviera la causa. El juez aceptó.<sup>21</sup>

17 El estudio completo se encuentra en el Anexo I de la tesis de Doctorado en Historia.

18 AGEY, Justicia, Penal, C. 3, vol. 3, exp. 31, 12 de noviembre de 1825, “Causa seguida contra José Crispín y otras personas por robo de maíz en una milpa de José Vázquez del poblado de Ucú”.

19 Por decreto del augusto Congreso del Estado libre de Yucatán del día 17 de octubre de 1825 ante la falta de escribano los jueces pueden contar en las causas criminales con testigos de asistencia (Campos García y Güemez Pineda, 2008, 512).

20 AGEY, Justicia, Penal, C. 3, vol. 3, exp. 31, 12 de noviembre de 1825, “Causa seguida contra ...”.

21 El título 31 de la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* (1808) se titula “De los vagos y su modo de proceder a su recogimiento y destino”, y la ley VII de este título contenida en el libro 12 se titula “Real Ordenanza para las levas anuales en todos los pueblos del Reino”. La ley VII es sumamente extensa. Quizá el asesor letrado la ha citado siguiendo fórmulas jurídicas aceptadas previamente en los sumarios.

El juez Negroe entrevistó, en calidad de testigos defensores, al General Manuel García, a Andrés Bojorquéz y a Juan de la Cruz Pool. Los tres señalaron que los tres inculpados poseían tierras de labranza y cosecha de maíz en las cercanías de Hunucmá. Es importante resaltar que todos los testigos mencionaron “no comprender las generales de la ley”, y no firmaron.<sup>22</sup> Andrés Bojorquéz fue el único a quien “el Señor juez” “le recibió en juramento que hizo por dios y más señal de cruz”. Los otros dos juraron “en forma de derecho”.

El 30 de enero de 1826, casi tres meses después de que se inició el sumario, el juez consideró que las tareas de labranza son “ocupación privilegiada”. Entonces, el juez dictó la sentencia definitiva y señaló que se cumplió la promesa de “los impuestos reos” para probar “ocupación privilegiada” y por ello “pongánse en libertad”. El secretario del juez se trasladó a la cárcel pública para informar del “auto anterior al alcaide quien en el acto dio libertad a José López, José Varguez y Norberto Pool”. Los tres acusados mantuvieron a salvo su honor y el de la comunidad, al legitimar la figura del “labrador” y “buen vecino”.<sup>23</sup>

Dos hechos en materia de organización judicial deben rescatarse: 1) El alcalde de primera nominación de la capital continua siendo quien cumple las funciones de juez, y no el juez que le corresponde por ley al partido de Hunucmá; 2) el papel de los testigos en sustitución del escribano; y aunque este hecho no es nuevo, sí es aprovechado por los testigos para influir de manera directa en el juicio. Quiero detenerme en este punto, pues son los testigos quienes pudieron moldear el juicio a favor del inculpado. ¿Cuál es el papel de los testigos en el juicio? El diccionario de Joaquín Escriche, conocido como *Escriche*, define al testigo como “la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o falsedad de los hechos controvertidos. Para ser testigo se necesita edad, conocimiento, probidad e imparcialidad” (1863, 1499). *Escriche* enumera a las personas que no pueden ser testigos, de acuerdo a la síntesis de la *Novísima Recopilación*: el loco, el embriagado, el conocido por mala fama, el que faltase a la verdad en su testimonio por precio recibido, el apóstata, etcétera (1863, 1499). La Ley II, Título XI, libro XI de la *Novísima Recopilación* manda que “el Juez o Receptor, o el Escribano, pregunte a cada testigo qué edad tiene, o si pariente en grado de consaguinidad o afinidad de la parte, y en qué grado, o si es enemigo o amigo de alguna de las partes [...] o fue sobornado o corrupto por alguna de las partes” (1863, 201).

Existe, no obstante, un aspecto subjetivo en el hecho de testificar. Dávalos sostiene que en el México virreinal “la veracidad no forzosamente se verificaba en el manuscrito. La palabra, la confianza y la certeza de lo dicho tuvieron un peso tan determinante como el impreso” (2011, 43). Ser testigo significaba “haber visto” de primera mano lo que se declaraba. La palabra del testigo “se traducía en verdad porque la mirada tenía mayor peso que la escucha, es decir, [...] la autenticidad era mayor si el declarante había sido testigo directo [...] La relación entre mirada y testigo ligada a la verdad pero [...] a una verdad divina que respaldaba los actos, tanto de los jueces y escribanos como de los iletrados” (Dávalos, 2011, 43). De ahí que, en el último caso, haya bastado la palabra de los tres testigos para confirmar el modo digno de vivir de los inculpados, aún cuando al testificar dijeron “no comprender las generales de la ley”. Y justo aquí es donde entra el escribano en su papel de traductor, de apoderado de la palabra. El siguiente caso moldea el juicio a favor de los inculpados, a pesar de tener explícitas declaraciones de la víctima en su contra.

22 Machuca Gallegos precisa “las generales de la ley”: “el testigo no tenía interés en el asunto por razones de parentesco, amistad o dependencia con alguna de las partes litigantes” (comunicación personal, abril de 2021).

23 Este expediente no está organizado cronológicamente. Como colofón, y de manera inusual, el expediente contiene tres fojas al final, fechadas a finales de 1829, que destacan la presencia de José Crispín López en la cárcel pública. Expone la visita del alcalde jurisdiccional de primera nominación, Francisco Benítez, a la cárcel donde interrogó brevemente a Crispín López, y nombró como su defensor a Luis Ruz, el alcaide. Desconozco cuál fue el proceso que siguió el defensor pues el expediente calla al respecto.



## “Quedando mudos todo el tiempo”: salteadores en Chocholá

Para mediados de la década de los treinta, el tránsito por los parajes yucatecos requería cierta dosis de valentía, sobretodo de noche. Desde la promulgación de la ley en contra de la vagancia, en 1827, si bien se había azuzado la vigilancia y la detención de “salteadores de caminos” la amplitud y el mal estado de los caminos favorecían actos contras los transeúntes. Por el camino de Chochola transitaba en su coche Julián Paredes, cansado después de un agitado día de diligencias, cuando fue interceptado y herido por dos hombres en la medianía del camino. Las heridas de Paredes fueron tan profundas que no pudo levantarse, ni solicitar auxilio. Ahí, sobre el camino, pasó la noche.<sup>24</sup>

A Francisco Sales Uicab y Teodoro Dzib los apresaron por ello. Las diligencias que comenzaron en el pueblo de Umán el 5 de febrero de 1835 indicaron que a Paredes se le encontró “como a distancia de una legua este pueblo y de veinte varas del camino que se dirige a Chocholá”, tirado en el monte, según refieren los testigos de asistencia, Esteban Quintal y José Sosa Gómez, quienes reconocieron a Paredes y sus “tres heridas pequeñas en la cabeza, y una grande; otras en la quijada, y otra grande en el costado izquierdo, siendo mortales”. El alcalde de Chochola llamó a Sales Uicab y Dzib para interrogarlos y carearlos con el herido. Acudió el primero, pero no el segundo. Entonces a Dzib lo aprehendieron y lo pusieron en custodia.

El alcalde de Chochola remitió la causa al juzgado de primera instancia y “notificó la prisión de ellos, librándose las copias del auto al cabo de guardia y previniéndoles nombren curador que los patrocine, oficiándose al cura de Kopomá para que remita las partidas de bautismo de ambos”. El asesor letrado en primera instancia, Gregorio Cantón, sugirió dejar en libertad a los reos. El juez de primera instancia sentenció el 31 de marzo “que los reos compurgaron los indicios que contra ellos resultaron en el tiempo de prisión que habían sufrido”, y por esa razón los dejó libres bajo fianza. Los procesados y el defensor estuvieron conformes con la sentencia.

El 6 de abril el bachiller Pilar Canto Sosaya, promotor fiscal nombrado por el juez de segunda instancia, alegó que no encontró en el caso “un indicio que por su fuerza y valor pueda hacer creer que Francisco Sales Uicab y Teodoro Dzib son los heridores de Julián Paredes” pues aunque

aparece que estuvieran por las inmediaciones del lugar en que Paredes fue acometido, hacia la hora del acontecimiento, no por esto resulta en ellos culpabilidad alguna; la razón es que fácilmente pudo acontecer que habiéndose separado del camino principal que llevaban y tomado el del sitio a que se dirigieron en este intervalo de tiempo se hubiese cometido el delito por otros, lo cual, y a tan más creíble cuando en el lugar que se encontró a Paredes recién herido no está tan inmediato al otro en que dicen haberse hallado [...] Siendo, pues, como se infiere de estas razones y de las expuestas por el asesor, muy leves los indicios que libran contra Uicab y Dzib<sup>25</sup>.

El fiscal los dejó en completa libertad, fundando su proceder en una cita del jurista español Antonio Gómez quien indicó que no existen “pruebas claras como la luz sin que haya lugar

24 AGEY, Justicia, Penal, C. 12, vol. 12, exp. 24, 2 de abril de 1835, “Causa criminal instruida contra Francisco Sales Uicab y Teodoro Dzib por haber herido a Julián Paredes en el camino de Chochola”.

25 AGEY, Justicia, Penal, C. 12, vol. 12, exp. 24, 2 de abril de 1835, “Causa criminal instruida ...”.

a duda alguna”. También basó su decisión en la ley 12, título 14, partida 7.<sup>26</sup> El promotor fiscal solicitó entonces al juez de segunda instancia que confirmara “en todas sus partes la sentencia pronunciada por el juzgado de primera instancia”. El 7 de abril el asesor letrado de segunda instancia, Cosme Villajuana, confirmó las declaraciones de la defensa arguyendo que “aunque se recibieron otras declaraciones entre ellas a los indígenas que condujeron su coche, sólo se descubrió que uno de ellos fue el cacique de la república de Chochola”.<sup>27</sup>

El 4 de marzo el juzgado de segunda instancia recibió la causa a prueba por treinta días prorrogables. Se trata de un plazo establecido con tiempo fijo para la defensa presente todas las pruebas posibles a favor del inculpado. Incluso puede llamar nuevamente a declarar a los testigos (véase el diagrama 1 al final de este apartado 2). Se realizó la notificación de todos los testigos y del injuriado Paredes. Sin embargo, no se notificó al defensor acerca del procedimiento, y se mandó por un auto sin fecha “que el curador alegase de justicia sin haberse concluido el término de prueba concedido como es manifiesto”. La sentencia se efectuó el 31 de marzo, antes del vencimiento de los treinta días prorrogables. El 10 de abril el magistrado tribunal de segunda instancia, Antonio Mediz, ordenó suspender la causa debido a que “había transcurrido un largo tiempo y ser por lo mismo menos oportunas las diligencias judiciales”. Mediz regresó la causa al juez de primera instancia a fin de que proceda “a un careo circunstanciado” entre cada uno de los incautados y el ofendido “y cuanto mas se sepa sobre el particular cursará las citas que hicieren todo con citación del curador; y concluidas tales diligencias con la posible brevedad, las devolverán a este superior tribunal, permaneciendo entretanto los procesados en libertad bajo de fianza”.<sup>28</sup>

El 16 de abril el juez de primera instancia, ubicado en Maxcanú, escuchó la comparecencia del agraviado Julián Paredes, delante del defensor e intérprete. Paredes narró que a un cuarto de legua de donde él se hallaba, por el camino que va a Chocholá, iba un hombre “vestido de amarillo y calzoncillo con un sombrero ordinario, y sus alpargatas”, y otro más quien sólo “llevaba calzoncillo hallándose sin camisa”. A su parecer, estos hombres no tenían nada fuera de lo común, acaso “indios de coches que se hallaban algo cargados de licor”. Paredes conocía a uno de ellos “sin trato ni comunicación, ni resentimiento antecedente”, según contó al juez. Paredes aseguró que desconocía a los inculpados, y que su actuar no tendría justificación, salvo que “lo harían para robarle, pues le faltaban tres cuartillos de maíz, con seis jabueyes, un machete nuevo, un real en plata, una sábana de seis brazos y una servilleta de bara”. Paredes declaró que los dos ebrios le persiguieron.

Al carear a Paredes y Sales Uicab, éste dijo que no lo conocía, que no sabía por qué motivo lo tenían por sospechoso de robo, y que él no le tenía mala voluntad a Paredes. Por su parte, Paredes alegó que sí lo reconocía, y que era el mismo contra quien había declarado en contra. El juez lo inquirió al recordarle que sufrió un golpe “que lo dejó privado de todo sentido [...] si

---

26 La ley 12, título 14, de la Partida 7 “Como, aquel que tiene la cosa en guarda, o en encomienda, la puede demandar por furto, si la furtaren a aquel a quien la empresto” de *Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio, redactadas en su versión original en el siglo XIII, y glosadas en esta edición por el Lic. Gregorio López del Consejo Real de Indias de S. M. Tomo I* (1843, 418). Esta ley identifica las causas por las cuales alguien puede ser acusado cuando se le ha prestado algo que no es suyo. Por ende, no tiene relación directa con el hecho por el que se acusa a los inculpados. Este uso de “nuevas autoridades doctrinales para reafirmar normas de la tradición anterior” solía dar lugar a “equivocos interpretativos” (Agüero, 2010).

27 Cosme Damián Ángel Villajuana y Paz obtuvo el título de Licenciado en Derecho en 1838, luego de estudiar en el Seminario Conciliar. Cosme “estuvo inmerso en una verdadera empresa familiar, ya que gracias a los compadrazgos de su padre y a las relaciones de su madre con el clero pudo abandonar la carrera militar ejercida por los Villajuana, volverse abogado, trabajar como funcionario público y ejercer el agio” (Canto Mayén, 2014, 168).

28 AGEY, Justicia, Penal, C. 12, vol. 12, exp. 24, 2 de abril de 1835, “Causa criminal instruida contra Francisco Sales Uicab ...”.

se hallaba en este estado cómo percibió y puede dar razón de todo lo que ha explicado”. Paredes argumentó que nunca se separó del acusado, que lo miró claramente cuando lo golpeó. También dijo que tanto como Sales Uicab como sus acompañantes estaban “embriagados de licor”. Sales Uicab respondió que era una “falsedad de Paredes a quien no se acuerda haberlo visto en su tránsito”. El expediente señala que “aunque se hicieron algunas otras reclamaciones no hubo modo de confirmar sus dichos”. Así quedó asentado ante el curador y el intérprete.

Posteriormente, Teodoro Dzib compareció ante el juez y al preguntarle a través del intérprete “si conocía al que se hallaba presente, si sabe que le tenga odio o mala voluntad, y por esto le sea sospechoso”, dijo:

que no lo conoce en absoluto y por esto se persuade que no le tenga odio ni motivo para sospechar [...] cuanto ha declarado Paredes quien sin duda se ha equivocado pues no hace memoria de haberlo visto por el camino y que si es cierto que salió de Umán ese día para Chocholá en compañía de Francisco Sales Uicab y Felipe Tuut, también lo es que los tres iban juntos y en oración al sitio Yaya a beber agua en cuyo tiempo puede suceder que pasase Paredes.<sup>29</sup>

También compareció Felipe Tuut, quien dijo no conocer a Paredes y por ello no podía tenerle mala voluntad. Señaló que Paredes mintió pues “no se acuerda de haberle encontrado por el camino ni haberse separado de sus compañeros [...] el daño que recibió o se lo infirieron los tres, o ninguno”. Tuut aseguró haber salido de Umán rumbo a Chocholá a las 7 de la mañana en compañía de Francisco Sales y Teodoro Dzib. Señaló una confusión: en realidad llegaron a la hacienda Poxila a las 11, y no a Yaya como originalmente pensaban, la cual se encontraba aún más cerca de su punto de partida. Es importante mencionar que ni la única testigo de la presencia de los inculcados en Yaya, Albina Concha, ni el curador de ellos, comparecieron por hallarse “indispuestos de salud”. La mujer solicitó, no obstante, que “el apreciado alcalde” la examinara a la mayor brevedad; y el curador que “la buena fe del alcalde” proceda a lo que se previene.

Cuando Albina Concha se presentó ante el juez y los testigos de asistencia, “la mujer del sitio Yaya”, dijo que ese día como a las diez de la mañana ella jalaba agua del pozo de la localidad:

llegaron tres indios sin nada más que el calzoncillo y sombrero, y se embrocaron en el caño que es del pozo y [fueron] hasta el bebedero a beber su agua que jalaba, mas al rato volvieron a beber y se retiraron [...] dichos indios no hablaban palabra alguna [...] dijeron solamente que si les regalaban agua, quedando mudos todo el tiempo que estuvieron descansando.<sup>30</sup>

El tribunal de primera instancia concluyó el caso, y lo remitió al fiscal de segunda instancia. El 5 de mayo de 1835, el procurador, Pilar Canto Sosaya, se dirigió al juez: “Que no habiéndose podido conseguir nada conducente al descubrimiento de los verdaderos autores de las heridas dadas a Julián Paredes, a pesar de las nuevas diligencias, mandadas a practicar con aquel objeto por esta superioridad [...] Vuestra Excelencia se sirva confirmar la sentencia del inferior”. El asesor letrado, Cosme Villajuana, solicitó entonces “conformidad con lo pedido por el procurador fiscal, se confirma la sentencia del inferior de 31 del presente año que se cancele la fianza que se otorgó”. El 9 de mayo, el ministro fiscal de los tribunales de segunda y tercera instancia, don Manuel Roberto Sansores, confirmó la sentencia del inferior “en todas sus partes [...] mandando

29 AGEY, Justicia, Penal, C. 12, vol. 12, exp. 24, 2 de abril de 1835, “Causa criminal instruida contra Francisco Sales Uicab ...”.

30 AGEY, Justicia, Penal, C. 12, vol. 12, exp. 24, 2 de abril de 1835, “Causa criminal instruida contra Francisco Sales Uicab ...”.

se cancele la fianza que en seguridad de la persona de los procesados se otorgó a cuyo fin se devolverán los autos al juzgado de su procedencia con copia certificada del presente auto para su puntual cumplimiento”.<sup>31</sup>

### *“Llevaba una navaja ‘prohibida por la ley’”: riña en Ucú*

En el siguiente asunto, de 1833, participan más los operadores judiciales en su conjunto, y destaca el papel de los testigos al moldear el juicio, pero en esta ocasión en contra del inculpado. El 16 de febrero de 1833 Juan Martín hirió en una riña a Juan May.<sup>32</sup> Esa tarde varios pueblerinos, entre ellos el cacique Gregorio Xul, bebían aguardiente en la plaza del pueblo de Ucú. Hablaban fuerte y ocupaban casi toda la plaza. Era sábado, y la plaza era una algarabía, mientras iniciaba el servicio religioso. El conflicto inició cuando May le reclamó a Martín por haberle roto una guitarra que habían llevado para la reunión. Los ahí presentes se sumaron a la discusión y trataron de calmar los ánimos. Entre ellos se conocían y varios eran amigos. Sin contenerse, Martín sacó una navaja y la clavó “en la vejiga inmediata a la parte del cuadril izquierdo”, según reportaron después al juez los dos facultativos expresamente solicitados que evaluaron la herida de May. Entonces dos de los asistentes notificaron a quienes estaban en la Casa pública, y se dirigieron primero a la plaza y al no hallarlos fueron a casa de May “el auxiliar López y su segundo García”. Ahí aprehendieron al cacique “por sospecha de que fuese cómplice a causa de haber vendido el aguardiente y también a Julián Moreno por que tomó prestada la guitarra dando ocasión a la perdencia [sic] de aquella tarde”. A Martín también lo aprehendieron.

No era la primera ocasión que Martín participaba en un conflicto. Tres veces había estado en prisión por la misma causa, portando armas, según confesó ante el fiscal José Felipe de Estrada, quien fungía como juez de primera instancia.<sup>33</sup> También los testigos declararon que Martín llevaba una navaja “prohibida por la ley”. El juez añadió que “por la exposición de José Chan no cabe duda de que el reo porta habitualmente esta navaja, a cuyo cargo en su confesión dice que solo la tenía consigo para cortar cualquiera cosa que se ofreciese, como las alpargatas”. Al preguntarle por la navaja, Martín respondió desconocer dónde la dejó, pero los testigos aseguraron que debió tirarla en algún solar. Para el juez era importante encontrar la navaja, pues podía ser un arma prohibida por la ley, y eso agravaría la pena del preso.

El proceso continuó de manera regular. El auxiliar de Ucú remitió la causa al fiscal de primera instancia con sede en Maxcanú, José Felipe de Estrada. El juez realizó las diligencias pertinentes. Martín declaró ser menor de edad, y se le asignó un curador. El párroco local no encontró el acta de bautizo y fue imposible conocer la edad de Martín. Una vez que se localizó la navaja, el juez pidió que se entregara el proceso al curador. Los peritos afirmaron que la navaja era “de uso común y regular, de las que mayormente llaman corta plumas”. El curador en su investidura de defensor suplicó al juez que averiguara el estado de salud de May. El notario visitó a May en el hospital: ya “está bueno”, dijo. Los testigos agregaron a su testimonio que May estaba sobrio el día de la riña.

31 AGEY, Justicia, Penal, C. 12, vol. 12, exp. 24, 2 de abril de 1835, “Causa criminal instruida contra Francisco Sales Uicab ...”.

32 AGEY, Justicia, Penal, C. 10, vol. 10, exp. 11, 8 de junio de 1833, “Causa instruida contra Juan Martín por haber herido en riña a Juan May, ambos vecinos del pueblo de Ucú”.

33 De acuerdo al artículo 159 de la *Constitución Política del Estado libre de Yucatán* de 1825 el juez de primera instancia debía estar en Hunucmá, cabecera de partido. Es probable que ante la escasez de jueces letrados el propio fiscal haya auxiliado en esas labores, pues poseía las facultades, aunque no formalmente establecidas, para solicitar al juez inferior la incoación del juicio.

En ese contexto, el fiscal Estrada pasó el auto al tribunal de segunda instancia sección criminal. El 19 de junio dirigió un oficio en el que señaló su parecer respecto al juicio:

De lo dicho es claro que la pena que debe sufrir el reo Juan Martín, según la ley, es de cuatro meses de prisión. Es igualmente claro que el tiempo que ha estado en ella no se debe contar como parte de la pena, y por compurgar su delito. Desde el día que cometió su delito, que fue el día 16 de febrero del presente año, a la fecha no han transcurrido cuatro meses. Y todo este tiempo de prisión no se ha dado en calidad de pena, sino únicamente para asegurar la persona del reo, y para impedir que fuera ilusoria la sentencia del juez.<sup>34</sup>

El juez solicitó expresamente confirmar la sentencia del inferior “en la parte que declara haber incurrido Juan Martín en la pena de cuatro meses de prisión que impone el Bando del 29 de abril de 1769”. El juez manifestó que sí se compurgaba la pena por el hecho de que Martín pasó casi los cuatro meses en prisión, y le quedarían alrededor de diez días en ella. El relator del magistrado, Sansores, contradijo esta postura. Respondió que Juan Martín purgó su pena de cuatro meses, de acuerdo al Bando del 27 de abril de 1765 “debiéndose contar el tiempo desde que se proveyó el auto motivado de prisión”. En los mismos términos sentenció de manera definitiva el magistrado.<sup>35</sup>

La palabra de los testigos bastó para considerar la culpabilidad de Juan Martín. No existió careo entre los testigos y el acusado, los peritos tampoco verificaron las declaraciones de los testigos.<sup>36</sup> Siguiendo a Dávalos, “los indígenas aparecían como portadores de un sistema de comunicación oral, pero los jueces también sustentaban sus postulados jurídicos en el acto de fe y en el que la palabra del testigo primario tenía mayor validez que la de quien narraba lo que alguien que había visto le contó” (2011, 44). Esta idea de verdad se depositaba en la confianza que la comunidad profesaba hacia sus miembros, en donde cada uno se sentía reconocido y observado. La mentira era deleznable, y difícil de practicar. Flores Flores arguye que “antes de la exigencia de la motivación de una sentencia, los pedimentos legales, las recomendaciones fiscales y las sentencias judiciales se basaban en la evidencia presente en los casos y los resultados de los careos [y el juez] fungía como la personificación de la justicia, ya que sus sabios conocimientos e incluso probidad moral bastaban para que su voz fuera la misma de la justicia. En la sociedad de Antiguo Régimen eso era suficiente para que las decisiones judiciales tuvieran validez” (Flores Flores, 2019, 73).

En este juicio de 1833 se observa un proceso judicial más completo, aún sin careo. Los operadores judiciales fueron, por orden de aparición en el expediente, y siguiendo los tres momentos procesales:

1. Sumario: dos facultativos para medir las heridas; vecinos en la casa pública; cacique del pueblo de Ucú; y juez de primera instancia con sede en Maxcanú.

34 AGEY, Justicia, Penal, C. 10, vol. 10, exp. 11, 8 de junio de 1833, “Causa instruida contra Juan Martín ...”.

35 Los dictámenes periciales relacionados con las heridas que ocupan la mayor parte del trabajo de los médicos legistas en el siglo XIX basan su diagnóstico en el bando del 27 de abril de 1765 en el cual “las lesiones se clasificaron así: leves, graves por accidente y graves por esencia, agregándose más tarde otras dos clases de lesiones, las heridas mortales por accidente y las heridas por esencia, permaneciendo esta clasificación hasta 1871” (Aguilar-Sierra, 2004, 180).

36 El *diccionario Escriche* (1863, 4041) menciona que el careo es necesario “cuando se proceda a evacuar las citas de las personas que los testigos en sus deposiciones o el reo en sus declaraciones dijeron que estaban presentes, examinadas al tenor de la cita, dijieran otra cosa de lo que en ella se espresa [sic]”.

2. Plenaria: testigos; auxiliar del pueblo de Ucú; curador (defensor del menor de edad); peritos en el uso de la navaja; notario; y relator del magistrado.
3. Sentencia definitiva: magistrado de segunda instancia. A diferencia de la primera y segunda década del siglo XIX el sistema de justicia se va estructurando, aún sin el sustento normativo detallado que requería.

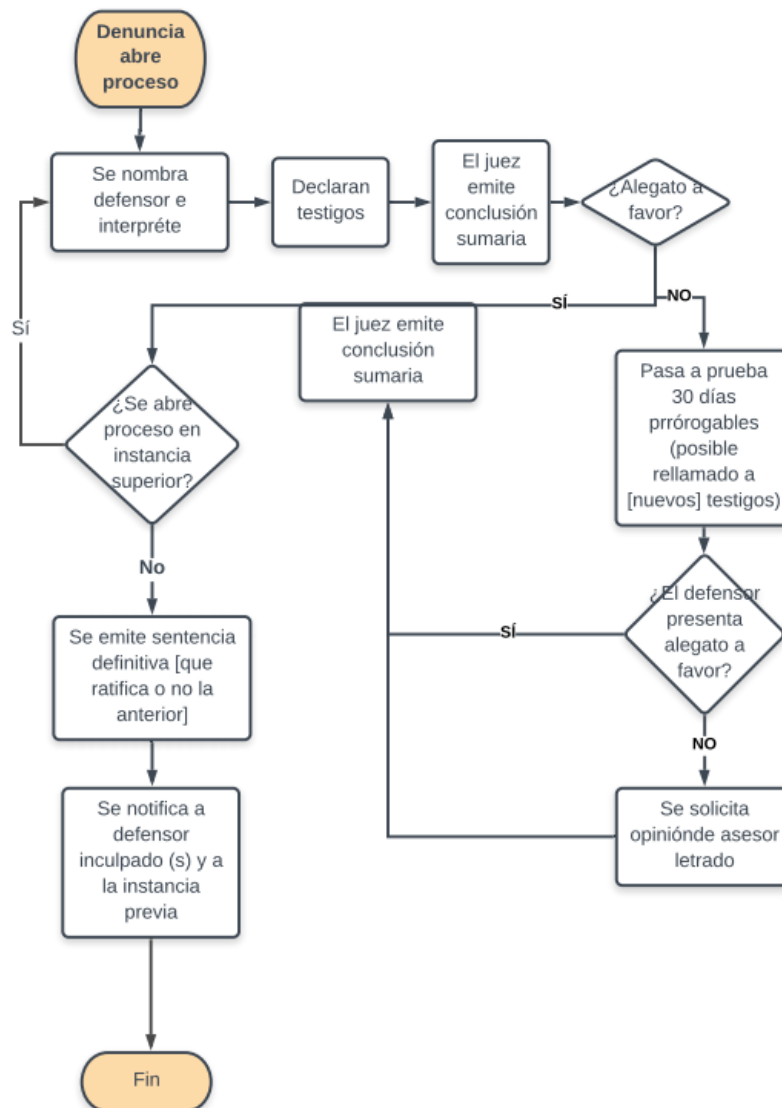
En este caso como en los anteriores se observa cierta condescendencia del juez respecto a los inculpados: las sentencias definitivas de las hermanas Gijón, siendo el juez quien recomendó la inocuación del caso; de José Crispín López, cuando el juez otorgó ocho días para comprobar su modo honesto de vivir, lo cual logró con su defensor; de Francisco Sales Uicab y Teodoro Dzib, a quienes el juez exoneró de culpabilidad aún cuando el agredido dijo verlos a la cara, aunado a su consideración de haber transcurrido mucho tiempo para llevar a efecto el juicio. Podríamos agregar que la testigo y el defensor actuaron de manera pasiva ante el juez; y de Juan Martín, a quien compurgan su pena por los meses pasados en prisión. No parecen casos aislados.

La confianza depositada en los testigos, se verá mermada por las continuas fugas y reaprehensiones en la primera mitad del siglo XIX. Algo fallaba en el sistema administrativo de justicia, como manifestaron los hacendados.<sup>37</sup> Como resultado, se hizo imperativo reglamentar en sentido estricto la aplicación de la ley en 1841. En efecto, el artículo 89 del *Reglamento de Administración de Justicia* del 31 de marzo de 1841 señala: “Concluido el sumario se recibirá a los reos su confesión con cargos, y si la causa versare sobre delitos leves [...] el juez citará para sentencia al terminar dicha confesión, y la pronunciará dentro de seis días perentorios” (*Reglamento de Administración de Justicia* del 31 de marzo de 1841, 1850). Flores Flores expone que “los años de 1841 y 1842 fueron cruciales para que la motivación de la sentencia se hiciera visible a los ojos de cualquiera” (2019, 76). Flores Flores refiere el decreto del 18 de octubre de 1841 del Presidente Antonio López de Santa Anna:

Todos los tribunales y juzgados, tanto civiles como militares y eclesiásticos de cualquier clase y categoría estarán obligados a expresar la ley, canon o doctrina en que funden sus sentencias definitivas o interlocutorias que tengan fuerza definitiva o causen gravamen irreparable; y la parte resolutoria de las sentencias se expresará por medio de proposiciones claras, precisas, terminantes, de modo que no quede duda sobre cuál ha sido la disposición del juez acerca de cada uno de los puntos controvertidos (2019, 76).

---

<sup>37</sup> AGEY, Justicia, Penal, C. 25, vol. 4, exp. 6, 14 de marzo de 1835, “Representación del C. Juan Mugártegui sobre robos en su hacienda Kankriche, con una información del jefe político de Maxcanú” y Güemez Pineda (1994, 230-231).

**Diagrama 1.** Proceso judicial en los tribunales de Yucatán, 1824-1841

Fuente: Elaboración propia con base en expedientes del fondo “Justicia” del AGEY.

## Conclusiones

Mi objetivo fue conocer la cultura política judicial de los pueblos mayas del noroeste de Yucatán, México, a través del análisis de su papel como sujetos activos a las reestructuraciones político-normativas que emitieron las autoridades regionales y centrales en el período 1824 - 1841. Emergió un indio que desde su condición subordinada fue capaz de auténticarse como ciudadano: usando a su favor las reglas de las instituciones. Una particular forma de “participación ciudadana” está presente en los procesos judiciales, al subordinar el “juicio legal”, aparentemente exacto y justo, a un ritual de las formas. Ahí el conocimiento letrado es el que tuvo la última palabra, otorgando poco margen para la defensa del inculcado. Es, en muchos casos, la variedad de actores implicados en el proceso y el desconocimiento que de éste tuvieron los jueces locales, lo que generó “líneas de fuga” y validó el interés de los actores.

Los inculpados pusieron a prueba al patrón y a las autoridades con el robo en pequeña escala, el asalto y hurto en los caminos, las riñas públicas, las heridas con armas prohibidas, el asesinato, las injurias y la vagancia; pero también con el desconocimiento y vituperio público a las autoridades, la solicitud del perdón y la exhibición personal de la incapacidad. El poder no siempre es frontal. Emerge justo cuando los subalternos se enfrentan a las instancias del poder legítimo. En el campo de los tribunales surge un contrapoder. De ahí que exista un creciente interés por mantener una representación jurídica en los tribunales. La justicia se presenta como un ámbito “donde aprender las nuevas ideas y prácticas liberales, donde adaptarse a dichos cambios por medio de la conciliación” (Marino Pantusa, 2006, 39-40).

Las valoraciones extrajudiciales estuvieron presentes, si bien es imposible saber si marcaron definitivamente el perfil del juicio. A pesar de que en el juicio contra Navarro, acusado de salteador de caminos, nada se había probado, tras la declaración insistente del fiscal del tribunal de segunda instancia sobre que el salteador de caminos “es uno de los delitos atroces que se reconocen en la jurisprudencia”, el juez condenó al acusado a cuatro años de presidio en la fortificación de Veracruz.

Las leyes que los jueces utilizaron para juzgar fueron, en su mayoría, las mismas leyes del Antiguo Régimen. De esta forma el sistema administrativo continuó, y también la política proteccionista. Agüero explica que la lectura objetiva de la ley y “el uso de nuevas autoridades doctrinarias para evocar normas tradicionales [...] [generaron] una práctica de justicia que incluía una ‘alta dosis de indeterminación’ [...] en la que se pueden constatar numerosos casos en los que los jueces ‘aplicaban sus propios criterios para punir’” (Agüero, 2010). De ahí que Agüero observe una “continuidad en ese largo proceso de transición”.

Si bien la principal distinción en el siglo XIX fue la separación formal de las instancias, preminentemente la vigilancia continua de una sobre otra, así como la necesidad de sistematizar el proceso jurídico en su conjunto, “los ayuntamientos continuaron impartiendo una justicia ‘justa’ [...] en donde los alcaldes contaban con un amplio cuerpo de leyes, lo que muestra que no existía un apego a una justicia legalista” (Venegas de la Torre, 2011, 72). De esta forma, los mayas aprovecharon las rupturas políticas y la dispersión administrativa del entramado judicial para posicionarse políticamente.

## Leyes y cedularios

Campos García, M. y Güemez Pineda, A. (2008). *Colección de leyes, decretos y órdenes del agosto congreso del estado libre de Yucatán, 1823-1832*. UADY.

*Constitución Política del Estado libre de Yucatán*, sancionada en Mérida el 6 de abril de 1825 (1825). En: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3151/13.pdf> Fecha de consulta: 3 de noviembre de 2019.

Escrache, J. (1863) *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Librería de Rosa y Bouret. En: [https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/diccionario\\_razonado\\_01/index.htm](https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/diccionario_razonado_01/index.htm) Fecha de consulta: 20 de agosto de 2018.

Gamas Torruco, J. (2012). *México y la Constitución de Cádiz. Facsimilar de la Constitución*



*Política de la Monarquía Española*. AGN, UNAM, Coordinación de Humanidades y Museo de las Constituciones México.

Güemez Pineda, A. (2015). *Colección de leyes, decretos y órdenes sobre elecciones y gobierno interior de los pueblos en Yucatán, 1812 – 1889*. P yV.

*Las Siete Partidas del muy Noble Rey Don Alfonso el Sabio. Glosadas por el Lic. Gregorio López del Consejo real de Indias de S. M. Tomo I*. 1843 Madrid: Compañía General de Impresores y Libreros del Reino, en <http://fama2.us.es/fde/ocr/2006/sietePartidasT7.pdf> Fecha de consulta: 20 de octubre de 2017.

*Novísima Recopilación de las Leyes de España 1808* Biblioteca Digital Jurídica de la Universidad de Sevilla. En: <https://bib.us.es/derechoytrabajo/pixelegis> Fecha de consulta: 21 de noviembre 2019.

*Reglamento de Administración de Justicia del 31 de marzo de 1841 (1850)*. Colección de leyes decretos y ordenes o acuerdos de tendencia general del poder Legislativo del Estado Libre y Soberano de Yucatán. Formada por Alonso Aznar Pérez y publicada por Rafael Pedrera. Tomo Segundo. Imprenta del editor. En AGEY.

*Reglamento de las audiencias y juzgados de primera instancia*, sancionada en Cádiz el 9 de octubre de 1812 (181). En: [www.navarra.es/appsext/bnd/GN\\_Ficheros\\_PDF\\_Binadi.aspx?Fichero=BCR0028-D-1-26p3d0000000000000410.pdf](http://www.navarra.es/appsext/bnd/GN_Ficheros_PDF_Binadi.aspx?Fichero=BCR0028-D-1-26p3d0000000000000410.pdf)

## Libros y artículos

Agüero, A. (2010). "Formas de continuidad del orden jurídico. Algunas reflexiones a partir de la justicia criminal de Córdoba (Argentina), primera mitad del siglo XIX", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos*, en <https://journals.openedition.org/nuevo-mundo/59352> Fecha de consulta: 23 de marzo de 2021.

Aguilar-Sierra, L. E. (2004). "Introducción a la medicina legal", *Revista Mexicana de Anestesiología*, 1, 178-181.

Aguirre, C. (2012). "Tinterrilos, Indians, and the State: Towards a History of Legal Intermediaries in Pos-Independence Peru". En S. B. Kirmse (Ed). *¿Una ley para todos? Modelos occidentales y prácticas locales en contextos (pos) imperiales*. Campus Verlag, p. 119-151.

Aguirre, C. y Salvatore, R. (2017). "Escribir la historia del derecho, el delito y el castigo en América Latina", *Revista Historia y Justicia*, 8, 224-252. en <http://journals.openedition.org/rhj/923> Fecha de consulta: 15 de abril de 2021.

Annino, A. (2008). "Historiografía de la Independencia (Siglo XIX)". En A. Annino y R. Rojas (eds.), *La Independencia*. CIDE - FCE.

Arnold, L. (1988). *Burocracia y burócratas en México, 1742-1835*. CONACULTA- Grijalbo.

- Borah, W. (1996). *El Juzgado General de Indios en la Nueva España*. FCE.
- Bourdieu, P. (2001). *Poder, derecho y clases sociales*. Ed. Desclée de Brouwer.
- Canto Alcocer, J. (1993). "El abigeato en las luchas de las comunidades campesinas". En P. Peniche Rivero, J. C. Alcocer y R. E. Solís Blanco (Eds.). *Tesoros del archivo*. Gobierno del Estado de Yucatán, pp. 65-67.
- Canto Mayén, E. (2014). "Agio, poder y familia: redes de sociabilidad del licenciado Cosme Vilaljuana". En L. Machuca Gallegos (Coord.). *Grupos privilegiados en la península de Yucatán, siglos XVIII y XIX*. CIESAS, Gobierno del Estado de Yucatán, SEDECULTA, CONACULTA, pp. 165-188.
- Cunill, C. (2012). *Los defensores de indios de Yucatán y el acceso de los mayas a la justicia colonial, 1540-1600*. UNAM.
- Dávalos, M. (2011). "Los indígenas iletrados ante el Juzgado de Indios", *Historias*, 80, 31-46.
- Flores Flores, G. (2019). "La justicia criminal del antiguo régimen: sentencias y aplicación de la ley en México (1841-1857)". *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 43, 71-90.
- Frasquet, I. (2008). "La senda revolucionaria del liberalismo doceañista en España y México", 1820-1824. *Revista de Indias*, 242, 153-180.
- Güémez Pineda, A. (1988). "El abigeato como resistencia indígena en Yucatán, 1821-1847", *Relaciones. Estudios de historia y sociedad*, 35, 53-91. (2005). *Mayas, gobierno y tierras frente a la acometida liberal en Yucatán, 1812-1847*. Colegio de Michoacán - UADY.
- Hoil Gutiérrez, J. C. (2016). *La configuración agraria del oriente de Yucatán. Insurrección maya, tierras y reforma agraria, 1847-1935*, tesis de Doctorado en Historia, CIESAS – Peninsular, Mérida, Yucatán, México.
- Machuca Gallegos, L. (2016). *Poder y gestión en el ayuntamiento de Mérida, 1785-1835*. Casa Chata. (2018). *Funcionarios indígenas en la ciudad de Mérida en los primeros años después de la Independencia*. Manuscrito no publicado, Mérida, CIESAS-Peninsular.
- Marino Pantusa, C. D. (2006). *La modernidad a juicio: los pueblos de Huixquilucán en la transición jurídica (Estado de México, 1856-1911)*, tesis de Doctorado en Historia, El Colegio de México.
- Palafox Menegazzi, A. (2016). *Cumplir o resistir. Mujeres y delitos sexuales en la ciudad de México (1824 – 1880)*, Tesis de doctorado en Historia, Universidad de Granada, en: <https://hera.ugr.es/tesisugr/26124695.pdf>
- Pérez Baltasar, M. E. (1985). Orígenes de los recogimientos de mujeres, *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, VI, 13-23.
- Restall, M. y Gabbert, W. (2017). "Maya Ethnogenesis and Group Identity in Yucatán, 1500–1900". En B. Beyyette y L. J. LeCount (Eds.). "The only true people". *Linking*

*maya identities, past and present*. University Press of Colorado.

Robinson, B. M. (2010). La reclusión de las mujeres rebeldes: el recogimiento en la guerra de Independencia mexicana, 1810-1819, *Fronteras de la historia*, 2, 225-244.

Venegas de la Torre, A. G. (2011). "Los avatares de una justicia legalista: el proceso de codificación en Zacatecas de 1824 a 1835", *Signos Históricos*, 26, 44-77.

Data de Recebimento: 25/05/2023

Data de Aprovação: 28/08/2023

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **Iurisiurandi Religio**

Note sul giuramento nella dottrina giuridica  
tra alto e basso medioevo

*Iurisiurandi Religio*

*Notas sobre o juramento na doutrina jurídica entre a alta e a baixa idade média*

*Iurisiurandi Religio*

*Notes on the oath in legal doctrine between the high and low Middle Ages*

**Marco Sabbioneti<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Università degli Studi di Firenze. ORCID: 0000-0001-9279-7624

## RIASSUNTO

Questo articolo intende svolgere una riflessione storiografica sul significato e sul valore del *iuramentum* nell'orizzonte giuridico medievale. Si tratta, in un primo tempo, dei provvedimenti normativi alto-medievali che segnarono la dialettica tra *iuramentum* e *pugna*, nonché del rapporto di entrambe le figure con la pratica e le comprensioni dello spergiurio. Tematizza il suo passaggio, in quel periodo, da una mentalità ordalica, con predominanza dello *iudicium Dei* e sostanziali conseguenze di caratteri religiosi, alla sua processualizzazione come strumento di ricerca della *certa veritas*, con importanti riflessi sul ruolo del giudice. Seguendo questa linea, l'intreccio tra giuramento e duello giudiziario viene svelato dalle *summulae de pugna* e dai contorni della tradizione giuridica *papiensis*, dispiegandosi in diverse tipologie di giuramento (*di calumnia, di veritate* ecc.) e mutazione nelle percezioni del divino. L'articolo si rivolge infine alle riflessioni della scienza giuridica bolognese per affrontare il passaggio dallo *iuramentum* come istituto di sostanziale efficacia, il cui carattere vincolante deriverebbe dalla sua natura di atto religioso, allo *iuramentum* come atto meramente endo-processuale, come mezzo di prova destinato non solo alla divinità, ma anche al giudice. Il percorso di riflessione sul *iuramentum*, quindi, sfocia nell'abbandono di una concezione che lo caratterizzava come mezzo di regolamento del rapporto controverso.

**Parole chiave:** *iurisiurandi religio*; giuramento; storia del diritto medievale.

## RESUMO

Este artigo pretende desenvolver uma reflexão historiográfica sobre o significado e o valor do *iuramentum* no horizonte jurídico medieval. De início, trata dos provimentos normativos da alta Idade Média que marcaram a dialética entre *iuramentum* e *pugna*, bem como a relação de ambas as figuras com a prática e as compreensões acerca do perjúrio. Tematiza sua passagem, nesse período, de uma mentalidade ordálica, com predomínio do *iudicium Dei* e consequências substanciais aproximadas de caracteres religiosos, a sua processualização como instrumento de busca da *certa veritas*, com reflexos importantes no papel do juiz. Seguindo esta linha, o entrelaçamento entre juramento e duelo judiciário é desvendado a partir das *summulae de pugna* e dos contornos da tradição jurídica *papiensis*, desdobrando-se em diferentes tipos de juramento (*de calumnia, de veritate* etc.) e mutações nas percepções do divino. Por fim, o artigo volta-se às reflexões da ciência jurídica de Bolonha para tratar da passagem do *iuramentum* como instituto de eficácia substancial, cujo caractere vinculante derivaria de sua natureza de ato religioso, ao *iuramentum* com natureza meramente endo-processual, como meio de prova destinado não apenas à divindade, mas ao juiz. O caminho das reflexões sobre o *iuramentum*, então, resulta no abandono de uma concepção que o caracterizava como meio de regulação de uma relação controvertida.

**Palavras-chave:** *iurisiurandi religio*; juramento; história do direito medieval.

### ABSTRACT

This article intends to develop a historiographical reflection on the meaning and value of the *iuramentum* in the medieval legal horizon. Initially, it deals with the normative provisions of the High Middle Ages that marked the dialectic between *iuramentum* and *pugna*, as well as the relationship of both figures with the practice and understandings of perjury. It thematizes its transition, in that period, from an ordalic mentality, with a predominance of the *iudicium Dei* and substantial consequences close to religious characters, to its processualization as an instrument of search for the *certa veritas*, with important reflections on the role of the judge. Following this line, the intertwining between oath and judicial duel is unveiled from the *summulae de pugna* and the contours of the *papiensis* legal tradition, unfolding in different types of oath (*de calumnia, de veritate* etc.) and mutations in the perceptions of the divine. Finally, the article turns to the reflections of legal science in Bologna to deal with the transition from the *iuramentum* as an institute of substantial effectiveness, whose binding character would derive from its nature as a religious act, to the *iuramentum* with a merely endo-procedural nature, as a means of proof intended not only for the deity, but for the judge. The path of reflections on the *iuramentum*, then, results in the abandonment of a conception that characterized it as a means of regulating a controversial rapport.

**Keywords:** *iurisiurandi religio*; oath; medieval legal history.

## 1. Il giuramento tra universo ordalico e ricerca della *certa veritas*: la dialettica tra *iuramentum* e *pugna* nei provvedimenti normativi alto-medievali

«Mos detestabilis in Italia improbusque non imitandus»: con tali parole, nel 967, Ottone I, forte del voto unanime dell'assemblea del regno, condannava senza appello la pratica dello spergiuro confirmatorio, con il quale l'*ostensor chartae* che avesse presentato in giudizio un documento falso era in grado di porre termine alla lite a proprio vantaggio confermandone la validità con un giuramento ed eventualmente richiedendo il giuramento del notaio e dei testi. I costumi si erano corrotti al punto che, stando a quanto riporta il prologo del *Capitulare veronense de duello iudiciali*<sup>2</sup>, le parti non temevano minimamente di offendere Dio con degli spergiuri pur di ottenere ragione in sede processuale: «Deum non timendo minime periurare formidarent».

Si tratta di un provvedimento dal quale chi intenda svolgere una riflessione storiografica sul significato e sul valore del *iuramentum* nell'orizzonte giuridico medievale non può prescindere: l'imperatore, facendosi interprete delle lamentele provenienti soprattutto dai sudditi di stirpe longobarda, ristabilisce l'antica consuetudine del duello nelle ipotesi in cui la *charta* venisse impugnata come falsa o estorta *per vim* e, fatto ancora più significativo, la estende anche ai Romani («quacumque lege, sive etiam Romana, in omni regno Italico homo vixerit, haec omnia, sicut in his capitulis per pugnam decrevimus, servare precipimus»), assai più propensi a far ricorso alla prova documentale, secondo la prassi volgare romanica. E ciò sia che alla *charta completa* dovesse riconoscersi il valore di un vero e proprio contratto letterale, e quindi una immediata efficacia dispositiva, secondo la tesi del Brunner, il quale riteneva che la redazione del documento avesse assorbito le formalità verbali tipiche della classica *stipulatio* romana<sup>3</sup>, sia che ad essa dovesse riconoscersi una mera efficacia probatoria, analoga alla *cautio* stipulatoria, secondo una tesi minoritaria ma non priva di autorevolezza, che sosteneva al contrario la sopravvivenza della *stipulatio* verbale durante tutto l'Alto Medioevo, almeno in territorio italiano<sup>4</sup>.

2 *Constitutio* promulgata da Ottone I il 29 Ottobre del 967: cfr. *MGH – Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, I (911-1197), p. 27 e ss. Su questo provvedimento normativo si veda Patetta, 1890, p. 288 e ss., nonché Astuti, 1971, pp. 85-100, in particolare p. 96.

3 Per il Brunner il contratto non può sorgere in assenza di *traditio*, che diventa l'unica formalità giuridicamente rilevante: «Diesen Traditionssact bildet die Übergabe der unvollzogenen Urkunde aus der Hand des Ausstellers in die Hand des Destinätärs. Die Urkunde wird ihm, wie das Cartulare Langobardicum sagt, ad proprium tradirt. Die Vertragsurkunde ist, solange sie nicht in dieser Weise tradirt worden, nicht Carta in rechtlichem Sinne. Sie hat für den Vertrag, von dem sie spricht, keine privatrechtliche Wirkung. Sie hat für ihn auch keine beweisrechtliche Bedeutung, da der Vertrag, den sie bezeugen will, ohne die traditio im juristischen Sinne nicht zu Stande gekommen ist. Die Entstehung dieser Förmlichkeit dürfte aus der oben geschilderten Aufsaugung der Stipulation durch den Urkundungsact zu erklären sein. Die Übergabe der Urkunde hatte nur dann stipulatorische Kraft, wenn sie unmittelbar zwischen den Contrahenten stattfand. Es genügte nicht, wenn etwa der Tabellio oder ein beliebiger Dritter die Urkunde dem Destinätär übergab, denn der Stipulationsact schliesst seiner Natur nach eine derartige Vertretung aus», cfr. Brunner, 1880, p. 87. Cfr. Astuti, 1979, pp. 78-133, in particolare, p. 93 e ss. Com'è stato notato, l'abuso delle *clausolae stipulatoriae* presenti nei documenti alto-medievali non starebbe affatto ad indicare la sopravvivenza della *stipulatio* orale di origine romana. Al contrario, sembrerebbe più plausibile ritenere che la clausola «smarritosi il preciso concetto romano, venisse riferita alla procedura di compimento della *charta* mediante le sottoscrizioni o signature appostevi dall'autore e dai testimoni, attribuendo al termine *stipulatio* il medesimo significato di *subscriptio*, *manufirmitio*, *roboratio*». Cfr. Astuti, 1952, p. 252.

4 All'esito di una serrata analisi delle fonti, Brandileone ribalta la tesi del Brunner, sostenendo che in epoca alto-medievale la *stipulatio* continuò sempre ad essere considerata la causa costitutiva delle obbligazioni, anche qualora queste fossero messe per iscritto: «Fra il dare e il ricevere il documento, e la *stipulatio* a me sembra non ci sia rivelato esistente nessun rapporto nelle testimonianze riferite; rapporto, che possa poi autorizzarci ad ammettere la trasfusione del valore della *stipulatio* nella *traditio chartae*». La *traditio*, in questa prospettiva, non sarebbe altro che un atto intermedio, posto tra la redazione del documento da parte del *tabellio* e la fase finale del procedimento negoziale, rappresentata dalla *completio* e dalla *absolutio*. Atto, in ogni caso, compiuto a meri fini probatori, dovendosi individuare il momento costitutivo della fattispecie giuridica nella *stipulatio* iniziale: «Perché con la semplice tradizione o consegna di un documento, fatta con l'intenzione di trasmettere la proprietà al destinatario, si possa trasferire in costui il diritto risultante dal documento stesso, è indispensabile che fra il documento e il diritto esista un legame inscindibile, o in altre parole, che il documento sia causa civile e forma essenziale per la nascita e la vita del

Occorre infatti, in via preliminare, aver presente lo scenario, “psicologico” prima ancora che giuridico, nel quale ci muoviamo, senza però poter rinunciare a una doverosa precisazione: la storiografia ritiene che lo sviluppo storico del *iuramentum* sia caratterizzato da una tendenza crescente alla “processualizzazione” di tale istituto, a partire da un’origine affatto diversa, assai più assimilabile all’ambito sostanziale e quindi statico del diritto, secondo una partizione che appare alquanto anacronistica se applicata in maniera troppo disinvolta all’universo giuridico alto-medievale. Ora, assumendo con beneficio di inventario tale tesi, se non altro per la sospetta distorsione retrospettiva che la caratterizza e per lo schematico idealistico da cui è ispirata, si può, con tali cautele, accogliere come valida e ricca di suggestioni l’ipotesi ricostruttiva volta a presentare la storia del *iuramentum* come storia della «progressiva attenuazione della funzione ed efficacia di quest’atto», derivante dalla «graduale pubblicizzazione del processo e del diritto in genere»<sup>5</sup>.

In quest’ottica, il *iuramentum*, nella sua fase aurorale, appare interamente immerso nella mentalità ordalica, tipica dei primi secoli dell’età di mezzo<sup>6</sup>. Il che significa che esso si inserisce in un orizzonte culturale nel quale il *iudicium Dei* domina il sistema processuale<sup>7</sup>, rappresentando lo strumento privilegiato per l’accertamento della verità. In questo contesto, il *iuramentum* si presenta, analogamente ad altri strumenti di prova in uso in tale epoca, alla stregua di un istituto idoneo a chiudere la lite con efficacia irrevocabile, ed è quindi un istituto in grado di produrre peculiari effetti di natura sostanziale.

In tale ambito, tuttavia, il ruolo processuale svolto dal *iuramentum* risulta conteso dal ruolo identico svolto nelle medesime circostanze da figure finite, più accette alla mentalità del periodo. Potremmo forse azzardare l’ipotesi che la sensibilità popolare del tempo sia meno propensa a fidarsi della bontà di un intervento “indiretto” della divinità, volta a colpire lo spergiuro mediante la sanzione del peccato mortale e quindi della eventuale dannazione eterna,

---

diritto. Ché se invece il documento ha soltanto il valore di contenente consensuale del diritto, e perciò di un semplice mezzo di prova, in modo tale che il diritto stesso possa eventualmente essere dimostrato anche con altri mezzi, ne deriva che allora la trasmissione mediante *traditio* del mezzo di prova non può significare così senz’altro anche la trasmissione del diritto», cfr. Brandileone, 1931 pp. 58-87, cit., p. 74 e p. 87. Si veda, in senso contrario, Astuti, 1952, p. 250, secondo il quale dalle fonti utilizzate dal Brandileone «non si può trarre alcun sicuro argomento per il carattere probatorio del documento». Alla tesi del Brunner circa la natura costitutiva della *traditio chartae* aderisce anche lo Schupfer, il quale osserva come «la *traditio chartae*, anche non essendo obbligatoria, era costantemente l’atto da cui il rapporto giuridico traeva origine e si perfezionava, nelle vendite, nelle permutate, nelle donazioni ecc., ogni qual volta si trattava della trasmissione del dominio o di altro diritto patrimoniale assoluto», cfr. Schupfer, 1909, p. 94.

5 Tale è l’impostazione della fondamentale ricerca di Enrico Allorio, il quale ricostruisce la storia del giuramento partendo dall’idea che esso costituisca un capitolo della storia ideale del processo, e il processo a sua volta non sia altro che un capitolo della «storia ideale del diritto, nell’ambito di una civiltà». In questa prospettiva, la storia del giuramento è colta come storia della progressiva attenuazione della funzione ed efficacia di tale atto, nonché della sua processualizzazione, per effetto della graduale pubblicizzazione del processo e del diritto in genere. Il giuramento perde così un po’ alla volta la propria natura sostanziale per ridursi alla stregua di mero mezzo di prova, di atto puramente endo-processuale. Al termine di tale percorso, esso cessa perciò di essere immediatamente efficace per la situazione di diritto sostanziale, essendo tale efficacia circoscritta alla sola sentenza giudiziale. Nella fase intermedia di tale *iter* storico-giuridico, dall’esito del giuramento dipende l’esito del regolamento futuro del rapporto, ma il giudice non si limita più ad assicurare il regolare svolgimento della sentenza di prova, bensì interviene direttamente, disponendo la prestazione del giuramento. Cfr. Allorio, 1937, p. 27 e ss. Il rischio di apriorismo insito in una impostazione metodologica così apertamente idealistica era ben chiaro all’autore, il quale infatti sin dalle prime pagine rassicura il lettore dichiarandosi certo di scrivere una storia ideale corroborata dai fatti e dalle fonti: «Mi debbo difendere, affermando ch’io m’appoggiai, nel costruire la storia ideale, proprio alla storia reale, anzi alla storia reale *comparata*: furono le analogie tra le vicende del giuramento nei diversi ordinamenti giuridici studiati e posti a raffronto, a suggerirmi lo schema comune. Onde l’apriorismo è apparente, non effettivo», ivi, p. 27.

6 «Il diritto barbarico sopra ogni forma di prova poneva quelle che presupponevano l’intervento diretto di Dio, che poteva col miracolo alterare le leggi naturali. Davanti al miracolo piegavasi ogni altra prova e quindi invocarlo doveva e poteva l’accusato in ogni momento della causa e definitivamente contro ogni altra prova di testimoni o documenti» (Salvioli, 1969, p. 256). D’altra parte, nell’ambito del processo germanico, il giuramento è in «posizione preminente», accanto alle forme tipiche di giudizio di Dio. Cfr. Provinciali, 1970, pp. 103-127, cit., p. 106.

7 Sul tramonto del processo ordalico e sulla «crisi delle procedure», cfr. Alessi, 1987, pp. 360-401, in particolare pp. 362-365. Per il processo civile, si veda invece Campitelli, 1987, pp. 79-100, in particolare pp. 89-92. Sui caratteri della giustizia negoziata in ambito penale, cfr. Sbriccoli, 2009, pp. 47-128.



piuttosto che di un intervento diretto, di un *iudicium divinum* autentico, mediante il quale «Dio diveniva giudice e manifestava direttamente la sua volontà»; un giudizio, insomma, nel quale la divinità interviene quasi personalmente tributando la vittoria a colui che ha il diritto e la verità dalla sua parte<sup>8</sup>. In fondo, come nota il Salvioli, il giuramento è un diritto del convenuto, ma è allo stesso tempo un «privilegio», perché «contro di esso non è ammessa altra prova per invalidarlo, e la punizione dello spergiuro è riservata alla vendetta celeste»<sup>9</sup>.

Si tratta però, occorre subito precisarlo, di una preferenza diffusa a livello popolare, di un sentimento radicato a livello consuetudinario nella coscienza profonda dei popoli di stirpe germanica. Non così a livello di “classi dirigenti”. I governanti, a cominciare dai sovrani longobardi, dubitano sempre più spesso della bontà del duello come mezzo di prova<sup>10</sup>. Ciò è anche il riflesso di una lenta evoluzione, i cui primi segni di cui disponiamo risalgono agli anni Venti e Trenta dell’VIII secolo. È in questo periodo che il processo longobardo inizia lentamente a differenziarsi dal modello processuale classico di impronta germanica ed appare sempre più finalizzato all’accertamento della verità, alla ricerca della *certa veritas*, e non alla formale presa d’atto delle risultanze derivanti dall’impiego di mezzi di prova irrazionali<sup>11</sup>. Di qui la necessità di prevenire e reprimere la frode processuale e di circoscrivere l’utilizzo di mezzi ordalici di dubbia attendibilità, cui corrisponde, a livello istituzionale, una lenta ma inesorabile trasfigurazione del ruolo del giudice, che da mero giudice della prova (garante del regolare svolgimento della *purgatio*) assume progressivamente il ruolo di tutore di un interesse pubblico<sup>12</sup>.

Ecco allora il profilarsi dei primi dubbi, di cui abbiamo traccia a livello normativo. Non si è più certi che l’esito del duello rappresenti il riflesso della volontà divina e si temono le ingiustizie che ne possono derivare. Così, Liutprando, nel moderare le conseguenze penali previste a carico della parte soccombente all’esito di un duello esperito in un giudizio per veneficio, precisa che lo fa «quia incerti sumus de Dei iudicio et multos audivimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere»<sup>13</sup>. E subito dopo, assai significativamente, si premura di aggiungere come sia non di meno impossibile vietare *tout court* il duello, poiché esso fa parte delle consuetudini

8 Come è stato evidenziato, il carattere ordalico, in realtà, era solo accessorio. Non era altro che un’«aggiunta un po’ mistificante ispirata da una grossolana religiosità superstiziosa». La *pugna* ha successo nella mentalità diffusa del tempo perché si presenta come un valido sostituto della faida, cioè come lo strumento più ovvio per «addomesticare la violenza delle *inimicitiae*». Si veda sul punto Cortese, 1995, pp. 621-647, cit., p. 631.

9 Cfr. Salvioli, 1969, p. 248.

10 «Liutprando è conosciuto soprattutto per la sua avversione nei confronti del duello come metodo per risolvere le controversie. Tuttavia, bisogna ricordare che già Rotari aveva limitato il ricorso al duello e -d’altra parte- che Liutprando non aveva fiducia nel duello come mezzo per far giustizia, ma tuttavia non lo vietò, pur introducendo ulteriori limitazioni per il suo impiego, probabilmente perché la forza della tradizione ancora non lo permetteva», cfr. Taruffo, 2009, p. 10.

11 Per lungo tempo, infatti, il processo romano-barbarico si presenta in realtà come un regolamento, volto a rendere possibile una *compositio*, la quale a sua volta si fonda non sulla dimensione razionale e conoscitiva ma semmai sulla dimensione volontaristica. In questa prospettiva, si comprende allora il motivo per il quale *iuramentum* e *pugna* non si presentino alla stregua di prove in senso tecnico ma siano al contrario mezzi decisori *tout court*: «Giuramento e duello non sono prove in senso proprio, quanto piuttosto mezzi decisori della lite: scopo del giudizio non è la ricerca della verità, bensì la sostituzione di una tutela pubblica alla autotutela privata, mediante un procedimento probatorio formale, con forme di difesa meno arbitrarie, violente, selvagge della *faida*. Il fatto che ha dato origine alla contesa non è oggetto di accertamento, ma di un regolamento, che viene compiuto operando non sulla conoscenza ma sulla volontà: il giudizio sostituisca ad una libera prova di forza, incontrollata nella forma e nella misura delle reciproche azioni e reazioni violente, un sorta di confronto, di sfida, disciplinata da norma giuridiche, che consente alle parti di affermare la propria superiorità morale o fisica con l’esperimento di un mezzo di purgazione o di prova, idoneo a chiudere definitivamente la lite», cfr. Astuti, 1971, p. 89.

12 Come nota Astuti, «le più antiche fonti longobarde ci consentono di seguire, nelle fasi fondamentali, l’affermarsi e il consolidarsi della funzione giurisdizionale, della tutela giurisdizionale pubblica, diretta al superamento delle forme originarie della autotutela privata, individuale o gentilizia», cfr. Astuti, 1971, p. 86 e s.

13 È «ormai scontro aperto fra gli opposti principi della forza e della giustizia», cfr. Sarti, 1995, p. 55; Bellomo, 1991, p. 60 e s.

giuridiche longobarde<sup>14</sup>, «propter consuetudinem gentis nostrae Longobardorum legem istam vetare non possumus». Pochi anni prima, lo stesso sovrano aveva confermato la propria sfiducia verso le prove di forza, stabilendo che chi fosse stato accusato di furto per aver perduto la prova del duello avrebbe potuto vedersi revocare la pena qualora successivamente fosse emersa la vera identità dell'autore del delitto<sup>15</sup>.

È precisamente per tale ragione che la storia giuridica del *iuramentum* si intreccia con quella del duello, che appare, specie nella prima fase della storia giuridica romano-barbarica, un istituto concorrente e indubbiamente prediletto. E tale resterà a lungo, almeno nella coscienza popolare, anche quando il ricorso alla *pugna* verrà considerato una sorta di *ultima ratio*, uno strumento eccezionale, minuziosamente disciplinato dai documenti normativi alto-medievali. Fino a giungere a quello che può considerarsi uno degli approdi simbolici di questo lungo percorso dialettico, ormai ben al di là dell'orizzonte cronologico alto-medievale: la cosiddetta *Sententia de defensione a periculo duellionis*, con la quale Rodolfo I d'Asburgo, nel 1290, sancisce che, ad eccezione del caso di delitto di lesa maestà, il ricorso al duello non è più un diritto dell'attore/accusatore: «quesitum fuit per sententiam coram nobis, si aliquis suum adversarium in iudicio conveniat, de incendio nocturno, per eum modum quo moveat ei questionem duellionis, quod vulgo dicitur kamprecht, quo iuris auxilio talis in iudicio conventus valeat se tueri. Et extitit sententialiter diffinitum, quod, quicumque pugna duellionis quod vulgo dicitur kamprecht, prestando iurisiurandi sacramento manualiter exhibito, suam possit innocentiam expurgare; nedum in hoc crimine accusatus, sed in multis aliis et diversis; nisi conscius repertus fuerit lese crimine maiestatis»<sup>16</sup>.

Appare chiaro allora come il *Capitulare veronense*, confermato da una costituzione imperiale del 971, rappresenti una tappa significativa di un rapporto quanto mai complesso e articolato. Con tale provvedimento, intervenendo con tutta la sua autorità, e con l'appoggio e il consenso dello stesso pontefice, l'imperatore intende espressamente colpire una consuetudine ritenuta indegna, «per quod, si corpore quisquam dives fieret, anima periret et pauper in aeternum maneret». Siamo evidentemente in presenza di un momento di forte discontinuità, di un episodio di rottura rispetto a un sistema che, sino ad allora, abbandonando a sua volta i principi dell'antico diritto germanico, era stato retto dal principio opposto. In base al quale, il duello era ammesso solo là dove fosse espressamente indicato dalla legge: da qui l'emergere delle enumerazioni e di una letteratura casuistica alquanto monotona, il cui unico fine era quello di impostare correttamente il rapporto tra le due fattispecie e il loro rispettivo ambito di operatività.

14 Come osserva il Cortese, Liutprando «ha un moto di ripulsa: affidare le scelte alla divinità è fonte di iniqui errori e sarebbe sistema da abolire. A impedirne l'abrogazione è solo l'opinione pubblica, tuttora meno sensibile al problema della prova sostanziale che non al fascino antico di un processo costruito in chiave di lotta, di competizione», cfr. Cortese, 1995, p. 632 e s.

15 «Si quis alium de furto pulsaverit, et per pugnam eum vicerit, aut forte per districtione a publico furta manifestata fuerit et compositio facta fuerit, et postea ipse furtus apud hominem inventus fuerit, et certa veritas apparuerit, quod ipse qui prius composuerat, rem ipsam non furavit: omnia quidquid ipse composuit, recipiat ab eo cui composuerat, et ipse componat, apud quem furtus ipse inventus fuerit» (cap. 56). Si vede bene da tale norma come Liutprando faccia propria e sviluppi ulteriormente la sfiducia nei confronti del duello già espressa in termini meno palesi da Rotari, nel momento in cui, in talune controversie attinenti all'ambito familiare, sostituisce la *pugna* con il giuramento assistito dai sacramentali. Al punto che si è osservato come, alla luce di una simile legislazione, «la sopravvivenza del duello giudiziario non si può più spiegare come elemento integrante d'un sistema di giudizi di Dio, sentito ancora vitale, ma solo come compromesso coll'ignoranza e la superstizione tuttora dominanti nella massa dei destinatari della norma», cfr. Fiorelli, 1965, p. 91.

16 Tale provvedimento normativo si trova in *Rudolfi I regis constitutiones*, in *MGH - Constitutiones et acta publica Imperatorum et Regum*, II, 1198-1272, p. 455. Si veda in merito Patetta, 1890, p. 291 e s.

A questo proposito, le fonti dimostrano chiaramente come, nell'ordinamento alto-medievale, sino all'intervento di Ottone, il duello, in quanto mezzo di risoluzione delle controversie, rappresentasse un'eccezione e conservasse ormai un ruolo di carattere residuale o comunque di secondo piano rispetto ad altri mezzi di prova ritenuti più affidabili dell'antico *Kampfrecht*<sup>17</sup>. Un esempio ci è offerto dal commento al paragrafo 203 dell'Editto di Rotari, il quale commina la pena capitale alla donna rea di aver ucciso il marito, disponendo al contempo che i beni di lei, in assenza di discendenti diretti, vengano assegnati ai parenti del marito defunto («si mulier maritum suum occiderit, ipsa occidatur: et res eius, si filii non fuerint, parentes mariti habeant in potestatem»)¹⁸.

Nella *expositio*<sup>19</sup> relativa a tale norma, l'autore richiama l'opinione secondo la quale, nel caso in cui la donna si dichiari innocente, si dovrà ricorrere al duello come mezzo di prova, e sarà onere dei parenti dell'accusata porre in essere tale mezzo di "purificazione": «Notandum est, quod a quibusdam dicitur: si mulier de morte mariti inculpada fuerit et ipsa negaverit, quod parentes eam purificare debent per pugnam, quia, cum lex superior facit eam purificare per pugnam si inculpada fuerit de consilio mortis mariti, melius debet purificare per pugnam, si de morte eius inculpada fuerit et negaverit»<sup>20</sup>.

Come si vede, l'argomento a favore della purificazione *per pugnam* in caso di accusa di omicidio è tratta per analogia dalla disposizione precedente (paragrafo 202). Ma tale posizione viene ritenuta infondata: il ricorso alla *pugna* è possibile solo nei casi espressamente previsti dall'ordinamento, secondo quanto si ricava dal *capitulum* 110 del *Liber Papiensis Karolini*<sup>21</sup>, correttamente interpretato: «sed male dicebant, quia capitulum Karoli prohibet pugnam fieri in omnibus iudiciis, in quibus specialiter non est expressum, ut pugna fiat, quod est: "Ut nullus presumat hominem ad iudicium mittere, nisi iudicatum fuerit"».

Lo stesso Liutprando, del resto, stando almeno ai provvedimenti normativi a lui riconducibili, sembra credere nella bontà del giuramento quale mezzo di prova<sup>22</sup>. Infatti, oltre a introdurre nuove ipotesi di reato il cui unico mezzo di purgazione è rappresentato per l'appunto dal *iuramentum*, il sovrano longobardo ritiene che il giuramento mediante *sacramentales* sia un istituto sempre valido e meritevole di tutela, al punto da farsi promotore di una riforma volta a rafforzare il giuramento processuale, ovvero la *wadiatio de sacramento*, mediante una valorizzazione del ruolo dei *coniuratores*, resa possibile sanzionando il *sacramentalis* che non abbia voluto appoggiare la parte in giudizio senza giustificare al contempo il motivo del rifiu-

17 La storiografia più recente e autorevole che si è occupata del tema ha del resto evidenziato l'enorme valore simbolico del giuramento, non inferiore a al valore del duello o dell'ordalia: «In una generalissima prospettiva processualistica, il giuramento -che presso i Germani altro non era che uno scongiuro di valore magico, progressivamente modificatosi, con la conversione al Cristianesimo, in una formula rituale prestata sul Vangelo o sulle reliquie dei Santi-, costituiva *ab origine* un mezzo di prova di enorme rilievo accanto al duello e all'ordalia. Esso possedeva, essenzialmente, un carattere assertorio o confirmatorio, riferendosi al passato e dando garanzia di un determinato comportamento che un individuo aveva tenuto in ordine a una questione che era oggetto di giudizio», cfr. Sarti, 1995, p. 42 e s.

18 Cfr. *Leges Rothari regis*, in *MGH - Leges Langobardorum*, IV, p. 346.

19 Sul commento al *liber papiensi*, si veda lo studio fondamentale di Diurni, 1976.

20 Ivi.

21 *Leges Karoli Magni imperatoris*, in *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 110 (112), *MGH*, IV, p. 508.

22 «L'invocazione di Dio a testimone della verità giurata aveva tanta efficacia da soverchiare le altre prove e specialmente quella del duello, dove la destrezza e la forza fisica avevano tanta parte, e ad esso infatti ricorrevano le *pravae personae*», cfr. Salvioli, 1969, p. 256. Si è osservato del resto come il modello di giuramento germanico, a differenza del *iusiurandum propter calumniam* istituito da Giustiniano con la *constitutio* "Cum et iudices" (C.2, 58 [59],2) del 531 d.C., si presentasse in origine legato all'elemento contingente probatorio della lite piuttosto che all'*animus* del giurante, cioè alla certezza soggettiva nella fondatezza della pretesa avanzata. Come dimostra il fatto della sua naturale evoluzione, che lo porta a sostituirsi a una prova vera e propria. A divenire in sostanza, un giuramento *de veritate*. Cfr. Sarti, 1995, p. 46 e s.

to<sup>23</sup>. Il giuramento svolge inoltre una funzione probatoria eminente o addirittura esclusiva in almeno due casi: come mezzo di prova a favore del figlio che intenda difendere il patrimonio personale contro le pretese dei creditori che procedono contro il padre per debiti insoluti; come unico mezzo di prova utilizzabile a difesa del possesso trentennale nelle cause di rivendica della proprietà, nelle quali è espressamente esclusa la prova *per chartulas*<sup>24</sup>.

Il rapporto tra i due classici mezzi di prova del diritto alto-medievale si conferma così al centro di un complesso processo storico-giuridico nel quale entrano in gioco questioni capitali, delle quali la relazione problematica tra *iuramentum* e *pugna*, per non parlare del ruolo della prova documentale, sempre più diffusa, è chiaramente un riflesso. Sullo sfondo, ciò che muta, è il ruolo e la funzione del giudice il quale, da mero “notaio” chiamato ad accertare la regolarità delle formalità inerenti alla *purgatio*, si trasforma in soggetto attivo, incaricato di ricercare la *certa veritas*<sup>25</sup>. Tutto ciò, a sua volta, per effetto di una lenta trasfigurazione del processo in chiave sempre più apertamente pubblicistica.

## 2. La dialettica tra giuramento e duello giudiziario nelle *summulae de pugna* e nella tradizione giuridica *papiensis*

Alla luce di quanto abbiamo osservato, non c'è da stupirsi se la letteratura giuridica sul duello giudiziario, assai fiorente nel periodo pre-irneriano, ruoti in larga misura attorno al rapporto quanto mai controverso tra *pugna* e *iuramentum*. In particolare, la dialettica che segna la storia dei due istituti emerge assai bene dal rapporto tra duello, giuramento *de calumnia*<sup>26</sup> e giuramento *de veritate*; ovvero dal rapporto tra giuramento *de asto* e *iudicium Dei*.

Ne abbiamo una conferma ad esempio dalla lettura della *Summula de pugna*, scritta attorno al 1136, il cui *leitmotiv* è la cosiddetta *sententia papiensis*. Si tratta di un piccolo trattato sul duello giudiziario scoperto da Merkel<sup>27</sup> in un manoscritto rinvenuto a Parma, risalente al

23 Cfr. Sinatti d'Amico, 1968, p. 243 e ss.

24 Tali disposizioni sono il frutto di una prima, ancora piuttosto grossolana ibridazione tra principi romani e tradizione germanica: «La legge di Liutprando è il risultato della prima fase in cui s'incontrano le prove tradizionali germaniche e la prova documentale: l'incontro avverrà in molti altri casi, e presto la prova scritta sarà in grado di fronteggiare validamente, e a proprio vantaggio, il giuramento, ma nella difesa del possesso trentennale il giuramento resta nella sua piena efficacia», Sinatti, 1968, p. 259.

25 Esiste in altre parole una tensione crescente tra la regolarità formale della *purgatio* e l'accertamento della *veritas*, come dimostra la regolamentazione data alla *wadiatio de sacramento* da parte di Liutprando: se uno dei *sacramentalis* si rifiuta di giurare insieme al chiamato in giudizio a garanzia del giuramento di quest'ultimo e il suo rifiuto provoca la diserzione anche dei restanti *sacramentales*, l'ordinamento impone a colui che si è rifiutato di prestare giuramento di motivare la ragioni del proprio comportamento. Egli deve insomma entrare nel merito, manifestare la *certa veritatem*: cfr. Sinatti, 1968, p. 245 e s. La storiografia successiva ha ulteriormente sottolineato tale profilo, suscettibile di far risaltare le sfumature e l'inaspettata complessità del processo longobardo. In particolare, si è valorizzata la dicotomia *certum/probatum*, ovvero il contrasto tra prova formale e oggettiva certezza di eventi e circostanze, precisando come la dottrina abbia «esagerato nell'insistere a voler sottolineare l'indifferenza che i giudici longobardi avrebbero mantenuto relativamente all'accertamento dei fatti controversi». Non si può escludere in realtà che «già all'epoca di Rotari doveva pure ammettersi l'eventualità che - senza affatto ricorrere alle “prove” tradizionali - si potesse nondimeno giungere a un risultato giudiziale altrettanto “indiscutibile” e parimenti capace di evitare la faida», cfr. Loschiavo, p. 205 e ss.

26 Com'è stato evidenziato, neppure nel sistema giudiziario longobardo mancava una concreta attenzione per la repressione delle liti temerarie: «Per vero, nel diritto degli editti longobardi la calunnia, intesa nella accezione romanistica di vessazione per il tramite di una falsa accusa, era largamente contemplata, ed il corrispondente concetto espresso con le parole, “asto” o “asto animo”». Cfr. Sarti, 1995, p. 51. Si tratta di un giuramento la cui efficacia, sul piano oggettivo, «atteneva alla contesa solo limitatamente al convincimento dell'attore», volto ad assicurare la buona fede delle parti solo nei fatti costituenti l'azione. Il giuramento *de calumnia* si afferma per circoscrivere il ricorso alla *pugna* quale strumento di risoluzione delle controversie da utilizzare solo in casi di comprovata necessità. È questa la *ratio* dell'intervento normativo di Liutprando, il quale ordina che in tutti i casi in cui l'attore sfida il convenuto a provare la sua innocenza per mezzo del duello, lo sfidante sia tenuto a dichiarare sotto giuramento di non essere portatore di una pretesa temeraria: «Quod non asto animo eum per pugnam fatigare quae-rat». Cfr. Sarti, 1995, p. 52.

27 Si veda Merkel, 1850, p. 37 e ss.

massimo all'inizio del XIV secolo, dalla cui intitolazione sembra di poter evincere in maniera inequivocabile l'identità del suo autore: «Incipit summula de pugna et modis purgationum eius qui criminatur, composita a domino Ugone de Porta Ravennata», definito, in conclusione, «bononiensi iuris civilis professore».

Si capisce come, anche a partire da tale semplice dato testuale, la paternità di tale opera non sia mai stata seriamente messa in discussione. I pesi massimi della storiografia giuridica contemporanea sono stati più o meno sempre concordi nell'attribuirla al glossatore bolognese Hugo. A cominciare dal Savigny, il quale, nelle poche righe dedicate al tema, prima di ringraziare Merkel per avergli fatto conoscere la *summula*, nota epigrammaticamente come «diese, bisher ganz unbekannt gebliebene, Schrift des Hugo handelt von dem gerichtlichen Zweikampf und dem Reinigungseid nach lombardischem Recht»<sup>28</sup>. La dottrina successiva, specie quella italiana, ha fatto propria quasi automaticamente l'opinione espressa dal padre della Scuola storica, la cui autorità non necessita di particolari sottolineature. Nei lavori di Salvioli<sup>29</sup>, di Patetta<sup>30</sup>, di Besta<sup>31</sup>, di Leicht<sup>32</sup>, troviamo immancabilmente confermata la paternità bolognese del trattatello.

Occorrerà attendere diversi decenni prima di imbattersi in una prima, seria messa in discussione della identità dell'autore della *summula*. È la penna al contempo brillante e profonda di Hermann Kantorowicz a indirizzare il lettore su piste di ricerca divergenti rispetto a quelle acriticamente battute dalla storiografia giuridica europea<sup>33</sup>. All'esito di una serrata analisi storico-filologica, Kantorowicz giunge alla seguente conclusione: la *summula* fu certamente scritta sotto l'influsso delle prime *summae* bolognesi; il suo autore, tuttavia, non è il glossatore bolognese noto come Hugo, è invece un giurista *papiensis*; si tratta infatti di uno scritto tipico della scuola longobardistica, per stile, metodo, oggetto, dottrine, forma dei rinvii; il legame con la scuola pavese, inoltre, è dimostrato dal fatto che il riferimento a un certo Hugo si trova nella cosiddetta *Summa Lombardae secundum Albertum*, in particolare nel titolo denominato «Qualiter quis se defendere debeat et in quibus causis pugna prohibetur vel fieri debeat»<sup>34</sup>.

Il trattato di Hugo è diretto contro un certo «Mantuanus», nasce quindi con un chiaro intento polemico, dal desiderio di mettere in luce l'infondatezza e la pericolosità delle tesi di questo personaggio e dei suoi seguaci, «ut de certo suum errorem dimittat, et legibus ambulare discat».

Neppure sull'identità del «Mantuanus» la storiografia appare concorde. Secondo il Besta, egli sarebbe l'Ariprando<sup>35</sup> di cui abbiamo testimonianze dirette nelle glosse ai manoscritti della

28 Cfr. Savigny, 1956, cit., p. 169.

29 Cfr. Salvioli, 1898, p. 34.

30 Cfr. Patetta, 1890, p. 299 e ss.

31 Si veda in particolare Besta, 1902, pp. 183-236, in particolare pp. 216-219.

32 Cfr. Leicht, 1920, p. 156, 161 e 166.

33 Cfr. Kantorowicz, 1939, pp. 1-25.

34 Secondo Kantorowicz, l'elemento decisivo a favore dell'origine pavese della *summula de pugna* dovrebbe ricavarsi dallo stretto legame tra essa e un'altra *summula*, dal titolo «Qualiter quis se defendere debeat et in quibus causis pugna prohibetur vel fieri debeat», contenuta in una *summula titulorum*, il cui *incipit* è il seguente: «Expositurus ergo Longobardorum iura». Tale *summula*, scoperta anch'essa dal Merkel, fu pubblicata nel 1855 dall'Anschütz col titolo *Die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus*. Il testo di *Albertus* non è altro che una versione ampliata di quello di *Ariprandus*, e in esso compare il riferimento all'opera di Hugo. Sull'origine pavese di tale *Summa Lombardae*, e quindi della *summula* di Hugo, ad essa così strettamente connessa, Kantorowicz non nutre alcun dubbio: «Piacenza pare la patria della *Summa Lombardae*. Anche l'uso scarso delle fonti romane fa pensare ad una scuola longobarda. Le Istituzioni e il Codice sono usati raramente e senza rinvii espressi, e non c'è che una sola citazione del Digesto», cfr. Kantorowicz, 1939, p. 4 e p. 11.

35 Come è stato evidenziato, si tratta di un nome frequente in Lombardia tra il XII e il XIII: «L'apposizione di glosse alla prima stesura dei *Libri feudorum* ne colloca l'attività nella prima metà del secolo XIII», cfr. Loschiavo, 2013, p. 102 e s.

*Lombarda* siglate “ar.”, “ari.” o “arip.”, il quale molto probabilmente tenne dei corsi sul diritto longobardo a Piacenza ove ebbe come allievo Carlo di Tocco<sup>36</sup> (nota Lo Schiavo). Sempre secondo la ricostruzione di Besta, Aripando, che potrebbe essere l'*Heriprandus* attivo nel lodigiano attorno alla metà del XII secolo come *iudex ac missus domini secundi Conradi regis*, in quanto autorevole sostenitore del principio «actorem iurare sic esse, reum sic non esse», è certamente il «Mantuanus» avversato dall'autore della *Summula*. Ad Aripando si deve la redazione della già ricordata *Summa Lombardae secundum Aripandum* pubblicata nel 1855 dall'Anschütz con il titolo *Die Lombarda-Commentare des Aripand und Albertus*<sup>37</sup>. In tale opera, il testo attribuito ad Albertus - ove compare il già menzionato titolo relativo alla *pugna* con un espresso riferimento a Hugo- non è altro che una versione ampliata del commentario di Aripando, identico in molte parti, a cominciare dal prologo.

Al contrario, secondo il Kantorowicz, il «Mantuanus» dovrebbe essere Aliprando (che invece Besta identifica con Aripando), che taluno ha identificato con un certo *Aliprandus iudex* attivo a Milano nella seconda metà del XII secolo, al quale potrebbero essere riconducibili le glosse siglate “ali.” o “alip.”, e forse la versione intermedia della *Summa Lombardae* dello pseudo-Aripando individuata da Karl Lehmann, verosimilmente composta da un allievo di Aliprando.

Quello di cui possiamo esser certi è che il «Mantuanus», contro il quale polemizza l'autore della *Summula*, è certamente un maestro di diritto attivo in una delle numerose città nelle quali si coltivava il diritto longobardo. In quanto longobardista il «Mantuanus» non può fare a meno di trattare il tema classico del rapporto tra *pugna* e *iuramentum*. Se non che, secondo i suoi critici, lo fa in modo radicalmente sbagliato, ovvero in modo tale da «aperire viam periuriis», secondo la notazione pungente di Hugo. Ed è questa precisamente la tesi centrale della *Summula de pugna*: la verità non deve essere provata per mezzo del giuramento, ma per mezzo del duello, ed è necessario limitare al massimo le ipotesi di giuramento *de veritate*, poiché ciò dà adito al fenomeno dello spergiuro.

Il dibattito attorno al rapporto tra duello e giuramento trae origine da alcune *leges* contenute nella *Lombarda*, in particolare la *lex* «Mentio etenim», la «Si quis alium asto», e la «Si quis post», contenute nel titolo cui abbiamo già fatto cenno, avente ad oggetto le modalità della difesa in giudizio e la individuazione dei casi nei quali la *pugna* deve ritenersi ammessa o vietata.

La legge «Mentio etenim»<sup>38</sup>, risalente a Carlo Magno, può considerarsi una tappa intermedia del percorso che conduce al provvedimento solenne di Ottone I. Tale disposizione, infatti, al fine di ridurre al minimo le possibilità di *periurium*, stabilisce che, qualora appaia inevitabile che una delle parti, ricorrendo al giuramento, commetta uno spergiuro, sia sempre preferibile risolvere la controversia mediante uno scontro fisico: «Mentio etenim facta est a nonnullis in placitis que habuimus in anno preterito et dictum est ibi ut palam apparet quod aut ille qui crimen ingerit aut ille qui vult se defendere periurare se debeat. Melius visum est ut in campo cum fustibus pariter contendat quam periurium perpetrent».

36 Cfr. Abbondanza, 1962.

37 Cfr. Anschuetz, 1885. Come osserva Kantorowicz, «senza dubbio Aripando ed Alberto furono maestri in qualche scuola di diritto, poiché libri nei quali le loro opinioni sono citate *secundum* e del solito sono approvate - qualche volta anche contraddette - debbono essere stati scritti indubbiamente da loro scolari. Non sappiamo se questi libri furono redatti sulla base di note prese alle lezioni dei due professori o elaborate sulle loro glosse. Entrambe le ipotesi sono possibili», cfr. Kantorowicz, 1939, p. 6.

38 *Leges Karoli Magni imperatoris*, p. 499.

Ed è precisamente questo il nocciolo della questione: quando è necessario giurare? E soprattutto: chi è tenuto a prestare giuramento nella fase preliminare di una controversia? È a questo punto le strade si dividono e le opinioni si scontrano.

Il «Mantuanus» esige che entrambe le parti, attore e convenuto, giurino *de veritate* («sic esse»; «sic non esse»), ovvero prestino un giuramento che ha ad oggetto la *scientia* del *thema decidendum*, un giuramento che entra nel merito della questione senza essere circoscritto alla mera legittimazione processuale. Tale opinione è impugnata da Hugo, ripreso quasi alla lettera da Roffredo beneventano, autore di una successiva e più nota *summa de pugna*.

Hugo fa leva precisamente sulla lettera della «Mentio etenim» per dimostrare l'infondatezza della tesi del «Mantuanus», la quale gli appare palesemente «contra omnium legum auctoritatem de pugna loquentium». Si tratta, a suo modo di vedere, di una tesi del tutto contraria allo spirito che informa il sistema giuridico del tempo, orientato semmai nel senso di ridurre al minimo i rischi di spergiuro. È evidente infatti che, se entrambi giurano *de veritate*, uno dei due giuramenti non può che essere falso. Da qui l'invito al «Mantuanus» a ravvedersi, ad abbandonare l'idea che vi sia un obbligo di giurare in capo all'accusato, tesi che, nell'ottica di Hugo, spalanca la via agli spergiuri: «ergo Mantuanus suum errorem dimittat et contraria sacramenta in pugnis fieri minime precipiat, sacramento de astu ab actore semper prestando, cum ipse predicto modo ad pugnam se ingerat, sive sit actor principaliter, sive secundario; sive suo nomine, sive alterius intendat: a reo hoc sacramento de astu non prestando»<sup>39</sup>.

Roffredo<sup>40</sup>, dal canto suo, prende le mosse dalla *lex* «Si quis alium asto», la quale disciplina la condotta dell'attore nelle ipotesi di accusa per furto o incendio. Tale norma, in particolare, dispone che colui che promuove un giudizio formulando un'accusa di furto o incendio debba dichiarare sotto giuramento che la richiesta rivolta alla controparte di decidere la controversia con il duello non è fatta «asto animo», ovvero dolosamente, ma si basa su indizi certi, posti a fondamento della pretesa<sup>41</sup>. Tale norma intende reprimere l'abuso del duello ribadendo che la regola generale, in tali fattispecie, è rappresentata dalla purgazione mediante giuramento. L'accusante, pertanto, non può scegliere automaticamente il duello come strumento di purgazione, ma deve dare la precedenza al giuramento.

Il duello è ciò non ostante esperibile qualora l'accusante adduca il *periurum* della controparte. Trattandosi però di un mero sospetto, non assistito da prove concrete, è richiesto il giuramento dell'attore, con il quale questi dichiara solennemente di dubitare della verità e della fondatezza della dichiarazione resa dal convenuto. Solo a seguito di tale giuramento può farsi luogo al duello. Viceversa, il rifiuto di giurare ha l'effetto di porre fine alla controversia, con la conseguente soccombenza dell'attore: «Si quis alium asto animo compellaverit de pugna, que fieri solet per pravas personas, prebeat sacramentum ipse qui compellat solus. Et dicat iuratus que non asto animo eum per pugnam fatigare querat, nisi quod certas habeat suspitiones, sive de furto fuerit sive de incendio, aut unde ipsa compellatio agitur. Et si hoc iuraverit, postea vadat exinde ad pugnam. Si autem minime iurare presumpserit, non sit ipas causa per pugnam

39 Cfr. Ravennata, 1913, p. 4. Il testo si trova anche in Savigny, 1956, p. 512 e ss.

40 La redazione del trattato *de pugna* dovrebbe essere avvenuta durante la breve «parentesi longobardistica» del fondatore dello *Studium* aretino: cfr. E. CORTESE, *Roffredo Epifani da Benevento*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, cit.

41 «Per rafforzare il giusto uso del duello e anche per evitare che il giuramento divenisse l'arma di difesa degli impostori ci si basava su di un elemento concreto: la *certa suspicio*», cfr. Sarti, 1995, p. 53.

iudicata atque finita»<sup>42</sup>. Come si vede, alla luce di questa fattispecie, nella fase preliminare della controversia l'accusato non deve fare alcunché, deve solo prendere atto dell'avvenuto giuramento dell'attore, laddove questi si determini a giurare.

Si tratta né più né meno del comportamento suggerito dai sostenitori della *sententia papiensis*, come ci ricorda anche Carlo di Tocco con particolare chiarezza: «Quidem autem Papienses dicunt argumento huius legis quod in pugna non debet fieri sacramentum nisi de asto quod ab actore tantum praestatur»<sup>43</sup>. Tale soluzione è condivisa da Roffredo il quale, non a caso, loda la *sententia papiensis* sottolineando come essa goda di notevole popolarità. Egli osserva come i sostenitori di tale opinione ritengano a ragion veduta che l'accusato non debba mai prestar giuramento, in quanto il giuramento e il duello sono condotte alternative.

Ciò significa che l'accusato non può allo stesso tempo giurare e accettare il duello. Affermare il contrario equivale a ignorare il tenore letterale di quelle norme nelle quali le due condotte sono presentate come chiaramente alternative: «reus tenetur ad duorum unum tantum, id est iuret vel pugnet: sed si iuraret et pugnaret non alterum tantum faceret, sed utrumque, et ita illa verba disiunctiva «aut» nihil operarentur, que invenies in omnibus legibus que de pugna tractant»<sup>44</sup>.

Il punto di riferimento di Roffredo è, come si diceva, la legge «Si quis», la quale disciplina l'ipotesi dell'erede chiamato in causa dal creditore per i debiti del *de cuius*. Secondo tale norma, il convenuto può scegliere con quale strumento difendersi: il giuramento *de veritate*, con il quale nega formalmente l'esistenza del debito/credito, oppure il duello. Ma si tratta in ogni caso di due strade alternative, come parrebbe evidente dal tenore letterale della norma, costruita attorno a una preposizione disgiuntiva difficile da ignorare: «Si quis post mortem patris filium de debito appellaverit quod pater ipsius ei debitor fuisset et filius negaverit ita decernimus: ut prebeat filius sacramentum secundum qualitatem pecunie quod pater eius ei debitor non fuisset; aut per pugnam se defendat si potuerit»<sup>45</sup>.

La tesi del carattere alternativo delle due condotte è ripresa anche da Carlo di Tocco<sup>46</sup>, nella lunga glossa alla «Mentio etenim», nella quale il grande giurista beneventano, dopo aver sostanzialmente aderito alla dottrina dei *Papienses*, ripete l'opinione di Hugo e degli altri interpreti contrari all'idea del carattere cumulativo dei due rimedi: «probatum argumentum huius legis ubi aut per pugnam aut per sacramentum se defendat reus, ut in multis legibus habetur. Si ergo defendunt se per pugnam, non debent prestare sacramentum. Et contrarium»<sup>47</sup>.

La finalità dichiarata cui tende tale dottrina, analogamente ai provvedimenti normativi sopra ricordati, è quella di circoscrivere al massimo le ipotesi di giuramento *de veritate*. Radicalmente diverso è il caso del giuramento *de asto*, che l'attore deve prestare nella fase iniziale della controversia: si tratta infatti, da un lato, di un obbligo dell'attore, al quale egli è tenuto ad adempiere qualora intenda proseguire l'azione; dall'altro, di una dichiarazione che non riguarda

42 *Leges Liutprandi regis*, in *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 70 (71), *MGH*, IV, p. 437.

43 Si veda la glossa «mentio etenim» di Carlo di Tocco, in *Leges Longobardorum cum argutissimis glosis*, Torino, 1964.

44 La *Summa de pugna* di Roffredo è pubblicata da Pateta, 1890, pp. 479-492. Il passo citato è a p. 487.

45 *Leges Rothari regis*, in *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 366 (365), *MGH*, IV, p. 391.

46 Sulla personalità e l'opera del «vero iniziatore della scienza giuridica meridionale», si veda Cortese, 2013, pp. 450-451.

47 Cfr. Carlo di Tocco, *Leges Langobardorum*, p. 420 (210).



la verità oggettiva della controversia<sup>48</sup>, ma soltanto il fondamento processuale dell'azione, come esso è inteso, soggettivamente, da colui che promuove il giudizio, e mediante il quale si provoca il convenuto invitandolo a purificarsi<sup>49</sup>.

Non avendo ad oggetto la verità della controversia ma soltanto la rappresentazione soggettiva del diritto di cui si chiede la tutela giudiziale, tale giuramento non espone al rischio mortale del *periurium*. Si tratta in altre parole di un giuramento privo di rischi, per così dire, di un giuramento che non contiene in sé la possibilità dello spergiuro. Diversamente dal giuramento *de veritate*, che contiene in sé come elemento ineliminabile, prima ancora della capacità di interpellare la sfera ultramondana, la possibilità della menzogna, ovvero il rischio di mettere in crisi la consistenza del linguaggio umano<sup>50</sup>, la sua capacità di riferirsi alle cose, di rappresentare la realtà, di «vera respondere». Menzogna che non pare minimamente temuta, nelle sue conseguenze spirituali, dai contemporanei di Ottone, che non a caso, nel vietare il giuramento, parla di «mos detestabilis»: venuta meno ogni remora di carattere religioso, il *periurium* si fa consuetudine.

Sembra, questo, un fenomeno destinato a ripetersi ciclicamente nella storia; il che non è strano, trattandosi di un tema che interPELLa la dimensione religiosa e quella del linguaggio, ed ha quindi radici antropologiche profonde, legate agli stessi archetipi dell'umano. Platone, in un passo delle *Leggi*, ricorda i tempi d'oro in cui il semi-dio Radamanto «facendo nelle questioni controverse giurare le parti in lite, in rapida e sicura maniera risolveva i problemi». Ma aggiunge subito che tale sistema, oggi, non è più adeguato. Esso può funzionare soltanto in un'epoca in cui gli uomini credono fermamente nel divino e temono pertanto le conseguenze dello spergiuro come possibilità costitutivamente inerente al giuramento. Viceversa, in un'epoca di depravazione, di miscredenza, nella quale gli uomini non credono più nel divino, o pensano che gli dèi siano indifferenti alle cose umane, o peggio ancora che essi possano essere "comprati" con doni e lusinghe di vario genere, il sistema escogitato da Radamanto non funziona più.

La mutata percezione del divino deve riflettersi in una conseguente modifica delle leggi vigenti: occorre bandire dalla procedura legale i giuramenti delle parti in lite, specie nei casi in cui chi nega giurando ne tragga un evidente guadagno, e ammettere solo prove scritte e querele, da sottoporre con le debite formalità all'attenzione del magistrato. In caso contrario, il rischio cui si andrebbe incontro sarebbe quello di scoprire di vivere in una città popolata di spergiuri: «Sarebbe davvero triste venire a scoprire che poco meno della metà dei cittadini ha giurato il falso, e che pure costoro continuano a ritrovarsi come se niente fosse nelle mense comuni, negli altri luoghi di ritrovo, o nelle riunioni private organizzate ora da questo ora da quello»<sup>51</sup>.

48 Si tratta, com'è stato notato, di un giuramento che riguarda la «fondatezza oggettiva della pretesa avanzata», ma non la «verità dei fatti», essendo un atto che «precede e presuppone i mezzi reali di prova». Cfr. Sarti, 1995, p. 44.

49 Cfr. Sarti, 1995, p. 44.

50 Si tratta di un profilo di grande fascino, acutamente messo in luce da Giorgio Agamben, secondo il quale la reale posta in gioco del giuramento, e quindi il fondamento ultimo della sua sacralità, era altra e ben più importante rispetto alla semplice veridicità di una affermazione o alla garanzia di una promessa. In questo senso, il giuramento conteneva forse la «memoria di uno stadio più arcaico, in cui esso riguardava la consistenza stessa del linguaggio umano e la natura stessa degli uomini in quanto "animali parlanti"». Si comprende allora l'enorme importanza simbolica di tale atto e la gravità inaudita dello spergiuro: «Il flagello che esso doveva arginare non era soltanto l'inaffidabilità degli uomini, incapaci di mantener fede alla loro parola, ma una debolezza che riguarda il linguaggio stesso, la capacità delle parole di riferirsi alle cose e quella degli uomini di prendere atto della loro condizione di esseri parlanti». Cfr. Agamben, 2008, p. 11 e s.

51 *Leggi*, XII, 947 E- 949 A, in Platone, 1991, p. 1725.

### 3. Tra efficacia sostanziale e natura meramente endo-processuale: il *iuramentum* nella riflessione della scienza giuridica bolognese

«Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate quasi deo teste promiseris, id tenendum est». Con queste parole, che troviamo nel saggio scritto pensando al figlio, a quell'epoca studente ad Atene alla scuola di Cratippo, con l'intento di fornirgli un prezioso strumento di formazione umana e professionale, Cicerone ribadisce il legame esistente tra il giuramento e la sfera della *religio*<sup>52</sup>.

L'esempio da cui prende le mosse è quello celeberrimo di Attilio Regolo. Fatto prigioniero da Santippo, luogotenente di Amilcare, Regolo viene inviato a Roma sotto vincolo di giuramento: egli sarebbe dovuto tornare a Cartagine se non fossero stati restituiti ai Cartaginesi alcuni nobili prigionieri. Ebbene, Regolo giunge a Roma, si presenta dinanzi al Senato, espone la situazione, manifesta la sua opinione personale, del tutto contraria ai suoi interessi, finché, senza cedere né all'amore della famiglia né a quello della patria né tanto meno agli anni e alla vecchiaia incipiente, fa ritorno a Cartagine, sapendo benissimo a quale sorte andrà incontro. Egli, molto semplicemente, non può tollerare di restare in patria nella veste di un «periurus consularis».

Come si spiega la condotta di Regolo, si chiede Cicerone?

Regolo ha giurato e non può venir meno all'impegno preso. Il carattere vincolante del giuramento deriva dalla sua natura di atto "religioso", dalla *religio* che lo connota. Si tratta di una *religio* incomprensibile al di fuori delle coordinate dello stoicismo ciceroniano, al di fuori cioè di una dottrina in forza della quale si rifiuta deliberatamente una visione della vita e una concezione del mondo legata a nozioni metafisiche: «iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet». In questo senso, si dice, l'ira divina non esiste; perché la divinità, anche ammettendo che esista per davvero, non entra nelle faccende umane, mentre l'agire morale deve trovare un fondamento teoretico autonomo, indipendente dalla minaccia o dal timore di una sanzione esterna<sup>53</sup>. E tuttavia il giuramento si fonda sulla *religio*, nel senso che esso ha effetti vincolanti ed è fonte di doveri, in conformità ai principi di giustizia, di onestà e di utilità che l'autore pone a fondamento degli *officia*, in quanto a loro volta espressione di un superiore criterio di razionalità. Ne deriva che Regolo decide di far ritorno a Cartagine obbedendo a un imperativo morale, a un dovere di giustizia, impossibile da realizzare separando l'utile dall'onesto: «pervertunt homines ea, quae sunt fundamenta naturae, cum utilitatem ab honestate seiungunt»<sup>54</sup>. In questo senso il giuramento è un atto religioso fonte di doveri morali ineludibili.

Ma l'impiego del lemma *religio* in relazione al giuramento non è certo un fenomeno circoscritto (si fa per dire) all'opera dei retori e dei filosofi. Non a caso, il titolo II del libro XII del Digesto, dedicato per l'appunto al giuramento, si apre con un passo inequivocabile di Gaio: il giuramento è definito direttamente «iurisiurandi religio», atto "religioso" molto diffuso come strumento di risoluzione delle controversie: «maximum remedium expediendarum litium in

<sup>52</sup> Tale argomento è sviluppato nel *De officiis* [29, 104]: cfr. Cicerone, 1953, p. 822.

<sup>53</sup> Cfr. Cicerone, 1953, p. 822.

<sup>54</sup> Cfr. Cicerone, 1953, p. 820.

usum venit iurisiurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae».

Nel diritto processuale romano<sup>55</sup> il giuramento, dopo il passaggio da atto religioso a mera scommessa (nell'ambito del processo per *legis actiones*) per effetto della laicizzazione del sistema giuridico, viene disciplinato dal pretore con una norma *ad hoc*. In D 12, 2, 3 troviamo la seguente disposizione: «Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo». In altre parole, l'editto prevede la possibilità che l'attore, prima della *litis contestatio*, deferisca al convenuto il giuramento. Nel caso in cui il giuramento venga prestato, l'attore non potrà più agire perché il pretore non concederà l'azione: il primo effetto del giuramento è pertanto la *denegatio actionis*.

Successivamente, nel caso in cui risulti dubbio «an iusiurandum datum sit», il pretore inizia ad accordare al convenuto l'*exceptio iurisiurandi*, rimettendo al giudice privato il compito di accertare se il giuramento sia stato effettivamente prestato. Viceversa, nel caso di giuramento pronunciato dall'attore, il pretore concede una azione apposita, con la quale l'attore non chiede che venga accertata la fondatezza del diritto fatto valere in giudizio, ma, più semplicemente, che venga accertata l'avvenuta pronuncia del giuramento.

Dall'analisi di tale disciplina emerge subito un dato di assoluto rilievo: nel diritto romano classico la distinzione tra *iusiurandum necessarium* e *iusiurandum voluntarium* si rivela del tutto infondata. Come si vede, infatti, identici sono gli effetti, indipendentemente dal fatto che esso sia stato prestato dal convenuto o dall'attore: nel primo caso, esso produce sempre una *denegatio actionis* o una *exceptio iurisiurandi*; nel secondo caso, può produrre effetti molteplici, la cui natura dipende però dal tema del giuramento e non dal fatto che esso sia *voluntarium* o *necessarium*. Risulta del pari insostenibile una distinzione basata su una presunta differenza di natura. In particolare, il giuramento *voluntarium* non ha natura pattizia, come talora è stato sostenuto in dottrina, poiché, anche senza considerare il fatto che il deferimento di tale giuramento è opera esclusiva dell'attore, dal mero *pactum*, ovvero dal semplice accordo di prestare il giuramento non discende alcun effetto giuridicamente rilevante.

Questo è il lascito, piuttosto lineare, che il diritto romano consegna alla scienza giuridica medievale. Che tuttavia si trova a studiare a commentare il Digesto dopo una lunga parentesi *papiensis*, dopo un lungo periodo storico durante il quale, a seguito del contatto con la tradizione giuridica di impronta germanica, acquista rilievo la distinzione tra *Konventionaleid* e *Zwangseid*, da cui trae origine la polarizzazione, prima inesistente, tra le due forme di giuramento.

È per tale ragione che la riflessione scientifica sul giuramento in epoca basso-medievale si sviluppa a partire dalla distinzione tra *iuramentum iudiciale* e *iuramentum necessarium*. Il primo, come sappiamo, è il giuramento deferito dalla controparte allo scopo di decidere la controversia, con il risultato di determinarne la cessazione con effetti irreversibili; il *iuramentum necessarium*, con finalità *stricto sensu* probatoria, è invece il giuramento disposto dal giudice nell'ambito di un processo al fine di chiarire le rispettive posizioni giuridiche delle parti, qualora i mezzi di prova forniti dalle stesse vengano ritenuti insufficienti.

Tale distinzione si chiarisce e acquista rilievo nel corso del tempo, portando a una differenziazione sempre più spiccata delle due figure, quanto a funzione, natura, effetti. La diversità dei

<sup>55</sup> Si veda la voce di Amirante, 1961, pp. 937-942.

due istituti emerge gradualmente, tra opinioni e prese di posizione spesso confuse e contraddittorie, sino a definirsi con chiarezza come conseguenza indiretta di una accesa controversia dottrinale, alla cui origine si colloca la posizione per certi versi anticipatrice da taluni attribuita a Piacentino.

Così, ad esempio, nella glossa «Quod si alias»<sup>56</sup> sembra delinearci la differente natura dei due *iuramenta*. Che succede nel caso in cui venga prestato giuramento? Che ne è della controversia?

Gaio ci avverte che le *constitutiones* consentono di riassumere la causa solo nel caso in cui una delle parti sostenga di essere entrata in possesso di «nova instrumenta», ovvero di mezzi probatori nuovi, in grado di incidere in maniera decisiva sull'esito della controversia. Tuttavia, ciò non è possibile nel caso in cui l'affare sia stato transatto mediante giuramento: in tale ipotesi, «non conceditur eandem causam tractare», non vi è più spazio per la trattazione della causa. Ovvero, detto altrimenti, il giudice dispone la cessazione della controversia. A questo punto, l'autore della glossa inserisce una precisazione che appare fondamentale: tale esito si ha solo se il giuramento è stato prestato «iudice non deferente, sed a parte parti in iudicio vel extra».

In altre parole, il giuramento «iudiciale» prestato nel corso del processo o al di fuori di esso impedisce la trattazione della causa, ha l'effetto di chiudere irreversibilmente la controversia. Diversamente nel caso in cui il *iuramentum* sia stato disposto dal giudice. In questa ipotesi, infatti, la pronuncia del giuramento non impedisce l'eventuale ulteriore trattazione della causa, qualora evidentemente il giudice sospetti che la parte abbia giurato il falso.

Per quale motivo?

La diversità degli effetti viene spiegata facendo leva sulla natura del bene giuridico leso nelle due ipotesi. Nel primo caso, l'offesa è rivolta «solo» a Dio, e sarà quindi un problema circoscritto al fedele-spergiuro, una mera questione spirituale di colui che, pur di ottenere ragione in giudizio, non ha esitato a commettere un peccato mortale. Il potere politico, in questo caso, non entra in gioco, poiché si tratta di un atto indifferente per la sfera mondana, come ci conferma anche Azzone, con particolare chiarezza: «Item notandum est quod iusiurandum praestitum per Deum contempta religio [sic] punitur a solo Deo non per principem»<sup>57</sup>.

Nel secondo caso, viceversa, il giudice è tirato direttamente in ballo, è il destinatario diretto del falso giuramento: «Quando iudex defert, tunc religio et iudex circumvenitur». Il che significa che il falso giuramento, in quanto mezzo di prova, offende anche il giudice e non solo la divinità. E con il giudice non si scherza, sembra dire il glossatore: «cum quo non ita mite agitur, ut cum Deo»<sup>58</sup>.

Il fatto del *periurium*, in altre parole, non può risolversi in una mera questione di coscienza, in un problema interno al fedele e alla sua anima, poiché il *periurium* pronunciato a seguito di un *iuramentum necessarium* reca offesa al *munus* del giudice, alla sua dignità, prefigurando quello che, con linguaggio moderno, potremmo considerare un delitto contro l'amministrazione della giustizia. Ciò perché il *iuramentum necessarium* è un provvedimento del giudice, cui egli può discrezionalmente ricorrere «in defectu probationis» ed ha per questo una efficacia

<sup>56</sup> Si veda glossa «Quod si alias», *ad legem* «Admonendi», ff. «De iureiurando» (D. 12, 2, 31).

<sup>57</sup> Azonis, *Summa super Codicem. Instituta extraordinaria*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, 1, nella edizione anastatica, Augustae Taurinorum, 1966, p. 106.

<sup>58</sup> Glossa «Quod si alias».

circoscritta all'accertamento della verità processuale, «valet ad perficiendam probationem, non ad obligandam partem»; anche se, evidentemente, esso può contribuire in maniera decisiva all'accertamento della legittimità di una pretesa soggettiva e, per converso, all'accertamento di un obbligo in capo alla parte soccombente. Da tale precisazione emerge in modo neanche troppo implicito la distinzione tra un giuramento a efficacia sostanziale e un giuramento a efficacia meramente processuale, dal quale non discende automaticamente la cessazione della controversia.

Non mancano tuttavia prese di posizione che sembrano andare in senso contrario, contribuendo non poco a confondere le idee del lettore. È il caso ad esempio della glossa «probationes»<sup>59</sup>, nella quale si afferma, contestualmente, che il medesimo giuramento può assumere «locum probationis», ovvero mero valore probatorio, come pure, al contrario, «locum veritatis», ovvero efficacia sostanziale, al punto che il *sacramentum* è equiparato a istituti certamente non ascrivibili al diritto processuale, quali la transazione, il pagamento, la novazione, la delegazione.

La funzione meramente probatoria del giuramento viene argomentata facendo leva sulla disposizione contenuta in C. 6, 30, 10, avente ad oggetto la determinazione dell'asse ereditario. Tale norma consente ai creditori, ai legatari e ai fedecommissari di provare con qualsiasi mezzo l'esatta consistenza del patrimonio del *de cuius*, qualora vi siano fondate ragioni per ritenere che esso sia maggiore rispetto a quanto risulta dall'inventario predisposto dall'erede. Tutti i mezzi di prova sono ammessi, a partire dalla tortura, da infliggere ai servi ereditari, per finire, appunto, con il *sacramentum* dell'erede, da considerarsi *ultima ratio* in caso di mancanza di altre prove: «licentia danda creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est, approbare, vel per tormenta forsitan servorum hereditarium, vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint». In questa ipotesi, come si vede, la natura sostanziale del giuramento resta per lo meno in ombra.

Nella stessa glossa, tuttavia, troviamo un espresso riferimento a due passi del Digesto, nei quali, secondo l'autore, il giuramento acquisterebbe «locum veritatis». È il caso di D 12, 2, 27, ove si precisa che «iusiurandum etiam loco solutionis cedit», nonché di D 12, 2, 11, là dove invece si afferma che il possessore, il quale abbia negato tramite giuramento che la cosa appartiene all'attore, fintantoché dura il possesso potrà sempre difendersi invocando l'eccezione del giuramento: «sed si possessori fuerit iusiurandum delatum, iuraveritque rem petitoris non esse, quamdiu quidem possidet, adversus eum, qui detulit iusiurandum, si petat, exceptione iurisiurandi utetur».

Il che equivale a dire che il giuramento prestato dal possessore, assicurandogli, in costanza del possesso, la titolarità di una eccezione permanente esperibile nei confronti dell'attore che ha deferito il *sacramentum*, pone termine alla controversia. In questo senso deve intendersi il «locum veritatis». Ma, almeno in quest'ultima ipotesi, si tratta di una conclusione alquanto azzardata: la *denegatio actionis* o l'*exceptio iurisiurandi* derivanti dalla pronuncia del giuramento sono conseguenze di natura marcatamente processuale, il cui effetto tipico è esclusivamente quello di paralizzare l'azione, impedendo che possa instaurarsi o proseguire un giudizio con identico *petitum* e medesimo attore e convenuto.

---

59 Si veda glossa «Probationes», *ad legem* «Generaliter», C. «De rebus creditis et de iureiurando» (C. 4, 1, 12).

Tale ambiguità non deve sorprendere. Essa è in realtà il riflesso delle incertezze che serpeggiano in dottrina circa la natura e l'efficacia del *iuramentum iudiciale*, in particolare circa la legittimità della contrapposizione dei due giuramenti.

La questione è esposta con apprezzabile chiarezza in una glossa di Cino.

Che succede - si chiede il *pistoriensis* - nel caso in cui il giuramento venga deferito all'attore e questi confermi la legittimità della propria pretesa («et iurat sibi dare oportere»)? L'attore dispone per ciò solo di una *actio ex iuramentum*? Ecco allora riaffiorare la distinzione tra i due *iuramenta*: qualora si tratti di un giuramento volontario, l'attore che lo ha prestato dispone senz'altro di una *actio in factum*; qualora, al contrario, si tratti di un giuramento *necessarium*, la soluzione non appare altrettanto univoca. Secondo un primo orientamento, che lo stesso Cino attribuisce alla riflessione di Piacentino, in tale ipotesi non sorge alcuna *actio*: «Una Placentini, qui dixit quod non, cum actio in factum ex sententia oriatur»<sup>60</sup>. Ed è precisamente questo il punto centrale di tale tesi: l'*actio in factum*, nel caso in cui si giunga a una sentenza nasce da essa e non dal precedente giuramento.

Piacentino, a dire il vero, si dimostra piuttosto laconico sul punto.

Nella *Summa de actionum varietatibus* non vi è traccia della questione. Neppure la *Summa codicis* si rivela di particolare utilità. Nel lungo commento al titolo I del libro IV del *Codex* («De rebus creditis et iureiurando»), il tema del rapporto tra giuramento e azione resta alquanto in ombra. Dopo aver spiegato che il giuramento rappresenta un antidoto contro la malafede e la disonestà degli uomini, i quali diffidano naturalmente gli uni degli altri («introductum est iusiurandum ob hominum diffidentiam: si enim homo homini crederet, iurare necesse non esset»), il giurista ci ripropone la definizione tradizionale di *iuramentum*, nella quale ricompare il riferimento alla *religio*, intesa stavolta non alla stregua di una *fides* di carattere laico, ma di un atto solenne compiuto in presenza di Dio: «Est autem iusiurandum affirmatio vera falsave adhibita religione. Ergo iurare nihil aliud est, quam adfirmare vel negare deo inspectore».

Fatta questa premessa, Piacentino passa in rassegna i diversi *iuramenta* esistenti. La tradizionale bipartizione cede il passo a una inedita tripartizione. Identico resta l'oggetto e il fine di tale atto: «iuratur de causa et ut finiatur causa: alias extra iudicium, alias in iudicio». *Nulla quaestio* per quanto riguarda il giuramento stragiudiziale: è tale il giuramento deferito da una parte all'altra al di fuori di un processo, si tratta di un giuramento non necessario («necessitatem non habet»), nel senso che non vi è alcun obbligo di prestarlo né tantomeno di riferirlo, ragion per cui esso viene definito «conventionale» o «voluntarium». Ben più articolata e complessa si rivela l'ipotesi del giuramento pronunciato nell'ambito di un processo. Qui Piacentino distingue tra l'ipotesi di un giuramento deferito da una parte all'altra o dal giudice (senza ulteriori precisazioni), atto che viene definito «necessarium», perché non vi è possibilità di sottrarsi rifiutandosi di prestarlo o di riferirlo, e l'ipotesi di un giuramento «quod in iudicio defertur a iudice actori, vel reo ob probationum inopiam». È questo evidentemente il caso del giuramento disposto dal giudice a fini strettamente probatori, il quale, ci informa lo stesso Piacentino, da taluni è detto «iudiciale», da altri invece «necessarium», dove il carattere di necessità discende dal fatto che esso «non est referendum».

<sup>60</sup> Si veda Cynus Pistoriensis, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti veteris, doctissima commentaria*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, 1, nella edizione anastatica, Torino, 1964, p. 188.

Ora, mentre dalle prime due forme di giuramento derivano azioni ed eccezioni specifiche, da quest'ultimo non nasce alcuna azione: «Ex hoc sacramento ultimo actionem oriri me legisse non memini»<sup>61</sup>. Il che pare significare che esso esaurisce la sua funzione all'interno del processo, alla stregua di un qualsiasi mezzo di prova. *A fortiori*, quindi, nel caso in cui il giudice pronunci una sentenza, l'*actio* di cui potrà disporre la parte vittoriosa si fonderà su di essa e non certamente sul *iuramentum praestitum*.

Come si vede, la tesi che la tradizione attribuisce a Piacentino, si sviluppa a partire da un presupposto essenziale: l'esistenza di una sentenza definitiva emessa dopo il giuramento. Data tale sentenza, la questione si pone in questi termini: qual è il rapporto tra il giuramento e la sentenza pronunciata sul fondamento di quello? Entrambi, giuramento e sentenza, producono effetti di diritto sostanziale?

Secondo Piacentino, soltanto la sentenza è efficace rispetto al diritto soggettivo sostanziale e solo da essa nasce l'*actio*. L'eventuale *actio* derivante dal giuramento risulta elisa e assorbita dall'*actio* di identico contenuto derivante dalla sentenza. Con il risultato che, là dove si giunga alla pronuncia di una sentenza, l'efficacia del giuramento resta circoscritta alla fase strettamente processuale.

Come ci ricorda Cino, tale tesi è avversata da Hugo e da altri, mentre sembra «verior» e «rationabilior» a Pietro di Bellapertica, oltre che, ovviamente, allo stesso *pistoriensis*. A questo punto, egli chiarisce la propria posizione ricorrendo all'esempio di una *stipulatio* avente ad oggetto un contratto di mutuo, ovvero l'assunzione formale di una obbligazione la cui *conventio* sottostante è rappresentata da un contratto reale: «Ubi enim potest ex causato actio oriri, non oritur ex causa precedente: sicut patet, ubi est causa numerationis, et stipulatio quae causatur ex ea, ex qua stipulatione velut ex suo causato actio oritur, et non ex causa numerationis». Il mutuo, in quanto modello per eccellenza di contratto reale, si perfeziona esclusivamente a seguito della *datio rei*, benché essa ovviamente presupponga un previo accordo tra le parti. In mancanza di *traditio*, la semplice promessa di consegnare una somma di denaro produce esclusivamente un'azione personale, ovvero una *condictio ex stipulatu*. La nascita delle obbligazioni tipiche del contratto di mutuo presuppone invece la consegna del denaro, cioè la *numeratio pecuniae*.

Questo è il punto: in presenza di una *stipulatio* preceduta dalla *numeratio*, cioè dalla *datio rei*, l'eventuale *actio* per chiedere la restituzione del denaro non nasce dalla *numeratio*, ma dalla *stipulatio*, cioè dal fatto solenne della pronuncia dei *verba* collegati alla *conventio* sottostante. In altre parole, la *stipulatio* assorbe la *numeratio*, nel senso che l'azione a tutela del mutuante discende dall'atto solenne rappresentato dall'incontro tra le volontà dello *stipulator* e del *promissor*. Lo stesso meccanismo, secondo Cino, si applica anche nell'ipotesi del giuramento seguito da una pronuncia giudiziale: in questo caso, infatti, non siamo in presenza di fattispecie concorrenti, produttive di azioni indipendenti l'una dall'altra, ma è la sentenza ad assorbire il *iuramentum* inglobandone gli effetti.

È probabile tuttavia che la migliore spiegazione del pensiero di Piacentino, reso piuttosto inafferrabile dalla laconicità del passo che abbiamo ricordato, sia quella offerta dalle parole di Odofredo Denari.

<sup>61</sup> Gli argomenti e i passi citati si trovano in Placentini, *Summa codicis*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, I, nella edizione anastatica, Torino, 1962, p. 132 e ss.

Nella sua *Lectura super Codice*, egli non può fare a meno di affrontare la questione e lo fa anch'egli appoggiandosi all'autorità del suo illustre collega. Dal giuramento *iudiciale*, ci informa dunque Odofredo, non nasce alcuna *actio*, giacché è più che sufficiente l'azione derivante dalla sentenza: «Ex iudiciali non oritur actio in factum ut dicit Placentinus, quod satis est quod ex sententia iudicis detur actio in factum iudicati».

Non solo: non bisogna lasciarsi trarre in inganno dal fatto che dal giuramento volontario discenda un'*actio*. Si tratta infatti di fattispecie distinte, la cui differenza fondamentale si coglie benissimo tenendo presente che il giuramento volontario non prelude a una sentenza, è cioè un atto autonomo, indipendente da un procedimento di natura giurisdizionale, e come tale deve essere in grado di produrre i suoi effetti di per sé, pena la sua totale irrilevanza: «Dixit Placentinus quod non est mirum si nascitur actio in factum ex voluntario iureiurando quia non spectat sequentem sententiam: se iudiciale, sic».

Segue infine un'ulteriore chiarimento, questo davvero decisivo: se anche il giuramento *iudiciale* facesse nascere un'azione, ci troveremmo dinanzi a due *actiones*, una derivante appunto dal giuramento, l'altra derivante invece dalla sentenza, il che sarebbe assurdo dal punto di vista logico: «Si autem diceremus sicut dixit Placentinus quod ex iudiciali daretur actio in factum, et ex sententia alia esset in factum, inconueniens esset quod duae actiones darentur ad idem: unde altera esset superflua, quod esse non debet». Ergo, una delle due azioni è superflua, ed è ovvio che sia la prima, in quanto mero segmento di un *iter* procedimentale complesso destinato a chiudersi con la sentenza<sup>62</sup>.

Il consolidamento dottrinale della tesi differenziatrice è frutto delle vivaci reazioni suscitate dalla tesi tradizionalmente attribuita a Piacentino, la quale, oltre al fatto di non tener conto della possibilità di costruire giuramento e sentenza alla stregua di fattispecie concorrenti, in quanto tali produttive di azioni autonome, si scontrava con molteplici passi delle fonti romane nelle quali il sorgere di un *actio* sembrava discendere naturalmente dalla pronuncia di un giuramento, a prescindere dalla natura di quest'ultimo.

A riprova delle accese dispute dottrinali suscitate dalla tesi di Piacentino, possiamo senz'altro ricordare la glossa «Actio»<sup>63</sup>, ovvero il commento al passo nel quale si esamina l'effetto del giuramento prestato dall'attore dinanzi al convenuto possessore in una causa di rivendica della proprietà: «Si petitor iuravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio».

Che significa «actori dabitur actio», si chiede il glossatore?

La risposta è inequivocabile: il passo di Ulpiano sta ad indicare che da un giuramento, giudiziale o necessario, sorge sempre un'azione a favore di colui che lo ha pronunciato: «Probatum ergo hic quod ex iudiciali vel necessario iuramento datur in factum actio. Hic enim iudicium erat coeptum. Loquitur enim de petitione et nihilominus dabitur actio in factum ex sententia quae sequitur».

A quanto parrebbe, pertanto, secondo questa linea interpretativa, il proprietario che agisce in rivendica, una volta prestato il giuramento deferito dal convenuto, può disporre di due *actiones*, una derivante dal giuramento, l'altra derivante dall'eventuale sentenza che chiude la controversia. Tuttavia, il glossatore non può fare a meno di riportare l'opinione contraria di Piacentino, con la quale evidentemente è impossibile non fare i conti: «Placentinus contra

62 Si veda Odofredus, *Lectura super Codice*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, I, nella edizione anastatica, Bologna, 1968, p. 188.

63 Si veda glossa «Actio», *ad legem* «Nam posteaquam iuratum», § «Si petitor», ff. «De iureiurando» (D. 12, 2, 9).



dicit etiam ex necessario vel iudiciali non dari actionem in factum, cum ex sententia speretur»: laddove vi sia un giudizio pendente, e la parte sia in attesa di una sentenza, l'azione nasce eventualmente solo da quest'ultima e mai dal *iuramentum necessarium*: «Probatur hic quod actio in factum datur ex sententia cum iudicatur rem meam esse».

Segue però subito un'affermazione alquanto sibillina, benché apparentemente ovvia: «Licet quidam dicant iudicis officium tantum implorari posse ad executionem». Ecco la questione: sembra preferibile ricollegare la nascita dell'*actio* al giuramento piuttosto che alla sentenza; in caso contrario, il soddisfacimento della pretesa dell'attore dipende esclusivamente dalla esecuzione della pronunzia giudiziale, è quindi rimessa alla buona volontà del giudice (da implorare, se del caso...). E questa pare una soluzione assai poco desiderabile all'autore della glossa, il quale preferisce coltivare l'idea di una efficacia diretta del *iuramentum praestitum*, e quindi della sua capacità di modificare *ipso iure* le posizioni giuridiche soggettive delle parti in causa.

Ma di certo uno dei principali rappresentanti della corrente dottrinale contraria a quella inaugurata da Piacentino è Azone<sup>64</sup>, il quale, nella *Summa super Codicem*, commentando il medesimo titolo del Digesto, torna a sua volta sulla questione. Secondo Azone, da qualsiasi forma di giuramento nasce un'*actio*: «Effectus autem iurisiurandi voluntarii vel necessarii vel iudicialis est quod ex eis omnibus datur actio in factum». Tuttavia, Piacentino e i suoi seguaci sostengono il contrario: «Quidam autem ut Placentinus dixerunt ex iudiciali vel necessario sacramento non dari actionem in factum iuranti qui habiturus est eam ex sententia».

Qui, a differenza della glossa «Actio», ci imbattiamo in una argomentazione di tenore differente. Ammettiamo pure che Piacentino abbia ragione, che cioè l'azione derivi dalla sentenza. Ciò non toglie che azioni di contenuto analogo possano ricollegarsi, a livello genetico, a fattispecie giuridiche differenti: «Sed certe hoc nihil impedit quod eiusdem rei nomine plures competere actiones non est mirum». Non c'è da stupirsi in altre parole se la parte dispone di più azioni concorrenti alle quali può far ricorso per il soddisfacimento della propria pretesa giuridica.

Un esempio, secondo Azone, è dato dall'istituto della *confessio*. La confessione, resa nell'ambito di un processo, genera un'*actio*, e ciò appunto a dispetto del fatto che tale atto sia compiuto dinanzi al giudice in pendenza di una controversia: «Nam actio posset dari ex confessione si confessus in iudicio est, quoniam confessus habet pro iudicato. Idem ergo in iureiurando». L'autore della *Summa*, pertanto, non si limita a contestare la tesi di Piacentino opponendo ad essa una affermazione uguale e contraria, ma fa ricorso a un ragionamento giuridico assai più sottile, ipotizzando la possibilità della coesistenza di più azioni concorrenti, di analogo contenuto, nascenti da fattispecie distinte. La presenza di una pluralità di azioni, in conclusione, non è affatto inammissibile e non configura un nonsenso logico dal punto di vista giuridico.

Questo, in sintesi, è il lascito che la dottrina giuridica medievale, al suo apogeo, consegna alla storia e alla riflessione dei giuristi successivi. A partire da esso, attraverso un percorso tortuoso nel quale si inseriranno a vario titolo anche le differenti soluzioni adottate dagli statuti comunali, la riflessione sul giuramento proseguirà ininterrotta, e sarà caratterizzata dalla tendenza crescente alla processualizzazione di tale istituto, ovvero all'abbandono di una concezione del *iuramentum* quale mezzo di regolamento del rapporto controverso<sup>65</sup>.

64 Azonis, *Summa super Codicem. Instituta extraordinaria*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, 1, nella edizione anastatica, Augustae Taurinorum, 1966, p. 106.

65 Cfr. Allorio, 1937, p. 107.

## Riferimenti Bibliografici

- Abbondanza, R. (1962). Aripando. In *Dizionario biografico degli Italiani*, IV. Roma: Treccani.
- Agamben, G. (2008). *Il sacramento del linguaggio*. Archeologia del giuramento. Roma: Laterza.
- Alessi, G. (1987). Processo penale (dir. interm.). In *Enciclopedia del diritto*, XXXVI. Milano: Giuffrè.
- Allorio, E. (1937). *Il giuramento della parte*. Milano: Giuffrè.
- Amirante, L. (1961). Giuramento (diritto romano). In *Novissimo Digesto Italiano*, VII. Torino: UTET.
- Anschuetz, A. (1885). *Die Lombarda Commentare des Aripandus und Albertus*. Ein Beitrag zur Geschichte des germanischen Rechts im zwölften Jahrhundert. Heidelberg: Akademische Verlagshandlung von J. C. B. Mohr.
- Astuti, G. (1971). Spirito del diritto longobardo: il processo ordalico. In *La civiltà dei Longobardi in Europa* (Atti del Convegno internazionale: Roma, 24-26 maggio 1971 – Cividale del Friuli, 27-28 maggio 1971). Roma.
- Astuti, G. (1979). Obbligazioni (dir. Intermedio). In *Enciclopedia del diritto*, XXIX. Milano: Giuffrè.
- Astuti, G. (1952). *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, vol. I. Milano: Giuffrè.
- Bellomo, M. (1991). *L'Europa del diritto comune*. Roma.
- Besta, E. (1902). L'opera di Vaccella e la scuola giuridica di Mantova. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIV. Torino: Bocca.
- Brandileone, F. (1931). Origine e significato della «*traditio chartae*». In F. Brandileone, *Scritti di storia del diritto privato italiano*. Bologna: N. Zanichelli.
- Brunner, H. (1880). *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung.
- Campitelli, A. (1987). Processo civile (dir. interm.). In *Enciclopedia del diritto*, XXXVI. Milano: Giuffrè.
- Cicerone, M. T. (1978). *Opere politiche e filosofiche: Lo Stato, Le leggi, I doveri*, vol. I. Torino: UTET.
- Cortese, E. (1995). Il processo longobardo tra romanità e germanesimo. In *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli V-VIII)*. Spoleto: Centro italiano di studi sull'alto Medioevo.
- Cortese, E. (2013). Roffredo Epifani da Benevento. In *Dizionario biografico dei giuristi*

*italiani*, vol. II. Bologna: Il Mulino.

Diurni, G. (1976). *L'expositio ad librum papiensem e la scienza giuridica preirneriana*. Roma: Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano.

Fiorelli, P. (1965). Duello (storia). In *Enciclopedia del diritto*, XIV. Milano: Giuffrè.

Kantorowicz, H. (1939). De Pugna. La letteratura longobardistica sul duello giudiziario. In *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. II. Milano: Giuffrè.

Leges Karoli Magni imperatoris. In *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 65 (66), MGH, IV.

Leges Liutprandi regis. In *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 70 (71), MGH, IV.

*Leges Longobardorum cum argutissimis glosis* (1964). Torino.

Leges Rothari regis. In *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 366 (365), MGH, IV.

Leicht, P. S. (1920). Le glosse di Carlo di Tocco. In *Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna*, vol. IV. Bologna: Commissione per la storia dell'Università.

Loschiavo, L. (2004). *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo Medioevo*. Milano: Giuffrè.

Loschiavo, L. (2013). Aripando. In I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta (a cura di). *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. I. Bologna: Il Mulino.

Merkel, J. (1850). *Die Geschichte des Langobardenrechts*. Berlin: Rudolf Vierhaus.

MGH – *Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, vol. I, 911-1197.

MGH – *Constitutiones et acta publica Imperatorum et Regum*, vol. II, 1198-1272

MGH – *Leges Langobardorum*, vol. IV

MGH – *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 110 (112), vol. IV.

Patetta, F. (1890). *Le ordalie*. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato. Torino.

Platone (1991). *Tutti gli scritti*, a cura di Giovanni Reale. Milano: Bompiani.

Provinciali, R. (1970). Giuramento decisorio. In *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX. Milano: Giuffrè.

Ravennata, U. de P (1913). *Summula de pugna et modis purgationum eius qui criminatur*. I. B. P. Bononiae (a cura di). *Scripta Anecdota Glossatorum*.

Salvioli, G. (1898). Intorno all'uso della Lombarda presso i glossatori e i giuristi del secolo XIV. In *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, vol. II. Torino.

Salvioli, G. (1969). Storia della procedura civile e criminale. In P. del Giudice (a cura di).

*Storia del diritto italiano*. Firenze: Libreria O. Gozzini.

Sarti, N. (1995). *Maximum dirimendarum causarum remedium* – Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII. Milano: Giuffrè, 1995.

Von Savigny, F. C. (1956). *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. IV. Darmstadt.

Sbriccoli, M. (2009). *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi e inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè.

Schupfer, F. (1909). *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, vol. III. Roma: E. Loescher.

Sinatti d'Amico, F. (1968). *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*. Milano: Giuffrè.

Taruffo, M. (2009). *La semplice verità* – Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza.

Data de Recebimento: 23/08/2023

Data de Aprovação: 11/09/2023

# HISTÓRIA DO DIREITO

## La tragedia *antígona* vista desde la lusfilosofía \*

*The antigone tragedy seen from Legal Philosophy*

*A tragédia antigona vista da Filosofia do Direito*

**Andrés Botero** \*\*

---

\* Este texto se inscribe en el proyecto de investigación 2993, «Delimitación de la psicopolítica a la luz de los filósofos Han y Onfray», financiado por la Universidad Industrial de Santander (Colombia). Este escrito, que desarrolla un texto anterior (Botero, 2016a), será publicado próximamente por la Universidad Industrial de Santander, en un libro homenaje al prof. Mario Palencia.

\*\* Doctor en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina) y doctor en Derecho por la Universidad de Huelva (España). Abogado y filósofo. Profesor titular de la Escuela de Filosofía de la Universidad Industrial de Santander (UIS). Miembro del grupo de investigación Politeia de la UIS. Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-2609-0265>. Correo electrónico: [aboterob@uis.edu.co](mailto:aboterob@uis.edu.co).

## RESUMEN

En este escrito se planteará que *Antígona*, de Sófocles, ha recibido diversas lecturas con el paso del tiempo. Aquí se expondrán dos en concreto, la lectura tradicional desde el plano iusfilosófico y la que se considera como la más apropiada con la cosmovisión ateniense al momento de ser presentada por su autor a los ciudadanos de dicha *polis*. Frente a la lectura tradicional se sostendrá que corresponde con los asuntos y los debates universitarios y académicos del siglo XIX. Dicha lectura plantea extender el debate decimonónico entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo-estatalismo, a la tragedia misma. De esta manera, *Antígona* es presentada como una iusnaturalista rebelde en contra del despótico iuspositivista y estatalista Creonte. Si bien hay elementos que permiten conectar la obra de Sófocles con los debates del siglo XIX, no por ello puede considerarse que esa es la mejor lectura de *Antígona*, por lo menos no si se busca una lectura más cercana con lo que correspondía a la cosmovisión ateniense. Entonces, la lectura que aquí se considera como más acorde con el *espíritu de la época* en la que fue escrita y presentada parte de que no es posible extender el debate iusnaturalismo-iuspositivismo a una época donde ni siquiera tenían consciencia *clara y distinta* de lo que iba a ser lo jurídico en la época de consolidación de los Estados-nación. Tanto Antígona como Creonte parten de sus propias interpretaciones de lo que debería ser *nomos* y ambos consideran que su interpretación está acorde con la *physis* divina que conduce al *cosmos* y aleja el *caos*. Ambos personajes parten de normas escritas y costumbres aceptadas en su momento: Antígona, del deber familiar de enterrar y honrar a los parientes muertos, independientemente de que hayan sido buenos o malos con la *polis*; Creonte, del deber político (es decir, derivado de la *polis*) de que al traidor no se le enterra ni se le honra, por lo menos no desde la *polis* traicionada. ¿Cuál de las dos interpretaciones del *nomos* debe prevalecer sobre la otra? Ahí está el quid de la tragedia, tal como se dio cuenta Hegel.

**Palabras clave:** Iusfilosofía, Antígona, Edipo, Iusnaturalismo, Tragedia.

## RESUMO

Neste artigo, argumentar-se-á que a Antígona de Sófocles tem sido objeto de várias leituras ao longo do tempo. Duas em particular serão aqui apresentadas, a leitura tradicional de um ponto de vista ius-filosófico e aquela que é considerada a mais adequada à visão do mundo ateniense na altura em que foi apresentada pelo seu autor aos cidadãos da polis ateniense. Em contraste com a leitura tradicional, argumentar-se-á que ela corresponde às questões e aos debates universitários e académicos do século XIX. Esta leitura propõe alargar o debate do século XIX entre o jusnaturalismo e o juspositivismo-estatismo à própria tragédia. Desta forma, Antígona é apresentada como uma rebelde jusnaturalista contra o despótico juspositivista e estatista Creonte. Embora existam elementos que nos permitem relacionar a peça de Sófocles com os debates do século XIX, isso não significa que esta seja a melhor leitura de Antígona, pelo menos se estivermos à procura de uma leitura mais próxima do que correspondia à mundividência ateniense. Por isso, a leitura aqui considerada como mais consentânea com o espírito da época em que foi escrita e apresentada parte do pressuposto de que não é possível estender o debate jusnaturalismo-juspositivismo a uma época em que nem sequer havia uma consciência clara e distinta do que viria a ser o direito na era da consolidação dos Estados-nação. Tanto Antígona como Creonte partem

das suas próprias interpretações do que deve ser o *nomos*, e ambos consideram que a sua interpretação está de acordo com a *physis* divina que conduz ao *cosmos* e afasta o caos. Ambas as personagens partem de regras escritas e de costumes aceites na época: Antígona do dever familiar de enterrar e honrar os parentes mortos, independentemente de terem sido bons ou maus para a *pólis*; Creonte do dever político (ou seja, derivado da *pólis*) de que o traidor não seja enterrado nem honrado, pelo menos não pela *pólis* traída. Qual das duas interpretações do *nomos* deve prevalecer sobre a outra? É aí que reside o cerne da tragédia, como Hegel percebeu.

**Palavras-chave:** Jusfilosofia; Antígona; Édipo; Jusnaturalismo; Tragédia.

### ABSTRACT

In this paper it will be argued that *Antigone*, by Sophocles, has received various readings over time. Two will be exposed here, the traditional reading from the iusphilosophical point of view and the one that is considered the most appropriate with the Athenian worldview at the time of being presented by its author to the citizens of this *polis*.

In contrast to the traditional reading, it will be argued that it corresponds to the university and academic issues and debates of the 19th century. This reading proposes to extend the nineteenth-century debate between iusnaturalism and iuspositivism-statism, to the tragedy itself. In this way, *Antigone* is presented as a rebellious iusnaturalist against the despotic iuspositivist and statist Creon. Although there are elements that allow the work of Sophocles to relate to the debates of the 19th century, it cannot therefore be considered that this is the best reading of *Antigone*, at least not if a closer reading is sought with what corresponded to the Athenian worldview.

So, the reading that is considered here as more in keeping with the *spirit of the time* in which it was written and presented, starts from the fact that it is not possible to extend the naturalism-positivism debate to a time when they did not even have a *clear and distinct* awareness of what was going to be the legal at the time of the consolidation of the Nation-States. Both, Antigone and Creon, start from their own interpretations of what *nomos* should be and both consider that their interpretation is in accordance with the divine *physis* that leads to the *cosmos* and drives *chaos* away. Both characters parts of rules and customs accepted at the time: Antigone of family duty to bury and honor dead relatives, regardless of whether they have been good or bad with the *polis*; Creon of the political duty (that is, derived from the *polis*) that the traitor is not buried or honored, at least not from the betrayed *polis*. Which of the two interpretations of *nomos* prevails over the other? That is the crux of the tragedy, as Hegel realized.

**Keywords:** Philosophy of law, Antigone, Oedipus, Naturalism, Tragedy.

## 1. Introducción

En el presente escrito, se expone la forma tradicional en la que son leídas, en el campo de la iusfilosofía, desde el siglo XIX, las tragedias de Sófocles *Edipo Rey* y, especialmente, *Antígona*<sup>3</sup>. Haciendo énfasis en esta última tragedia, fundada a su vez en un mito antiquísimo, esta visión tradicional presenta a Creonte como un iuspositivista, estatista y tirano malvado, mientras que Antígona es señalada como una iusnaturalista bondadosa, una mártir, en un trasfondo jurídico-político que hace creer que Atenas era un Estado-nación [una equiparación errónea que ha hecho que muchos traduzcan *polis* como ciudad-Estado (Almeyda, 2020)] que vivía bajo un monismo jurídico (esto es, un único sistema normativo jerarquizado, centralizado y más o menos coherente) con preeminencia del derecho escrito fruto de la voluntad política del soberano. Como se mencionará en este texto, esta visión anacrónica de las tragedias de Sófocles se debe, especialmente, a ciertos lectores decimonónicos de Hegel (2010), quien reivindicó en la iusfilosofía la tragedia de *Antígona*, lectores que consideraron esta tragedia como la primera obra en la que se retrata el enfrentamiento entre iuspositivistas y iusnaturalistas.

Esta lectura o mirada tradicional de *Antígona*, que tanta carrera ha hecho en los estudios filosóficos y jurídicos, no es propia del mundo griego. Entonces, aquí se intentará exponer cómo fue apreciada dicha tragedia desde la cosmovisión ateniense, con el fin de recordarle al filósofo del derecho contemporáneo, por un lado, que con dicha obra se buscaba la formación de los ciudadanos en los valores republicanos del momento<sup>4</sup>, cosmovisión que deja en claro cómo Creonte no fue visto como un malvado gobernante, aunque efectivamente pecó contra los dioses; y, por el otro, que el sistema jurídico ateniense no puede igualarse, sin más, con el derecho y los debates académicos decimonónicos. Resulta que tanto Creonte como Antígona recurrieron, para la defensa agonística de sus puntos de vista, haciendo alarde del *logos* (en este caso, de la retórica tan apreciada en la democracia ateniense por la preeminencia de la palabra sobre el poder), a las costumbres antiguamente aceptadas (*ágraphoi nómoi*) y a las normas escritas del momento, en tanto que se consideraba al *nomos* como una construcción colectiva en continua revisión. Antígona afirma que el deber familiar (de la *gens* o clan) y religioso de enterrar al pariente (máxime que tanto Polínices como Antígona pertenecen a un clan poderosísimo dentro de la *polis*), con los ritos fúnebres del caso, independientemente de que haya sido bueno o malo, prevalece sobre el deber político (de la *polis*) de no enterrar al traidor con los ritos fúnebres tradicionales. ¿Cuál de los dos mandatos debe prevalecer? Sófocles quería exponer ante los ciudadanos, entre otras cosas, el dilema sobre si los deberes familiares deben ceder, por las consideraciones que luego se estudiarán, ante los deberes políticos, a la vez que muestra que son necesarias la retórica y la moderación en la deliberación agonística propia de la democracia ateniense, pues ella ayuda a solventar las continuas antinomias y anomias propias del pluralismo jurídico de aquel entonces (es decir, la coexistencia, sin que puedan derogarse, pero sí desplazarse en un caso concreto, de diferentes tipos de normas válidas) (Magoja, 2022, pp. 22 y 37).

Ahora bien, este texto fue construido siguiendo los protocolos propios de la investigación documental, especialmente la bibliográfica (Botero, 2016b). Esto supuso la lectura de fuentes primarias (como las tragedias de Sófocles antes señaladas) y secundarias, haciendo un registro

<sup>3</sup> Antígona, sin cursiva, es para referirse al personaje; en cursiva, a la obra.

<sup>4</sup> Especialmente en estos tres elementos según Vernant: «en primer lugar, la extraordinaria preeminencia de la palabra por sobre todos los otros instrumentos de poder; en segundo lugar, el desarrollo de las prácticas públicas; finalmente, la igualdad de derechos entre los componentes de la ciudad (*isonomía*) y la igualdad en el ejercicio del poder político (*isokratía*)» (citado por Magoja, 2022, pp. 33-34).



analítico de cada texto, con el fin de encontrar aspectos en común con el objetivo de dilucidar las formas en las que se ha leído *Antígona*, en especial la que se denominará *tradicional* y la que aquí se defiende como la forma más cercana a la cosmovisión griega.

Igualmente, pasando a la primera persona, quisiera agradecer expresamente al prof. Diony González (Universidad de Antioquia) por sus valiosos aportes en lo que respecta a la cosmogonía griega.

Para finalizar este acápite, es importante mencionar la pertinencia de este tema en un libro homenaje al prof. Mario Palencia, querido amigo y colega. El prof. Palencia ha sido uno de los mejores lectores de la obra trágica griega en nuestra Escuela de Filosofía (UIS), por lo cual hemos sostenido interesantes debates sobre los diferentes sentidos que ha tenido, a lo largo del tiempo, la tragedia de *Antígona*, de manera tal que este texto sería una forma de sistematizar mis posturas al respecto. Igualmente, este texto obedece a una dinámica al interior de la Escuela y del Grupo de Investigaciones Politeia de vincular la filosofía con la literatura, tal cual como lo hizo el prof. Palencia (v. gr. Botero, Palencia y Silva, 2020).

## 2. Lectura tradicional de *Antígona*

Sin pretender sentar cátedra en un tema más que tratado por la filosofía del derecho, las tragedias de Sófocles, *Edipo Rey* y *Antígona*, son los ejemplos más aludidos cuando se trata de explicar el movimiento<sup>5</sup> iusnaturalista cosmológico. Es por ello que, para atrapar al estudiante de derecho y de filosofía en la lógica del entretenimiento contemporáneo (educar por medio de tecnologías u obras de arte que atrapen al lector joven), a la vez que permitirle el acceso a un conocimiento iusfilosófico, es común citar ambas tragedias, en especial *Antígona*, para explicar el derecho natural de la época grecolatina.

En otras palabras, el iusnaturalismo cosmológico ha sido presentado por la *tradicción* iusfilosófica como aquel que planteó, en la Antigüedad, que hay una dualidad normativa entre un derecho natural de los dioses, que se expresa para todos por igual en la *physis* dada (defendida por la *bondosa* y justa Antígona), y un derecho positivo que se expresa en el *nomos* construido por la voluntad humana (defendido por el *tirano*, malévolo e injusto Creonte). Sin embargo, el tema es mucho más complejo que esto.

Resulta que cuando el *nomos*<sup>6</sup> escucha lo ordenado por la *physis*, dentro del *logos* que da unidad al universo, el *cosmos* u orden divino se desoculta para el mortal (dado que la *physis* se termina por identificar con el *cosmos*), lo que trae consigo un orden no solo político (paz pública y estabilidad en el gobierno, en tanto la *polis* así se corresponde con el *cosmos* u orden del universo), sino también en el *oikos* (en el ámbito de lo privado, donde el *cosmos* propicia un hogar en paz y próspero) y en el mundo externo (las cosechas son buenas, los primogénitos

---

5 Aquí se diferencia *movimiento* de *escuela*. El primero da cuenta de prácticas y saberes compartidos de manera informal entre un grupo académico más o menos heterogéneo, mientras que la segunda da cuenta de esas prácticas y saberes, pero transmitidos en el contexto de instituciones educativas y a partir de la relación maestro-discípulo, que lo hace algo más homogéneo.

6 Es importante una precisión. En Atenas eran conocidos diferentes tipos de mandatos, que no pueden ser considerados jurídicos en sentido estricto, pues no estamos en una época donde el derecho haya logrado autonomía identitaria ante la moral y la religión. En este trabajo, por un tema de espacio, se designará como *nomos* al conjunto de dichos mandatos donde, el más importante, era la costumbre comúnmente aceptada, que convivía, a veces en armonía y otras veces no, con las normas escritas que recibían diferentes nombres (*pséphisma*, *kérygma*, etc.). Se reitera que el *nomos* en la cultura griega antigua no es un edificio jurídico jerárquico, coherente y centralizado, mucho menos uno emitido por la voluntad soberana de un Estado-nación, de allí que no pueda decirse que el *nomos* sea derecho positivo (Magoja, 2022).

y el ganado nacen y crecen saludablemente, no hay hambruna ni epidemias, etc.). Si, por el contrario, el *nomos*, que es humano, desatiende la *physis*, que es divina, aparece el *caos*, la *hybris* (el error trágico fruto de la acción contraria a las leyes divinas), y con ella se desata el *loimos* (la peste o la calamidad), propios de la desdicha política, doméstica y natural; dicho con otras palabras, todo empieza a ir mal.

Pero ¿cómo poner esto en concreto al momento de enseñar dicho movimiento iusnaturalista a los juristas y a los filósofos contemporáneos? La forma tradicional ha consistido en explicarla, como ya se dijo, a partir de dos tragedias que, tristemente, cada vez son de más difícil entendimiento para las nuevas generaciones: *Edipo Rey* y *Antígona*.

Es que la tragedia ha sido un excelente campo de análisis para la iusfilosofía, pero su valor va más allá de ser un medio pedagógico en este campo del saber jurídico y filosófico. No en vano la tragedia fue –además de un documento filosófico y ético pleno (Nussbaum, 2004, pp. 40-43) que muestra con gran habilidad el dolor que atraviesa la vida<sup>7</sup>, donde no hay respuesta fácil ni definitiva<sup>8</sup>– un documento *jurídico* (pero en un sentido amplio) de la cultura helénica (Vernant, 1972, pp. 295-317). Y la tragedia jurídica por excelencia, según los lectores hegelianos, ha sido *Antígona*, pero esta no puede comprenderse, para nada, si se desconoce a *Edipo Rey*. Según la interpretación tradicional de ambas tragedias, que es solo una [pero muy poderosa en el campo de la iusfilosofía, entre las muchas lecturas que han tenido a lo largo de estos dos mil quinientos años (Steiner, 2013)], que arranca de una lectura poco precisa de Hegel, como se mostrará más adelante, el *quid* del asunto es el choque entre el derecho natural (*physis*), que está presente en el mundo que nos rodea, con el derecho positivo humano (*nomos*) creado por la voluntad de los gobernantes. En este caso, Edipo y luego Creonte fueron castigados por su *hybris*, por poner el derecho positivo por encima del derecho natural. El asunto es más grave con Creonte, quien ha sido visto por muchos lectores como un hombre perverso (incluso, por un antihegeliano como Schopenhauer<sup>9</sup>); todo lo anterior decanta en la forma en la que se exponen, en la actualidad, ambas tragedias, mirada que aquí se denomina tradicional.

Dicho con otras palabras, dada la centralidad que Hegel le dio, en su filosofía del derecho, a la tragedia de *Antígona* como el mejor ejemplo del paso dialéctico del espíritu objetivo del poder-derecho familiar (representado por Antígona) al poder-derecho político (representado por Creonte), los juristas y los filósofos iusnaturalistas, especialmente germanos de la primera mitad del siglo XIX, influidos por el hegelianismo y el romanticismo del momento (este último que idealizó la cultura helénica, a la vez que era crítico acérrimo del Estado-nación ilustrado y de la centralización del sistema político y jurídico), iusnaturalistas que estaban enfrentados a los comentaristas del código civil francés, que luego serán conocidos como los exegetas (Halperin, 2017), y a los juristas científicos germanos (Savigny, Puchta, etc.) (Botero, 2020, pp. 129-173), que empezaban a dominar las facultades de derecho, y en alguna medida nostálgicos del

7 «Para el conjunto de nuestro análisis es muy importante observar que el fin de esta máxima producción poética es la representación del aspecto terrible de la vida; que lo que aquí se nos exhibe es el indecible dolor, las calamidades de la humanidad, el triunfo de la maldad, el sarcástico dominio del azar y el irremediable fracaso de lo justo y lo inocente: pues aquí se encuentra una importante advertencia sobre la índole del mundo y la existencia» (Schopenhauer, 2013, p. 308).

8 «La pregunta trágica no registra la dificultad de la resolución de la pregunta obvia, sino otra dificultad distinta: la que se desprende del hecho de que todas las respuestas posibles a la pregunta obvia —incluida la mejor— son malas, es decir, que implican una acción grave desde el punto de vista moral. En ese sentido, digamos que no hay ninguna ‘respuesta correcta’» (Nussbaum, 2017, pp. 323-324).

9 «Puede hacerse, en efecto, por medio de un carácter de maldad extraordinaria y rayana en los límites de la posibilidad, que es el autor de la desgracia; son ejemplos de esta clase: Ricardo III, Yago en *Otelo*, Shylock en *El mercader de Venecia*, Franz Moor, la Fedra de Eurípides, Creonte en *Antígona*, etc. También se puede hacer por medio del ciego destino, es decir, del azar o el error: un verdadero modelo de esta clase es *Edipo rey* de Sófocles, *Las Tarquinias* y en general la mayoría de las tragedias antiguas» (Schopenhauer, 2013, p. 310).

Antiguo Régimen, construyeron un discurso que aquí ha sido denominado tradicional, donde anacrónicamente se pretendió ver que el debate entre iusnaturalistas (justos, como Antígona) y iuspositivistas (injustos, como Creonte) no viene del siglo XIX, sino desde la cuna misma de la civilización occidental, a la vez que es un debate que puede ser visto, en una reducción al absurdo, a posturas morales: los iusnaturalistas claman por la superioridad de la moral (de su moral) sobre la voluntad del Estado-nación, mientras que los iuspositivistas defienden la superioridad de la voluntad del sistema político centralizado, por lo que fácilmente terminan por justificar la arbitrariedad.

De esta manera, estos iusnaturalistas decimonónicos, preocupados por la aparición del iuspositivismo, por un lado, y del Estado como centro de producción y aplicación del derecho, por el otro, crearon un aliado o, mejor dicho, una aliada: Antígona. Y esta visión, que quería fundarse en Hegel, se impuso hasta la actualidad con variados matices. Por ejemplo:

Pero a la ley humana de Creonte Antígona opone otra superior, opone las leyes altas y no escritas de los dioses a las que Creonte no puede derogar; a la diferencia humana entre defensor y enemigo de la ciudad, opone la igualdad de todos los hombres en la muerte. Y ambos bien razonan, como comenta el coro en el diálogo entre Emón y Creonte; ambas argumentaciones están fundadas, porque se mueven en planos diferentes. Y son los argumentos del diálogo del derecho. Por un lado, el derecho positivo del cual quien se dice jurista se hace intérprete y, por el otro, la voz de la conciencia que siempre juzga y pueden juzgar la justicia de cada la ley humana (Ascarelli, 1955, p. 758, traducción propia del italiano).

Justicia y certeza son, indudablemente, los dos valores principales perseguidos por el Derecho. Por lo general, estos dos valores son conceptos alternativos uno del otro. En el léxico filosófico-jurídico expresan, de hecho, un contraste que atraviesa la tradición entera de la filosofía política y filosofía del Derecho desde la antigüedad clásica hasta la edad moderna: el dilema y la oposición entre razón y voluntad; entre leyes de la razón y leyes de la voluntad; entre sustancia y forma; entre derecho natural y Derecho positivo; entre Antígona y Creonte, donde Antígona es el símbolo de la lucha por la justicia en nombre de las leyes de la naturaleza, mientras que Creonte es el símbolo del orden constituido y el defensor de la certeza de las leyes positivas (Ferrajoli, 2022, pp. 10-11).

### 3. Críticas a la lectura tradicional de *Antígona*

Pero esta lectura tradicional merece muchas precisiones. En primer lugar, Hegel nunca llegó a tanto: la tragedia de *Antígona* vendría siendo el texto más antiguo de filosofía del derecho si se acepta que en ella se refleja el paso del espíritu, de la familia (clan) a la *polis*, de lo privado a lo público, del derecho anclado en la familia y el clan al derecho que gira alrededor de la *polis*; pero hasta ahí. Las consideraciones adicionales sobre la moralidad o la inmoralidad de los personajes o de la trama, a la luz de paradigmas jurídicos modernos, son agregados de sus lectores decimonónicos. Sobre esto se volverá más adelante.

En segundo lugar, en el mundo griego no se puede considerar que hubo conciencia del enfrentamiento de dos sistemas jurídicos, el natural y el positivo, puesto que ni siquiera existió noción precisa de *derecho* (pues, para empezar, no había autonomía de lo jurídico ante lo religioso y lo moral), una noción que permitiese mostrar en su arte y complejidad tal enfrentamiento, que es más cristiano e, incluso, moderno. Lo que se refleja más bien es la tragedia que se desata en

el comportamiento humano cuando alguien hace (i) una *interpretación* (contemporáneamente se usaría el término hermenéutico de *traducción*)<sup>10</sup> de la *physis* para guiar su comportamiento, pero sin saber a ciencia cierta si dicha interpretación realizada se corresponde con la verdadera voluntad de los dioses (Wallace, 2007, pp. 23-44); y (ii) una *defensa retórica* de su *interpretación* como el medio idóneo para resolver una antinomia en una democracia, ante la ausencia de criterios objetivos de solución de la controversia, jugándose con ello su vida o patrimonio, dado que ambas partes consideraban que su postura es la correcta.

Para entender lo anterior, es preciso recordar que, desde los presocráticos, en especial Alcmeón de Crotona, Parménides de Elea y Empédocles (Bernabé, 2016, pp. 111, 182 y 237, respectivamente), se tenía noción clara de que el conocimiento humano es conjetural y limitado, a diferencia del conocimiento divino, que sería perfecto. De esta manera, el conflicto entre *nomos* no podía ser resuelto con técnicas jurídicas modernas (como la que proporciona la jerarquía entre normas propio del monismo jurídico que otorga coherencia al sistema) y que la *physis* que se busca mediante la *interpretación* resultaba imposible de ser apreciada completamente por cualquier persona, salvo para los dioses.

Así, ante la falta de un criterio objetivo de validación moral del comportamiento, las personas no tenían más alternativas que dejarse guiar por el *koinós nomos* (que eran fundamentalmente las normas comunes, escritas o no, al pueblo helénico) y por las voces autorizadas de la época (como los sacerdotes, los poetas y los filósofos, según cada caso), y justo allí emergía la posibilidad de caer en tragedia, en la medida en que los dioses no temían castigar con severidad a quien se comportase como soberbio, esto es, a quien se exhibía a sí mismo como un buen lector-intérprete del *nomos* y de la *physis*, como un mortal que creía poseía la verdad inmortal –a pesar de que su conocimiento es conjetural– y que justo por ello se atribuía erróneamente el derecho a imponer su criterio a toda costa, sin respetar la regla política de que tenía que convencer a los jueces, pues de esta manera el *nomos*, que es agonístico, se volvía *vivo* como una actividad colectiva en continua revisión. No se olvide que «Zeus odia sobremanera las jactancias pronunciadas por boca arrogante» (Sófocles, 1981, p. 254). De esta forma, recrear cómo los dioses doblegaban fieramente al soberbio y orgulloso, logrando someterlo al *nomos*, permitió formar una nueva visión de *polis*, una más *civilizada* que militar, una visión que entronizaba la Atenas democrática y republicana de la época de Sófocles sobre otras *polis*.

Esto explica tanto el *ananké* (la fuerza inevitable del destino) de Antígona, quien pecó justo por soberbia al creerse y anunciarse como la voz de Zeus (esto es, de la *physis* o *nomos* divino), como el de Creonte, quien, a pesar de ser igualmente castigado, continuó en el poder, puesto que, entre otras cosas, dejó en claro que gobernaba a los demás y se gobernaba a sí mismo bajo su interpretación (defendida retóricamente) de la *ley* (las costumbres antiguas aceptadas, las normas escritas y el criterio más autorizado de su sociedad), por más que Antígona la rechazase<sup>11</sup>. Ambos fueron castigados<sup>12</sup>, pero de manera diferente.

10 En su sentido hermenéutico, que va más allá de un concepto de comunicación entre dos idiomas diferentes (Gadamer, 1997, pp. 475-486; Ricoeur, 2005).

11 Antígona se niega a considerar que el *nomos* alegado por Creonte a su favor sea tal, en consecuencia, pretende convencer a sus jueces (en este caso, a los espectadores atenienses de la obra) que no sería obligatorio a la luz de los dioses la prohibición de enterrar a su hermano. Dice ella: «No fue Zeus el que los ha mandado publicar, ni la Justicia [*Dikē*] que vive con los dioses de abajo la que fijó tales leyes para los hombres. No pensaba que tus proclamas tuvieran tanto poder como para que un mortal pudiera transgredir las leyes no escritas e inquebrantables de los dioses» (Sófocles, 1981, p. 265, parág. 450).

12 «Sófocles hace participar a Antígona y a su contrario Creón en la realización de su destino mediante el vigor de sus acciones, y el coro no se cansa de hablar de la transgresión de la medida y de la participación de ambos en su desdicha» (Jaeger, 1997, p. 259).

En tercer lugar, hay que sumar una imprecisión adicional en la interpretación tradicional: la *physis* no es un mundo jurídico. Ni siquiera da lugar a normas obtenidas del mundo natural, si por tal se entiende el que nos rodea y que obedece al principio de causalidad. Los griegos no eran tan ingenuos como para confundir, sin más, la descripción de la causalidad con la prescripción de la imputación moral. Otra cosa era que los griegos, analógicamente, buscasen ejemplos constantes del comportamiento moral deseado en los comportamientos imputados a los animales (verbigracia, las fábulas), pero, como la experiencia lo enseña, desde tal metodología animista fácilmente se encuentran ejemplos para sostener dos posiciones contradictorias. Los griegos, en especial sus filósofos, no confundirían lo que *pasa* con lo que *debería pasar* (Finnis, 2000, pp. 70-82). La *physis* daría lugar, por medio de la interpretación conjetural humana, a normas morales, que podrían traducirse como naturales en tanto se consideran como superiores a lo humano, pero que no por ello son del mundo causal ni se reflejan necesariamente en el comportamiento de los animales y las plantas que nos rodean. En este sentido, hay que considerar que la visión tradicional de que en dicha tragedia griega hay un debate entre sistemas jurídicos, uno natural-universal-descriptivo y otro positivo-estatal-prescriptivo, es más una adaptación anacrónica que poco contribuye a entender la dureza del drama expuesto por y para los antiguos.

En cuarto lugar, y no menos importante en una lectura que busque evitar los anacronismos, es que no puede presentarse a Antígona como una feminista contemporánea ni a Edipo o a Creonte como monarcas absolutistas del siglo XVIII o como legisladores decimonónicos. La principal fuente de obligaciones en el mundo griego no pasaba, como en nuestros días, por el derecho fruto de la voluntad del gobernante (Carpintero, 2005, pp. 29-57), sino por el derecho espontáneo, esto es, por el *koinós nomos*: las costumbres antiguas comúnmente aceptadas, con sus respectivas anomias y antinomias, que se sumaban, en un sistema a mitad de camino entre el caos y el orden, a las normas escritas, que igualmente, estaban llenas de lagunas y contradicciones. En consecuencia, Creonte, por dar un caso, actuó no desde su voluntad, lo que le habría acarreado serios problemas con la comunidad, pues sería así blasfemo, sino con lo que el *nomos* y su *interpretación* limitada de la *physis* le permitía. Su decisión de no enterrar a los traidores, en especial a su sobrino Polínicés, no fue fruto de su voluntad aislada y despótica como la visión tradicional ha hecho creer. Era el *nomos* al que él se sometió, y lo hizo por dos motivos bien compartidos por los griegos. Uno, que, al desconocer plenamente el contenido de los mandatos de la *physis*, lo que puede llevar a desatenderla en un caso concreto por error de interpretación, una forma de comportarse con cierta seguridad consistía en obedecer lo que otros ya habían obedecido desde tiempo atrás (*koinós nomos*) y que había generado resultados satisfactorios. Si a los dioses les fastidiase lo que mortales continuamente hacían, ya se habrían manifestado en contra lanzando alguna maldición. Seguir los dictados ya generalmente aceptados era una forma rudimentaria de reducir la incertidumbre de una *physis* que nadie conoce adecuadamente, salvo los dioses. Dos, la expedición de normas novedosas (mandatos nuevos sin respaldo en las costumbres y las normas escritas aceptadas previamente) era mirada con inquietud, incluso miedo, por parte de la colectividad, puesto que la sabiduría y la moralidad divina de dichas normas o mandatos estaban por ser demostradas. Creonte, por ejemplo, cuando expidió un edicto que prohibía enterrar al traidor, estaba invocando un *nomos* generalmente aceptado por la cultura griega (al traidor no se le entierra en la *polis* traicionada ni se le rinden honras fúnebres) y, en consecuencia, calmaba así los ánimos de los tebanos quienes temían la cólera de los dioses. A fin de cuentas, la prohibición de enterrar a Polínicés, a pesar de su linaje familiar, «tiene el significado de convertirlo en un desterrado aun en su muerte» (Anrup, 2011, p. 12), como correspondía al que traicionase a su *polis*, independientemente de que haya sido o no un

buen ciudadano o un buen *páter familias*. De igual manera, Antígona cuando defiende retóricamente ante sus jueces (los espectadores atenienses) su interpretación de que el *nomos* ordena enterrar a su hermano, no lo hace porque cree que hay un derecho natural que se sobrepone al derecho centralizado escrito, fundado en la voluntad de Creonte; no, lo que busca es llamar la atención sobre las normas no escritas familiares (de su poderoso clan, que habría que proteger de la extinción<sup>13</sup>), que, según ella, tienen validez plena ante las normas de la *polis*, y que su interpretación no es temeraria pues en ese entonces no hay una jerarquía preestablecida entre el *nomos* público y el familiar (máxime que ambas partes están convencidos de que las normas que alegan a su favor corresponden con la *physis* de los dioses), ni exclusividad entre los componentes del *nomos*, por lo que cualquier interpretación puede ser la correcta si logra convencer al auditorio, dentro de las expectativas validadoras de los jueces (expectativas que pasan por lo político, lo moral, lo religioso, etc.), de que ella es la mejor para solucionar la antinomia que la obra presenta.

Al ser una costumbre normativa antiquísima (que incluso se mantiene en la actualidad, pues es raro imaginar que un ejército rinda los mismos honores fúnebres a sus muertos que a los del enemigo), una costumbre que no había sido destruida pues sus efectos se consideraron provechosos desde las expectativas validadoras de la época, Creonte, justo por todo lo anterior, estaba convencido de que obedeciendo su interpretación del *nomos* obedecía la *physis*, la misma que ordenaba la continuidad, la tranquilidad y la seguridad en el gobierno.

#### 4. La lectura de Antígona según la cosmovisión ateniense

Ante la necesidad de comportarse para evitar la maldición, surgió una respuesta doble basada en la experiencia heredada: obedecer lo que se *observaba* en el comportamiento exitoso de los otros (es decir, la analogía moral) y obedecer las costumbres y las normas escritas que se asentaron con el tiempo en la cultura helénica (*koinós nomos*). Así, se creía que se evitaba la furia divina, una furia que no individualizaba, en tanto no se está en épocas modernas y burguesas, sino que se castigaba también al grupo que rodeaba al transgresor, por lo cual la responsabilidad del actuar de un individuo era del grupo. La responsabilidad, tanto por activa como por pasiva, era colectiva, de la misma manera como lo uno se arropa (y se esconde) en el todo, cosa común en la cosmovisión antigua<sup>14</sup>.

Sin embargo, el tema se complica mucho más cuando se ve que el griego antiguo, para simplificar su dolor (y así poder asumirlo con mayor tranquilidad), concluía que, de todas maneras, cualquier respuesta ante el gran dilema de la vida (privada o pública) ya estaba prescrita. Era el determinismo más radical. No importaba lo que se hiciera ni la intención: se era bendecido o maldito antes de nacer. Pero incluso, ante este panorama tan desolador, había algo que aparecía como dignificante, y esto era justo la médula del proceso formativo (*paideia*) del griego: asumir el *ananké* con honor, con gallardía, con la cabeza en alto, con el *logos* y la templanza que se exige

13 Por demás, la visión tradicional suele indicar que Antígona reclamaba el derecho natural de todas las personas a enterrar a sus familiares (vid Ascarelli, 1955), aspecto que no estaría del todo acorde con la cultura de aquel entonces, donde no había una noción de *derecho natural* (como ya se dijo) ni de *derechos individuales universales*. Hegel mismo señala que el conflicto era entre los privilegios del clan con los de la *polis*.

14 No puede dejarse que el actual sentido de la responsabilidad jurídica individual, profundamente cristiana y burguesa, encaje en el intérprete del mundo helénico. En la Antigüedad, la responsabilidad era colectiva, cosa que traspasó las fronteras helénicas, y lo vemos, por dar un caso conocido, incluso en el mundo hebreo. Recuérdese, por ejemplo, que en el evangelio de san Juan (9:2), los discípulos interrogaron a Jesús por la sanidad que este dio a un ciego: «Rabí, ¿quién pecó, éste o sus padres para que naciera ciego?» (Nácar y Colunga, 1967, p. 1285).

del *nuevo* héroe retórico de la *polis*, diferente al héroe homérico representado por los guerreros Aquiles o Ajax, o al héroe doméstico (que hace parte de los *lares* del *hogar*) venerado por la familia. Desde el pensamiento hegeliano, el héroe doméstico cede, en la tragedia de Sófocles, ante el héroe público (el de la *polis*), con lo que se deja en claro, en dicha obra griega, que la familia es trascendida por el espíritu que ahora se aloja, a sus anchas, en la *polis*.

Allí era cuando el griego contemporáneo a Sófocles aplaudía al *nuevo* héroe, transmutación urbana de la figura de Odiseo (Naranjo, 1989), pero no a aquel que brillaba en el campo de batalla o rigiendo los destinos del clan, aunque «en el ágora lo vencían con menos que un dardo» (Naranjo, 1989, p. 49), no a aquel que rompía violentamente con un destino que lo asfixiaba mostrando en la lucha armada el odio y la crueldad, «el júbilo de vivir» (Nietzsche, 2010, p. 43), sino a aquel que sobresalía, en el ámbito de la *polis*, por la forma en que asumía la lucha agonística y la fatalidad del destino. El ateniense de Sófocles aplaudía no el final feliz, como sucede en nuestros días por parte del espectador individualista, del sujeto construido por el capitalismo, sino la actitud de la persona cuando asumía obstinadamente su destino, fuese maldito o bendito, para vencer así a sus sombras y a sus miedos, una y otra vez [pues una sola «victoria es embriagadora, también envenenadora, la victoria acaba confundiendo al victorioso y adormeciéndolo» (Cela, 1983, p. 205)], a la vez que afirmaba así un sentido a su vida hecha acción y a los valores urbanos (esto es, políticos o de la *polis*) sobre la tradición familiar, que igualmente era obligatoria a su modo pues no existía una jerarquía (con capacidad derogatoria) entre el *nomos* doméstico y el público.

lo «trágico» no es otra cosa que el destino del héroe, que sucumbe por seguir su propia estrella, en contra de las leyes tradicionales. Así y únicamente así se le revela a la Humanidad una y otra vez su «propio sentido». Porque el héroe trágico, el obstinado, enseña a los millones de seres mediocres y cobardes que la desobediencia a las normas del hombre no es capricho brutal, sino lealtad a una ley mucho más alta, más sagrada. O digámoslo así: el instinto gregario del hombre exige de cada cual ante todo adaptación y subordinación, pero sus más altos honores no se los reserva en absoluto a los sufridos, pusilánimes y dóciles, sino precisamente a los obstinados, a los héroes (Hesse, 2020, p. 113).

La heroicidad ya no estaba en transformar el mundo con la fuerza de la voluntad manifestada en los combates para la fama propia ni en reventar las cadenas pesadas que doblegan al héroe, sino en asumir con templanza la fatalidad y, de esta manera, lograr equilibrar, mediante el *logos* retórico y con el sacrificio propio, la *physis* con el *nomos*, para bien de todos, de la familia, del clan, de la *polis* e, incluso, de la humanidad entera. Se trataba, pues, de ser héroe, pero ya no acorde con los viejos parámetros belicistas o domésticos, propios del *pólemos* (guerra) de la época homérica, sino de una nueva forma de ser héroe, en el marco de una nueva *polis* más *civilizada* (esto es, siendo más un ser dotado de virtud filosófica —*areté*— que de fuerza militar destructora), en el *agón* (debate o lucha) propio de la acción política del ágora, la que exige un *logos* desplegado en la retórica como la forma idónea de resolver las anomías y las antinomias. De esta manera, «el hombre trágico de Sófocles se levanta a verdadera grandeza humana mediante la plena destrucción de su felicidad terrestre o de su existencia física y social» (Jaeger, 1997, p. 260).

Edipo, sin el libre albedrío del cristiano y del moderno, transgredió con su *nomos* la *physis*, y así mantuvo a Tebas en su maldición. Esto explica por qué Edipo no alegó su inocencia basada en la falta de dolo, primero, porque este concepto está fuera del tiempo de Sófocles

(Vernant, 1972, pp. 308-309) y, segundo, porque la tragedia no gira en torno a la culpabilidad de un homicidio (en el caso de Edipo) o a la violación de mandatos naturales que ponen a la familia por encima de la *polis* (en el caso de Creonte), sino —entre otras cosas— sobre cómo asumir el destino y un poder que está maldito, lo que exige el sacrificio que se sobrepone a la locura inicial de Edipo —que se manifiesta en su apego desmedido al poder-saber y en creer que todo era fruto de una conspiración (Foucault, 1984, p. 50) en su contra—. De allí, incluso, el valor metafórico y psicoanalítico de los pecados (que, por la estrecha unión entre religión y *polis*, devienen en delitos) que dan lugar al enfrentamiento con la *physis*: el incesto [que pone en entredicho el surgimiento del héroe al ponerlo por fuera de los límites de lo humano, casi al nivel de una bestia (Reig, 2012, p. 48)] y el parricidio (que pone en entredicho su vinculación cultural al mundo de los hombres), pecados-delitos en los que, si se piensa bien, la víctima natural es también el victimario. Esto explica en parte por qué para el psicoanálisis (Freud) y para la antropología estructural (Lévi-Strauss) la prohibición del incesto y del parricidio son la base de la *ley*, convenida por los seres humanos, que inaugura la cultura.

En consecuencia, siempre hay una esperanza para la *polis* de Sófocles: que el propiciador de la maldición asuma el castigo, por el bien de todos, por el fortalecimiento de lo público. En este caso, Edipo cumplió en su propio cuerpo la sentencia que él mismo dictó para los asesinos de Layo. De esta manera, cuando el espectador griego vio a un Edipo destruido al reconocer, por fin, sus pecados, terminó aplaudiéndolo como un nuevo tipo de héroe porque, además de cumplir con las exigencias míticas mínimas<sup>15</sup>, asumió en su cuerpo, sin darse excepciones, la condena que él había lanzado contra los asesinos de su padre, ofreciendo así salvación a la *polis* misma. Asumió el destino con entereza *riéndose*, con complacencia, de la venganza de los dioses. No se olvide que Edipo pudo, como juez-gobernante, cambiar, basado en (o tergiversando desde el poder) el *nomos* generalmente aceptado, la sentencia que había lanzado con anterioridad<sup>16</sup>. Pudo, como ciudadano, alegar su desconocimiento de su filiación con Layo y Yocasta. Pudo argumentar a su favor la ley de la guerra, puesto que mató a su padre en un acto de combate. Pudo, como cualquier otro ser humano, derruirse y buscar amparo en el llanto y la depresión, al considerarse una pobre víctima.

En cambio, Edipo asumió su destino como un buen ciudadano (lo que recuerda la actitud de Sócrates en el diálogo platónico del *Critón*) y un buen gobernante, puesto que se sometió a las órdenes que le eran contrarias, en vez de someterse solo a las que lo beneficiasen, como hubiera hecho un gobernante corrupto. Edipo se castigó aplicándose la sanción que él mismo estableció para los asesinos de su padre, todo para el bien de todos, respetando así el *nomos* que impuso con su *interpretación* a la *polis*: se ennegueció y se volvió a sí mismo un ser anónimo (algo que va más allá de la figura de un Edipo mendigo y que, por tanto, vivía de la compasión), «el hombre doliente, sin más» (Jaeger, 1997, p. 262), deambulando entre las *polis* que lo rechazaban por estar maldito, a la vez que lo aplaudían por su forma de asumir el destino. Su entereza, que

15 Rank, a partir del estudio de 15 héroes mundialmente conocidos (Sargón, Moisés, Karna, Edipo, Paris, Teléfo, Perseo, Gilgames, Ciro, Tristán, Rómulo, Herácles, Jesús, Sigfrido y Lohengrin), plantea unas exigencias mínimas en los relatos míticos sobre héroes que, de alguna manera, eran requeridas por quien escuchaba el relato para darle validez simbólica a lo narrado: I) existe un origen real o divino del héroe; II) hay un oráculo o un sueño que anticipa la llegada del héroe, acompañado de una advertencia de peligro, generalmente hacia el padre; III) el héroe-niño es abandonado a su suerte; IV) es salvado por personas de extracción humilde o por fuerzas naturales (como los animales); V) al crecer descubre su origen noble o divino, por lo que debe enfrentarse al padre, y VI) logra el reconocimiento de sus méritos. No obstante, justo por su condición de héroes, fácilmente transgreden el orden estatuido, por lo que en varias oportunidades terminan en la tragedia (Rank, 1961, pp. 79-80).

16 Le dice el Corifeo a Creonte: «Eso has decidido hacer, hijo de Meneceo, con respecto al que fue hostil [Polínicos] y al que fue favorable a esta ciudad [Eteócles]. A ti te es posible valerte de todo tipo de leyes, tanto respecto a los muertos como a cuantos estamos vivos» (Sófocles, 1981, p. 257, parág. 210-215). Los textos entre corchetes son agregados propios.



choca con la experiencia que hoy día se tiene del político corrupto contemporáneo, hace ver con nuevos ojos la valentía de Edipo<sup>17</sup>, una valentía que reemplaza su locura inicial fruto de negar la evidencia que él mismo va descubriendo a lo largo de la tragedia [con lo que termina inaugurando una nueva manera de descubrir la verdad, pero esto es tema ya analizado por Foucault (1984)], y de esta manera Edipo, ya resignado, se convierte en todo un arquetipo para las culturas posteriores en tanto este mito y esta tragedia pueden ser moldeados por los seres humanos para la comprensión de su entorno, en cualquier tiempo y lugar (Steiner, 2013), ya que los más diversos aspectos de la vida del individuo y de la sociedad (la de antes, como la de ahora) desfilan por sus páginas. Es por ello por lo que el Edipo de Sófocles fue finalmente redimido por los dioses (cosa que queda clara en otra tragedia de Sófocles: *Edipo en Colono*), al hacerlo presente como arquetipo universal de ciertos valores, al volverlo inmortal en la cosmogonía<sup>18</sup>. Podría decirse, entonces, que Hegel, al reivindicar la tragedia griega en su filosofía del derecho, actúa en consonancia con el mandato divino, el mismo que castigó y elevó al rey de Tebas.

Igual sucedió con Creonte. La mirada tradicional iusfilosófica ha intentado *traducir* a términos modernos palabras antiguas con un sentido intraducible<sup>19</sup>. Creonte, en la tragedia de Sófocles, no era el enemigo odiado de Antígona ni puede representar al odiado Estado-nación con su respectivo sistema jurídico escrito y centralizado (monismo). No era, tampoco, un ser que deseaba que su voluntad, por el mero hecho de ser tal, estuviese por encima de todo *nomos* y que Antígona debiese obedecer por su condición de mujer y de doblemente súbdita: una porque era súbdita de la *polis* y otra porque, al desaparecer Edipo y sus hermanos, quedaba a la merced de su nuevo *páter familias* (Fustel de Coulanges, 1998, pp. 149-163): Creonte. ¿Cómo puede haber tragedia de este modo? Se está más cerca de la forma de sentir y actuar propios de la cultura helénica si se acepta que Creonte alegó contra Antígona porque él se creía, igualmente, un buen intérprete de la *physis/nomos*, puesto que no enterrar a los traidores era algo aceptado por las costumbres griegas, como ya se dijo en este escrito. No se olvide que se está en épocas en las que el intérprete debía *desocultar* lo justo y *descubrir* así el *nomos* vinculante en la historia y en las normas generalmente aceptadas. Qué mal se hace cuando se extienden las categorías voluntaristas, propias del derecho moderno, a aquellos que no la tuvieron ni pudieron tenerla.

Creonte le dio la palabra y el derecho de parresia [esto es, de decir-verdad al poder (Garavito, 1999)] a Antígona, una mujer que le estaba sometida, igualmente intentó convencerla (lo que supone el uso de la retórica), con la palabra, de que lo correcto ante los dioses era privilegiar los intereses de la *polis* a los de la familia en vez de simplemente imponerse desde un principio en su calidad de gobernante y *páter familias*, y, finalmente, se sometió para bien o para mal, como Edipo, a su propia interpretación del *nomos*, ya que Polínicés era también parte de su

17 No se olvide esa faceta del Coro en la obra de Sófocles: justo al momento de la cima del drama, elogia a Edipo por ser «salvador de la ciudad» a la vez que lo considera como «El más desafortunado y malvado de los hombres». En este caso, malvado sería entendido como maldito.

18 Sobre este punto en concreto, cómo Edipo, por su dolor, es el culpable de los males del mundo y luego de él se irradia la bendición «para Atenas», *vid.* Jaeger (1997, p. 262).

19 Nada mejor que esta advertencia de Vernant (1972): «Lo que es esencial, como ustedes saben, es el uso por parte del poeta trágico de un lenguaje que él no ha inventado, que él encontró hecho ya, y que convierte en necesario un estudio filológico para cada frase y para cada término, porque las palabras llevan un significado que no es traducible. Especialmente cuando estamos tratando con una cultura muy antigua, muy alejada de nosotros, no hay posibilidad de traducción exacta». Y sigue: «Hay, por ejemplo, una palabra que se oye a lo largo de la tragedia griega, y que es la palabra *diké*. Puedo traducirla como justicia, pero la justicia no es adecuada para *diké*. Uno tiene que haber visto todos los contextos en los que *diké* se utiliza en una variedad de situaciones, para comprender el significado por medio del lenguaje. E incluso esto, no es de importancia primordial, porque más allá de los estudios de los usos de un término, hay algo mucho más decisivo, y eso es lo que los lingüistas llaman hoy 'campos semánticos'. En distintos vocabularios, legales, religiosos y políticos, tal y cual término se asocia con una constelación, que forma un esquema definido con otro grupo de términos. Los poetas trágicos utilizan estos vocabularios de la ley, la religión y la política, jugando con las diferencias de los campos semánticos, contrastándolos para resaltar la ambigüedad de ciertas nociones. A menos que uno conozca estos campos semánticos de antemano, no puede comprender ciertos elementos cruciales» (pp. 296-297).

familia, por lo que señaló claramente a Antígona que si procedía contra el *nomos* que respaldaba la decisión de no permitir honras fúnebres a su sobrino tendría que aplicarle la sanción que las costumbres y el edicto de Creonte contemplaba, aunque ella fuese familia y aunque ella, en un futuro próximo, sería su nuera. En otros términos, Edipo y Creonte se parecen en algo: se someten (y someten a los otros) a su interpretación del *nomos* (el de la *polis*, no el del clan) porque creen, y así lo argumentan en el diálogo agónico, que esto favorece en últimas a todos los ciudadanos.

Para entender todo lo dicho en este apartado, cabe la siguiente cita de Morrison (2006), aunque usa una terminología algo ambigua para reflejar una realidad tan distinta a la moderna:

En su *Fenomenología del espíritu*, el filósofo alemán decimonónico Hegel, interpretó la obra [de Sófocles] como una exposición de las tensiones latentes de la sociedad griega. La cultura griega operaba con base en la creencia de la unidad total, basada en un estilo de vida comunitario, 'natural'. Antígona, por ello, se rehusó a seguir la obediencia de Ismenia al derecho natural que subordinaba a las mujeres a los hombres, y que fortalecía el derecho humano de las órdenes de Creonte, siguiendo, al contrario, el derecho divino que determinaba que un miembro de la familia debía ser sepultado por sus parientes, y que su espíritu no tendría descanso en cuanto eso no ocurriese. Además, la determinación de Creonte tenía sentido en sus propios términos. Cada uno es compelido a obedecer a una ley y desobedecer a otra. Estaba, con todo, contra el derecho divino, portador de una autoridad contraria, por muy estricta que fuera, que insistía en que Polinices debía ser sepultado, y que un miembro de la familia debía tornarse especialmente responsable por tal tarea. Hegel presenta ambos requisitos como no negociables. Antígona no es capaz de actuar como un individuo autónomo que opta por hacer una cosa y no otra; al contrario, ella es portadora de un mandamiento que es absoluto. La tensión se da entre la exigencia social de obedecer las leyes de la comunidad como mandatos estrictos, aceptando su estatus inmemorial de base de la verdad que enuncian, y la exigencia supraestatal de obedecer la ley de sepultar su hermano y reconocer la naturaleza sagrada de la ligación familiar. Creonte está encargado de la responsabilidad de dar forma a las leyes de la comunidad, y se ve igualmente obligado, en cuanto hombre y gobernante, a guiarse por el principio de que un enemigo del Estado no debe recibir el honor de un funeral, y a punir a la mujer que desobedece sus órdenes. La comunidad no dispone de los recursos intelectuales que le permitirían resolver este conflicto interno (p. 39)<sup>20</sup>.

Pero de esta afirmación hegeliana no cabe la posibilidad de considerar a Creonte como iuspositivista y a Antígona como iusnaturalista, por lo menos no en el sentido moderno de dichos conceptos. Ahora bien, si se insiste en aplicar esas categorías, como se deduce del texto anterior, tanto Creonte como Antígona serían iusnaturalistas, aunque los separa su propia interpretación de lo que es *nomos* en ese caso (Magoja, 2022, p. 29).

Además, Creonte, al considerarse a sí mismo como el superior natural de Antígona y atado al *nomos* de no enterrar al traidor, aunque este fuese su propio sobrino, quedó en la misma posición de Antígona en cuanto ella alegaba la costumbre de su clan de enterrar al familiar muerto. En este sentido, siguiendo de nuevo a Morrison (2006), podría decirse que había un empate en los argumentos o una antinomia: existía la costumbre antiquísima (por lo que se presumía era natural) de enterrar, con los honores del caso, al familiar muerto, de la misma manera como existía una costumbre antigua (respaldada por otras normas, incluso escritas) de que (a) las mujeres se sometían a los hombres y (b) no debe enterrarse en la *polis* ni ofrecérsele honras al traidor. Pero Creonte, al igual que Edipo, consideró que ni él ni nadie, ni el político ni su familia,

<sup>20</sup> Traducción propia del portugués al español.

podían estar por encima del *koinós nomos*, por lo que no podía enterrar con honores en la *polis* a su sobrino, pues esto supondría, según la interpretación de ambos gobernantes, transgredir la *physis*, lo que conllevaría a una maldición para todos. ¡Qué buena enseñanza para la política, la de ayer y la de hoy!

Entonces, ¿qué desata la tragedia en esta obra de Sófocles? Que los protagonistas no logran convencer plenamente al otro ni al auditorio, y que se comportaron con arrogancia y, por ello, no supieron resolver correctamente el choque de normas morales, puesto que, se repite, Creonte no estaba, como se quiere ver en la lectura que aquí se ha llamado tradicional, en el «lado oscuro de la fuerza». Sin embargo, para entender este punto, primero hay que recordar que la tragedia griega era ante todo una puesta en escena para que el *demos* (pueblo de ciudadanos) pudiera juzgarse y educarse a sí mismo<sup>21</sup>.

Just as with Athenian spectacles, still today media spectacles moralize their audiences by habituation, by systematically promoting ethical values and cultivating dispositions to action, what Aristotle calls virtues, through the repetitive use of stories on the misfortunes of the human condition [...] Indeed, despite the radical differences between the ancient agora or theatre and today's media networks, there is a crucial similarity between them: both are public spectacles that expose their audiences to stories of human tragedy and suffering and, through their staging of such stories, they contribute to cultivating audiences' dispositions towards human affairs. Mediation as moral education then strongly relies on what I have earlier referred to as the performative capacity of representation: its capacity not only to re-present the world to its audiences but also to propose to them how to think and feel about the world (Chouliaraki, 2008, pp. 832 y 838, respectivamente)<sup>22</sup>.

La tragedia era, pues, *un tribunal*<sup>23</sup>, un discurso con la función formadora en los nuevos valores políticos y virtudes ciudadanas, los de la democracia republicana ateniense, que exigía, entre otras cosas, dejar en claro la superioridad (pero sin capacidad derogatoria, pues no hay una jerarquía preestablecida en el *nomos*) de la *polis* sobre la familia. La tragedia, y eso no puede perderse nunca de vista, no buscaba el mero entretenimiento de espectadores-consumidores pasivos y voyeristas (la palabra dentro del arte aún no se había vuelto una mercancía en los procesos de intercambio capitalista<sup>24</sup>), sino todo un proceso de *formación* que exigía, luego de la presentación de la obra, un debate sobre el contenido formativo en lo público que el autor

21 La idea de que las tragedias de Sófocles eran *arte educador*, esto es, como medios para la educación de hombres tanto de su tiempo como del futuro, está en Jaeger (1997, pp. 252-253).

22 Dice Nussbaum (2017): «La antigua democracia ateniense asignó un lugar preeminente en la educación de la ciudadanía a las obras teatrales trágicas y cómicas. Durante los festivales en los que se representaban esas obras, se interrumpían todas las demás actividades. Durante las Grandes Dionisias, un fenomenal festival cívico, tres autores trágicos competían con tres tragedias cada uno más un drama satírico. Los ciudadanos (a los que se unían como público las mujeres y algunos visitantes extranjeros) las veían todas y decidían posteriormente qué dramaturgo se llevaba el premio de ese año» (p. 314).

23 «La tragedia representa, específicamente, una parte del establishment de un sistema de justicia popular, un sistema de tribunales en el que la ciudad como ciudad, respecto a los individuos como individuos, regula ahora lo que antes era una especie de debate entre las familias nobles. Un cambio que trae como resultado, el muy distinto sistema del arbitraje. La tragedia es contemporánea de la ciudad y de su sistema legal. En este sentido, uno puede decir que de lo que la tragedia está hablando es de ella misma y de los problemas legales que encuentra» (Vernant, 1972, p. 300). Dicho con otras palabras, la tragedia es una forma de meditar sobre lo que hace el ciudadano: resolver conflictos jurídico-morales.

24 «También el pensamiento se ha transformado en mercancía y la lengua en su embellecimiento. Demagógicamente se pretende hacer creer que el nivel espiritual de las masas ha ascendido, pero es falso porque el espíritu se difunde como un bien de consumo, cuando precisamente el verdadero interés del espíritu consiste en negar la cosificación; consiste en convertirse en sujeto y no en cosa. Si la Ilustración se conforma con el pensamiento de la época —sea conservador o progresista— ha firmado su condena y cerrado el camino de la libertad. Porque el pensamiento y la lengua se han transformado en mercancía» (Cortina, 1992, pp. 91-92).

trágico proponía a su auditorio. Esto explica la desconfianza de Platón ante la tragedia, en tanto su proyecto político distaba de la democracia:

Por consiguiente, Platón, quien entendió perfectamente que la tragedia estaba ligada al régimen democrático, convierte a ésta en blanco de sus burlas. Una vez más, aquí, la excelencia de la producción especializada será la base de su argumentación. Así, pues, comparada con los productos de cualquier serio artesano, la tragedia resulta ser un fraude. No merece, en modo alguno, ser considerada como una genuina *póiesis* o producción (Taminiaux, 1997, p. 131).

### Igualmente, Platón

creía que si los ciudadanos iban demasiado a menudo a ver tragedias, sentirían pesar por las pérdidas que veían representadas, y dicho duelo, abierto y público, al trastocar el orden y la jerarquía del alma desbarataría igualmente el orden y la jerarquía de la autoridad política (Butler, 2010, pp. 65-66).

Ahora bien, si una norma *desocultada* por medio de la tragedia señalaba que al traidor no se le podían dar los ritos fúnebres propios de su clan y de la *polis*, pero otra igualmente *desocultada* estipulaba que era un deber rendir dichos ritos al familiar, hubiese sido bueno o malo, ¿cómo resolver dicha la antinomia? Creonte y Antígona creyeron que podían convencer (retórica) que esta se resolvía en un plano de superposición en el que *su* norma (es decir, su interpretación) podía desplazar a la del otro, y esto los llevó a la *hybris*, por su insolencia, terquedad (pues no hubo un balanceo limitado por las circunstancias, algo propio de la *frónesis* aristotélica) y, en el caso de la joven, por su elección deliberada de su propia ruina creyendo que en ella se escondía la nobleza divina (Jaeger, 1997, p. 259)<sup>25</sup>. Es así como podría interpretarse la advertencia del Coro, que representa al *demos* de la *polis* en la tragedia, más allá de considerarse este apartado como un elogio, tal como lo ha pretendido ver la interpretación tradicional iusfilosófica:

CORIFEO (a Antígona): Famosa, en verdad, y con alabanza te diriges hacia el antro de los muertos, no por estar afectada de mortal enfermedad, ni por haber obtenido el salario de las espadas, sino que tú, sola entre los mortales, descienes al Hades viva y por tu propia voluntad (Sófocles, 1981, p. 280, parág. 820).

Entiéndase bien. El Coro le advierte de los males que implica trabarse en su propia desgracia. Claro está que cualquiera se preguntaría cómo sería posible conciliar o equilibrar ambas normas en contradicción, la cual estaría representada en la figura de Dionisos («portador en sí mismo de todas las contradicciones»: Colli, 2008, p. 27), un dios que, por demás, se encuentra más a gusto con lo femenino (Colli, 2008, pp. 15-24). Que no se diga ahora que Sófocles fue el padre de la ponderación judicial contemporánea como la forma de solucionar las contradicciones normativas, fundamentalmente constitucionales. Simplemente, se expone que no hay salida fácil, y aquí precisamente

radica el origen más oscuro de la sabiduría. La presunción del conocimiento que se manifiesta en esa avidez por sacarle el jugo a la vida, a la vida entera con todas sus consecuencias, el extremismo y la simultaneidad de la contradicción, todo apunta a la totalidad, a la experiencia inenarrable de la totalidad (Colli, 2008, p. 16).

<sup>25</sup> «La familia real tebana, sea en la persona de Edipo, Antígona o Creonte, arrastra consigo el de la comunidad entera destruyéndola por completo a causa de una ley que el héroe cree que debe imponer, porque piensa equivocadamente que se corresponde con el orden de los dioses, ya sea el del oráculo o el de la ciudad» (Reig, 2012, pp. 44-45).

Allí está la tragedia: una que les permite a los espectadores, de ayer y de hoy [pues la tragedia sigue hablando más allá de la cultura griega antigua (Steiner, 2013)], examinar su propia justicia y sus propios dogmatismos en el límite contradictorio de su sabiduría. Pero en el caso de Antígona, a quien aquí se ve desde el lente de Dionisos, se suman algunos elementos adicionales a querer imponer, sin convencer plenamente, su *interpretación*, que ya se mencionaron con anterioridad: ella, en su defensa de los privilegios familiares, se consideró la boca de Zeus, por lo que, dominada por una pasión ciega e inflexible (Cassi, 2023, p. 15), se negó a moderar su postura, todo lo cual la llevó a chocar con el altar de la justicia divina, de forma tal que caminaba así (¿conscientemente?) a su propia ruina<sup>26</sup>, a su autodisolución<sup>27</sup>.

En fin, Creonte no fue visto en el mundo helénico, contemporáneo a Sófocles, como el malvado transgresor de la moralidad, ni mucho menos como un iuspositivista injusto (es que no tenían forma de calificarlo de tal manera), sino como un intransigente gobernante que no logró convencer plenamente de su *interpretación*, pero que, por lo menos, se arrepintió (aunque tarde) de su intransigencia y se sometió heroicamente, en lo bueno y en lo malo, al *nomos* (tan legítimo como el defendido por Antígona), esto es, a su *traducción* de la *physis/nomos* que creyó ver en las costumbres y las demás normas de su pueblo, poniendo por encima de sus deberes familiares (como el de enterrar a su sobrino), sus compromisos públicos (gobernar para evitar la responsabilidad colectiva en la maldición que acompañaba a la familia de Edipo). Es por ello que, desde la justicia de los dioses que es vaticinada por Tiresias, se le permitió continuar en el poder, aunque sin compañía (toda su familia muere): la famosa metáfora de la soledad del poder. Dicho con otras palabras, al ser un gobernante que se sometió al *nomos* de su *polis*, logró una igualación de cargas deseada en la república —un gobernante que se sometió, como los demás, a las reglas— y logró así cierta *areté* y algún equilibrio cósmico para Tebas. Sin embargo, al negarse a moderar sus mandatos, al actuar sin piedad, al no convencer adecuadamente a la contraparte ni a sus *jueces*, al no juzgar(se) a partir de las contradicciones de la sabiduría creyendo que todo era claro y a resolver el enigma cayendo así en el engaño (Colli, 2008, pp. 52-53), se vio castigado por normas que no entendía del todo, pero que creyó haber obedecido. Así las cosas, en la visión antes dada, es claro que el talante del Creonte de Sófocles no está en el Creonte tirano, injusto y iuspositivista que ha ofrecido la visión tradicional.

Pero la maldición del talante de Creonte, según la visión tradicional, es algo más simplona que la de Antígona, lo que radica en que aquel está próximo a convertirse en el señor de todo. La acumulación de poder, como bien se lo dice Edipo a Creonte en una obra fílmica colombiana analizada en otro momento (Botero, 2016a), será lo que desencadenará la nueva ola de violencia, la nueva maldición<sup>28</sup> de Tebas, la de ayer como la de hoy, pero eso es tema de otras tragedias y otras reflexiones.

26 CORO [dirigiéndose a Antígona]: «Llegando a las últimas consecuencias de tu arrojamiento, has chocado con fuerza contra el elevado altar de la Justicia, oh hija. Estás vengando alguna prueba paterna» (Sófocles, 1981, p. 281, parág. 855).

27 «La obstinada pasión de Antígona por 'las razones de otro mundo', la de los muertos, el orgullo por el vínculo familiar (pero un vínculo infectado) la lleva al lugar de la autodisolución. Ella muestra la cara oscura del deseo, es decir, el impulso de la muerte: Antígona 'lleva al límite el cumplimiento de lo que se puede llamar deseo puro, el puro y simple deseo de muerte como tal. Este deseo, ella lo encarna'» Cassi (2023, p. 16), quien cita apartados de Lacan. Traducción propia del italiano.

28 Este aspecto ya bien lo detectó Vernant al momento de reflexionar sobre la cultura griega: «El ostracismo es una institución que consiste en el hecho de que en ciertos momentos del año, la asamblea del pueblo puede, sin ninguna razón, decidir expulsar como *pharmakos* a una persona que no ha cometido ningún crimen, pero que se ha elevado demasiado, que tiene demasiada buena suerte. La idea es que el que domina desde una altura demasiado grande, que tiene demasiada suerte, traerá alguna calamidad. Así, se le expulsa y, remarcablemente, la institución específica que no se da ninguna razón para su expulsión. Aquí no nos encontramos al nivel del procedimiento político. Nos encontramos más bien al nivel de los hombres que saben que son hombres, que la ciudad es la ciudad, y que, cuando de repente, se descubre que alguno se ha elevado demasiado alto, que ha controlado la ciudad demasiado tiempo, puede ser necesario expulsarlo como a una impureza, y a la mala suerte con

## 5. Conclusiones

En este escrito, homenaje al profesor y amigo Mario Palencia, se plantea que Antígona, de Sófocles, ha recibido diversas lecturas con el paso del tiempo. Aquí se han expuesto dos en concreto, la lectura tradicional desde el plano iusfilosófico y la que se considera como la más apropiada con la cosmovisión ateniense al momento de ser presentada por su autor a los ciudadanos de dicha *polis*.

Frente a la lectura tradicional, se sostuvo que corresponde a los asuntos y los debates universitarios y académicos del siglo XIX en adelante. Dicha lectura plantea extender el debate decimonónico entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, a la tragedia misma. De esta manera, Antígona es presentada como una heroína iusnaturalista en contra del malvado iuspositivista de Creonte. Si bien hay elementos que permiten conectar la obra de Sófocles con los debates del siglo XIX, no por ello puede considerarse que esa es la lectura más cercana a la que correspondía a la cosmovisión ateniense. El anacronismo termina por darle una mala jugada a esta lectura tradicional.

Entonces, la lectura que aquí se considera como más acorde con el *espíritu de la época* en la que fue escrita y presentada parte de que no es posible extender el debate iusnaturalismo-iuspositivismo a una época donde ni siquiera tenían consciencia *clara y distinta* de lo que iba a ser lo jurídico en la época de consolidación de los Estados-nación. Tanto Antígona como Creonte parten de sus propias interpretaciones de lo que debería ser *nomos* y ambos consideran que su interpretación es acorde con la *physis* divina que conduce al *cosmos* y aleja el *caos*. Ambos parten del mismo supuesto: que lo que ellos defienden es lo que traería armonía al grupo. Ambos parten de normas, fundamentalmente consuetudinarias, aceptadas en su momento dentro del pluralismo jurídico de la época: Antígona, del deber familiar (clan) de enterrar y honrar a los parientes muertos, independientemente de que hayan sido buenos o malos con la *polis*; Creonte, del deber político (es decir, derivado de la *polis*) de que al traidor no se le enterra ni se le honra, por lo menos no desde la *polis* traicionada. ¿Cuál de las dos interpretaciones del *nomos* a ser aplicado prevalece sobre la otra? Ahí está el *quid* de la tragedia, tal como se dio cuenta Hegel: Sófocles quiere reflejar las dificultades que representa la superación del poder familiar (clan) por parte del poder político. Este paso de la familia a la *polis* no fue, en modo alguno, pacífico, pero corresponde con los ideales de virtud y de heroicidad que la república ateniense estaba exigiendo en ese momento.

No obstante, no se pretende censurar otras lecturas de esta obra dramática. Es que el arte exige ser *traducido* continuamente para que tenga sentido en otras culturas, ante otros ojos, para que *diga* algo que conmueva al espectador y lo invite a la acción, por lo que no es prudente, en modo alguno, establecer un único criterio como el válido. Lo que aquí se quiere señalar es que no puede extenderse a los atenienses antiguos la lectura decimonónica o *tradicional* de Antígona, pues les sería desconocida. En este texto se ofrecen otras miradas para que cada cual reconozca la historicidad presente tanto en la obra trágica como en la lectura que se le ha hecho, y así enriquezca y reconstruya su propia *interpretación*.

---

él» (Vernant, 1972, pp. 300-301). Un ejemplo de ello ha sido Polícrates de Samos, narrado por Heródoto en sus *Historias*, quien estaba en la cima de su poder justo cuando cae ante sus enemigos, asunto que fue interpretado por los griegos como que los que gozan de excesiva fortuna despiertan la envidia de los dioses.

## Referencias

- Almeyda, J. (2020). Aristóteles y Tomás de Aquino: un análisis en torno a la *polis* y la *res publica*. *Revista Filosofía UIS*, 19(1), 35-58.
- Anrup, R. (2011). *Antígona y Creonte: Rebeldía y Estado en Colombia*. Ediciones B.
- Ascarelli, T. (1955). Antigone e Porzia. *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, XXXI-I(III), 1955, 756-766.
- Bernabé, A. (2016). *Fragmentos presocráticos: de Tales a Demócrito*. Alianza.
- Botero, A. (2016a). La tragedia colombiana vista desde el cine: Edipo alcalde (1996). *Revista de Derecho: Universidad del Norte*, (45), 295-326.
- Botero, A. (2016b). Sobre el uso de la bibliografía en la investigación jurídica. *Revista Pensamiento Jurídico*, (43), 475-504.
- Botero, A. (2020). *Positivismos jurídicos (1800-1950). Estudio general de las escuelas y los movimientos iuspositivistas de la época*. Universidad Industrial de Santander.
- Botero, A., Palencia, M. y Silva, A. (2020). Literatura y violencia: memoria, recuerdo y evocación como herramientas de no repetición *En el brazo del río. Utopía y Praxis Latinoamericana*, 25(3), 31-49.
- Butler, J. (2010). *Marcos de guerra. Las vidas lloradas* (B. Moreno Carrillo, Trad.). Paidós.
- Carpintero, F. (2005). Voluntad, Ausencias, y normas: el sustrato histórico del positivismo en el Derecho. *Dikaio syne*, VIII(15), 29-57.
- Cassi, A. (2023). Contro-letture dell'Antigone di Sofocle (ancora ricordando che la Giustizia di Eumenidi nasce dalle tenebre di Erinni). *Fundamental Rights*, (1), paper 1, 1-17.
- Cela, C. J. (1983). *Mazurca para dos muertos*. Seix Barral.
- Chouliaraki, L. (2008). The media as moral education: mediation and action. *Media, Culture & Society*, 30(6), 831-852.
- Colli, G. (2008). *La Sabiduría Griega*. Tomo I (3.ª ed.). Trotta.
- Cortina, A. (1992). *Crítica y utopía: la escuela de Fráncfort*. Síntesis.
- Ferrajoli, L. (2022). Antígona y Creonte, ambos derrotados por la crisis de la legalidad. *Revista Cubana de Derecho*, 2(2), 9-29.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales* (C. Orrego, Trad.). Abeledo Perrot.
- Foucault, M. (1984). *La verdad y las formas jurídicas* (E. Lynch, Trad.). Gedisa.
- Fustel de Coulanges, N. D. (1998). *La ciudad antigua* (1865). Ciudad Argentina.
- Gadamer, H. (1997). *Verdad y método, I* (A. Agud Aparicio y R. De Agapito, Trads.). Sígueme.

- Garavito, E. (1999). De la parrhesía, o el decir-verdad. En Garavito, E. *Escritos escogidos* (pp. 41-54). Universidad Nacional.
- Halperin, J. L. (2017). Exégesis (escuela) (A. Botero, Trad.). *Revista de Derecho: Universidad del Norte*, (48), 263-277.
- Hegel, G. W. F. (2010 [1807]). *Fenomenología del espíritu*. Edición bilingüe de A. Gómez Ramos. Universidad Autónoma de Madrid y ABADA editores.
- Hesse, H. (2020). *Obstinación. Escritos autobiográficos. Selección y epílogo de Siegfried Unseld* (A. Dietrich, Trad.). Alianza.
- Jaeger, W. (1997). *Paideia: los ideales de la cultura griega* (J. Xirau y W. Roces, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Magoja, E. E. (2022). Nómos, normatividades y argumentación retórica en la Atenas democrática del siglo V a. C. En E. Dell'Elicine, H. Francisco, P. Miceli & A. Morin (comps.). *Prácticas estatales y derecho en las sociedades premodernas* (pp. 21-43). Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Nácar E. y Colunga A. (Eds.). (1967). *Sagrada Biblia* (23.<sup>a</sup> ed). Biblioteca de Autores Cristianos.
- Naranjo, J. A. (1989). Dos heroísmos. *Revista de Extensión Cultural*, (26), 48-57.
- Nietzsche, F. (2010). La rivalidad homérica (1872). En F. Nietzsche, *Cinco prólogos para cinco libros no escritos* (pp. 41-50) (A. Del Rio Hermann, Trad.). Arena Libros.
- Nussbaum, M. (2004). *La fragilidad del bien: fortuna y ética en la tragedia y la filosofía griega* (2.<sup>a</sup> ed.). Machado libros.
- Nussbaum, M. (2017). *Emociones políticas ¿por qué el amor es importante para la justicia?* Trad. Albino Santos Mosquera. Paidós.
- Rank, O. (1961). *El mito del nacimiento del héroe* (E. A. Loedel, Trad.). Paidós.
- Reig, M. (2012). La creación del espacio trágico en la obra de Gabriel García Márquez: una lectura sofoclea. *Synthesis*, 19, 43-61.
- Ricoeur, P. (2005). *Sobre la traducción*. Paidós.
- Schopenhauer, A. (2013). *El mundo como voluntad y representación*, 1 (P. López, Trad.). Trotta.
- Sófocles (1981). *Tragedias* (A. Alamillo, Trad.). Gredos.
- Steiner, G. (2013). *Antígonas: La Travesía de un Mito Universal por la Historia de Occidente*. Gedisa.
- Taminiaux, J. (1997). El legado de Platón en las interpretaciones filosóficas alemanas de la tragedia griega. *Areté, Revista de Filosofía*, IX(1), 127-142.
- Vernant, J. (1972). La tragedia griega: problemas de interpretación. En R. Macksey y E.



Donato. (Eds.), *Los lenguajes críticos y las ciencias del hombre* (pp. 295-317). Barral.

Wallace, R. (2007). Νόμος/Φύσις: The Anti-Democratic Context. En A. Pierris (Ed.), *Φύσις and Νόμος. Power, Justice and the Agonistical Ideal of Life in High Classicism. Proceedings of the Symposium Philosophiae Antiquae Quartum Atheniense July 4<sup>th</sup> July 12<sup>th</sup>, Part 1: Papers* (pp. 23-44). Institute for Philosophical Research.

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **Pais destituídos.**

O debate sobre a reforma do pátrio poder nas vésperas do Código Civil de 1916

**Alan Wruck Garcia Rangel<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Universidade do Estado do Rio de Janeiro ORCID: 0000-0001-9587-9895.

## RESUMO

O estudo parte de uma constatação: a ausência de debates sobre a destituição do pátrio poder nos trabalhos preparatórios ao Código civil de 1916. Essa ausência causa estranhamento e se constitui como problema de pesquisa, pois se esperava discursos inflamados ou de resistência contra os dispositivos que permitiram pela primeira vez suspender ou retirar o poder dos pais sobre seus filhos. A partir do debate sobre a reforma do pátrio poder o artigo tenta demonstrar as dinâmicas em torno da destituição pela análise da legislação, doutrina e dos trabalhos preparatórios ao código.

**Palavras-chave:** controle das famílias; destituição e suspensão pátrio poder; emancipação forçada

## ABSTRACT

The study is based on a finding: the absence of debates on the removal of paternal power in the preparatory works for the Civil Code of 1916. This absence causes strangeness and constitutes a research problem, because we hoped inflamed speeches or resistance against the devices that made it possible for the first time to suspend or remove the power of parents over their children. From the debate on the paternal power reform, the article tries to demonstrate the dynamics around the dismissal by analyzing the legislation, doctrine and preparatory work for the code.

**Keywords:** control of families; dismissal and suspension of paternal power; forced emancipation

O Código Civil de 1916 previu, pela primeira vez, para todo o território brasileiro, a possibilidade de suspensão<sup>2</sup> e perda do pátrio poder<sup>3</sup>. Em uma sociedade marcada pelo patriarcalismo, pelo servilismo nas relações domésticas, pela herança da escravidão, esse ataque frontal ao todo poderoso pátrio poder deve ser encarado como um marco importante<sup>4</sup>. No entanto, a análise dos trabalhos preparatórios ao Código Civil revela a inexistência de debates no assunto. Entre os diferentes pontos debatidos para reformar o direito de família – casamento civil, divórcio, investigação de paternidade, equiparação entre filiação natural e legítima, pátrio poder da viúva – não encontramos nada a respeito da suspensão ou perda do pátrio poder. Isto deixa a entender que a questão parecia fazer consenso entre os redatores a ponto de ninguém levantar a voz para contestar. Em um país com ordem doméstica forte e autônoma, esperava-se ao menos discursos inflamados ou de resistência contra os dispositivos que permitiram pela primeira vez suspender ou retirar o poder dos pais sobre seus filhos. Essa ausência deve ser problematizada<sup>5</sup>.

\* \* \*

Por muito tempo, o regime jurídico do pátrio poder<sup>6</sup> foi aquele previsto nas Ordenações Filipinas de 1603 que se aproximava em diversos pontos do direito romano<sup>7</sup>. Em um mundo que codificava e modernizava o direito privado, atributos como a perpetuidade do pátrio poder<sup>8</sup> e a total exclusão das mães do seu exercício<sup>9</sup> eram princípios que não faziam mais parte da agenda de reformas produzidas à época. As críticas às velhas Ordenações não tardaram, pois elas apresentavam um modelo de pátrio poder em total desconexão com as codificações civis da época, o que contribuiu, sobremaneira, ao debate sobre a necessidade de sua reforma. A totalidade dos códigos civis promulgados na primeira metade do século XIX, com exceção do Código civil da Sardenha de 1827, desconhecia a perpetuidade e conferia, subsidiariamente, o pátrio poder à mãe.

---

2 *Código civil de 1916*, Art. 394. “Se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo alguma parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder” (Rocha, 1960, p. 217).

3 *Código civil de 1916*, “Art. 395. “Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe: I - que castigar imoderadamente o filho; II - que o deixar em abandono; III - que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes” (Idem, p. 225).

4 Sobre o controle, enfraquecimento e destituição do pátrio poder na virada do século XIX para o seguinte: na França, Schnapper, 1992; na Itália, Cavina, 2007; na Espanha, Sacristán, 2002; no Brasil, Rizzini, 2009.

5 No final do século XIX, o tema da destituição do pátrio poder permeava os debates travados nos Congressos penitenciários realizados na Europa. Os juristas brasileiros, bastante antenados com a produção do conhecimento que ocorria à época no Hemisfério Norte (Europa e Estados Unidos) tinham o total conhecimento desses debates, como indica Alfredo Balthazar da Silveira no seu livro (1914, p. 15 e sgs.).

6 O pátrio poder deve ser entendido como um ramo do tronco comum poder doméstico, este último englobando também o poder marital e o poder dominical (do mestre sobre os escravizados). Muito embora, na prática, tudo pudesse se entrelaçar dentro do conceito de “casa” (See-laender, 2017), cada um desses “poderes” detinha um regime jurídico próprio, com suas delimitações e extensões.

7 Sobre a *patria potestas* no direito romano: Cornil, 1897.

8 Nas palavras das Ordenações: “o filho de família é aquele que se encontra sob o pátrio poder, e isto, qualquer que seja a sua idade” (Liv. 4, Tít. 81, §3).

9 Essa regra não está clara nas Ordenações (Liv. 4, Tít. 87, §7), e o Aviso nº 312 de 20 de outubro de 1859 precisou confirmá-la e dirimir uma questão que parecia controversa (Coll. das decisões, 1859, p. 280-281).

Esse espírito de reforma foi em certa medida embalado pelo movimento iluminista, no qual a ideia de “dever de educação” deu nova dimensão à concepção tradicional do pátrio poder<sup>10</sup>. Essa ideia, que circulou por toda a Europa na época<sup>11</sup>, chegou ao oitocentos brasileiro inicialmente por intermédio das produções jurídicas portuguesas no quadro do que se convencionou chamar de “despotismo ilustrado”<sup>12</sup>. Neste sentido, a reforma do pátrio poder esteve marcada pela tensão entre tradicional (absolutismo paterno) e moderno (dever de educação) que pode ser detectada já nos juristas portugueses do final do século XVIII, e o exemplo mais paradigmático se encontra em Paschoal de Mello Freire, notadamente nas duas definições que ele dá ao pátrio poder.

O “príncipe” do despotismo ilustrado português entendia o pátrio poder como um “império doméstico”, porque os filhos “são partes e porções do corpo dos pais” (1967, Liv. II, Tít. V, §V). Essa justificação, de cunho despótico, acompanha-se de outra de influência iluminista, quando explica que o pátrio poder “assume pelo direito natural e pelo direito civil pátrio, a extensão requerida pelos deveres da educação” (*Idem*)<sup>13</sup>. Essas duas abordagens, uma sob a perspectiva ilustrada e outra despótica, continuará permanentemente em tensão no Brasil durante todo o século XIX e início do século XX, e pautará os discursos até a promulgação do Código Civil de 1916, quando a destituição do pátrio poder foi pela primeira vez transformada em lei.

Em uma nação recém declarada independente que teve por três séculos o poder doméstico como sustentáculo dos meios de produção, a crítica ao pátrio poder e a recepção da ideia de dever de educação aparecem como fenômenos extraordinários. Assim, a ocorrência de resistências deve ser entendida como uma atitude que pretendia conservar o modo de vida familiar local e antigo, mas que nos centros urbanos apareceu, a partir do final do século XIX, como algo antiquado e em contraste com o passado.

No presente estudo, como já dito, se pretende problematizar a ausência de debates sobre a perda do pátrio poder no momento de elaboração do primeiro Código Civil. Foi preciso, portanto, questionar como a doutrina concebeu a retirada do filho da família antes da promulgação do Código Civil de 1916, e verificar as críticas ao modelo de pátrio poder das Ordenações Filipinas, bem como as reformas legislativas segundo a nova filosofia do “dever de educação”. Pretende-se conhecer as dinâmicas e os principais elementos envolvendo essas questões por intermédio de um conjunto de fontes histórico-jurídicas: as Ordenações Filipinas, as leis promulgadas pelo governo imperial, a doutrina civilista, e os trabalhos preparatórios ao Código Civil de 1916. O principal objetivo do estudo é o de traçar as origens jurídicas da ideia de perda do pátrio poder.

Convém, portanto, dividir o estudo em quatro partes: na primeira examinaremos como as Ordenações Filipinas trataram o controle do pátrio poder (1), depois faremos o mesmo na legislação brasileira pós-independência (2) para, em seguida, identificar na doutrina civilista brasileira a ideia de “emancipação forçada” (3) e, finalmente, na quarta e última parte, expor como os juristas abordaram a perda do pátrio poder nos trabalhos preparatórios ao Código Civil de 1916 (4).

---

10 Foi, precisamente, por intermédio da escola do direito natural moderno, postulando a ideia de contrato na família, com distribuição de direitos e deveres entre os seus membros, e colocando em segundo plano o fundamento natural e eterno das relações de família, que a educação dos filhos surge como um dever parental. Sobre a reformulação do conceito de autoridade na família pela escola do direito natural moderno, cf. Dufour, 1975. Sobre a jurisdição doméstica na perspectiva do dever parental, cf. Fiorentino, 2007.

11 O livro de J. J. Rousseau, *Émile ou l'éducation*, publicado em 1762, verdadeiro campeão de vendas à época, reforçou a popularização do conceito. Sobre a integração do conceito no *Code civil* de 1804 (Rangel, 2019).

12 Veja, por exemplo, o Alvará de 24 de outubro de 1814, publicado pelo governo imperial português, sediado à época no Rio de Janeiro, em que estimula os tutores a “ensinar a ler e escrever” os órfãos dados à soldada (Rangel, 2021, p. 238).

13 Essa dupla concepção do poder na família se encontra igualmente em Teixeira de Freitas quando elabora o seu projeto de Código Civil, o *Esboço* (Seelaender, 2017, p. 380).

## 1. O controle do pátrio poder nas Ordenações Filipinas

Nunca se aventou, no Antigo Regime, a possibilidade de suspensão ou perda do pátrio poder, e apenas o seu controle pelos tribunais era possível<sup>14</sup>. É necessário lembrar que o pátrio poder só tinha lugar nas famílias legítimas, e a qualificação de “filho-família” - uma categoria forjada a partir do modelo romano<sup>15</sup> -, indicava a legitimidade da filiação, isto é, concebida dentro do casamento católico<sup>16</sup>. Opunha-se à filiação ilegítima (natural, adulterina ou incestuosa), considerada apenas como fato social, e por isto fora do pátrio poder<sup>17</sup>. Os filhos ilegítimos eram tratados como órfãos, e somente os naturais - concebidos ou nascidos do concubinato - poderiam ser legitimados por casamento subsequente, e inseridos no pátrio poder. A filiação adulterina poderia também ser legitimada, neste caso além do casamento subsequente deveria solicitar à Coroa que “tirasse a mácula da espuriedade para poderem ser herdeiros” (Silva, 1998, p. 211).

Percebe-se, portanto, que a família enquanto grupo social recebia tratamento jurídico diferente em função do tipo de relação que se estabelecia entre os seus membros, a começar pela filiação, tendo o casamento católico como fator determinante. A categoria de órfão significava especificamente a extinção do pátrio poder, de modo que o filho legítimo poderia ser incluído nessa categoria face à ausência ou morte do pai. A mãe, mesmo viúva, não exercia o pátrio poder. Temos, assim, para a filiação dois tipos de regime jurídico: um para o órfão - que se aplicava a tutela - e outro para o filho-famílias - que se aplicava o pátrio poder.

Fundado no princípio da perpetuidade, herdado do direito romano, o que pressupunha seu exercício mesmo após a maioridade do filho, o pátrio poder participava à ordem da sociedade com bastante autonomia. As Ordenações Filipinas o enquadraram na família nuclear, na relação entre pai e filho, distanciando-se, neste ponto, da tradição do direito romano que previa a autoridade dos anciãos, dos avôs. Mello Freire explica que o antigo direito visigótico previa o direito de açoitar os filhos aos avôs, às avós, ao pai e à mãe, enquanto viviam na família e, por consequência, com a morte do pai transmitia-se o pátrio poder à mãe<sup>18</sup>. Mas,

---

14 Duas legislações, editadas no período pombalino, uma de 19 de junho de 1775, e outra em 29 de novembro desse mesmo ano, visaram controlar o consentimento dos pais para o casamento de seus filhos que podia, a partir de agora, ser suprido por uma licença das autoridades régias (Silva, 1984, p. 117 e segs.). No Antigo Regime francês, um estudo detectou a ocorrência de vários obstáculos processuais no controle do pátrio poder (Rangel, 2011).

15 Em direito romano fazia-se a diferença entre *alieni iuris* e *sui iuris*. São *sui iuris* os cidadãos, juridicamente capazes de ser titular de direitos, o que a doutrina moderna trata como civilmente capaz. Os outros, *alieni iuris*, são todos aqueles que têm acima deles, em linha direta masculina, um ancestral masculino ainda vivo (pai, avô, bisavô) e, portanto, juridicamente incapazes de ser *sui iuris* (Lefebvre-Teillard, 1996, n° 71).

16 Estudos já revelaram outras formas de organização familiar, com prevalência, inclusive, das uniões de fato (concubinato) em certas localidades do Brasil. Uma pesquisa feita nos arquivos da paróquia de São Cristóvão (RJ) entre 1858 e 1867 revelou que os pais de 26,5% das filiações ilegítimas puderam ser identificados na certidão de batismo. Esse dado revela que uniões consensuais estáveis poderiam existir à margem do casamento. Os pais, neste caso, não exerceriam, em teoria, o pátrio poder (Kuznesof, 1997, p. 176). Para uma primeira abordagem da questão (Corrêa, 1981), e para o concubinato na Colônia (Netto, 2008).

17 Até a década de 1830, os filhos naturais eram, em certos casos, tratados como equivalentes à filiação legítima, e um decreto de 11 de agosto de 1831 dava às mães a possibilidade de instituir seus filhos naturais como herdeiros sem a necessidade da intervenção judiciária. A partir de 1840 ocorre um recrutamento por parte do governo no tratamento da matéria, e o decreto n° 463 de 2 de setembro de 1847 equipara a filiação natural à ilegítima e exige o reconhecimento prévio de paternidade para os filhos naturais terem qualquer direito à herança (Lewin, 1992, p. 369 e s.).

18 A *potestas parentum* (poder parental) da alta Idade Média em que ambos participavam na administração da pessoa e bens dos filhos (Merêa, 1947, p. 15). O modelo de pátrio poder, com superioridade da autoridade do pai na domesticidade, tem uma explicação histórica. Foi, em primeiro lugar, o resultado da penetração do direito romano a partir do século XII e de sua influência na redação de diferentes costumes locais na Europa (Gouron, 1957). Em seguida, com o humanismo jurídico do século XVI - chamado também de segunda redescoberta do direito romano -, a autoridade do pai de família foi interpretada como direito natural para se impor como verdadeiro absolutismo doméstico - uma “abstrata construção jurídica”, bem longe da concreta realidade de muitas localidades (Quarta, 2004). Por isto, a preponderância do pai de família aparece nas Ordenações Afonsinas (Liv. IV, Tít. 105, §§2 e seg.), e perdura nas seguintes (Merêa, 1947, p. 33, nota 78.).

segundo o jurista português, “acabou-se por abandonar esse direito”, conservando-se o poder exclusivo do pai sobre os filhos conforme o “direito romano novo”<sup>19</sup>.

Em regra, a liberação do filho-famílias da autoridade paterna era prevista de modo excepcional, em virtude de certas situações fáticas, e nunca por vontade exclusiva do pai<sup>20</sup>. O poder dele era indisponível, encarado como de direito natural e, logo, parte integrante da ordem social e política (Hespanha, 2010, p. 25). Na lógica do Antigo Regime, a saída do filho do pátrio poder só poderia resultar de fatos naturais, como a morte do pai, ou a situação específica do matrimônio (Liv. 1, Tít. 88, §6º)<sup>21</sup>. O pai consentindo ao casamento permitia a emancipação que se dava pelo fato da saída do filho da casa paterna e mudança de *status*, deixando de ser *alieni iuris* para se tornar *sui iuris*, isto é, apto ao exercício do poder doméstico.

A noção de “emancipação” era, assim, bastante peculiar, e não importava sempre a aquisição da capacidade civil plena, distinguindo-se, neste ponto, do direito atual (Liv. 4, Tít. 50, §2). Havia casos em que o pai poderia permitir ao filho praticar certos atos civis, sem que ele tivesse saído do pátrio poder, como, por exemplo, a capacidade para fazer testamento (Liv. 4, Tít. 81, §3º).

A emancipação do filho-famílias por ato de vontade do pai deveria ser feita por “carta”, precedida de decisão do Desembargo do Paço (Liv. 1, Tít. 3, §7º). A emancipação nunca se fazia por ato privado em cartório ou por testamento (Liv. 2, Tít. 45, §40). Certo, o pedido de emancipação só poderia ser feito quando o filho atingisse 25 anos de idade, mas a decisão pertencia ao Desembargo do Paço. A “carta de emancipação”, solicitada pelo próprio pai em benefício do filho-famílias, se distinguia da “provisão de suplemento de idade”, um procedimento destinado exclusivamente aos órfãos - 20 anos de idade, se for homem, e 18 anos se for mulher - que desejassem antecipar a maioridade.

Em ambos os casos se deveria provar a necessidade de se “estabelecer por conta própria e de gerir os seus bens...” (Silva, 2004, p. 34)<sup>22</sup>. Para o filho-famílias, o procedimento se iniciava por seu pai que apresentava os motivos da emancipação ao Desembargo do Paço<sup>23</sup>. Para os órfãos, a prova se daria por testemunho de moradores onde residia ou onde ele possuía bens, ouvidos pelo juiz do lugar, ao perguntar-lhes se “tem siso e discrição” para poder reger e administrar seus bens e pessoa (Liv. 2, Tít. 5, §XXIV). Convencido da maturidade do solicitante, o juiz autorizava o suplemento de idade, que se concretizava por instrumento público mediante “graça” concedida pelo Desembargo do Paço, único com poder de suprir o tempo restante que faltava para atingir a maioridade. No Brasil, mantêm-se mesmo procedimento, mas o suplemento de idade passa a ser expedido pelo juízo de órfãos, conforme a Lei de 28 de setembro de 1828 (art. 2, §4º).

Não havia, portanto, nas Ordenações Filipinas nenhuma hipótese de emancipação por idade, o que será regulado mais tarde. Voltaremos a essa questão no próximo tópico.

19 As Ordenações Filipinas previam, entretanto, aos avós paternos o direito de nomear em testamento tutor ao neto (Liv. 4, Tít. 102, §1).

20 Para uma primeira abordagem da dinâmica da emancipação no início do século XIX e suas peculiaridades casuísticas, ver Silva, 2004, Cap. 2 : “A questão da tutoria e a emancipação”.

21 A emancipação por “separação econômica dos filhos” e aquela pela “constituição de qualquer dignidade” não constam nas Ordenações Filipinas, e são construções jurídicas a partir do direito romano (Mello Freire, 1967, Liv. 2, Tít. 5, §§26 e 27).

22 Como anotou Teixeira de Freitas, nas Ordenações Filipinas o termo “emancipação” era sinônimo de “suplemento de idade” (Freitas, 1876, art. 183, nota 23). No entanto, a “provisão por suplemento de idade” era um procedimento diferente da “carta de emancipação” e as Ordenações deixam a entender que o primeiro poderia ser empregado pelo filho-famílias (Liv. 3, Tít. 9, §3º, *in fine*), mas Mello Freire reprova essa ideia, citando o direito romano (1967, Liv. 2, Tít. 5, §XXIV, p. 37).

23 Um estudo realizado a partir da prática judicial revelou que o filho-famílias poderia ir a juízo solicitar sua emancipação quando “se acha[va] há bastantes anos fora do pátrio poder”, e tendo meios para sua própria subsistência (Silva, 2004, p. 34).

Ao lado dos casos de emancipação, existia nas Ordenações Filipinas a possibilidade de judicialização do pátrio poder em situações excepcionais. A judicialização era encarada como uma ameaça à ordem natural das coisas, e por isto os casos previstos eram taxativos. Temos, em primeiro lugar, os casos de deserdação entre ascendentes e descendentes cuja principal finalidade era preservar os bens da família (Liv. 4, Tít. 88 e 89). Inspirado no direito romano, a deserdação não tinha como efeito a perda do pátrio poder, e visava apenas o bloqueio ou a retirada do ascendente culpado da linha sucessória. Outro caso de judicialização era quando o pai se recusava a destinar ao filho o pecúlio castrense ou quase-castrense (Liv. 3, Tít. 9, §3). Sobre esses bens, o filho-família tinha o “pleno domínio, a saber a propriedade, usu fructo e administração” (Almeida, 1870, t. 4, p. 909, nota 4). No entanto, para mover essas ações, devia-se obter previamente uma licença do juiz, porque a regra geral era a proibição do filho-famílias de citar o pai em juízo (Liv. 3, Tít. 9, §3).

As Ordenações previam, também, casos de “emancipação coacta” (Lobão, 1852, §72), isto é, casos em que o filho poderia sair do pátrio poder contra a vontade do seu titular. A ideia tem inspiração no direito romano, notadamente em uma decisão proferida pelo imperador Trajano, e encontrada no Digesto (L. 5, 37, 12), na qual um pai é compelido a emancipar o seu filho por lhe infligir maus tratos (Daremborg e Saglio, 1873, t. 4, p. 346). As Ordenações recepcionaram essa ideia de “emancipação forçada”, sem, entretanto, prever o caso dos maus tratos (Liv. 3, Tít. 9, §4). Os casos previstos foram: quando o pai dissipasse, gastasse ou danificasse os bens que não tivesse usufruto; quando recusasse os alimentos; e, finalmente, quando se recusasse a reconhecer emancipação fundada em direito. No primeiro caso, o filho deveria provar a prodigalidade do pai, no segundo a sua negligência e, no último, de que estava devidamente emancipado.

Estes casos serão ampliados pela doutrina portuguesa do século XVIII. Citando alguns exemplos tirados do direito romano, e também do direito canônico, Mello Freire afirma que a emancipação coacta ou forçada se dá quando o pai “tratar o filho com crueldade”, quando “aceitar um legado com a condição de emancipar o filho”, e quando exige dos filhos ou filhas a “necessidade de pecar” (Liv. 2, Tít. 5, §25). Mas esses casos não são taxativos, e Mello Freire não descarta a hipótese de se configurar outras situações, autorizadas pelas Ordenações Filipinas na frase “per Direito deve ser seu pai constrangido a o emancipar” (Liv. 3, Tít. 9, §4°).

Pereira e Souza, por sua vez, no célebre *Primeiras linhas sobre o processo orfanológico* (1880, §167, p. 122, nota 321), amplia ainda mais os casos previstos nas Ordenações com uma interpretação tirada do direito romano, do direito canônico e da legislação estrangeira. Para ele, em nove situações os pais poderiam ser compelidos a emancipar os filhos: 1) se o pai administrasse veneno ao filho, ou por qualquer outro modo procurasse matá-lo; 2) se tivesse feito o mesmo a sua mulher, mãe do dito seu filho; 3) se o pai vendo seu filho doente ou cativo não tratasse da sua cura ou resgate, tendo meios para isso; 4) se o pai mudasse de religião; 5) se aceitasse algum legado para emancipar o filho; 6) se o tratasse barbaramente; 7) se obrigasse a filha a prostituir-se; 8) se lhe desse maus exemplos, “vivendo com manceba, ou tendo-a por sua conta”; 9) se dilapidasse os bens dos filhos.

Nada contém nas Ordenações Filipinas sobre o procedimento que poderia ser instaurado no juízo local para promover a emancipação forçada. Mas para Lobão, a decisão que obrigasse o pai a emancipar o filho se assemelhava à “emancipação voluntária”, e por isto deveria ser confirmada pelo Desembargo do Paço (Lobão, 1852, §72). A ideia de que o pai poderia ser forçado a emancipar o filho constitui o primeiro fundamento do que mais tarde viria a ser a destituição do pátrio poder.



## 2. A tímida reforma do pátrio poder na legislação brasileira pós-independência

Em face da ausência do Código Civil, as Ordenações Filipinas, bem como todo o antigo arcabouço legislativo português, continuaram em vigor até 1916 na parte em que não tiveram sido alteradas por legislação extravagante, isto é, aquela produzida após 1822. O tronco comum continuou sendo a antiga legislação portuguesa e seus ramos foram transformados de modo pontual e progressivo. O regime jurídico do pátrio poder continuou fundado no princípio da perpetuidade, com a exclusão da mãe do seu exercício.

A partir da Regência se operam algumas reformas no antigo direito de família herdado de Portugal. Essas reformas foram orientadas por antigas classificações ratificadas pelas Ordenações - por exemplo a distinção *filho-família* e *órfão* - e por uma concepção social da família, de modo que se pode verificar na legislação produzida no Brasil tratamentos jurídicos desiguais. A antiga ordem das famílias apresentava classificações e categorias próprias que foram mescladas aos elementos sociais, criando, assim, dois regimes jurídicos diferentes para uma mesma situação fática<sup>24</sup>.

Uma modificação importante à antiga legislação portuguesa veio com o Decreto de 31 de outubro de 1831: “Em vinte e um anos completos termina a menoridade, e se é habilitado para todos os actos da vida civil” (Collecção das leis, 1875, p. 177). Interessante notar que o decreto empregou a palavra “menoridade”, sem qualquer menção à emancipação. Isto significava que a perpetuidade do pátrio poder restou intocada, apenas com alteração do antigo marco etário, que antes era de 25 e passou a ser 21 anos. Na realidade, o decreto se destinou apenas à categoria dos órfãos, isto é, àqueles que se encontravam fora do pátrio poder e sob o regime da tutela (Ribeiro, 1871, p. 2). Para eles, uma vez atingida essa idade legal acabava a menoridade e se tornavam indivíduos plenamente capazes<sup>25</sup>.

Em uma sociedade repleta de filhos juridicamente ilegítimos, o decreto cria um novo modo de aquisição de capacidade civil, a *emancipação por idade*, que passa a vigorar ao lado de outros já existentes: *suplemento de idade*, *emancipação voluntária* e *emancipação forçada*. Essas últimas, consideradas como tradicionais, herança da antiga legislação portuguesa, enquanto que a emancipação por idade reputada como moderna, uma novidade sob influência do direito das nações civilizadas, mormente do Código Civil francês de 1804.

A convivência desses modos de antecipação da capacidade civil nada alterou o regime do pátrio poder que continuava a operar nos modos tradicionais. Somente o pai de família poderia “se demitir” da própria autoridade, e até mesmo o caso de condenação em matéria criminal não afetava o gozo e exercício dos seus direitos civis, aqui compreendidos os direitos de família - conforme a Constituição do Império, apenas os direitos políticos poderiam ser suspensos ou destituídos (arts. 7 e 8).

---

24 Uma tese de doutorado, com o título “Duas leis, duas famílias”, ressaltou a questão social das famílias para chamar atenção sobre a existência de discursos e tratamentos jurídicos diferentes às famílias pobres (Cavinchioli, 2019). Igualmente, um recente estudo sobre a disciplina dos castigos de escravizados demarca a existência no Império de um “duplo grau de legalidade” no tema (Barbosa, 2021, p. 160).

25 Na emancipação por idade seria suficiente a apresentação da certidão de batismo ou, na falta desta, a prova da idade por testemunha ou qualquer outro meio. Na prática, a demanda pelo suplemento de idade, na qual se exigia a prova da capacidade, tornou-se uma exceção, pois após o decreto de 1831 bastava aguardar o atingimento da idade legal para emancipar-se. No entanto, o novo decreto teve dificuldade para ser efetivado nos tribunais porque muitos juízes continuavam a exigir do órfão, que deixava de ser menor, a prova da sua capacidade, em detrimento mesmo da prova documental da idade legal de 21 anos. Face a essa situação, conforme explicou Teixeira de Freitas, o governo imperial expediu o Aviso nº 16 de 8 de janeiro de 1856: “Attingindo o orphão a idade de 21 annos, e provando este facto, deve sêr tido por emancipado, e apto para todos os actos da vida civil, independentemente de habilitação, ou formal e expressa emancipação; sendo que a capacidade não carece de prova, porque é uma presumpção estabelecida pela Resol. de 31 de Outubro de 1831, e que só pode sêr destruída pelos meios, e forma, que as leis têm marcado para os maiores em geral” (Freitas, 1876, art. 8, nota 9).

Por isto, para a menoridade prevista no decreto de 1831 ter efeito aos “filho-famílias” era preciso que estes ficassem, nas palavras de Teixeira de Freitas, “legalmente isentos do pátrio poder” (Freitas, 1876, art. 10), por morte do pai, casamento, emancipação voluntária ou, acrescentado pela Constituição do Império de 1824, quando colassem grau acadêmico, estivessem investidos nas ordens sacras, ou exercessem algum “ofício público” (*Idem*, art. 92). A doutrina elenca, ainda, o caso do filho estabelecer economia separada, e o de entrada do pai ou do filho em “religião aprovada” (Rodrigues, 1869, §119).

Vê-se, portanto, que para Teixeira de Freitas a “isenção” ou “demissão” do pátrio poder não era considerado como um caso de emancipação forçada, já que essa última pressupunha o litígio judicial entre pai e filho, o qual só poderia ser instaurado em situações excepcionalíssimas (Freitas, 1876, arts. 183 e 204). No tópico seguinte voltaremos a esse ponto com mais detalhes.

A partir da década de 1850, a intervenção estatal no direito de família é mais contundente. Inspirada no dever de educação, a administração imperial baixa regulamentações com o intuito de forçar as famílias a educar convenientemente seus filhos<sup>26</sup>. O Decreto nº 1.331 de 1854, que regulamentou o ensino primário e secundário no município da Corte, instituiu o ensino obrigatório para os meninos a partir dos 7 anos, e constrangia com pena de multa os pais que “não derem o ensino pelo menos do primeiro gráo” (art. 64). A decisão sobre a educação dos filhos passava a ser feita pelo Estado que obrigava as famílias a colocá-los nas escolas, ainda que isto fosse contra a vontade paterna. A conveniência e a oportunidade da educação dos filhos eram retiradas da família.

Ao que parece, essa regulamentação causou incomodo, e o decreto nº 7.247 de 1879 reformou essa parte da legislação para isentar da pena de multa no caso dos filhos terem recebido “instrução conveniente em escolas particulares ou em suas próprias casas”, e quando eles residissem a mais de um quilômetro e meio de distância da escola (art. 2, §1º).

Para as famílias pobres, a obrigatoriedade do ensino primário foi regulamentado pelo Decreto 5.849 de 1875, que criou o “Asylo de meninos desvalidos”. Aqui, a administração imperial exercia controle rigoroso sobre o pátrio poder: ao colocar seus filhos no “Asylo”, os pais perderiam o poder de decidir a saída deles. Os pais poderiam reclamar a entrega dos filhos somente ao provar que “se acham em circunstancias de cuidar de sua educação”, e se o ministro do Império “julgar conveniente” (art. 3). A sorte dos menores passou a ser decidida inteiramente pelo governo que se substituíra ao pai de família, agora, presumido como inepto e incapaz de educar corretamente seu filho, caso não apresentasse provas.

Note-se que temos aqui, por intermédio da obrigatoriedade do ensino, a emergência de tratamentos desiguais. Aos pais negligentes, com alguma condição econômica para instruir os filhos em escolas particulares ou na própria casa por preceptores, aplicava-se a pena de multa; enquanto que aos pais pobres restava a institucionalização forçada dos seus filhos.

Muito embora a insuficiência de recursos para implementar estabelecimentos ou ampliar a estrutura daqueles existentes tenha sido um empecilho à efetividade desses dispositivos (Moacyr, 1937, t. 2, p. 139), deixar de promover a instrução dos filhos passou a ser interpretada como inobservância de um dever.

---

<sup>26</sup> No seu estudo clássico, Gilberto Freyre explicou a decadência do patriarcalismo rural pelo desenvolvimento de um tipo de patriarcalismo urbano, e apontou alterações e distensões ocorridas na hierarquia da família tradicional por causa da institucionalização do ensino (Freyre, 2004, Capítulo III: “o pai e o filho”, p. 177 e segs.).

### 3. A doutrina da “emancipação forçada”

Não se trata de emancipação propriamente dita. Não se queria antecipar o fim da menoridade pelo atingimento de uma idade legal ou em virtude de determinado fato social. O pai era compelido a emancipar o filho por decisão judicial. Como já dito, o fundamento jurídico da emancipação forçada era a frase contida nas Ordenações Filipinas: “per Direito deve ser seu pai constringido a o emancipar” (Liv. 3, Tít. 9, §4).

Os juristas brasileiros se sentiram à vontade para explicar a retirada forçada do pátrio poder por diferentes argumentos. A reflexão parte de uma crítica ao princípio da perpetuidade. Teixeira de Freitas, o romanista do Império, o rechaçou ao afirmar que “essas ideias do pátrio poder estão hoje abandonadas”, e previu casos de perda e suspensão no *Esboço* que, como se sabe, restou apenas como projeto (Freitas, 1952, p. 541-542). Para este projetista, o pai que perdia o pátrio poder “não o recobrará mais, ainda que cessem as causas que a determinaram”<sup>27</sup>, ao passo que o pai suspenso<sup>28</sup> poderia ser restituído no exercício dos seus direitos quando as causas cessassem. Note-se que alguns casos de perda do pátrio poder elencados no primeiro projeto de Código civil poderiam se caracterizar infração penal, por exemplo o castigo imoderado previsto no Código criminal (art. 10, §6).

Lafayette Rodrigues, na sua obra *Direitos de família*, publicada em 1869, foi mais incisivo para atacar frontalmente o princípio da perpetuidade:

“A instituição do pátrio poder, tal como se acha constituída pelo nosso direito é um invento absurdo, imaginado antes em utilidade e vantagem do pae do que em beneficio do filho. O jugo do pátrio poder, prolongando-se irracionalmente além da menoridade e dando ao pae o direito de usufruir os bens do filho pertencentes á vasta classe dos adventicios, entre os quaes figurão as legítimas maternas e as heranças deixadas por extranhos, envolve em si uma tirannia cruel, incompativel com as ideias do seculo e contra a qual bradão com toda a energia os mais sagrados direitos e as mais santas aspirações. Quantos entes, fadados para a felicidade, e em maior numero os do sexo fraco, não vegetão ahi, durante a mais formosa quadra da vida, encerrados em carceres privados, ou comprimidos sob as falsas apparencias da grandeza e elegancia, com a alma a anhelar venturas impossveis, porque a avaresa paterna, receiosa de perder o usufructo do peculio, lhes embarga a emancipação! É mister acabar com esta tirannia... Imitemos o exemplo dado pelos povos cultos. Em França, em Portugal, no Chile e em muitos outros paizes, o patrio poder termina pela maioridade do filho famílias” (Rodrigues, 1869, §113, nota 1).

Após a crítica dura ao princípio da perpetuidade, Lafayette Rodrigues aventou a hipótese de suspensão do pátrio poder a distinguindo do caso de término do pátrio poder (1869, §119). Ele não concebeu, em nenhum momento de sua obra, a possibilidade de destituição. A suspensão, segundo ele, poderia ocorrer em dois casos: quando se verificasse a prolongada ausência do pai em lugar incerto ou remoto; e quando uma sentença judicial o declarasse incapaz de reger

27 *Esboço*, Art. 1.513. “Incorrerá o pai na perda do pátrio poder: 1º Se habitualmente maltratar os filhos, negando-lhes alimentos, ou cometendo contra eles crueldades, excessos, ou violências, que ponham em perigo sua vida, ou possam causar-lhes grave dano; 2º Se os expuser, ou de caso pensado os abandonar, não lhes deixando socorros, nem os tendo confiado ao cuidado de alguém; 3º Se pela sua depravação induzir os filhos ao mal, prostituir as filhas ou tentar prostituí-las, ou concorrer para sua prostituição.

28 *Esboço*, Art. 1.515. “Suspende-se o pátrio poder nos seguintes casos somente: 1º Alienação mental do pai, declarada em juízo (arts. 41, nº 3, e 78 a 100); 2º Ausência do pai, declarada com presunção de falecimento (arts. 244 a 271)”.

os bens e a pessoa do filho, sendo-lhe nomeado um curador. Nestes casos, o filho seria colocado sob o regime da tutela, mas o pai, mesmo suspenso do pátrio poder, manteria o direito ao usufruto.

Interessante notar que Lafayette Rodrigues situou a emancipação forçada entre os casos de término do pátrio poder. O pai era compelido a emancipar o filho, por “sentença passada em julgado, proferida em acção competente”, nos seguintes casos (todos tirados dos direitos romano e canônico): 1º Quando o pai inflige o filho com maus tratos; 2º Quando aceita legado ou herança que lhe fora deixado sob a condição de emancipar o filho ; 3º Quando força a filha á prostituir-se ; 4º Quando enjeita o filho infante e ele é criado por terceiro (1869, §119, p. 169). A ação judicial seria sumária (*Idem*, nota 4)<sup>29</sup>, como se a indignidade do pai indicasse naturalmente a necessidade de sua demissão do pátrio poder. Mas Lafayette Rodrigues nada diz sobre os efeitos da decisão judicial, notadamente se o pai manteria ou não o usufruto.

Já Trigo de Loureiro abandonou o princípio da perpetuidade para ensinar que todos os menores de idade do Império, sejam eles órfãos ou filho-famílias, deveriam ser emancipados aos 21 anos (1871, vol. I, §91, nº 2)<sup>30</sup>. A obra desse autor é a mais interessante. Ao comparar a primeira e a quarta edição da sua *Instituições de direito civil brasileiro* (1851 e 1871), se percebe a mudança de perspectiva do autor no tema. Na primeira edição, especificamente no parágrafo intitulado “Quando o pai pode ser obrigado a emancipar o filho”, tal como explicado pela doutrina portuguesa do século XVIII, notadamente por Mello Freire, o jurista brasileiro inclui na “emancipação coacta” os casos de deserção dos pais pelos filhos previstos nas Ordenações Filipinas (L. 4, Tít. 89) e aponta, com base nos direitos romano e canônico, cinco outras situações: 1) aceitação do pai de algum legado com a condição de emancipar o filho; 2) “se o trata cruelmente”; 3) “se obrigar a filha a prostituir-se”; 4) “se lhe der maus exemplos, vivendo com concubina”; 5) “se dissipar os bens dos filhos” (1851, vol. I, §71, p. 41).

Na quarta edição do seu livro, publicada em 1871, as causas de “emancipação forçada” são ampliadas. A partir de agora, Trigo de Loureiro aborda o direito romano separadamente do direito pátrio, mas sem deixar de seguir conceitos e categorias do antigo direito português (Título V: “Dos modos porque se dissolve o patrio poder”). Com isto, suas explicações tornam-se complexas e ecléticas, e até mesmo confusas. Assim, o que a doutrina portuguesa do século XVIII denominava “emancipação coacta”, ele qualifica, a partir de agora, de “emancipação necessária ou de pleno direito” que é “quando o filho ou filha pede ao magistrado ser tirado do pátrio poder por factos ilícitos do pai, que o tornem indigno desse nome” (Loureiro, 1871, vol. I, §89, p. 94). Segundo ele, no direito romano os casos são: quando “o pai contractou um casamento incestuoso”; quando “induz a filha à prostituição”; quando “maltrata o filho ou filha”, ou “se aceitou legado, que lhe foi deixado sob a condição de emancipar seu filho ou filha” (*Idem*). No parágrafo seguinte, dedicado ao direito pátrio, Trigo de Loureiro traz uma explicação modernizante ao indicar que é possível a dissolução do pátrio poder por sentença judicial, abandonando, mais uma vez, a teorização tradicional da emancipação coacta ou forçada. Segundo ele:

29 As ações sumárias eram aquelas “intentadas por huma simples petição, em que o Autor narra o facto; que dependendo de prova, melhor será dividir por Itens para facilitar o inquiritorio das testemunhas ; o pedido pode ser incerto ; com tanto que se possa liquidar” (MMS, 1852, p. 103).

30 Vale registrar que o desembargador da Relação da Corte, Tristão de Alencar Araripe, na sua obra *Codigo civil brasileiro* de 1885 explica que muito embora “as leis conservem a denominação de filho-famílias... todavia essa expressão não tem hoje valor depois da lei de 31 de outubro de 1831 que emancipa o filho *ipso facto* da maioridade de 21 annos” (Araripe, 1885, p. 73). Provavelmente a tolerância dos tribunais em aceitar a demanda dos filhos-famílias de emancipação, à revelia do pai, tenha se tornado, nos anos finais do Império, um “costume judicial”. Um advogado escreve em sua obra sobre prática do foro civil que um filho-famílias, bem como o órfão, poderiam ir a juízo “se tiver justa razão para se emancipar” (MMS, 1852, p. 125).

“Por sentença, que privou o pai do referido poder, porque de propósito abandonou os filhos sem cuidar da sua educação, ou porque os trata com crueldade, ou os induz a maus costumes, ou à prostituição; ou porque dissipa os seus bens, ou, enfim, porque aceitou legado com a condição de os emancipar; (...). Em cada um destes... casos, e outros semelhantes, o respectivo Juiz de Orphãos deve nomear tutor aos menores, cujo pai é morto, ou foi privado do exercício do poder pátrio” (1871, vol. I, §90, n° 7, p. 96).

É notável o distanciamento de Trigo de Loureiro da doutrina tradicional quando situa o pátrio poder no dever de educação, e quando afirma a emancipação ser de “pleno direito” do filho, e não uma emancipação forçada, o que sugere uma sanção ao pai<sup>31</sup>. A vanguarda da sua doutrina se verifica, igualmente, quando ensina que ao atingir a idade de 21 anos, o filho-famílias torna-se emancipado e dissolve-se o pátrio poder (*Idem*, n° 2, p. 96), e que no caso de recusa do pai, o filho pode obrigá-lo judicialmente em ação própria, bastando provar sua capacidade “para bem governar sua pessoa e seus bens” (*Idem*, §92). Somente no último parágrafo do Título V, intitulado “Quando pode o pai ser obrigado a emancipar o filho” que Trigo de Loureiro parece acenar à doutrina tradicional, e se contenta de transcrever a famosa frase das Ordenações Filipinas e, ao mesmo tempo, remeter ao que foi dito nos parágrafos anteriores sobre o tema:

“O pai pôde ser obrigado a emancipar o filho, ou filha, ainda mesmo antes da idade legitima (nomeando-lhe então o Juiz de Orphãos, a quem pertencer, tutor, ou curador, se não se lhe poder conceder Carta de supprimento de idade), quando for provada contra elle alguma das causas approvadas por direito como suficientes para isso, na fôrma da Ord. liv. 3, tit. 9, § 4, nas palavras:—ou diz que *por Direito deve ser seu pai constrangido a o emancipar*.— Essas causas são as mesmas, por que os filhos, e filhas podem desherdar seus pais, e mães, declaradas na Ord. liv. 4, tit. 89, e além dessas as que indicamos no fim do § 89, sob o epigraphe—*emancipação necessária*—e que repetimos no § 90, sob n. 7.” (*Idem*, §94, p. 99).

No final do período imperial, precisamente em 1889, o jurista José Carlos de Almeida Arêas, o barão de Ourém, sintetizou o estado da arte no tema em seu opúsculo, escrito em língua francesa, *Étude sur la puissance paternelle dans le droit brésilien* (“Estudo sobre o pátrio poder no direito brasileiro”), no qual alertou sobre a necessidade de reformas do pátrio poder (Arêas, 1889)<sup>32</sup>. Ourém é capaz de fornecer explicações modernas mescladas com a tradição. Se, por uma lado, sustenta que o exercício comum do pátrio poder “não tardará a ser adotado pelo direito brasileiro”, por outro, pondera que “só pode e deve ser exercido pelo pai, chefe da família, durante o casamento, e pela mãe, somente em caso de impedimento ou ausência do marido”, em nítida influência do Código civil francês.

Algumas questões, demasiadamente espinhosas, como aquela sobre a equiparação entre filhos legítimos e naturais para efeitos sucessórios, Ourém não a enfrentou, e preferiu tangenciar: “isto depende das ideias mais ou menos liberais do legislador”. Por outro lado, era partidário de propostas inovadoras como a introjeção no Brasil da figura do conselho de família - inspirada mais uma vez no modelo francês -, e do pátrio poder fundado no dever de educação, o que implicaria o seu exercício a todos os tipos de filiação.

31 Não por acaso, o jurista Macedo Soares, na sua obra sobre o casamento civil, alertava seus leitores para ler Trigo de Loureiro “com cautela, porque em muitos pontos este escriptor emite doutrinas que não são correntes no direito pátrio” (Soares, 1890, p. 102).

32 O opúsculo, fruto de uma comunicação apresentada à *Société de Législation Comparée*, a qual Ourém era membro, nunca foi publicado na versão em português. As ideias do autor, aqui sintetizadas, foram extraídas do texto original, conservado no IHGB (Miscelânea, 190, 2, 8, n° 16), a partir de minha livre tradução.

Ourém parece se distanciar ligeiramente da doutrina da emancipação forçada ao considerar a perda do pátrio poder como uma *pena* que constrange o pai a emancipar o seu filho, e por isto declarada unicamente por decisão judicial. Ele via nas causas de deserdação dos pais pelo filho das Ordenações (L. 4, Tít. 89) o primeiro fundamento do “abuso da autoridade paterna pela violação ou negligência dos deveres que incumbem ao pai”. Como um jurista de seu tempo, influenciado por modelos estrangeiros, explicava que esses casos foram posteriormente ampliados pelos intérpretes, “assim que os Códigos modernos autorizam fazer”, para elencar cinco casos de emancipação forçada “geralmente adotados por nossos autores”: “1º Se o pai maltrata a criança; 2º Se ele favorece a prostituição da filha; 3º Se ele expõe ou abandona a criança; 4º Se ele contrai uma união incestuosa; 5º Se ele aceita doação, sucessão ou legado deixados sob condição de emancipar o filho”.

Fazendo uma interpretação modernizante das Ordenações, Ourém afirma que a decisão judicial, ao declarar o pai destituído do pátrio poder, assumia a forma de Carta de Emancipação, e seus efeitos seriam irrevogáveis de modo que o pai não poderia mais “recobrir o pátrio poder, ainda que as causas da destituição tenham cessado”. Ele concordava, neste ponto, com o *Esboço* de Teixeira de Freitas.

Na parte final do seu opúsculo, em que propõe reformas ao pátrio poder, Ourém deixa a entender que todo esse esforço de conciliação entre antiga e nova doutrina não fazia mais sentido, e reconhecia que a emancipação forçada estava com os seus dias contados, sendo um “vestígio de velhas doutrinas”, devendo, portanto, ser suprimida, porque “se destina apenas a atingir indiretamente uma finalidade fácil de se atingir diretamente”.

A doutrina da emancipação forçada, precipitada pelos juristas portugueses do final do século XVIII, e continuada no Brasil Império, foi, portanto, uma construção jurídica racional com base na ideia de que o pai poderia ser “compelido à emancipar o filho” quando exercesse sua autoridade de modo ilícito e indigno, colocando em risco a moralidade ou o patrimônio da família. Não se tratava de perda do pátrio poder, mas de retirada do filho da casa paterna e sua colocação sob o regime da tutela – de parentes, terceiros ou do próprio Estado -, o que equivaleria hoje à perda do direito de guarda. O pátrio poder poderia, assim, ser esgarçado por decisão judicial, e apenas alguns de seus atributos conservados ao pai, como o direito ao usufruto.

Desde Trigo de Loureiro, passando por Teixeira de Freitas, Lafayette Rodrigues e barão de Ourém, cada um explicava os casos de emancipação forçada a sua maneira, mas era consenso entre eles, a necessidade de reforma do pátrio poder. Resta saber como a reforma foi lavada a cabo após a proclamação da República e, em seguida, tratada nos debates preparatórios ao Código Civil.

## 5. Suspensão e destituição do pátrio poder no Código Civil de 1916

Com o advento da Primeira República algumas coisas mudaram. O Decreto nº 181 de 1890, regulando o casamento civil, trouxe alterações significativas na matéria, ao dar ênfase, ainda que de modo subsidiário, à participação da mulher no pátrio poder, mas sem alterar o princípio da perpetuidade. Pela primeira vez, uma legislação previa o pátrio poder à viúva não binuba, isto é, à mãe que se mantinha no estado de viúva sem contrair segundas núpcias (Decretos do governo provisório, 1890, p. 180, art. 94)<sup>33</sup>. Outra novidade, que teve enorme repercussão à época,

33 Esse tema havia sido excessivamente debatido na “Comissão Organizadora do Projeto de Código Civil Brasileiro”, formada por D. Pedro II,

consistiu na criação de um tipo de “poder materno”. Face à filiação natural não reconhecida pelo pai, a nova lei dava à mãe solteira a possibilidade de consentir ao casamento do filho<sup>34</sup>. Ainda que seja uma “doutrina nova”, porque, segundo Macedo Soares, “não estava no uso do fôro exigir-se o consentimento da mãe” (Soares, 1890, p. 68), essa permissão legal não irritou o sistema tradicional, fundado na legitimidade, pois o reconhecimento da filiação continuou atrelada à vontade do pai (Decretos do governo provisório, 1890, p. 171, art. 18). No entanto, a permissão serviu de brecha à interpretação ampla do dispositivo no sentido de se pleitear à mãe natural todos os atributos do pátrio poder<sup>35</sup>. Esses novos elementos serviram de base à Coelho Rodrigues e, depois, à Clovis Bevilacqua, para elaboração do projeto de Código Civil.

O primeiro projeto de Código civil republicano, redigido por Coelho Rodrigues, um ex-monarquista convertido, trazia concepção sobre a família que “pouco se coadunaria com a orientação individualista-democrática”, pois ainda fazia ecoar os traços da tradição ao conceituar “família doméstica” (Seelaender, 2017, p. 393-394). Com efeito, o projeto manteve o princípio da perpetuidade ao estabelecer a emancipação por casamento como regra (Rodrigues, 1893, p. 278, art. 2.277), e não prever a emancipação por idade que ficava condicionada à vontade do pai (*Idem*, art. 2.278). Ademais, o poder previsto às mães naturais de “subsistência e educação” dos filhos fazia lembrar o dever de amamentar das Ordenações Filipinas (*Idem*, art. 2.184, §3). Como já previsto pelo decreto de 1890, o pátrio poder, exercido de preferência pelo pai na constância do casamento (*Idem*, art. 2.184, §1), foi conferido à viúva não binuba (*Idem*, p. 257, art. 2.115). O projeto abandona a doutrina da emancipação forçada e adota a teoria do abuso<sup>36</sup> ao prever, de modo genérico, a destituição do pátrio poder “por violação ou negligência dos seus deveres, ou por má administração dos bens do filho”, sem especificar taxativamente quais eram os casos<sup>37</sup>. Mesmo problema se verificará no projeto Bevilacqua.

Apresentado à comissão revisora em 1900<sup>38</sup>, o projeto Bevilacqua não só incluiu a participação da mulher no pátrio poder, mas também aboliu com o princípio da perpetuidade. Previu seu exercício à mulher “na falta ou impedimento do marido”, além de recepcionar as regras do decreto de 1890 ao reconhecer o pátrio poder à viúva não binuba, e um poder materno aos filhos ilegítimos não reconhecidos pelo pai (Projecto, vol. I, p. 76, art. 449). O projeto Bevilacqua não deixou de afirmar que na constância do casamento o marido exercia o pátrio poder como chefe da família (*Idem*, art. 446). O projeto distinguiu, ainda, os direitos dos pais quanto à pes-

---

em julho de 1889, meses antes da queda do Império. As atas das sessões foram publicadas pela Revista do IHGB (t. LXVIII, Parte I, 1907, pp. 16-17, 21, 23-24).

34 A incidência de mães solteiras era o resultando da filiação natural, e um estudo com base nas certidões de batismo da paróquia de São Cristóvão sugere que em um universo de 389 mães, 89 eram mães solteiras, 22,4% do total (Kuznesof, 1997, p. 175).

35 Entre 1895 e 1921 foram encontrados quatorze habeas corpus julgados no STF envolvendo a questão do pátrio poder da mãe natural. Esse dado merece um estudo à parte.

36 A teorização do abuso de direito foi melhor enquadrada no início do século XX, muito por causa da obra de Louis Josserand, *De l'abus de droit*, de 1905. O projeto Coelho Rodrigues é anterior, e não pude identificar sua fonte de inspiração, mas, como vimos, Ourém já emprega o termo “abuso” em 1889. O projeto Bevilacqua adotará mesma teorização, e provavelmente este autor se valeu da doutrina do jurista italiano Enrico Cimbali, notadamente da obra *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*, publicada em 1885, porque no seu livro *Direito de família*, Bevilacqua cita o autor italiano (1903, p. 466, nota 8).

37 Art. 2.197. “Si o pai ou mãe abusa do poder paternal, por violação ou negligência dos seus deveres, ou por má administração dos bens do filho, o juiz póde, a requerimento de algum dos parentes mais proximos ou, na falta destes, do ministerio publico, dar um curador a seus bens; nomear um depositario á sua pessoa; privar o pai ou mãe do respectivo usufructo, e tomar qualquer outra medida, que lhe pareça necessaria para garantia do menor; de acordo com o conselho de familia ou de tutela, si não for possível constituir aquelle” (Rodrigues, 1893, p. 267).

38 O projeto foi redigido entre abril e novembro de 1899. Antes de remeter à Comissão revisora, Eptácio Pessoa, ministro do interior à época, o enviou à apreciação do jurista Manoel Antonio Duarte de Azevedo ( *Projecto de Codigo Civil Brasileiro*, vol. I, p. 160). Doravante citado como Projecto, I, p. 160.

soa dos filhos - em que elenca um rol de atributos do pátrio poder (*Idem*, p. 76, art. 450) - e os direitos dos pais quanto aos bens dos filhos - regulando, prioritariamente, os possíveis conflitos de interesse, a aquisição de bens pelos filhos e o direito ao usufruto (*Idem*, p. 76-77, arts. 451 a 458).

Com relação a “extinção e suspensão do pátrio poder” (Liv. 1, Tít. V, Cap. VI, Seção IV), o projeto descarta a doutrina da emancipação forçada para adotar a teoria do abuso<sup>39</sup>. Essa teoria vem estampada no artigo 462 ao prever a possibilidade de *suspensão* do pátrio poder ao pai ou a mãe que abusa desse direito “por violação ou negligência dos seus deveres ou por uma ruínosa administração dos bens do filho” - formulação idêntica a do projeto Coelho Rodrigues<sup>40</sup>. O projeto previu, ainda, a possibilidade de *demissão* do pai ou da mãe do pátrio poder em casos de violência à pessoa e dignidade dos filhos, tais como “maus tratos excessivos”, abandono, conselhos ou exemplos perniciosos, estímulo ou facilitação à prostituição, e atentado violento ao pudor<sup>41</sup>. Em todos esses casos, era facultado ao juiz decidir sobre a suspensão ou demissão do pátrio poder, após receber a queixa de parentes próximos ou do ministério público.

A “comissão de notáveis”, nomeada pelo governo Campos Sales, para rever o projeto primitivo, antes de enviá-lo a debate para o legislativo, em nada alterou a substância dos dispositivos, com apenas modificações de forma, no texto do artigo 463 (que passou a ser art. 484), tornando sua redação mais enxuta e modernizante, ao adotar a expressão “castigo immoderado” (ao invés de “maus tratos excessivos”), bem como a proposição genérica de “actos contrários à moral e aos bons costumes”, e o termo “destituído” (ao invés de “demittido”) do pátrio poder<sup>42</sup>.

Depois dessas modificações ao seio do executivo, o projeto seguiu para a Câmara dos deputados, onde foi criada uma comissão, ficando, cada um de seus membros, responsável por uma parte do projeto (Santos, 2011, p. 16). Antes de se iniciar os debates na Câmara, o projeto foi, ainda, enviado a diversos órgãos externos que emitiram diferentes pareceres sobre o projeto produzido pelo executivo. É, neste momento, que aparece a primeira e única crítica aos dispositivos sobre a suspensão e destituição do pátrio poder.

A Faculdade Livre de Direito do Rio de Janeiro, rechaçando, em seu parecer, a grande latitude deixada aos juizes para apreciar os casos de suspensão ou perda do pátrio poder, alertava que “o projecto esquece a salutar regra que, uma lei será tanto melhor, quanto menos logar der ao arbítrio e ao abuso” (*Projecto*, vol. II, p. 54). Em seguida, critica o conteúdo dos dispositivos criados, “tudo vago e indefinido”, sem designar os casos de “violência ou negligencia de deveres”, e sem dizer no que “consiste o castigo moderado”, e tampouco definir o que seriam “as ordens, conselhos ou exemplos perniciosos, ou os atos contrários à moral e aos bons costumes” (*Idem*). O projeto consagrava, segundo o parecer da faculdade, uma “vigilância continua, impertinente do poder publico sobre a vida domestica”, além de ter neutralizado a “*patria potestas*, que seria

39 Conhecedor da lei francesa de 24 de julho de 1889 que previu pela primeira vez a possibilidade de destituição de pais considerados como indignos, Bevilacqua faz um estudo comparado do pátrio poder nas legislações estrangeiras do seu tempo em seu livro *Direito de família* (1903, §77, p. 511 e segs.).

40 Art. 462. “Si o pae ou mãe abusa do patrio poder por violação ou negligencia dos seus deveres ou por uma ruínosa administração dos bens do filho, o juiz pode, a requerimento de algum parente ou do ministério publico, tomar qualquer medida que lhe pareça necessaria para garantia da pessoa ou dos bens do mesmo filho, inclusive a suspensão do patrio poder” (*Projecto*, vol. I, p. 77).

41 Art. 463. “Si o pae, ou a mãe, infligir excessivos maus tractos aos filhos, sem attender ás admoestações do juiz; si os abandonar ; si lhes der ordens, conselhos ou exemplos perniciosos; si se tornar culpado de actos de lenocínio ou de outros attentados contra o pudor das filhas, será demittido do patrio poder por sentença judicial proferida a requerimento de algum parente ou do ministério publico” (*Idem*).

42 Art. 484. “Si o pae ou mãe castigar immoderadamente os filhos, abandonal-os, der-lhes ordens, conselhos ou exemplos perniciosos, ou tornar-se culpado de actos contrarios a moral e aos bons costumes, será destituído do patrio poder” (*Projecto*, vol. I, p. 195).



apenas uma sombra do poder”, uma vez que o chefe de família estaria “exposto aos caprichos de juízes..., e impedido de exercer a sua alta missão” (*Idem*). O parecer sugere, por fim, que as “medidas acauteladoras ou coercitivas” a serem tomadas pelo juiz deveriam ser mencionadas taxativamente no texto (*Idem*).

Em sua resposta ao parecer da faculdade carioca, Clovis Bevilacqua se contentou em dizer que se tratam de “reparos sem valor” (*Projecto*, vol. II, p. 75), e na Câmara, o deputado José Monjardim, nomeado pela comissão para tratar essa parte do projeto, nada disse sobre a questão em seu relatório (*Projecto*, vol. V, p. 190). Também, o deputado M. F. Corrêa, o primeiro a discursar na sessão de 25 de novembro de 1902, inteiramente consagrada ao debate das relações de família, deixou claro na sua fala as duas principais inovações introduzidas à legislação brasileira - o pátrio poder conferido à mãe ilegítima e a investigação de paternidade -, sem mencionar os dispositivos que destituíam os pais de família (*Projecto*, vol. V, p. 191). Nem o deputado Domingos Andrade Figueira, católico conservador, e principal antagonista às ideias inovadoras de Bevilacqua, se precipitou para criticar a possibilidade de destituição dos pais de família<sup>43</sup>. Igualmente, no Senado, o longo parecer de Ruy Barbosa não desperdiçou uma gota de tinta sobre o assunto.

A única alteração de fundo ao projeto original foi feita de modo misterioso: a expressão “der-lhes ordens, conselhos ou exemplos perniciosos” foi eliminada e não integrou a redação final. Conclui-se, portanto, que os poucos dispositivos regulando a matéria foram comprimidos e aprovados a toque de caixa, e sem qualquer debate.

Como explicar essa ausência durante dezesseis anos de debates? A resposta a essa pergunta deve, em primeiro lugar, levar em conta a existência de consenso entre os redatores sobre a necessidade de suspender ou destituir o pátrio poder em determinados casos, já mencionados e comentados pela nascente doutrina brasileira durante meio século com base nas fontes mais autorizadas - direitos romano e canônico, legislação estrangeira - a ponto de ninguém levantar a voz para se posicionar contra essa parte do projeto. Os redatores não poderiam, portanto, ter deixado de fora um comando considerado como moderno à época, previsto nos principais sistemas jurídicos estrangeiros. Assim, a tradição luso-brasileira, expressada na doutrina do século XIX, teve de ser renovada no texto do novo código, de sorte que não se empregava mais a expressão “emancipação forçada”.

Para compor o texto final, os redatores recorreram, provavelmente, à doutrina de Carlos Augusto de Carvalho, notadamente sua obra *Direito civil brasileiro recompilado*, publicada em 1899, na qual pretendia atualizar a *Consolidação* de Teixeira de Freitas, e sintetizar o estado da arte na matéria. Para Carvalho, em quatro casos se operava a “emancipação compulsória” do filho - ele ainda usa a expressão antiga: quando o pai ou a mãe infligir maus tratos, forçar “a filha a prostituir-se”, aceitar algum legado sob a condição de emancipar e, finalmente, quando “enjeita o filho e é ele criado por terceiro” (Carvalho, 1899, p. 447).

Com exceção da condição de aceitação de legado, que passava a ser proibida pelo novo código (art. 1.720), as três outras causas foram acomodadas ao Código Civil com uma redação modernizante:

---

43 Sobre a intervenção do deputado durante os debates na Câmara, e sua visão conservadora e concorrente àquela de Bevilacqua em matéria de direito de família, cf. Santos, 2011, p. 117 e segs.; igualmente em Reis, 2017, p. 300 e segs.

Art. 395. Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou mãe:

I. Que castigar imoderadamente o filho.

II. Que o deixar em abandono.

III. Que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes.

Curioso notar que esses três casos haviam sido igualmente previstos no Código penal de 1890. O abandono de menores passou a ser crime (art. 292), a lesão corporal poderia ser enquadrada como castigo imoderado (art. 303), e diversas condutas criminosas se enquadrariam na expressão “atos contrários à moral e aos bons costumes” – por exemplo, a “violência carnal” de menores (arts. 266-267) e o rapto (art. 270-271) -, de modo que os casos de perda do pátrio poder foram pensados em conjunto com a legislação penal.

Isto explica, de alguma maneira, a ausência de debates nos trabalhos de preparação ao Código Civil, pois os dispositivos previam situações de infração penal, em que o ato cometido pelo pai agressor mereceria primeiramente uma pena – tal como definido pelo barão de Ourém! Daí se compreende as palavras de Evaristo de Moraes, três anos antes da promulgação do Código Civil: “Sómente perdem o pátrio poder, em virtude de disposição taxativa da lei, os progenitores que comettem contra os filhos os crimes de violência carnal, rapto ou lenocínio...” (Moraes, 1913, p. 50).

A suspensão do pátrio poder trazia, por sua vez, a característica de sanção civil, porque poderia a todo tempo ser revogada caso cessasse a situação que lhe havia dado causa. Mantida a redação primitiva do projeto, bastante abstrata e com grande abertura para o juiz decidir junto ao caso concreto, as situações de suspensão poderiam ser interpretadas para afrouxar ou recrudescer a sanção aos pais. Tudo dependia da vontade do juiz. Tal liberdade decisória não foi conferida aos juízes para os casos de destituição.

Art. 394. Se o pai, ou mãe, abusar do seu poder, faltando aos deveres paternos, ou arruinando os bens dos filhos, cabe ao juiz, requerendo algum parente, ou o Ministério Público, adotar a medida, que lhe pareça reclamada pela segurança do menor e seus haveres, suspendendo até, quando convenha, o pátrio poder.

Os dispositivos sobre a suspensão poderiam, assim, se aplicar mais comodamente às famílias abastadas, aos pais de família proprietários, do que àqueles sobre a perda do pátrio poder<sup>44</sup>. Ainda que o dispositivo tenha sido criticado por dar margem a abusos judiciais, com a suspensão não se corria o risco de constranger irrevogavelmente a ordem doméstica. Ademais, a porta do sistema de destituição poderia se fechar – tudo dependia da discricionariedade dos juízes -, já que o Código civil previu apenas a suspensão do pátrio poder para os pais condenados à prisão de até 2 anos (art. 394, parágrafo único).

Como se percebe, os redatores elaboraram uma “dupla legalidade” que aportava risco reduzido (ou quase zero) à ordem doméstica e conferia, ao mesmo tempo, a possibilidade de perda do pátrio poder nos crimes graves, excessivos, atroz.

<sup>44</sup> Conviria aqui um estudo sobre a aplicação dos artigos que suspendem ou destituem os pais de família, sobretudo no período entre 1917 e 1927.

Não parece, portanto, ter sido por acaso, neste mesmo ano de 1902, quando os trabalhos preparatórios alcançavam o poder legislativo, se tenha apresentado no Senado projetos para regulamentar a situação de menores delinquentes e abandonados nos quais a suspensão e a perda do pátrio poder aparecem como um mecanismo jurídico importante<sup>45</sup>.

O conjunto de projetos, capitaneado por Lopes Trovão, sob pretexto de promover uma reforma social por intermédio das leis, nitidamente centrado na ideologia da defesa social, concebeu o controle das famílias como um dos meios necessários para se conter a delinquência infanto-juvenil. João Arruda, escrevendo sobre o pátrio poder em 1910, reconhecia que “a corrupção do lar doméstico, a falta de educação e de instrução aos moços, são os mais tristes factores do atraso de um povo e do aumento da criminalidade” (Arruda, p. 78). Três anos depois, Evaristo de Moraes, em artigo intitulado “Pátrio poder e educação da infância”, fazia afirmação semelhante: “O ponto de partida para a radical transformação do conceito do pátrio poder foi o pleno reconhecimento da influencia familiar na gênese da criminalidade infantil e juvenil” (Moraes, 1913, p. 44).

Será, portanto, através do debate sobre a corrupção das famílias como germe da criminalidade (Silveira, 1914), que perdurará por vinte cinco anos até a promulgação do Código de Menores em 1927, que a suspensão e destituição do pátrio poder se justificará por outros argumentos e com maior facilidade<sup>46</sup>.

## 6. Conclusões parciais

A pesquisa se preocupou em demonstrar como o pensamento jurídico brasileiro da virada do século XIX para o seguinte tratou a reforma do pátrio poder, com especial atenção à destituição. Numa primeira abordagem, a perda do pátrio poder, tal como legislada no Código Civil, poderia aparecer como algo moderno e inovador. No entanto, os resultados da pesquisa revelaram o oposto: a tradição luso-brasileira já havia enfrentado a questão por intermédio da doutrina da emancipação forçada, não sendo exagero afirmar nesse ponto específico a existência de verdadeira continuidade histórica. Essa tradição serviu de fundamento e esteio à elaboração de um texto legal conciso e simples, mas muito aquém da realidade social e da complexidade que o tema suscitava à época.

O silêncio nos trabalhos preparatórios pode ser explicado pela construção de um sistema que fazia consenso entre os redatores, ao restringir a perda do pátrio poder a alguns casos-limite de ilícito penal, e deixar ao arbítrio dos juízes os casos de suspensão. Isto apaziguou, de certo modo, a ordem doméstica, para situar o debate no campo da criminalidade infanto-juvenil. Somente no Código de menores de 1927 a destituição ganhará um regime jurídico mais complexo e próximo aos modelos estrangeiros da época, com a inclusão do instituto da “liberdade vigiada”. Com efeito, a desconexão entre direito legislado e realidade social é a marca característica do Código Civil de 1916, e essa desconexão será sentida no dia seguinte à sua promulgação (Rangel e Siqueira, 2022).

---

45 *Senado Federal, sessão de 1 de novembro de 1902*. Projeto n° 24 sobre o “alcoolismo”, Projeto n° 25 sobre “vadiagem e mendicidade”, Projeto n° 26 sobre a “prostituição”, Projeto n° 27 sobre “menores” abandonados, e Projeto n° 28 sobre “Colonias correccionais e de precaução” (Annaes do Senado Federal, 1904, p. 1 e segs.).

46 O Código de 1927 consagra um capítulo inteiro ao tema - “Da inibição do pátrio poder e da remoção da tutela” -, com 23 artigos, além de recepcionar o instituto da liberdade vigiada.

## Fontes

- ALMEIDA, C. M. (1870). *Código Philippino ou Ordenações e leis do reino de Portugal recopiladas por mandado del-rey D. Philippe*. 5 livros. 14ª ed. Rio de Janeiro: Typographia do instituto philomathico.
- Annaes do Senado Federal*, terceira sessão da quarta legislatura, sessões de 1 de novembro a 30 de dezembro de 1902. Vol. III e apêndice. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1904.
- ARARIPE, T. A. (1885). *Código civil brasileiro ou leis civis do Brazil dispostas por ordem de materias em seu estado actual*. Rio de Janeiro: H. Lammert.
- ARÊAS, José Carlos de Almeida (Barão de Ourém). Etude sur la puissance paternelle dans le droit brésilien. *Mémoire présenté à la Société de législation comparée lors de la célébration du 20<sup>e</sup> anniversaire de sa fondation (session extraordinaire de 1889) par Le Baron d'Ourém*. Extrait du Compte-Rendu de la Session Extraordinaire, publié par la Société de Législation Comparée, 1889, 72 p. – conservado no IHGB, Miscelânea, 190, 2, 8, nº 16.
- ARRUDA, J. (1910). Pátrio poder. *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, pp. 67-78.
- BEVILAQUA, C. (1903). *Direito de família*. Recife: Ramiro M. Costa e Filhos.
- CARVALHO, C. A. (1899). *Direito civil brasileiro recopilado, ou Nova consolidação das leis civis, vigentes em 11 de agosto de 1899*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.
- COELHO, R. (1893). *Projecto do Código civil brasileiro precedido de um projecto de lei preliminar*. Publicação oficial feita em virtude do decreto de 15 de julho de 1890. Rio de Janeiro: Imprensa nacional.
- Collecção das decisões do governo do Império do Brasil*, t. XXII. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1859.
- Collecção das leis do Império do Brasil de 1831*, Primeira Parte. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1875.
- Comissão Organizadora do Projeto de Código Civil Brasileiro – 1889*. Revista do IHGB, t. LXVIII, Parte I. Rio de Janeiro: Imprensa nacional, 1907, p. 1-48.
- Decretos do governo provisório da Republica dos estados unidos do Brazil*. Primeiro fascículo de 1 a 31 de janeiro de 1890. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1890.
- FREIRE, P. J. M. (1967). *Instituições de direito civil português, tanto publico como particular* [1ª ed. 1789], Livro 2. Trad. Miguel Pinto de Menezes. Boletim do Ministério da Justiça, ns. 163 e 164.
- FREITAS, T. (1876). *Consolidação das leis civis*. 3ª ed. mais aumentada. Rio de Janeiro: B. L. Garnier.
- FREITAS, T. (1952). *Código civil. Esboço* [1ª ed. 1860]. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e Negócios Interiores.

- LOBÃO, M. A. S. (1852). *Tractado das obrigações reciprocas que produzem acções civis*. Lisboa: imprensa nacional.
- LOUREIRO, L. T. de (1851). *Instituições de direito civil brasileiro, extrahidas das instituições de direito civil lusitano do exímio jurisconsulto Paschoal José de Mello Freire, na parte compatível com as instituições da nossa cidade, e augmentadas nos lugares competentes com a substancia das leis brasileiras*. 2 vols. Pernambuco: Typographia da Viúva Roma e Filhos.
- LOUREIRO, L. T. de (1871). *Instituições de direito civil brasileiro. Quarta edição mais correcta e augmentada e oferecida, dedicada e consagrada à sua majestade imperial o senhor Dom Pedro II por seu muito amante reverente e fiel súbdito Lourenço Trigo de Loureiro*. Rio de Janeiro: Garnier.
- MMS (1852). *Primeiros elementos práticos do foro civil*. 2ª ed. Pernambuco: Typographia de M. F. De Faria.
- MORAES, E. de. O patrio poder e a protecção da infancia. In: *Educação e pediatria*. Revista mensal. Rio de Janeiro: Livraria Cruz Coutinho, 1913.
- PEREIRA E SOUZA, (1880). *Primeiras linhas sobre o processo orfanológico, extensa e cuidadosamente anotada com toda a legislação, jurisprudencia dos tribunais superiores até o anno de 1879, e discussão doutrinal das questões mais controvertidas do direito civil pátrio com applicação ao juízo orfanológico pelo juiz Didimo Agapito da Veiga Junior*. Parte Segunda. Rio de Janeiro: B. L. Garnier.
- Projecto de Codigo Civil Brasileiro*. Trabalho da Comissao Especial da Camara dos Deputados. 8 vols. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.
- RIBEIRO, A. A. (1871). *Breves observações sobre as anotações do Dr. Sallustiano Orlando de Araújo Costa ao Código comercial do Império do Brasil*. Rio de Janeiro: Eduardo e Henrique Lammert.
- RODRIGUES, L. (1869). *Direitos de família*. Rio de Janeiro: Franco Americana.
- SILVEIRA, A. B. (1914). *O pátrio poder e a infância delinquente*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional.
- SOARES, O. M. (1890). *Casamento civil*. Rio de Janeiro: Garnier.

## Referências bibliográficas

- BARBOSA, M. D. (2021). *Do absolutismo paterno e de tantos tribunales caseiros: direito penal, castigos aos escravos e duplo nível de legalidade no Brasil(1830-1888)*. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Centro de Ciências Jurídicas- Universidade Federal de Santa Catarina
- CAVICHIOLO, R. S. (2019). *Dois famílias, duas leis*. Tese de doutorado. Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas - Universidade Federal do Paraná.

- CAVINA, M. (2007). *Il padre spodestato. L'autorità paterna dall'antichità a oggi*. Bari: Editori Laterza.
- CORNIL, G. (1897). Contribution à l'étude de la *patria potestas*. *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, t. 21, Paris, pp. 417-485.
- CORRÊA, M. (1981). Repensando a família patriarcal brasileira. *Cad. Pesq.*, São Paulo, 37, maio, pp. 5-16.
- DAREMBERG, Ch.; SAGLIO, E. (orgs.). (1873). *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, t. 4. Paris: Librairie Hachette, V<sup>o</sup> *Patria potestas*.
- DUFOUR, A. (1975). Autorité maritale et autorité paternelle dans l'école du droit naturel moderne. *Archives de philosophie du droit, 20 : Réformes du droit de la famille*. Paris : éditions Sirey, p. 89-125.
- FIORENTINO, K. (2009). La puissance paternelle en Provence: une juridiction domestique tempérée par des devoirs. *Revue historique de droits français et étranger*, n<sup>o</sup> 1, p. 1-40.
- FREYRE, G. (2004). *Sobrados e mucambos. Decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano*. 15<sup>a</sup> ed. São Paulo : Global editora.
- GOURON, A. (1947). Les étapes de la pénétration du droit romain au XIIe siècle dans l'ancienne Septimanie. *Annales du Midi*, t. 69, pp. 103-120.
- HESPANHA, A. M. (2010). *Imbecillitas. As bem-aventuranças da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. São Paulo : Anna-Blume.
- KUZNESOF, E. A. (1997). Who were the families of "natural" children in Nineteenth-century Rio de Janeiro, Brazil? A Comparison of Baptismal and Census Records. *The history of the family An International Quarterly*, Vol. 2, N<sup>o</sup> 2, pp. 171-182.
- LEFEBVRE-TEILLARD, A. (1996). *Introduction historique au droit des personnes et de la famille*. Paris: PUF.
- LEWIN, L. (1992). Natural and Spurious Children in Brazilian Inheritance Law from Colony to Empire: A Methodological Essay. *The Americas*, vol. 48, n<sup>o</sup>. 3 (Jan., 1992), pp. 351-396.
- NETTO, R. C. (2008). *Um em casa de outro – Concubinato, família e mestiçagem na Comarca do Rio das Velhas (1720-1780)*. São Paulo: Ed. Annablume; Belo Horizonte: PPGH/UFMG, 2008. (Coleção Olhares) 160 p.
- QUARTA, C. (2004). *Ayrault e Bodin. Diritto, famiglia e formazione morale nel XVI secolo*. Piero Lacaita Editore: Manduria-Bari-Roma.
- RANGEL, A. (2013). Les écueils procéduraux aux plaintes des enfants victimes de mauvais traitements à la fin de l'Ancien Régime (XVIe-XVIIIe siècles). In: Carbasse, J.-M.; Ferret-Lesné, M. (orgs.). *Doctrine et pratiques pénales en Europe*. Montpellier: Faculté de Droit et de Science politique de Montpellier - Universit  Montpellier I, pp. 375-388.
- RANGEL, A. (2018). *Le droit de correction de l'enfant (1804-1935)*. Saarbrücken: EUE.
- RANGEL, A. (2019). A concep o de educa o na primeira metade do século XIX através do

Código Napoleão. *Rev. Direito Práxis*. Rio de Janeiro, Vol. 10, nº 1, pp. 12-40.

- RANGEL, A. (2021). A tutela com soldada na segunda metade do século XIX. Circulação, educação e trabalho de menores. In: Dantas, M. e Barbosa, S. (orgs.), *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do direito no Brasil (1750-1930)*, *Cadernos do IEB*. São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros – IEB/USP, pp. 227-245.
- RANGEL, A.; SIQUEIRA, G. (2022). O dia seguinte do primeiro Código Civil brasileiro: vigência e prática judicial no rio de janeiro (1917-1927). *R. IHGB*, Rio de Janeiro, a. 183 (488), , jan./abr., pp. 17-56.
- REIS, T. (2017). Autonomia do direito privado ou política codificada? O Código Civil de 1916 como projeto republicano. *R. IHGB*, Rio de Janeiro, a. 178 (473), jan./mar, pp. 273-326.
- RIZZINI, I. (2009). Crianças e menores: do pátrio poder ao pátrio dever. Um histórico da legislação para a infância no Brasil. In: Rizzini, I.; Pilotti, F. (orgs.). *A Arte de Governar crianças: a história das políticas sociais, da legislação e da assistência à infância no Brasil*. 2ªed. São Paulo: Cortez.
- ROCHA, J. V. C. B. (1960). *O pátrio poder (estudo teórico-prático)*. Rio de Janeiro: Tupã editora.
- SACRISTÁN, M. (2002). Los malos tratos a la infancia: juristas reformadores y el debate sobre la patria potestad en el Código Civil español (1889-1936). *Cuadernos de Historia Contemporánea*, 24, pp. 209-232.
- SANTOS, F. (2011). *Bastidores da lei republicana : grupos, posições e divergências nas discussões da Comissão Especial do Congresso acerca do Código Civil (1900-02)*. Dissertação de Mestrado. Porto Alegre. UFRGS.
- SCHNAPPER, B. (1992). Défense sociale ou protection infantile: la déchéance paternelle d'après la loi du 24 juillet 1889. *Autorité, responsabilité parentale et protection de l'enfant. Chronique sociale*, Lyon, pp. 221-237.
- SEELAENDER, A. (2017). A longa sombra da casa. Poder doméstico, conceitos tradicionais e imaginário jurídico na transição brasileira do Antigo Regime à modernidade. *R. IHGB*, Rio de Janeiro, a. 178 (473), jan./mar, pp. 327-424.
- SILVA, M. B. N. (1984). *Sistema de casamento no Brasil colonial*. São Paulo: Edusp.
- SILVA, M. B. N. (1998). *História da família no Brasil colonial*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira.
- SILVA, M. B. N. (2004). *Vida privada e cotidiano no Brasil na época de D. Maria I e D. João VI*. 2ª ed. Lisboa: Editora Estampa.

Data de Recebimento: 08/08/2023

Data de Aprovação: 18/09/2023

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **Deconstruyendo la historia constitucional.**

Reflexiones para una historia del  
constitucionalismo provincial a partir del caso  
de Córdoba, Argentina (Siglo XIX)

**Nicolas Beraldi<sup>1</sup>**  
**Juan Ferrer<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> ISHIR-CONICET

<sup>2</sup> Universidad Nacional de Rosario



## RESUMEN

La consolidación de un conjunto de provincias soberanas a lo largo de la década de 1820 en el espacio rioplatense debe leerse como un giro más en el proceso de desintegración imperial, justo en el contexto en el que la mayoría de las demás regiones coloniales luchaban por su emancipación de España. Las constituciones provinciales del siglo XIX nos ofrecen un observatorio privilegiado para comprender la trama profunda sobre la que se construyó la cultura constitucional argentina. Nos ofrecen un valioso testimonio de las tensiones que fueron moldeando el lenguaje del derecho público local, dándonos pistas sobre aquello que el tiempo y el desarrollo de una cultura “nacional” terminarían por ocultar. Las constituciones provinciales nos permiten, así, reconstruir desde adentro los trayectos que jalonaron la historia constitucional argentina en el “largo” siglo XIX, desde aquel primer momento dominado por un incierto horizonte americanista hasta el auge del estado nación impulsado por la generación del ‘80. Este trabajo tiene dos grandes dimensiones, por una parte, aporta una serie de reflexiones de tipo metodológicas para abordar el estudio de la historia constitucional en el plano local o subnacional (estatal, provincial, etc., según el contexto), y por otra, reconstruye a partir de tales reflexiones el derrotero del constitucionalismo provincial cordobés a lo largo del Siglo XIX, comparando la dinámica de cada momento constituyente acaecido durante ese período. Así, no solo contribuye a mejorar la comprensión de la historia constitucional de Córdoba, sino que, a través de ella, nos invita a renovar nuestra lectura del proceso formativo de la cultura constitucional argentina.

**Palabras clave:** Historia constitucional, Argentina, Provincia, Poderes, Libertades

## ABSTRACT

The consolidation of a group of sovereign provinces throughout the 1820s in the Rio de la Plata space should be read as one more turn in the process of imperial disintegration, precisely in the context in which most of the other colonial regions were fighting for their emancipation from Spain. The provincial constitutions of the 19th century offer us a privileged observatory to understand the deep plot on which the Argentine constitutional culture was built. They offer us a valuable testimony of the tensions that were shaping the language of local public law, giving us clues about what time and the development of a “national” culture would end up hiding. Provincial constitutions allow us, thus, to reconstruct from within the paths that marked Argentine constitutional history in the “long” 19th century, from that first moment dominated by an uncertain Americanist horizon to the rise of the nation state promoted by the generation of ‘80. This work has two major dimensions, on the one hand, it provides a series of methodological reflections to address the study of constitutional history at the local or subnational level (state, provincial, etc., depending on the context), and on the other, reconstruct from such reflections the course of Cordovan provincial constitutionalism throughout the 19th century, comparing the dynamics of each constituent moment that occurred during that period. Thus, it not only contributes to improve the understanding of the constitutional history of Córdoba, but also, through it, invites us to renew our reading of the formative process of Argentine constitutional culture.

**Keywords:** Constitutional history, Argentina, Province, Powers, Liberties

## RESUMO

A consolidação de um grupo de províncias soberanas ao longo da década de 1820 no espaço do Rio da Prata deve ser lida como mais uma virada no processo de desintegração imperial, justamente no contexto em que a maioria das demais regiões coloniais lutava por sua emancipação Espanha. As constituições provinciais do século XIX nos oferecem um observatório privilegiado para compreender a profunda trama sobre a qual se construiu a cultura constitucional argentina. Eles nos oferecem um valioso testemunho das tensões que foram moldando a linguagem do direito público local, dando-nos pistas sobre o que o tempo e o desenvolvimento de uma cultura “nacional” acabariam por esconder. As constituições provinciais permitem, assim, reconstruir por dentro os caminhos que marcaram a história constitucional argentina no “longo” século XIX, desde aquele primeiro momento dominado por um horizonte americanista incerto até a ascensão do Estado-nação promovida pela geração de ‘80. Este trabalho tem duas grandes dimensões: por um lado, oferece uma série de reflexões metodológicas para abordar o estudo da história constitucional no nível local ou subnacional (estadual, provincial, etc., dependendo do contexto) e, por outro, reconstrói a partir de tais reflexões o percurso do constitucionalismo provinciano cordovão ao longo do século XIX, comparando a dinâmica de cada momento constituinte ocorrido nesse período. Assim, não só contribui para melhorar a compreensão da história constitucional de Córdoba, mas também, por meio dela, nos convida a renovar nossa leitura do processo formativo da cultura constitucional argentina.

**Palavras-chave:** História constitucional, Argentina, Província, Poderes, Liberdades

## Un nuevo escenario continental y local

Hace un tiempo ya que la definición del objeto de la historia constitucional hispanoamericana ha venido siendo discutida y reconfigurada. Las -ya tradicionales- historiografías nacionalistas habían centrado su mirada *en lo que acabó por suceder* y reconstruyeron sus relatos en base a una lectura parcial del pasado de los territorios que habían estado bajo la órbita de la Monarquía Católica. Esta estrategia relegó durante muchos años las experiencias constitucionales de los espacios locales, *los pueblos*.

Si enfocamos la mirada en el caso rioplatense, podríamos preguntarnos ¿Por qué las constituciones provinciales que se sancionaron a partir de 1819, hasta la promulgación de la primera constitución federal en 1853, no forman parte de la historia constitucional argentina? La hipótesis es totalmente intencional. Un repaso de las obras de historiografía constitucional argentina por cualquier observador atento arroja como resultado una suerte de “vacío constitucional” en el período 1820-1853 (BIANCHI 2007). Imagen que apenas resulta matizada, cuando procede, por el análisis de un Congreso General Constituyente que no alcanza a reunirse<sup>3</sup>; otro que, reunido, sanciona una Constitución que no es aceptada<sup>4</sup>; y unos cuantos pactos interprovinciales que, con mayor o menor discrecionalidad, se seleccionan de un conjunto cuantitativamente más grande (SAN MARTINO DE DROMI, 1995). Esta actitud de los historiadores constitucionales no debería llamar la atención si durante esos treinta años no se hubieran sancionado, por las diferentes provincias que integraban una década antes el Virreinato del Río de la Plata, toda una serie de documentos, más y menos complejos, de ingeniería constitucional para la organización jurídico-política del espacio local; como históricamente sucedió<sup>5</sup>.

La perplejidad sobre esta suerte de “ausencia de constitución” durante el período mencionado es mucho más intensa si, dejando de lado las obras específicas dedicadas a la historia constitucional argentina, se revisan los trabajos de Derecho Constitucional del país. En la mayoría de ellos, pese a que se reconoce en la Constitución argentina rasgos de tipo “histórico-tradicional”, se echa de menos una reflexión integral acerca del proceso histórico que tuvo lugar antes de su sanción. En otros, se hallan mejores y peores referencias a la historia de lo que acabará siendo Argentina realizadas generalmente con un propósito más político que científico: el de afirmar y engrandecer las soluciones constitucionales oportunamente adoptadas, pidiendo prestado a la historia la legitimación que ella es capaz de ofrecer. La metodología y estructura de los tantos párrafos sobre antecedentes constitucionales o antecedentes históricos, según sea el autor bajo examen, no varían considerablemente: un relato de los acontecimientos de mayo de 1810 resaltando la modernidad del lenguaje político revolucionario, y un catálogo de Decretos, Estatutos, Reglamentos, Proyectos de Constitución y Constituciones fracasadas.

3 En 1821 el General Juan Bautista Bustos impulsó la reunión de un Congreso Nacional en Córdoba persiguiendo el ansiado objetivo de la organización constitucional. Todo marchaba bien hasta que en enero de 1822 Buenos Aires y las provincias del litoral firmaron en Santa Fe el Tratado del Cuadrilátero y con él la partida de defunción del proyecto de Bustos.

4 Entre diciembre de 1824 y agosto de 1827 sesionó en Buenos Aires el Congreso General Constituyente que sancionó, el 5 de diciembre de 1826, una Constitución de factura unitaria rechazada por las provincias.

5 Durante el período 1819-1853 se sancionaron en el territorio del ex Virreinato del Río de la Plata, entre Estatutos, Reglamentos y Constituciones provinciales un total de 18 textos —más y menos extensos— y se sometieron a consideración de los órganos correspondientes 7 proyectos de constitución. El detalle de todo este panorama constitucional será analizado más adelante.

Es además un lugar común reconocer el origen –incluso literal– de las disposiciones constitucionales posteriores sin tomar seriamente en cuenta el error que implica analizar una norma o precepto jurídico desprovisto del imaginario jurídico propio del contexto de producción y de atribución de sentido. Generalmente se pasa por alto el ejercicio de atender a la cultura jurídica del mundo donde operó, se lo considera aisladamente y proyecta sobre él significados actuales que jamás podría haber tenido en su momento<sup>6</sup>. Ya habrá oportunidad de reflexionar sobre la metodología más apropiada para la reconstrucción de la historiografía constitucional, volvamos al camino para encontrar una respuesta a la pregunta sobre las primeras constituciones provinciales y el ostracismo al que han sido condenadas en la construcción de la historia constitucional argentina.

Sin entrar aquí en la disputa sobre la calificación que corresponde a esos textos constitucionales de la primera mitad del siglo XIX, la propuesta es que se retenga la imagen de una historiografía –y una ciencia constitucional– que, puesta a develar el pasado constitucional argentino suelen pasar por alto aquellos documentos provinciales. Las razones sobre esta exclusión pueden ser muchas y de la más variada índole, desde el interés subjetivo del investigador hasta el pragmatismo de maridar aquellas obras con la estructura de los programas de enseñanza de la historia constitucional, pero incluso en estos casos podríamos situarnos un escalón más arriba y preguntar por qué los textos constitucionales provinciales no despiertan tanto interés entre los investigadores o por qué en general los programas de enseñanza no los incluyen en su currículo<sup>7</sup>. Sin embargo, existen dos razones que podrían operar como condiciones suficientes justificando esa exclusión: por un lado, la concepción predominante en la tradición histórico-constitucional argentina sobre los orígenes de la nación, y por otro, una precomprensión acerca de los actores que protagonizaron el período y de su actitud –y del resto de autoridades políticas– frente a los textos constitucionales.

En primer lugar, como hace tiempo lo mostraron Chiaramonte y Buchbinder, (1992), la tesis sobre los orígenes remotos de la nación argentina dominó “la Historia Constitucional Argentina y la enseñanza del Derecho Constitucional desde fines del siglo XIX...”; el contenido esencial de esta postura es la defensa de una idea según la cual “la nación se hallaba prefigurada desde tiempos coloniales”. Se trata de una afirmación postulada en el siglo XIX por quienes serían considerados posteriormente los primeros grandes constructores de la historiografía argentina: Bartolomé Mitre y Vicente Fidel López (TÍO VALLEJO, 2007). Semejante construcción historiográfica fue recogida por los constitucionalistas de finales del ochocientos y reproducida interesada e intencionalmente “a lo largo de todo el siglo XX debido, entre otros factores, a la presunción de su eficacia para cimentar el sentimiento y la idea de nacionalidad” (CHIARAMONTE Y BUCHBINDER, 1992).

Ahora bien, cabría indagar cómo puede haber influido esta particular concepción acerca de los orígenes de la nación en la determinación del objeto de estudio de la historiografía constitucional argentina, excluyendo las constituciones provinciales de la primera mitad del siglo XIX. Es decir, ¿por qué la afirmación de que en los inicios de la vida independiente ya existía una nación argentina –o rioplatense– es una razón para no ocuparse de los textos cons-

6 Para una densa reflexión acerca de la necesidad de contextualizar los preceptos normativos y hallar la razón local de su sentido pueden considerarse los trabajos de muchos autores enrolados en la corriente historiográfica crítica del derecho, por todos, HESPANHA, A. (2002) *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid.

7 Los programas de las asignaturas “Historia Constitucional Argentina” e “Historia del Derecho” que han sido relevados, de las diferentes universidades, no incluyen entre sus contenidos el análisis sobre los textos provinciales.

tituciones provinciales sancionados durante la primera mitad del siglo XIX? La respuesta sigue un esquema de razones encadenadas. Predatar el nacimiento de la nación argentina tiene una consecuencia necesaria: la caída del Gobierno Central en 1820 es un fenómeno que abre un proceso de disgregación de la unidad, un momento político constitucional que debe rápidamente superarse volviendo a unir lo que la violencia desunió. Esta concepción tiene otra consecuencia necesaria: empañar el desarrollo constitucional provincial, ya que la actividad constitucional de las provincias en esta época no tiene la trascendencia que sí debe atribuirse a los pactos interprovinciales celebrados con el objeto de intentar unir lo desunido.

En segundo lugar, la otra de las razones anunciadas como causa de exclusión del fenómeno constitucional provincial en las obras de historiografía argentina, está relacionada con el juicio de valor negativo que durante mucho tiempo calificó a unos “bárbaros” caudillos provinciales. La visión del período como una historia clásica de caudillos, caracterizada por “la ruralización de la política, la violencia como modo de competencia política y el mito del vacío institucional”, ha empañado su comprensión (GOLDMAN Y SALVATORE, 2005). Una corriente de historiadores constitucionalistas emprendió la tarea de reivindicar la figura de los caudillos, centrada en “la cuestión de la contribución de los caudillos provinciales a la formación del Estado-nación argentino y, en particular, en relación a su organización constitucional” (GOLDMAN Y SALVATORE, 2005, p.18). Pese a ello, el mito del “vacío institucional” luego del colapso del gobierno central en 1820, en general, continuó condicionando el análisis histórico y el fenómeno del caudillismo fue una de las explicaciones más corrientes del fracaso de los proyectos de organización constitucional durante la primera mitad del siglo XIX. Toda esta imagen propició la minusvaloración de los procesos de redacción y sanción de textos constitucionales en las distintas provincias. Puesto que las prácticas políticas e institucionales muchas veces sobrepasaban la letra de esas normas constitucionales, se desarrolló la idea de que esos documentos no fueron más que simples “papeles mojados” sin vigencia ni eficacia.

Sin embargo, estas razones han perdido el peso que supieron tener, y hace ya varios años que se viene generalizando la aceptación del carácter mitológico de la afirmación de una nación preexistente y la potencia explicativa de nuevos enfoques acerca de la vida política e institucional en las ciudades, provincias o estados (PALTÍ, 2007). La historiografía, tanto argentina como hispanoamericana, ha superado la perspectiva nacionalista para la explicación del tiempo que siguió a la crisis de la Monarquía Católica, prescindiendo “de la idea de que las naciones conformaban una suerte de embriones que aguardaban solamente el calor de la Ilustración y la revolución para salir a la luz y manifestarse en toda su plenitud” (PORTILLO, J. 2010, p.17). Esta actitud condujo, simultáneamente, a la contextualización del proceso de las independencias en una dimensión atlántica, y a la revalorización de los espacios locales como protagonistas del fenómeno puesto que “el proceso que conduce en el tránsito de una prolongada crisis a la conformación de la república arrancó de los pueblos”, elementos basilares del orden político de la Monarquía que había entrado en crisis y protagonistas de la revolución (PORTILLO, 2010, p.20).

Si se acepta el punto de vista de quienes sostienen el carácter mitológico de la afirmación acerca de los orígenes remotos de la nación argentina, y el valor de los pueblos para la comprensión de los procesos de construcción estatales en Hispanoamérica, resulta indicado volver la mirada sobre las experiencias locales en todas sus dimensiones, entre ellas la político-constitucional, para deshilar la trama del fenómeno a efectos de su mejor –y más densa– comprensión. Entre finales del XVIII y principios del XIX el mundo occidental asistió a un proceso de cambio decisivo del orden político que ha sido calificado como “revoluciones atlánticas”; en ese contexto, la Monarquía Católica también se sumergió en una profunda crisis política (PORTILLO, 2006).

Iniciada en la primavera europea de 1808 luego de las abdicaciones de Bayona y la cesión de derechos dinásticos a Napoleón Bonaparte, la de la Monarquía Católica fue una crisis imperial que acabó desatando –en un segundo momento– un proceso de constitucionalización en todo el mundo hispano. Si bien el derrotero de este proceso acabó fraguando Estados nacionales tanto en la Península Ibérica como en toda América, los primeros pasos se desarrollaron en el ámbito de los espacios locales: los pueblos. Fueron precisamente éstos quienes protagonizaron la resistencia articulando una respuesta perfectamente legal para la situación excepcional en que se encontraba la Monarquía después de la ilegítima –por unilateral– cesión: “el *casus necessitatis*, justificaba no sólo la creación de instituciones de emergencia, como lo eran las juntas, sino también la actuación extraordinaria de asumir el gobierno y proceder a la defensa de la monarquía (...) la idea de haberse formado un depósito de la soberanía de Fernando VII, otorgaba cobertura legal a este proceder y lo alejaba, al tiempo, de su identificación con un acto revolucionario”(LORENTE, 2012c). La multiplicación de juntas a lo largo y ancho de todo el territorio de la Monarquía incitó la creación de un cuerpo representativo de todas ellas; así fue como se erigió en el segundo semestre de 1808 la Junta Central Suprema Gubernativa del Reino a la cual el resto de las juntas territoriales delegaron el depósito de soberanía. Fue en ese ámbito en el que “se produjo la evolución de la crisis que llevó a considerar la necesidad de una solución constitucional a la misma (...) el origen de la crisis no estaba sólo en la invasión imperial francesa sino, ante todo, en la mala constitución de la monarquía por lo que urgía reformarla”; se avanzaba así de una crisis que había comenzado siendo dinástica a otra de independencia de los pueblos para terminar transformándose en una crisis constitucional (LORENTE, 2012c, pp. 337 y 338).

Así fue cómo después de 1810 el Atlántico hispano se convirtió en un “gran laboratorio de experimentación constitucional”(ANNINO, TERNAVASIO, 2012). Se asistió entonces “a un extraordinario momento de imaginación y textualidad constitucional...” en el que “fue común una cierta cultura de la constitución que se conformó tanto por la contemplación, lectura y asimilación de los procesos previos de crisis constitucionales y revoluciones en Norteamérica, Francia y Haití, como de una cultura jurídico política que de manera bastante uniforme se extendía por la geografía hispana a través de universidades, academias y práctica del gobierno”(LORENTE Y PORTILLO, 2012, pp. 15 y 16).

Desde Cádiz hasta el Río de la Plata, pasando por el amplio espacio neogranadino, el centroamericano o el novohispano, el constitucionalismo temprano en el mundo hispano presentó una serie de rasgos comunes que hicieron de éste una experiencia política singular, entre otros: el nuevo constitucionalismo no derogó el viejo orden jurídico sino que asimiló muchos de sus dispositivos normativos constitucionalizándolos, lo que provocó serias superposiciones y tensiones entre categorías nuevas y viejas que convivieron en los textos y debieron complementarse; la ciudadanía fue entendida como vecindad, reducida a “la adscripción del individuo masculino de determinada edad y con autonomía familiar (es decir, no dependiente de patria potestad ajena) a una parroquia”; el estrecho vínculo que unió Religión y Constitución, en el que se destacó “la exclusividad de la religión católica y de sus valores morales como fundamentos del orden social y político”; o el planteo acerca de “cómo articular políticamente los pueblos en la nación ideando distintas formas de federación o de autogobierno de pueblos y provincias”(LORENTE, 2012c, pp. 359 a 361). Esa unidad del proceso en todo el orbe hispano torna relevante el estudio de los distintos casos particulares, no con el ánimo parroquialista derivado de los relatos patrióticos, si no como indicios que permiten reconstruir el fenómeno global.

Aquella crisis del orden político de la Monarquía Católica, recién va a manifestarse en el Río de la Plata a partir del mes de mayo de 1810 cuando llegaron al puerto las noticias acerca de la transferencia del depósito de la soberanía realizada por la Junta Suprema al Consejo de Regencia. Dicho traspaso fue percibido como una extralimitación de las facultades de la Junta, motivo por el cual se desató una fuerte discusión y convocatoria a un cabildo abierto en la ciudad de Buenos Aires para decidir sobre la continuidad o no del virrey Cisneros: como había sido nombrado por la Junta, desaparecida ésta habría caducado el mandato de aquél. En el seno de la reunión extraordinaria del Ayuntamiento se enfrentaron dos posturas, una a favor de la continuación del virrey y de toda autoridad nombrada desde la Península, y otra –la que finalmente triunfó– decidiendo su deposición y la retroversión de la soberanía a los pueblos.

Acordado el derecho de los “pueblos”, durante la primera década revolucionaria se sucedieron una serie de gobiernos procurando mantener la unidad del virreinato pero en tensión permanente con las provincias cuyas élites locales se resistían a renunciar parte de la soberanía revertida a sus pueblos.<sup>8</sup> La unidad política se sostuvo –entre otras cosas– gracias al poder de la fuerza, en un contexto de permanente guerra de independencia. Paralelamente, también ocurrieron algunos intentos frustrados por organizar constitucionalmente al conjunto de las Provincias Unidas del Río de la Plata<sup>9</sup>, sin embargo, “la realidad habría sido la existencia no de un organismo estatal sino de una situación de «provisionalidad permanente», caracterizada por la coexistencia de la soberanía de las ciudades –paulatinamente encaminadas a configurar ámbitos más amplios de soberanía como lo habrían de ser las posteriores nuevas provincias–, con gobiernos rioplatenses no siempre acatados” (CHIARAMONTE, 1995, p. 29).

Las tensiones en estos primeros diez años en el Río de la Plata se desarrollaron fundamentalmente en dos frentes: por una parte, hacia la defensa del proceso revolucionario ante los intentos de represión del ejército realista, ámbito en el que las provincias acomunaron esfuerzos para crear y sostener los ejércitos patrios; por otra, en el interior del viejo espacio virreinal, la lucha se desarrolló entre unos distritos y otros, entre los pueblos subalternos y las capitales o entre parcialidades con visión confederativa y otras que sostuvieron proyectos de organización más centralizados. A medida que los avatares del frente común externo lo permitieron, parte de los ejércitos comenzarían a operar en el frente interno, agudizando las luchas entre caudillos en ese doble proceso de militarización y ruralización de la política, tal como lo caracterizó hace ya tiempo (HALPERÍN DONGHI 2005).

Hacia finales de la década del '10, la amenaza de invasión que pesaba sobre Buenos Aires por parte de los Gobernadores López y Ramírez obligó al Director Rondeau a solicitar el auxilio de los ejércitos de los Andes y del Norte para doblegar a los caudillos del litoral. El primero de esos ejércitos se negó a acudir porque San Martín, a cargo de las tropas regulares, había decidi-

---

8 Entre los órganos de gobierno que fueron sucediéndose encontramos a la Junta Provisional Gubernativa de las Provincias del Río de la Plata a nombre del Señor Don Fernando VII (mayo de 1810); Junta Grande (diciembre de 1810); Primer Triunvirato y Junta Conservadora (septiembre de 1811); Segundo Triunvirato (octubre de 1812); Asamblea General Constituyente (enero de 1813); Director Supremo de las Provincias Unidas del Río de la Plata (enero de 1814) que coexistió la mayor parte del tiempo con un Congreso de las Provincias Unidas hasta febrero de 1820, fecha en la que ambos órganos de gobierno fueron disueltos.

9 En el plano constitucional, la Asamblea General Constituyente de 1813 discutió cuatro proyectos de constitución pero no logró sancionar ninguno de ellos; a mediados de 1815 se sancionó un Estatuto Provisional; dos años más tarde, en 1817, el Congreso de las Provincias Unidas de Sudamérica que había declarado la independencia en julio de 1816, sancionó un Reglamento Provisorio para la Dirección y Administración del Estado [Mandado observar entre tanto se publica la Constitución]; el mismo Congreso, sancionó una Constitución de las Provincias Unidas en Sud-América el 22 de abril del año 1819. Tanto el Reglamento Provisorio de 1817, como la Constitución unitaria de 1819 y aquel Estatuto Provisional de 1815, son algunos de los primeros ensayos constitucionales rioplatenses que, si bien tuvieron efímera o ninguna vigencia formal en su tiempo, influyeron directamente en el espíritu y el diseño institucional de los textos constitucionales provinciales que se discutirían y sancionarían a partir de 1820, e incluso en el texto fundamental para la Confederación argentina del año 1853.

do iniciar por Chile su plan libertador del Perú; el segundo, inició una marcha ininterrumpida hasta apostarse en Arequito –Santa Fe– en el mes de enero de 1820. Allí, un grupo de soldados al mando de Juan Bautista Bustos, decidieron sublevarse y escindir el ejército. Con potencia disminuida, el Director enfrentó sin éxito a aquellos caudillos de Santa Fe y Entre Ríos en la cañada de Cepeda; a la derrota en el campo de batalla, siguió la caída del Gobierno Central –Directorio y Congreso– a mediados de febrero de 1820. A partir de este momento, que ha sido calificado de las más disímiles maneras por parte de la historiografía, comenzaría en el territorio rioplatense el “momento de los pueblos”: declaraciones de independencia, desarrollo de la noción de soberanías provinciales, elección de autoridades locales y redacción de constituciones.

## Indicios para su abordaje metodológico

A fin de entender cabalmente el impacto que pudo llegar a tener en la geografía rioplatense de la primera mitad del siglo XIX la sanción de una serie de documentos constitucionales es imprescindible para el investigador leer cuidadosamente esos textos en su contexto advirtiendo la posible existencia de diferentes niveles de análisis: 1) el plano superficial de lo que efectivamente se dice con vocación normativa, 2) el poroso ámbito del *desiderátum*, proyecto político de futuro u horizonte de expectativas de los actores, y 3) el omnicompreensivo campo de la cultura jurídica de base que subyace, y confiere sentido a formulaciones y expectativas.

Así las cosas, es conveniente optar por un cierto tipo de acercamiento metodológico que, implícita o explícitamente, imponga la tarea de reconstruir las categorías discursivas de los protagonistas de un determinado contexto para dotarlas de significado, es decir, adscribir a los conceptos utilizados el campo semántico que ellos mismos pudieron imputarles, con el objeto de intentar recuperar el sentido *local* -en su dimensión espacial -geográfica- pero también temporal -histórica- de los hechos institucionales que se pretenden comprender (HESPANHA, 2002). Es preciso tomarse los textos en serio, leerlos densa y globalmente –nunca seleccionando sólo porciones de ellos–, respetando su lógica, conscientes de la existencia de diferentes niveles de textualidad.

Por otra parte, si se acepta que la interpretación de la formulación hace a la norma, la extensión de un estándar de lenguaje normativo –en este caso constitucional– no autoriza a concluir que exista también un estándar de derechos, ni que los individuos de una comunidad política concreta gozan necesariamente de los mismos derechos que otros de una comunidad política diferente, por más que incluyan en su ordenamiento jurídico una formulación normativa expresada en los mismos términos. En esa línea de sentido, por ejemplo, es imposible reconstruir adecuadamente el pasado constitucional si no se repara en la relevancia *fundamental* otorgada a la religión católica por este primer constitucionalismo y el modo en que sus principios condicionaban la determinación de la condición de ciudadano, sistema electoral, vigencia y eficacia de derechos y libertades. Evitar la precomprensión de la ingeniería constitucional es uno de los principales desafíos a los que debe enfrentarse el iushistoriador constitucionalista.

Sin embargo, el recorrido analítico no debe agotarse en esta premisa. Además de las condiciones culturales desde las cuales se piensa e interpreta el nuevo lenguaje político de los derechos y las libertades, es necesario reconstruir el mapa del sistema institucional que hace posible –o no– la realización de los valores que inspiran el orden político-jurídico. Durante el período que siguió a la quiebra del imperio hispánico a partir de 1808, en esta amplia geografía “la irrupción de nuevos discursos políticos no se acompañó con el diseño de nuevas institucio-



nes que sirvieran para ponerlos en planta, sino que por el contrario se mantuvieron los antiguos dispositivos institucionales, los cuales, a su vez, distorsionaron el significado de conceptos recién nacidos tales como constitución, derechos y garantías individuales o separación de poderes” (LORENTE, 2012a). Esta dificultad agregada para el estudio del primer constitucionalismo en España y América obliga a doblar la tarea de investigación, por un lado, abordando cada texto constitucional en su conjunto sin seleccionar ciertas disposiciones abstraídas de su contexto –cultural y textual–; y por otro, revisando el modo en que cada constitución fue practicada.

La lectura de la mayoría de los textos provinciales o estatales que después de 1808 fueron sancionados por los pueblos en todo el continente americano ha sido soslayada o distorsionada. Condicionados por la perspectiva nacionalista, historiadores y constitucionalistas construyeron sus relatos a partir de dos grandes estrategias que consistieron, o bien, en eludir los diferentes documentos provinciales, o bien, en hacer una lectura apologética de ellos, distorsionada por los lastres interpretativos que provoca la mediación de una historiografía anacrónica (CLAVERO, 2012). Frente a ello, se propone la lectura perspicaz e ingenua, pero con la ingenuidad con la que pudieron leerlos sus contemporáneos (HESPANHA, 2002). Sólo así se podrá recorrer la senda hacia “un nivel de comprensión de la historia constitucional de mayor densidad, poniendo de relieve el carácter contingente de los significados y la consecuente necesidad de asumir y elucidar la forma en que arduamente han sido construidos aquellos que actualmente les adjudicamos” (AGÜERO, 2011).

## **El constitucionalismo provincial del siglo XIX. Córdoba, un caso testigo**

Volvamos a posar la mirada sobre el derrotero de las constituciones provinciales en general y en el de la Provincia de Córdoba en particular. El porqué de esta elección radica en la importancia gravitacional que la provincia tuvo (tal vez como ninguna otra) a lo largo del siglo XIX. Córdoba, por su propia tradición, ubicación geográfica, peso comercial, entre otras cuestiones, se había convertido en algo más que la antítesis y contrapeso de la provincia de Buenos Aires. A lo largo del siglo en cuestión se puede apreciar la existencia de cinco grandes momentos constitucionales: el primero en la década de 1820, marcada por la sanción del Reglamento Provisorio de 1821 (a instancias del General Juan Bautista Bustos); el segundo a finales de la década de 1840, cuando se sustituyó el Reglamento por el Código Constitucional Provisorio de 1847; el tercer momento se abre con la sanción de la Constitución Nacional en 1853 y la manda dirigida a las provincias para que dicten sus constituciones siguiendo los designios de la nacional. En Córdoba la nueva constitución dató de 1855. El cuarto momento fue originado por la incorporación de la Provincia de Buenos Aires a la confederación mediante reforma del texto constitucional. Para el caso en estudio, la reforma ocurrió, si bien pensada para la década de 1860, en 1870. Por último, el quinto momento, a partir del ascenso del roquismo y el quiebre que este produjo, Córdoba reformó su constitución en 1883.

Varios apuntes previos se pueden sacar de este brevísimo repaso. El primero de ellos es la propia datación de cada momento constitucional: cada uno de ellos obedeció, no solo a circunstancias locales, sino también a otras de diversa índole que responden a otras geografías, a otras escalas. En segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, estos momentos no son exclusivos de Córdoba, al contrario, fueron compartidos prácticamente por todas las provincias que formaban parte de aquel mosaico, un tanto difuso, que era el Río de la Plata. Los movimientos, en

este sentido, fueron dados al unísono por cada una de las provincias. En tercer lugar, resalta la diversidad de las nomenclaturas: Reglamento Provisorio para 1821, Código Constitucional Provisorio para 1847, Constitución Provincial para 1855 y 1870, Reforma de Constitución Provincial para 1883.

Si se siguiera un *excursus* que podríamos denominar “clásico” estos cinco momentos podrían resumirse en dos etapas, una previa y otra posterior a la organización constitucional nacional de 1853. Creemos, sin negar la importancia del quiebre que pudo haber sido la sanción de la Constitución Nacional, que esa cronología no termina siendo acorde con la propuesta metodológica planteada en los primeros apartados. En cambio, consideramos que resulta más apropiado seguir otro tipo de coordenadas que aparte de conservar la individualidad de cada experiencia, fuese receptiva tanto de los cambios como de las persistencias.

Por ello, la propuesta de este trabajo no se ocupa individualmente de cada momento como ya ha sido realizado en otros trabajos (FERRER et al, 2020), sino que, reparando en grandes ejes temáticos, se propone comprender a partir de una mirada global aquellos cambios y persistencias que se originaban tanto a nivel textual como de la cultura jurídica a la que respondían. Es en este segundo nivel donde hacemos foco, no porque despreciemos al primero -el textual-, sino porque consideramos que ha sido, el segundo, relativizado por una historiografía constitucional más preocupada por mostrar una imagen signada por la idea de progreso que en efectuar un análisis denso de las fuentes y el contexto en el que se producían. Finalmente, siguiendo con nuestra premisa metodológica, resulta necesario atender a un universo normativo mucho más expandido que de las constituciones en sí, esto es, leyes y reglamentos que organizaban la justicia y el orden municipal; reparar en elementos tales como la distinción -normativa- entre la ciudad y la campaña, la emergencia del proceso codificador, la creciente importancia de la inmigración extranjera o la emergencia de la denominada cuestión social, entre otros.

## Religión católica, derechos y garantías

La religión católica fue uno de los ejes estructurantes del constitucionalismo cordobés a lo largo de todo el siglo XIX. Si bien pueden identificarse matices, ese sustrato permaneció vigente atravesando cada uno de los momentos constituyentes. Comencemos deteniéndonos en la dimensión textual de cada constitución y lo relativo a este precepto:

<p><i>Reglamento 1821 y Código 1847</i></p>	<p>Capítulo V: De la Religión: Art. 1º. La religión Católica, Apóstolica, Romana es la religión del Estado y la única verdadera; su protección, conservación, pureza e inviolabilidad, será uno de los primeros deberes de la representación del Estado, y de todos sus Magistrados, quienes no permitirán en todo el territorio otro culto público, ni enseñar doctrina contraria a la de Jesu-Cristo.</p> <p>Art. 2. Todo hombre deberá respetar el culto público y la Religión Santa del Estado. La infracción de este artículo, será mirada y castigada como una violación de las leyes fundamentales del Estado.</p>
---	---

<i>Constitución 1855</i>	Art. 3. La Religión Católica, Apostólica, Romana, es la Religión de la Provincia: su Gobierno le prestará la más decidida y eficaz protección, y todos sus habitantes el mayor respeto y la más profunda veneración.
<i>Constitución 1870 y Reforma 1883</i>	Art. 2. La Religión Católica Apostólica Romana, es la Religión de la Provincia; su Gobierno le prestará la más decidida y eficaz protección, y todos sus habitantes el mayor respeto; sin embargo, el Estado respeta y garante los demás cultos que no repugnen á la moral ó la razón natural.

A primera vista, el quiebre lo marcó la emergencia de la Constitución Nacional con la sanción de la libertad de cultos contenida en su artículo 14. Mientras que en los dos primeros casos la fórmula no había cambiado, consagrando explícitamente un régimen de intolerancia religiosa en la provincia, luego de 1853 la fórmula varía. En el texto cordobés de 1855 la mutación es sensible, por un lado sigue existiendo una religión de Estado pero la infracción al culto ya no implicaba una violación “a las leyes fundamentales del Estado”; por el otro, no se hace mención a otros cultos que se podían profesar. En 1870 la prescripción normativa volvió a cambiar, aceptando expresamente la libertad de cultos<sup>10</sup>. Ahora bien, pese a esta progresiva variación a la estamos haciendo referencia, no se debe perder de vista que, en la segunda mitad del siglo XIX, fue la cuestión religiosa la más debatida en las convenciones constituyentes (BERALDI, 2020). Esto marca que, contrario a cualquier tipo de intuición basada en las dos décadas de vigencia de la Constitución Nacional, se trataba de un tema en absoluto saldado.

Las consecuencias que pudo tener en materia de derechos individuales la consideración en estos términos de la religión católica no resulta menor. Como se ha señalado en otras oportunidades, las lecturas superficiales de los textos pueden llevar a equívocos o interpretaciones parciales (FERRER, 2018). Desde sus inicios, el constitucionalismo cordobés adoptó la división clásica de una extensa carta de derechos por un lado y estructuración -y división- de poderes por el otro. Esta característica llevó a que determinadas tradiciones dogmáticas e historiográficas vieran en estos primeros textos la presencia de un lenguaje liberal que poco se condecía con las fuentes. El Reglamento de 1821 contenía, por ejemplo, un extenso listado de derechos individuales que: “*Todo hombre gozará... sea o no ciudadano, sea Americano o extranjero*”,<sup>11</sup> pero, inmediatamente después, incorporaba como “Deber del hombre en Sociedad” el postulado bíblico “*Haz siempre a los otros todo el bien que quisieras recibir de ellos; no hagas a otro lo que no quieras que te hiciese*”.<sup>12</sup> La presencia de esta frase en el texto, sumado a la intolerancia religiosa que desplegó en otros artículos, resultan señales reveladoras de una concepción restrictiva respecto a la articulación de derechos individuales dentro de la sociedad cordobesa de principios de siglo. Los derechos y garantías se interpretaban a partir del tamiz que representaba la doctrina de la religión católica, imponiendo sus normas y valores.

10 De todas formas, es una libertad de cultos limitada a que no “repugnen la moral o razón natural”, dejando de lado, de esta manera, una multiplicidad de creencias que no encuadraban dentro de los estándares occidentales. Se debe recordar que la propia Constitución de 1853 establecía en su articulado la obligación de “conservar el trato pacífico con los indios y promover la conversión de ellos al catolicismo”.

11 Sección Primera, Capítulo II, Artículo 2º. *Reglamento provisorio para el régimen y administración de la Provincia de Córdoba*. Los derechos se enumeraban *in extenso* al final del Reglamento en el Capítulo XXIII.

12 Sección Primera, Capítulo III, Artículo 2º. *Reglamento provisorio para el régimen y administración de la Provincia de Córdoba*,

Hacia mediados de la década de 1840 se reformó el Reglamento de 1821, aunque este último texto ya venía sufriendo modificaciones parciales (FERRER, 2018). El nuevo Código Provisorio si bien reprodujo textualmente lo preceptuado por el Reglamento en lo tocante a la religión, suprimió todo el apartado de Derechos y Garantías<sup>13</sup>. Los escasos vestigios de retórica liberal que el Reglamento podía tener fueron cercenados en el Código de 1847. ¿Cuál era la lógica que estaba por detrás de este cambio? En otro momento se ha sostenido que el Código de 1847 fue una suerte de adecuación de la práctica a la letra de la Constitución (FERRER, 2018). De esta manera, todo aquel discurso liberal o ilustrado que el Reglamento tenía se había “vaciado” de contenido perdiendo valencia y operatividad práctica. El Código de 1847 terminó funcionando como una “formalización de prácticas” que residían en la constitución material de los cordobeses de la primera mitad del siglo XIX.

Con el desenlace de la batalla de Caseros, el derrocamiento de Juan Manuel de Rosas y la sanción de la Constitución Nacional de 1853, daría la impresión que se abría un camino radicalmente opuesto al transcurrido en materia de religión, derechos y garantías. La Constitución Nacional, embebida de todo un nuevo lenguaje consagró abiertamente la libertad de cultos<sup>14</sup>. Este cambio, a pesar del trasfondo humanista que profesaba la libertad de cada individuo a seguir el culto que eligiese (con la limitación ya aclarada páginas más arriba), tenía claramente un fin práctico: la atracción de inmigración extranjera, principalmente del norte de Europa. La constitución contenía a su vez una cláusula que compelió a las provincias a dictar sus propias cartas siguiendo los designios estipulados a nivel nacional. En ese nuevo contexto, los constituyentes cordobeses adaptaron al texto nacional el artículo referente a la religión católica que si bien siguió siendo considerada como la religión del Estado, su infracción ya no implicaba una violación a las leyes fundamentales. Este no deja de ser un cambio significativo entre los textos de 1847 y 1853 y la forma en que estructuró la cuestión de los derechos y garantías. En consonancia con varias constituciones del período, la cuestión se resolvió en un único artículo que establecía “*Todos los habitantes de la Provincia de Córdoba gozan en ella de los derechos y garantías que la Carta Fundamental en su parte 1a, capítulo único, otorga á favor de todos los habitantes de la Confederación, como también están sujetos á los deberes y restricciones que ella les impone*” (FERRER ET AL, 2017, p. 61). Esta remisión a la Constitución Nacional, es sintomática de una tradición jurídica que daba demasiada relevancia a los Poderes sin su respectiva correspondencia a los derechos.<sup>15</sup>

En el año 1870 se reformó integralmente la Constitución provincial. La profunda inestabilidad política que la provincia atravesó a lo largo de 1860 retrasó un proceso que ya venía operando en las demás jurisdicciones que conformaban la República Argentina. El ingreso de Buenos Aires a la Confederación se realizó mediante la posibilidad de esta provincia de rever el texto constitucional nacional. A su vez, la provincia de Córdoba estaba, desde finales de la década de 1860, atravesando un proceso de reestructuración política en manos del Partido Liberal<sup>16</sup>.

13 El Código mantuvo solo una norma relativa a esta temática. El artículo 18, Capítulo XVII, Sección Sexta establecía: “*Ningun ciudadano podrá ser juzgado en causas civiles ó criminales, por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley*”.

14 Artículo 14º “*Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: [...] de profesar libremente su culto [...]*” Constitución Nacional de 1853.

15 Si bien esto se debió exclusivamente a una cuestión de técnica legislativa, los Constituyentes consideraban que con la enumeración realizada en la carta nacional alcanzaba y no hacía falta reproducirla en la provincial, llama la atención que no plasmaran en el texto una cuestión que resultaba tan cara al ideario liberal.

16 La década de 1860 había sido muy convulsa en la provincia de Córdoba. El ingreso de Buenos Aires a la Confederación causó un vuelco a escala local. Asumieron nuevas autoridades que no lograron afianzarse en el poder. Para mediados de década ocurrió una revolución coman-

La reforma fue bastante sustancial; en primer lugar, se agudizó la tendencia tímidamente iniciada en 1855 con relación a la tolerancia a los demás cultos por fuera del católico; en segundo lugar, los convencionales consideraron apropiado que la constitución incorporara una extensa carta de derechos.

La nueva norma fundamental no solo regló estas cuestiones, sino que asumió una tónica general de desarrollo minucioso de las instituciones y afán reglamentario. Los constituyentes eran conscientes de los problemas que ello implicaba, pero aun así procedieron con esa técnica esgrimiendo razones de oportunidad. Gerónimo Cortes, convencional y autor de una obra que detalla todo aquel proceso, repetía continuamente que en aquella convención no solo estaba reunido todo el arco político de la provincia, sino que también sus mentes más lúcidas (CORTÉS, 1903). El resultado fue un quirúrgico desglose de derechos y garantías. Como se ha sostenido en otra oportunidad, la intención de los convencionales fue la de regular extensamente los derechos de propiedad privada y libertad. Así, se comenzaba con un artículo 5º que reproducía textualmente a su antecesora (remitiéndose a la Constitución Nacional), pero luego se extendía por unos treinta artículos en los que detallaba pormenorizadamente tanto aquellos derechos individuales, cuanto una vasta ingeniería de garantías frente a los órganos de la Provincia. Este salto, cuantitativo y cualitativo, en cuanto a la consideración de los derechos y garantías permaneció vigente en el texto de 1883.

## El territorio en disputa. Límites, burocracia estatal y municipios

Un segundo aspecto que merece ser abordado se vincula con las concepciones en torno a la conformación del territorio provincial. Todas las constituciones del siglo XIX reservaron alguna cláusula con la que buscaban determinar de forma más o menos precisa el ámbito de jurisdicción de las autoridades. Más allá de lo que textualmente estipulaban, conviene detenerse en otras dimensiones sobre el territorio que, a nuestro juicio, no han sido abordadas por la historiografía del derecho. Siguiendo a Antonio Manuel Hespanha, la intención radicaré en problematizar y poner en tensión *“nuestra concepción inmediata del espacio”* como una realidad inmóvil y permanente (HESPANHA, 1993, pp 85 y86).

Si se concibe al territorio como espacio políticamente organizado, sujeto a la jurisdicción de un agente político (BARRIERA, 2013, p.38), algunas cuestiones claves se tornan operativas. La primera, tiene que ver con el devenir y desarrollo de la administración pública en la provincia, esto es, con la acción directa de agentes públicos, funcionarios, sobre el terreno, y la búsqueda de homogeneizar aquel espacio; en segundo lugar, la cancelación de la campaña como ámbito que se rige por reglas particulares, diferentes a las que se utilizan en los espacios urbanos. En estos aspectos convergen dos fuerzas diferentes, por un lado, una acción centrífuga de centralización del poder a partir del diseño de un aparato burocrático radicado en el centro; por otro lado, una fuerza de carácter centrípeta, de ubicación y descentralización de agentes que ahora estarían ubicados en el terreno.

---

dada por el Partido Federal (que había sido desplazado del poder luego de 1862). A raíz de este hecho la provincia fue intervenida y sometida militarmente hasta que en 1868 accedió a la primera magistratura provincial Félix de la Peña. Con de la Peña como gobernador, alineado ahora sí con la política nacional, la provincia empezó a gozar de una estabilidad política que perduró por casi una década.

En este aspecto, es oportuno traer a colación la estructuración del sistema municipal en la provincia. Las formulaciones normativas de los textos constitucionales revelan las formas en que los constituyentes de cada período resolvieron a estas dos cuestiones.

<i>Reglamento 1821 y Código 1847</i>	Capítulo I, De la Provincia de Córdoba y sus derechos. Artículo 1º: La Provincia de Córdoba es la reunión de todos sus habitantes nacidos o avecindados dentro de los linderos que demarcan actualmente su territorio.
<i>Constitución 1855</i>	Art. 2. El territorio de la Provincia se encierra entre los límites designados por las actas de su fundación del año 1573 y sus posteriores concesiones mientras que el Congreso General conforme al artículo 14 de la Constitución de la República arregle definitivamente los de las Provincias que la componen.
<i>Constitución 1870 y Reforma de 1883</i>	Artículo 1º. La Provincia de Córdoba con los límites que por derecho le corresponden, es parte integrante de la Nación Argentina, y como tal sujeta á la Constitución General que ha jurado obedecer, y á las leyes y disposiciones que en su conformidad dictaren las Autoridades Nacionales creadas por ella.

Luego de la lectura de las disposiciones normativas incorporadas a cada texto, abordemos en primer lugar el modo en que las Constituciones entendían la conformación del territorio provincial.

Una vez más se pueden apreciar tres ciclos constitucionales. El primero, previo a la organización constitucional del país; el segundo, en la década de 1850 con la sanción de la Constitución Nacional; y por último, un tercer período que nuclea las constituciones “liberales” de 1870 y su reforma en 1883. Los cambios entre cada uno de ellos son notables. Un primer –y superficial– acercamiento demuestra que, en los comienzos, la cuestión territorial se trata de manera muy difusa, sin establecer *“ningún dato que permitiera trazar coordenadas espaciales en un mapa a fin de delimitar una concreta geografía”* (FERRER, 2017, p.99). La jurisdicción provincial, el territorio, era algo dado, conocido por todos, inscripto en la tradición y por lo tanto no era necesario explicitar. En el texto de 1855 la redacción cambió, pero se mantuvo el sustrato tradicional en el que estaban inscriptas las anteriores. La conformación de una entidad superior -la Confederación Argentina-, mediante la sanción de la respectiva constitución, con un mandato claro dirigido al Congreso Nacional para que el responsable de determinar los límites interprovinciales, exigió a los constituyentes cordobeses redactar una cláusula que tuviese algún anclaje material, en este caso, los títulos históricos. Hacia el final del período analizado, luego de la incorporación de Buenos Aires y el inicio de los debates tanto a nivel político como académico sobre la cuestión de los límites de las provincias, los constituyentes adoptaron una redacción diferente, abandonando de forma expresa la tesis relativa a los títulos históricos y asumiendo una fórmula genérica en la que se “reconocía” la potestad del gobierno nacional en su determinación.

Por detrás de esta somera síntesis sobre las redacciones en cada carta, se esconden concepciones diametralmente opuestas respecto a cómo debía conformarse el territorio de la provincia, o cuáles eran las claves teóricas y las capacidades técnicas con las que contaba el Estado para llevar adelante la operación por un sentido u otro. Asumido esto, corresponde analizar cuáles fueron las lógicas por detrás de las redacciones de cada momento constituyente.

Para el momento de sanción del Reglamento de 1821 no se puede obviar que el Cabildo todavía no había sido disuelto (AGÜERO, 2012). El Reglamento otorgaba para la flamante provincia el extensísimo territorio que estaba bajo jurisdicción de la institución capitular. De allí la noción de “*vecindad*” que aparece reiteradamente en la redacción y su relación lógica con el territorio. Este sentido “*subjetivo*” de comprensión del territorio tiene una clara reminiscencia a la Constitución de Cádiz de 1812 que definía a la Nación española como “*la reunión de todos los españoles de ambos hemisferios*”. La definición acerca del territorio provincial, entonces, estaba atravesada por lógicas eminentemente tradicionales siendo irrelevante la carencia de medios técnicos para trazarlo.

Ahora bien, con la disolución del cuerpo capitular, esta correlación directa entre la jurisdicción del Cabildo y el territorio de la emergente provincia debería empezar a perder sentido. Sin embargo, la relevancia que el cuerpo capitular había tenido para la vida social de los cordobeses no desapareció con su extinción, sino que se fue resignificando en otras instituciones. Las diferentes instituciones provinciales que emergieron pasaron a ocupar el rol que aquél había tenido. Por ello, en el Código de 1847 que, como se dijo, formalizó la tradición, resultaba innecesaria la reforma del artículo. El territorio provincial estaba inscripto en esa lógica, y la nueva constitución no innovaba en ese aspecto.

Sin embargo, existe un condicionante que no puede ser soslayado. Una de las grandes notas disonantes entre el Reglamento de 1821 y el Código de 1847 es la desaparición del “*horizonte confederativo*”. El Reglamento había sido redactado “*pensando*” en la pronta reunión de un Congreso Federal que sirviera de base para organizar el difuso entramado jurisdiccional rioplatense. Hacia el año 1847 ese horizonte había desaparecido, de allí la falta de precisión en la determinación de los límites entre provincias que se asumían como contrincantes. La ausencia de una organización que “*aglutinase*” las soberanías provinciales y sirviese de árbitro moderador de las pretensiones de cada una de las partes quitaba el tema de la definición del territorio de la agenda de los constituyentes. La concepción sobre qué era o no territorio cordobés descansaba en otros elementos, en otras normas, como el Reglamento de Justicia de 1823 que disponía un juez de alzada para cada uno de los catorce departamentos en los que estaba conformada la Provincia. El problema, una vez más, era que la delimitación de esos departamentos seguía siendo extremadamente confusa, no solamente para los ojos de un observador actual, sino para los mismos sujetos de la época quienes asistían permanentemente a conflictos de jurisdicción.

Como se dijo anteriormente, la caída de Rosas y posterior organización nacional mediante la sanción de una constitución de base federal obligó a las provincias a redactar nuevas cartas siguiendo los designios de la nacional. En materia territorial, implicó la necesidad de plasmar en el texto algún tipo de cláusula que remitiera a la cuestión. Los convencionales cordobeses optaron por no innovar demasiado, explicitando las presunciones que se encontraban en los textos anteriores, un indicador de que el quiebre que suele observarse a partir la sanción de la Constitución Nacional, a nivel provincial no fue muy profundo.

En el texto cordobés de 1855 no solamente se observa la elección de un criterio tradicional para la determinación de los límites, sino que la alternativa escogida se mantuvo en la lógica que se había utilizado desde 1821. A pesar de ello, la Constitución incorporó una segunda cláusula -dentro del mismo artículo- referida a la facultad del Congreso de la Nación de “arreglar” los límites provinciales. En este punto resulta interesante la sustitución en sede provincial del término “fijar” que aparecía en la Constitución Nacional, por el de “arreglar” en la provincial, un cambio no inocente. Mientras que la fijación implicaba una competencia exclusiva del Poder Legislativo Nacional, la idea de arreglar remitía a un universo de competencias compartidas entre ambas esferas, un ámbito de negociación que no estaba presente en la Constitución Nacional.

Luego del ingreso definitivo de Buenos Aires a la confederación, hacia 1862 se inició el proceso que tuvo por objeto resolver la cuestión de los límites interprovinciales. Con motivo de la sanción de la ley de territorios nacionales se pusieron en marcha toda una serie de mecanismos que buscaban desembocar en una ley de límites. La cuestión era en realidad más compleja de lo que se puede suponer ya que, además de buscarse que los límites provinciales quedasen fijados de forma definitiva -con la obvia consecuencia del fin de los conflictos de jurisdicciones que enfrentaban a las provincias- interesaba particularmente poner coto a las excesivas pretensiones territoriales que las provincias tenían.

El Estado nacional operó, no tanto como un mediador entre dos provincias en conflicto, sino como un tercer jugador con pretensiones en un momento de reapertura de los conflictos con los pueblos originarios (tanto en territorio pampeano como patagónico y del chaco) a partir de la expansión territorial a costas de estos últimos. Fue dentro de este contexto que las provincias comenzaron a llevar adelante distintos tipos de operaciones tendientes a “conocer” su territorio, desde la creación de comisiones de límites conformadas por ilustres vecinos de cada provincia que tenían la misión de recabar todo tipo de información para presentarla al Congreso Nacional a fin de que este dictara la tan mentada ley de límites, hasta el establecimiento de las primeras oficinas de carácter eminentemente burocrático como la oficina de estadística y el propio Departamento Topográfico creado en 1862 que tenía entre sus funciones la de levantar el plano catastral de la provincia.

La redacción del artículo referido al territorio provincial en la Constitución de 1870 estuvo inscripta en este proceso de negociación que se había abierto a partir de la “inacción” del Estado Nacional.<sup>17</sup> Los constituyentes cordobeses eran conscientes de las negociaciones y proyectos de ley que se habían presentado hasta la fecha, por lo que redactaron una formulación normativa de carácter abierto que les permitiese continuar las negociaciones sin comprometer los derechos de la provincia.

La década de 1870 resultó marcadamente intensa para Córdoba en materia de determinación de límites. El departamento topográfico continuó con su labor de relevamiento, formulando diversos mapas provinciales en el que los límites comenzaban a aparecer con mayor precisión. A su vez, se fueron estableciendo distintas comisiones para negociar acuerdos de límites con las provincias vecinas. Con la provincia de San Luis, el punto de conflicto se centraba sobre cuál debía ser la línea demarcatoria del límite tanto en la zona de Traslasierra como en el sur provincial y el encargado de las negociaciones fue el propio Gerónimo Cortés. Al este provincial,

---

17 El Estado Nacional no estuvo precisamente inactivo a lo largo de la década de 1860, por el contrario fueron presentados varios proyectos de ley de determinación de límites interprovinciales, ninguno de los cuales llegó a buen puerto. Lo que si se percibe es como la cuestión de límites y territorios nacionales que en un principio discurrían de forma conjunta, con el correr de los años comenzaron a separarse y a tratarse de dos temáticas diferentes, prestandole mucha más atención la Nación a la segunda cuestión que a la primera.



Córdoba tenía dos frentes de conflicto, el primero al norte, exclusivamente con la provincia de Santa Fe, y el segundo al sur, donde convergían las pretensiones territoriales de Córdoba, Santa Fe y Buenos Aires; en este caso el comisionado fue Santiago Cáceres. Ambos conflictos fueron finalmente resueltos en los albores de la década de 1880; un laudo arbitral de 1882 resolvió la disputa que Córdoba tenía con Santa Fe y Buenos Aires, y un año después, otro laudo arbitral del entonces Presidente de la República, Julio A. Roca, resolvió la contienda con San Luis. Esta es la razón que explica la idéntica redacción en la reforma de 1883 del artículo referido al territorio provincial. El gobernador Juárez Celman, contrariado por el fallo arbitral de la Corte Suprema, se dirigió a los gobiernos de Santa Fe y Buenos Aires a fin de gestionar el trazado definitivo de los límites (FERREYRA, 1997, p. 223).

## La ciudad y la campaña. Justicia y Municipios

Uno de los elementos neurálgicos en los que se estructuró el poder en las provincias rioplatenses consistió en una división bipartita del espacio. Por un lado, la ciudad, asiento de las autoridades capitulares y luego provinciales; por el otro, la campaña, un extenso espacio, heterogéneo, escasamente poblado y con casi ausencia de centros urbanos. La división geográfica se complementaba con una división mucho más relevante, el marco normativo y los derechos de las personas que habitaban uno u otro espacio (BERALDI, 2023). A lo largo de todo el siglo XIX, ciudad y campaña remitían, no siempre de forma explícita, a un desdoblamiento del régimen jurídico: *ordinario* en la ciudad, donde la Constitución tenía plena vigencia –o, al menos, buscaba tener–, con su separación de poderes y funciones; *extraordinario* en la campaña, donde los preceptos constitucionales quedaban suspendidos y continuaban operativas otro tipo de lógicas. Esta distinción marca, desde nuestra perspectiva, uno de los grandes condicionantes que tuvieron las distintas administraciones provinciales para estructurar una organización estatal con caracteres modernos.

Durante el transcurso del siglo XIX se puede percibir claramente la variación de aquella distinción. En la primera mitad, la separación entre ciudad y campaña era concebida como natural, motivo por el cual precisaba de regímenes jurídicos diferentes; con el devenir del último tercio del siglo, se aprecia con notable claridad una búsqueda por parte de las autoridades de cancelar aquella división. La estructuración de la justicia y de los municipios es precisamente el lugar donde se pueden apreciar con mayor claridad las costuras de este doble régimen al que hacemos referencia. Desde nuestra perspectiva, con la Constitución de 1870 se buscó romper con esta dinámica que, vale la pena aclararlo, excedía a Córdoba y al siglo XIX. Mas allá del resultado material, la idea de la cancelación de la campaña como espacio de excepción circulaba con fuerza en la mente de las elites políticas e intelectuales del período (RODRIGUEZ, 2010).

## La administración de la Justicia

Desde el Reglamento de 1821, se estructuró un canon normativo concibiendo a la justicia como Poder, a la par del Legislativo y Ejecutivo. De todas formas, resulta harto complejo trasladar las concepciones –no ya solo actuales, sino propias del siglo XIX– de la separación de poderes, en un universo en el que, por ejemplo, el Cabildo continuaba estando en pie con sus facultades jurisdiccionales todavía vigentes. En el Reglamento, el judicial fue el poder que con más grado

de detalle se reglamentó. La lectura nos hace entrever una única organización de la justicia para la provincia. El Reglamento no distinguió expresamente la ciudad de la campaña, sino que, por el contrario, pasó de reglar la justicia para el espacio rural. Todas las autoridades que se mencionan en la norma eran residentes en la capital provincial, con competencia material sobre la ciudad, por lo menos en primera instancia.

En contrapartida, la justicia de la campaña se estructuró por medio del Reglamento de Administración de Justicia de la Campaña sancionado por la Sala de Representantes en el año 1823 (AGÜERO, 2010). Este reglamento contemplaba un entramado de autoridades particulares, los jueces pedáneos, con jurisdicción en distritos llamados pedanías, y como instancia superior los jueces de alzada, con jurisdicción en los curatos, ambas figuras heredadas de la tradición colonial.<sup>18</sup> El reglamento en cuestión no solo estipulaba la división territorial de la competencia de las distintas autoridades, sino que regulaba la forma de selección de los magistrados, estructurando así una verdadera “justicia de jueces” en que la garantía de una sentencia justa estaba más vinculada a las calidades personales de los jueces que su adecuación al marco normativo. El cuerpo normativo para la justicia en la campaña tuvo una larga vigencia, siendo reformado más de dos décadas después, en el año 1856, lo cual representa un indicio de lo relativo que fue la sanción y puesta en vigencia de la Constitución Nacional en determinados aspectos.

Previo a la entrada en vigor del nuevo Reglamento acaecieron en la provincia dos momentos constituyentes. El Código de 1847, como ya se ha afirmado al analizar otras instituciones, no implicó una ruptura sino, más bien, una profundización de todos aquellos elementos tradicionales que arrastraba una arraigada cultura jurisdiccional. En materia judicial, en el Código se redujeron considerablemente las disposiciones relativas a la estructuración de este poder<sup>19</sup>, pero esto no debe confundir al lector: la abultada cantidad de disposiciones que el Reglamento de 1821 tenía, era una nota que marcaba con meridiana claridad el fondo jurisdiccional en cuál se asentaba; el Código, en este sentido, no implicó una modificación de la cultura jurídica predominante, sino más bien una muestra de la pérdida de relevancia que las instituciones puramente judiciales habían tenido a lo largo de la vigencia de la primera Constitución provincial.

La sanción de la Constitución Nacional no significó un vuelco considerable en la materia. Si bien no se puede desconocer que normativamente se abrió un nuevo escenario en el que la justicia, en un contexto ahora republicano, asumía su estatus como Poder igualándose con los demás; esto chocaba, por un lado, con las posibilidades materiales de llevar adelante alguna transformación, y por el otro, con concepciones tradicionales todavía muy enraizadas relativas al rol que la justicia debía cumplir. Los ejemplos son numerosos: la Constitución de 1855 se ocupó en exclusividad de reglar la situación de los jueces letrados que, hasta ese momento, solo se ubicaban en la ciudad de Córdoba; la Cámara de Justicia debía estar conformada por cinco miembros, pero la propia Constitución asumía la dificultad que representaba completar aquella integración por lo que, por el momento y hasta tanto se incrementara la matrícula de abogados, podía estar formada por solo tres miembros; por debajo de la Cámara se ubicaban “los Juzgados y Magistrados establecidos por la ley” sin especificar cuáles eran<sup>20</sup>; el articulado subsiguiente

18 La distinción entre pedanías y curatos no solo evidencia la matriz católica en la organización espacial interna de la provincia, sino también una clara continuidad con la distribución colonial del poder. Por otro lado se debe tener en cuenta que estos jueces eran la única autoridad civil en aquel territorio, mostrando la clara pervivencia de formas jurisdiccionales de comprender el poder político.

19 De los setenta y ocho artículos, divididos en seis capítulos que el Reglamento disponía sobre la organización de la justicia, a tan solo veinticinco artículos en un único capítulo.

20 Art. 57. El Poder Judicial de la Provincia es ejercido por una Cámara de Justicia y por los Juzgados y Magistrados establecidos por la ley. Dicha

trataba sobre la forma de nombramiento de los jueces, la función de superintendencia, un breve delineamiento relativo a la responsabilidad de los magistrados y por último algunas garantías procesales. Llama poderosamente la atención la falta de un apartado que definiera la competencia y jurisdicción de la Cámara.

La Constitución establecía la obligación de la Legislatura de dictar el resto de las leyes que organizaran el Poder Judicial. Frente a esta manda, la Asamblea Legislativa respondió dictando una ingente cantidad de leyes parciales, de todo tipo, sin criterio sistemático. El caso más evidente fue la sanción de un nuevo Reglamento para la Administración de Justicia y Policía de Campaña, el ya referido del año 1856. La distinción ciudad y campaña, con toda la carga simbólica y material que señalamos anteriormente seguía vigente. El nuevo reglamento de justicia no innovó, salvo en cuestiones muy particulares, la concepción que existía sobre la campaña y su justicia al punto que tanto la división territorial como la nomenclatura y funciones de los jueces continuaban signados por la tradición. Los jueces rurales conservaban para sí todo un arsenal de funciones que escapaban a lo meramente judicial (BARRIERA, 2018; SANJURJO DE DRIOLLET, 2010; TÍO VALLEJO, 2010; CORVA, 2014).

La diferencia entre ciudad y campaña comenzó a menguar con el discurrir de los años. El crecimiento demográfico de las zonas rurales, producto del lento pero continuo flujo de población inmigrante que se fue asentando en aquel espacio, la “pacificación” del territorio a costa de la supresión del denominado “problema del indio”<sup>21</sup>, el desarrollo de algunos centros urbanos tales como Rio IV, Villa María o Bell Ville, situados en la zona agrícola-ganadera del sur y sudeste provincial, y la construcción de líneas férreas y telegráficas que reducían las distancias entre los diversos puntos provinciales fueron todos signos de un fenómeno mayor: la cancelación de la campaña como un espacio normativo *per se*. De todas formas, para que el proceso se cerrara era necesario llevar adelante otro tipo de acciones institucionales que se emprendieron a finales de la década de 1860, instaurándose los primeros juzgados de letras en algunos departamentos de provincia como en Rio IV –el primero, con jurisdicción sobre ese extenso departamento–, y en Villa Nueva –el segundo, con jurisdicción en los departamentos Tercero Abajo y Unión–.

En el momento constituyente de 1870 los convencionales buscaron dar un paso adelante en este aspecto y dispusieron que el territorio provincial debía dividirse en distritos judiciales, instalándose un juez letrado en cada uno de ellos. La reforma era ambiciosa, la cercanía del juez letrado con los habitantes de la campaña implicaba, en el plano judicial, un considerable acortamiento entre los dos espacios. A nivel normativo, el cambio más rotundo llegó en el año 1875 con la sanción de la primera ley orgánica de tribunales<sup>22</sup>. Por primera vez en su historia la provincia contaba con una única ley que regulaba todo lo concerniente a la estructuración del Poder Judicial provincial, válido para todo el territorio, equiparando la ciudad con la campaña.

La norma definió que los distritos judiciales estipulados por la Constitución coincidieran con la división departamental. En materia de diseño la opción del legislador parecía muy acertada, pero el problema fue su aplicación práctica. Durante toda la década de 1870 las diferentes administraciones provinciales no solo tuvieron problemas para llenar las vacantes de los juzga-

---

Cámara se compondrá de cinco letrados, pero por ahora solo de tres mientras se aumenta la matrícula de esta profesión.

21 Somos conscientes que tanto las expresiones “pacificación” del territorio como “problema del indio” son eufemismos de toda una política depredadora, persecutoria y expansionista por parte del estado liberal en contra de los pueblos originarios. En esta ocasión, las utilizamos siguiendo las expresiones que aparecen en las fuentes.

22 *Ley de Organización de los Tribunales y su Jurisdicción*, 31/VII/1875, *Compilación de Leyes, Decretos y Acuerdos de la Excelentísima Cámara de Justicia*, Tomo IV, 1874-1876.

dos de letras, sino que la falta de recursos, impericia o simplemente desdén ni siquiera permitió conformar regularmente el renovado Superior Tribunal de Justicia, lo que acabó superándose recién a finales de esta década.

Si en el aspecto señalado la propuesta de la Ley resultó ambiciosa al punto de resultar muy difícil su aplicación, con respecto a las judicaturas menores –legas– fue mucho más conservadora. En este aspecto, la norma mantuvo la distinción entre jueces pedáneos y juecesalzada (distinción que se acarrea desde la década de 1820) y, para las zonas urbanas (pueblos y villas de campaña) la “novedosa” figura del juez de paz.<sup>23</sup> El mantenimiento de una doble instancia lega, con un procedimiento sumario y que dificultaba el acceso a la justicia letrada, puesto que no todas las causas podían apelarse hasta acceder a ella, son signos de una tradición jurídica vinculada al mundo jurisdiccional que los hombres públicos de Córdoba rehusaban abandonar (BERALDI, 2023).

A principios de 1880, no solo se reformó la Constitución, sino que se hizo lo propio con la Ley orgánica que venimos comentando. Las reformas buscaron agudizar el incipiente perfil liberal de aquellas normas. Si bien la Constitución fue objeto de modificaciones menores, vinculadas a cuestiones de redacción fundamentalmente, en la ley de organización de los tribunales el afán renovador fue mucho más profundo: simplificó el entramado institucional reduciendo instancias; derogó la división en Salas del Superior Tribunal que condicionaba fuertemente su labor; instituyó únicamente el juzgado de letras de Rio IV y dejó abierta la posibilidad para que en el futuro se incorporaran los demás, según la necesidad. El cambio más significativo fue, sin dudas, la derogación de la figura de los jueces pedáneos y de alzada, rompiendo así con una tradición casi centenaria, manteniendo en pie solamente los juzgados de paz, tanto para las ciudades y villas como para el resto de las zonas rurales.

## El largo y sinuoso recorrido de las municipalidades

La incorporación de las municipalidades es otro de los puntos claves para comprender la distinción entre ciudad y campaña que operó en la Córdoba decimonónica. La supresión del Cabildo operada a mediados de la década de 1820 y el traspaso de sus funciones a la Sala de Representantes dejó a la provincia sin ninguna institución de autogobierno local. Este fenómeno, común a todo el espacio rioplatense, puede vincularse también con la falta de aplicación de la Constitución de Cádiz de 1812, una nota disonante con el resto de los espacios americanos que sí la adoptaron. La Constitución gaditana explicitaba que todas las comarcas rurales que alcanzaran mil almas se equipararían con un Ayuntamiento. Esta combinación de factores redundó en la ausencia de instituciones de rasgos municipales en el Rio de la Plata hasta la sanción de la Constitución Nacional que, en su artículo 5º, ordenaba a las provincias dictar su propia constitución asegurando el régimen municipal.

La Constitución cordobesa de 1855 se hizo eco de aquella manda, y en tres artículos consagró la incorporación de los municipios en la provincia. Al poco tiempo, en 1856, la Legislatura sancionó la mentada Ley de Municipalidades, la cual se asentó sobre la distinción entre ciudad y campaña, estableciendo un régimen totalmente diferenciado para cada uno de estos espacios. En primer lugar, mientras que para la ciudad la jurisdicción era el ejido urbano, motivos teóri-

<sup>23</sup> Si bien para Córdoba esta figura resultó algo novedosa (los jueces de paz se incorporaron al entramado judicial de la ciudad en 1855), en el Rio de la Plata venía de muy larga data.

cos, materiales y normativos plantearon el municipio departamental para la campaña -solución compartida por la amplísima mayoría de las constituciones provinciales del período-. Dentro de los primeros, frente a las diversas teorías sobre el origen del cuerpo municipal y su relación con el territorio, los legisladores cordobeses entendieron que los municipios debían extenderse más allá de las relaciones de vecindad y abarcar un territorio mayor. Los límites municipales no dependían tanto de un hecho social –esto es, las relaciones de vecindad– sino de la voluntad del legislador (SANJURJO DE DRIOLET, 1991). Con respecto a los segundos, la ausencia de centros urbanos y la dispersión poblacional de la campaña cordobesa dificultaban la toma de medidas diferentes. En relación con los últimos, la Constitución en su artículo 74º inciso 2 mandaba que las municipalidades debían extenderse por todo el territorio provincial y en cada departamento debía haber al menos una. El municipio departamental fue la forma que encontraron los legisladores de hacer coincidir e igualar la situación de cada departamento, dejando de lado las grandes diferencias que podía haber entre cada uno de ellos.

La ley de municipalidades planteaba algunas diferencias más entre los municipios de la campaña y el de la ciudad. Más allá de la distinción en cuanto al número de miembros –planteando una integración simplificada para la campaña–, en los departamentos hacía coincidir la figura del juez de alzada con la del presidente de la municipalidad. Una vez más, la tradición se hacía presente y la intolerable “confusión” de funciones para la ciudad no tenía el mismo peso para la campaña. Por último, la Ley planteaba explícitamente una subordinación en materia judicial de las municipalidades de campaña a la de la ciudad<sup>24</sup>.

Si bien a partir de 1857 se fueron estableciendo las municipalidades en la provincia, a lo largo de la década de 1860 –salvo la de la ciudad– fueron desapareciendo. Las causas deben ser buscadas en el plano fundamentalmente económico. Las municipalidades de campaña no tenían forma de sostenerse con recursos propios y la decisión del gobierno provincial para paliar el déficit fiscal consistió en suprimirlas, por lo que la vigencia de la Ley se circunscribió hasta 1870 al espacio de la ciudad.

El régimen municipal recibió un sutil rediseño en la Constitución de 1870. Como había sucedido con la justicia letrada, a finales de la década de 1860 las municipalidades habían empezado a resurgir en los departamentos del sur-este cordobés, los más dinámicos en cuanto a crecimiento económico y poblacional. A diferencia de cómo estaba planteada en el régimen jurídico anterior, en esta ocasión fue la propia Constitución la que se hizo cargo de todo el diseño normativo de la institución. Mantuvo el municipio departamental, pero buscó igualar la municipalidad de la ciudad con la de la campaña, planteando estrictamente la misma organización, división en dos consejos, uno deliberativo y otro ejecutor; otorgó mayor autonomía a las municipalidades con respecto al Estado provincial en materia de rentas; estableció un criterio proporcional a la población para la definición de la cantidad de cargos.<sup>25</sup> Sin embargo, esta ingeniería que buscaba un equilibrio entre todos los departamentos fue la que condicionó la estabilidad de la institución en la provincia: mientras Río Cuarto contaba con diez concejales –para una población que superaba por poco los 10.000 habitantes–, Calamuchita –con algo más de 9.000 habitantes– prácticamente lo duplicaba en número de concejales. La problemática residía, fundamentalmente, en encontrar hombres capaces, según los estándares de la época, para ocupar esos cargos.

24 Artículo 7º: “Las Municipalidades de la Campaña dependerán en el orden judicial de la nombrada en la Capital; y todas ajustarán sus procedimientos á las leyes ó decretos de las Autoridades”. Esta disposición ya se encontraba en el inciso 11º del Artículo 74 de la Constitución Provincial.

25 En los departamentos con más de 10.000 habitantes, un miembro cada mil habitantes; en los departamentos con menos de 10.000, un miembro cada quinientos.

Pese a los problemas identificados, a lo largo de la década de 1870 el régimen municipal se mantuvo vigente, pero recibió una profunda transformación con la Reforma de la constitución en el año 1883. A diferencia del modelo anterior, solo estableció las líneas maestras de la institución dejando así la labor del armado definitivo a la Legislatura. Siguiendo esta lógica, abandonó el municipio departamental por un criterio poblacional, sin establecer la constitución el número de habitantes necesarios para que un centro urbano fuese beneficiado con una municipalidad; bajó el número de vocales que debían tener los concejos deliberativos; y estableció un criterio único para todos los municipios según el cual, para las localidades de hasta seis mil habitantes habría un total de seis vocales, aumentando un vocal cada tres mil habitantes. Más allá de las modificaciones que se propusieron se debe tener en cuenta que la campaña había cambiado. La proliferación de colonias y centros urbanos modificó para siempre el paisaje cordobés, algo de lo que debieron tomar nota tanto los constituyentes como –más adelante– legisladores.

Los cambios que acontecieron en la justicia y las municipalidades marcaron claramente el nuevo horizonte material e institucional al que se enfrentaba la provincia de Córdoba a fines del siglo XIX. Aquella distinción entre ciudad y campaña resultaba ahora inaplicable, y con ella, se dejaba atrás una de las marcas características del orden jurisdiccional que durante años había permanecido vigente.

## **Recapitulación. Epílogo**

El protagonismo de los espacios locales en Iberoamérica durante el Siglo XIX demuestra que el estudio de la dimensión provincial, y en algunos sitios municipal, de los primeros constitucionalismos es un aspecto fundamental para la comprensión densa de la historia constitucional –y los procesos de construcción estatal– en los países de la región. Sin embargo, la tradición historiográfica constitucional no ha asumido, por lo general, todas las consecuencias de dicho enfoque. Comprometida a menudo por las condiciones que impone el mismo objeto que pretende explicar –el proceso de construcción estatal y nacional–, a la historiografía le ha costado mucho superar ciertos presupuestos analíticos tales como los orígenes remotos de la nación, el paradigma estatalista, o la doctrina de la separación tripartita del poder, etc., que acaban sesgando, muchas veces, los resultados de las investigaciones. La revalorización del rol protagónico de los pueblos operada en el ámbito de la historiografía política y social obliga a un cambio en el enfoque clásico de los estudios histórico-constitucionales: la historia genética del constitucionalismo argentino debe comenzar por las provincias. Ahora bien, la recuperación del objeto de estudio no es suficiente si no va acompañada de una también renovada estrategia metodológica para su abordaje.

En este trabajo hemos tratado de demostrar la operatividad del enfoque histórico-constitucional propuesto a partir del estudio de un caso, el de la provincia de Córdoba, Argentina, a lo largo del siglo XIX. El análisis comparado de cada uno de los diferentes momentos constituyentes que tuvieron lugar en aquel espacio local nos permite avanzar hacia un nivel de comprensión más denso de los complejos y multifacéticos procesos de construcción y consolidación estatal.

## Bibliografía

- AGÜERO, A. (2010) "La justicia penal en tiempos de transición. La república de Córdoba, 1785-1850", en GARRIGA, Carlos. (Coord.) *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, Centro de Investigación y docencia Económicas, El Colegio de México, El Colegio de Michoacán, Instituto Mora, México, pp. 267-305.
- AGÜERO, A. (2011) "Tradición jurídica y derecho local en época constitucional: El "Reglamento para la Administración de justicia y policía en la campaña" de Córdoba, 1856", en *Revista de Historia del Derecho*, Nro. 41, INHIDE, pp. 1-43, p. 43. Disponible online en [http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_issuetoc&pid=1853-178420110001&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_issuetoc&pid=1853-178420110001&lng=es&nrm=iso).
- AGÜERO, A. (2012), "La extinción del Cabildo en la República de Córdoba, 1815-1824". *Boletín Instituto Historia Argentina y Americana. Dr. Emilio Ravignani* [online], n.37, pp. 43-84 . Disponible en: <[http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0524-97672012000300002&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0524-97672012000300002&lng=es&nrm=iso)>. ISSN 0524-9767.
- AGÜERO, A. (2022), "Cartas provinciales para una república inconstituida. Río de la Plata-Argentina 1819-1852" en *Investigaciones y Ensayos*, Vol. 74, Academia Nacional de la Historia, Buenos Aires.
- ANNINO, A. y TERNAVASIO, M. (Coords.) (2012) *El laboratorio constitucional iberoamericano: 1807/8-1830*, AHILA-Iberoamericana-Vervuert, Madrid.
- ÁVILA, A. (2008) "Las revoluciones hispanoamericanas vistas desde el siglo XXI", en *Revista de Historia Iberoamericana*, Vol. 1, Nro. 1, pp. 4-34.
- BARRIERA, D. (2013), *Abrir puertas a la tierra. Microanálisis de la construcción de un espacio político. Santa Fe, 1573-1640*, Ministerio de Innovación y Cultura de la Provincia de Santa Fe, Museo Histórico Provincial Brigadier Estanislao López, Santa Fe.
- BARRIERA D. (2018): "Del gobierno de los jueces a la desjudicialización del gobierno. Desenredos en la trenza de la cultura jurisdiccional en el Río de la Plata (Santa Fe 1780-1860)" en AGÜERO Alejandro, SLEMIAN Andréa y DIEGO-FERNÁNDEZ SOTELO Rafael, *Jurisdicciones, Soberanías, Administraciones. Configuración de los espacios políticos en la construcción de los Estados Nacionales en Iberoamérica*". Córdoba, Editorial de la UNC; Zamora, El colegio de Michoacán.
- BERALDI, N. (2023), *La construcción de un poder judicial en clave liberal y la dicotomía ciudad-campaña. Una historia de la justicia de Córdoba*. Tirant lo Blanch, Ciudad de México, [En prensa].
- BIANCHI, A. (2007) *Historia de la Formación Constitucional Argentina (1810-1860)*, Lexis Nexis, Buenos Aires.
- BUCHBINDER, P. (2005) "Caudillos y caudillismo: una perspectiva historiográfica", en GOLDMAN, N. y SALVATORE, R. (comp.), *Caudillismos rioplatenses. Nuevas miradas a un viejo problema*, 2ª. ed., Eudeba, Buenos Aires, pp. 31-50.
- CHIARAMONTE, J. y BUCHBINDER, P. (1992) "Provincias, caudillos nación y la historiografía constitucionalista argentina, 1853-1930" en *Anuario del IEHS*, Nro. VII, Tandil.

- CHIARAMONTE, J. (1995) “Acerca del origen del Estado en el Río de la Plata”, en *Anuario IHES*, Nro. 10, pp. 27-50.
- CHIARAMONTE, J. (1997) *Ciudades, provincias, estados: Orígenes de la Nación Argentina (1800-1846)*, Emecé, Buenos Aires.
- CLAVERO, B. (2007), *El orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Editorial Trotta, Madrid.
- CLAVERO, B. (2012) “Gracia y derecho. Entre localización, recepción y globalización (lectura coral de las vísperas constitucionales de António Hespanha)”, en *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Nro. XLI, pp. 675-763.
- CORTÉS, G. (1903), *Exposición General de la Reforma Constitucional sancionada en 1870*, Alfonso Aveta Editor, Córdoba, Segunda Edición.
- CORVA, M. (2014), *Constituir el gobierno, afianzar la justicia. El poder judicial de la provincia de buenos aires (1853-1881)*, Prohistoria Ediciones, Inhide, Rosario.
- ESPÓSITO, Santiago; FERRER, Juan; ORTEGA, José Emilio (Editores) (2020), *Historia constitucional de la Provincia de Córdoba: Siglo XIX*, Editorial de la UNC, Universidad Siglo 21, Legislatura de la provincia de Córdoba, Córdoba.
- FERRER, et al (2017) *Digesto Constitucional de la Provincia de Córdoba*, en línea: <https://legislaturacba.gov.ar/wp-content/uploads/2020/07/Digesto-Constitucional-de-la-Provincia-de-Cordoba.pdf>
- FERRER, J. *Gobernar en tiempos de Constitución. Córdoba en los orígenes del constitucionalismo provincial argentino (1821-1855)*, Córdoba,, Editorial de la UNC, 2018.
- FERREYRA, A. (1997), *Mensajes de los Gobernadores de Córdoba a la Legislatura*, Tomo III, 1871-1885, Centro de Estudios Históricos, Córdoba.
- GOLDMAN, N. y SALVATORE, R. (2005) “Introducción”, en ídem (comp.), *Caudillismos rioplatenses. Nuevas miradas a un viejo problema*, 2ª. ed., Eudeba, Buenos Aires.
- HALPERÍN DONGHI, T. (2005) *Revolución y guerra. Formación de una elite dirigente en la Argentina criolla*, Siglo XXI, Buenos Aires.
- HESPANHA, A. (1993) “El espacio político”, en *La gracia de Derecho: economía de la cultura en la edad moderna*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- HESPANHA, A. (2002) *Cultura jurídica europea. Síntesis de un milenio*, Tecnos, Madrid.
- LEVAGGI, A. (2001) *Manual de Historia del Derecho Argentino*, Tomo III, Depalma, Buenos Aires.
- LORENTE, M. (2012) “Orígenes del constitucionalismo en el mundo hispano”, en LORENTE, M. y VALLEJO, J. (coord.) *Manual de Historia del Derecho*, Tirant Lo Blanch, Valencia, pp. 331-362.
- LORENTE, M. y PORTILLO, J. (Eds.) (2012) *El momento gaditano. La Constitución en el orbe*



*hispánico (1808-1826)*, Colección Bicentenario de las Cortes de Cádiz, Congreso de los Diputados, Madrid.

PALACIO, J. (2004) *La Paz del Trigo. Cultura legal y sociedad local en el desarrollo agropecuario pampeano. 1890-1945*, Buenos Aires, Edhasa.

PALTI, E. (2007) *El tiempo de la política. El siglo XIX reconsiderado*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

PEÑA, R. (1980) *Juan B. Bustos y el federalismo doctrinario de Córdoba*, Cuadernos de Historia, Junta Provincial de Historia, Córdoba.

PORTILLO, J. (2006) *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía hispana*, Fundación Carolina, Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos, Marcial Pons, Madrid

PORTILLO, J. (2010) "Prólogo", en CALDERÓN, M. y THIBAUD, C., *La Majestad de los Pueblos en la Nueva Granada y Venezuela 1780-1832*, Taurus, Bogotá.

RODRIGUEZ, F. (2010) *Un desierto para la nación. La escritura del vacío*. Buenos Aires, Eterna Cadencia Editora, 1ª edición.

SANJURJO DE DRIOLLET, I. (1991), "Malargüe (1877-1892). Un estudio desde la óptica municipal acerca de la creación y supresión del departamento más austral de la provincia de Mendoza en el siglo pasado", en *Revista de Historia del Derecho*, No 19, Buenos Aires, pp. 249 a 374.

SANJURJO DE DRIOLLET, I. (2010), "Justicia de paz y cultura jurídica en el largo siglo XIX en Mendoza (Argentina). El caso del departamento de San Rafael en el sur provincial", en *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En ligne], Débats, mis en ligne le 23 mars 2010,. URL: <http://nuevomundo.revues.org/59257>; DOI: 10.4000/nuevomundo.59257

SAN MARTINO DE DROMI, M. (1995) *Formación Constitucional Argentina*, Ciudad argentina, Buenos Aires.

TERNAVASIO, M. (2007) *Gobernar la Revolución. Poderes en disputa en el Río de la Plata, 1810-1816*, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.

TÍO VALLEJO, Gabriela, "Papel y grillos, los jueces y el gobierno en Tucumán, 1820- 1840", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En ligne], Débats, mis en ligne le 23 mars 2010, <http://journals.openedition.org/nuevomundo/59266>; DOI: 10.4000/nuevomundo.59266.

TÍO VALLEJO, G. (2010), "Papel y grillos, los jueces y el gobierno en Tucumán, 1820- 1840", *Nuevo Mundo Mundos Nuevos* [En ligne], Débats, mis en ligne le 23 mars 2010, <http://journals.openedition.org/nuevomundo/59266>; DOI: 10.4000/nuevomundo.59266.

Data de Recebimento: 18/07/2023

Data de Aprovação: 18/09/2023

# Resenhas

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **Outras histórias para outros códigos: caminhos teóricos e metodológicos para a história da codificação**

(Resenha de '*Otros Códigos: por una historia de la codificación civil desde España*' [Madrid: Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid, 2023], de Carlos Petit, 652 pp.)

**Gabriela Back Lombardi<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Universidade Federal do Paraná. ORCID: 0000-0001-7581-0233.

Poucos temas são tão tradicionais na historiografia jurídica como os códigos. Talvez por terem sido a resposta teórica para o problema das fontes do direito na transição do Antigo Regime para modernidade e, por isso, figurarem como elemento simbólico central desta última, a história dos códigos conta com uma ampla e diversificada literatura, em especial na Europa continental<sup>2</sup>. O recém publicado livro de Carlos Petit, professor catedrático da Universidade de Huelva, na Espanha, insere-se na bibliografia consolidada sobre o tema, mas vai além. Ao aprofundar-se na análise de fontes primárias e chamar a atenção para problemas teóricos e metodológicos da área, Petit nos oferece um quadro de análise interessante e inovador para leitura deste clássico objeto.

O livro, que reúne e sistematiza textos já publicados<sup>3</sup> e textos originais, divide-se em três partes, cada uma composta por quatro capítulos: *'conceptos elusivos'*, *'otros códigos'* e *'códigos y doctrinas'*. As três partes, encaradas em seu conjunto, adquirem uma acepção complementar na medida em que discorrem sobre diferentes níveis de análise da história dos códigos: temporalidade, espaços e intérpretes. Enquanto a primeira parte (*'conceptos elusivos'*) preocupa-se com a atribuição de sentidos internos a termos ligados às alterações nas fontes do direito, a segunda parte (*'otros códigos'*) volta-se à construção transnacional destes significados. Por fim, a terceira parte (*'códigos y doctrinas'*) dá conta das relações entre a nova forma normativa e a instância discursiva dos juristas. A partir da composição estratégica desses argumentos, lidos à luz das mais diversas fontes historiográficas, o autor escancara a multiplicidade de estratos de produção de conhecimento normativo sobre as novas formas do direito de que o código é emblema.

Esta não é a primeira vez que o autor se ocupa do tema. Nos últimos anos já publicou dois outros livros sobre o assunto (*"Un Código civil perfecto y bien calculado"*, de 2019, e *"El trienio y sus códigos"*, de 2022<sup>4</sup>). Enquanto as duas obras prévias possuem caráter mais monográfico, focadas em períodos ou em projetos específicos de codificação, *"Otros Códigos"* caracteriza-se por sua tendência ao complexivo, abordando aspectos teóricos de história do direito e da construção do fenômeno na Espanha a partir de uma perspectiva de longa duração que abarca o longo século XIX, atingindo, em alguns pontos, meados do século XX.

O fato de tratar-se de um livro de recolha de ensaios, em sua maioria anteriormente publicados, não retira da obra a coesão interna do argumento. Pelo contrário, demonstra a densidade das reflexões do autor sobre o tema, amadurecidas ao longo do tempo. Ao final, espelha o esforço de construção de uma visão ampla do processo de codificação do direito civil para o caso espanhol, que se afasta de leituras excessivamente vinculadas à reprodução de modelos totalizantes. Mesmo aqueles já familiarizados com a produção acadêmica do autor sobre codificação podem se beneficiar da leitura deste livro que, ao organizar o argumento em três níveis (conceitual, comparativo e doutrinário), aporta um novo modelo de análise para a história da codificação.

2 Um volume que bem sumariza as reflexões sobre o tema no contexto europeu foi publicado por ocasião do congresso florentino que reuniu historiadores, filósofos do direito e juristas dogmáticos para debater história e teoria dos códigos (Cappellini; Sordi, 2000).

3 Um dos textos reunidos no volume resenhado já foi, inclusive, traduzido para o português (Petit, 2022a).

4 *"Un Código civil perfecto y bien calculado"* (2019) trata do projeto de código civil espanhol de 1821, dando particular atenção a um de seus redatores, Nicolás M<sup>o</sup> Garely. Discute atentamente as ideias e propostas de codificação civil veiculadas durante o triênio liberal e analisa em pormenores aspectos do projeto em questão, do título preliminar às disposições sobre estatutos pessoais e direitos de liberdade, propriedade etc. Já em *"El trienio y sus códigos"* (2022b), a atenção do autor alargou-se para além da codificação civil, tratando de projetos e propostas relativas a outros ramos do direito, também durante os anos do triênio liberal espanhol.

É neste sentido que gostaria de destacar as contribuições da obra para a história do direito brasileira. Além do potencial descritivo de reunir e apresentar informações retiradas de fontes primárias que de outro modo ficariam submersas, em especial para aqueles com contato limitado com a cultura jurídica espanhola, o grande mérito deste livro está nas novas e férteis questões colocadas. Penso que o ângulo de investigação adotado por Petit contém lições que podem ser úteis para a incipiente historiografia da codificação brasileira, que carece de análises rigorosas<sup>5</sup>, em especial se considerarmos o paralelismo entre Brasil e Espanha quanto à temporalidade dos códigos. Assim como a Espanha, o Brasil também determinou em seu primeiro texto constitucional o dever de organização dos códigos (art. 179, XVIII, Carta Constitucional de 1824). Não obstante, e ainda em paralelo com o caso espanhol, atravessou os oitocentos sem a concretização do desiderato (o código civil espanhol foi publicado em 1889, enquanto o brasileiro data de 1916). O estudo levado a efeito por Carlos Petit pode, portanto, revelar um itinerário de pesquisa para entender como se desenvolveram experiências teóricas de codificação na ausência de um código promulgado. Devidamente consideradas as diversidades locais, é possível vislumbrar uma espécie de herança comum entre Brasil e Espanha, o que torna a publicação de *“Otros códigos”* um acontecimento relevante também para a história do direito brasileira.

A primeira parte do livro, denominada *‘conceptos elusivos’*, contém quatro capítulos que tratam de aspectos teóricos que atravessam as diversas histórias da codificação e funcionam como vetores metodológicos de análise. Evidencia, nesta linha, as descontinuidades e a relatividade da constituição histórica dos conceitos que concernem a historiografia da codificação.

O primeiro deles, denominado *‘El código inexistente’*, volta-se à construção conceitual do termo ‘código’ na cultura jurídica espanhola do século XIX. Constitui, com isso, um exemplo magistral da aplicação do programa intelectual da *Begriffsgeschichte* à história do direito. Petit chama a atenção para a necessidade de investigar uma história pré-textual dos códigos, que prescinde da promulgação de um texto normativo e se localiza na instância da linguagem. Nesta toada, coloca uma importante crítica à historiografia tradicional dos códigos, que em geral se limita a investigar aspectos do *texto* codificado a partir de fontes que tentam reconstruir os antecedentes da norma promulgada, o que resulta numa *“historia escandalosamente legiferante”* (p. 19). O autor trata, então, de problemas metodológicos da história conceitual e analisa com vagar o fértil espaço entre a norma escrita e seus sentidos linguísticos, suas coincidências e afastamentos. Passa por fontes que vão dos dicionários da Real Academia à dicionários jurídicos, textos constitucionais, compêndios universitários, obras doutrinárias e reflexões parlamentárias. Fugindo ao encanto de um metadiscurso sobre o próprio código, Petit investiga o desenrolar dos sentidos atribuídos ao vocábulo, da permanência de tradicionais alusões ao direito romano até o surgimento de neologismos como *‘codificacion’* e *‘codificar’*. Este palimpsesto de significados antigos e modernos, muito característico deste século de transição, teve impacto no ensino do direito (progressivamente mais exegético), mas também no universo da

---

5 O estado da arte da pesquisa sobre o tema no Brasil é ainda embrionário. As principais referências são estudos datados como o de Pontes de Miranda (1928) e o de Orlando Gomes (2003 [1958]), os quais não trabalham com metodologia histórico-jurídica. Ambos os autores se preocupavam centralmente com questões ligadas à dogmática civilista, sem intenção de desenvolver um estudo aprofundado sobre teoria da codificação civil no Brasil. Há também estudos de história social que vislumbram o problema da codificação a partir da ótica da escravidão, partindo majoritariamente de processos de liberdade. Esses estudos, embora relevantes, não trabalham com fontes típicas da produção intelectual do Brasil oitocentista como a imprensa, os debates parlamentares e as revistas jurídicas, além de que não tematizam a questão do ponto de vista da formação de uma teoria da codificação, cuja análise depende, como nos mostra Petit, de um levantamento amplo e rigoroso dos debates então contemporâneos sobre o assunto. Por outra via, há estudos que, partindo de uma perspectiva crítica da história do direito e lidando direta ou indiretamente com o direito privado oitocentista, apontam o caminho a ser seguido (ver, por exemplo, Fonseca, 2012; Barbosa, 2008). Também em Lombardi, 2023.

política legislativa e da literatura jurídica. Ao final, da inexistência do código surge um extenso e fértil universo conceitual em seu entorno, que envolve inclusive a relação do novo formato com acepções vizinhas como *'compilacion'* e *'recopilacion'*, assim como a organização geral das fontes do direito na cultura jurídica espanhola de então.

O segundo capítulo (*'El Quijote de Menard, o Napoleón em Babel'*) acresce ao vetor conceitual uma outra preocupação, também localizada no campo da linguagem, relativa aos limites da tradução de textos jurídicos. A reflexão é oportuna e necessária, em especial quando o assunto é história da codificação. É que falar de códigos no século XIX é falar também de seus usos transnacionais, da circularidade desses monumentos concebidos a partir de uma perspectiva jusracionalista de universalidade e atemporalidade que transportava sua autoridade para além das geografias originais. Neste cenário, voltando-se às práticas de tradução do Código Civil Francês na Espanha do século XIX, Petit oferece uma compreensão do fenômeno que equipara a circulação e interpretação destes textos a uma espécie de deslocamento hermenêutico, amparado nas reflexões de George Steiner. A premissa é de que *"como cualquier otra lectura, la traducción siempre es re-escritura"* (p. 59). Seja por circunstâncias materiais, seja por circunstâncias intelectuais, a mensagem é necessariamente alterada pela tradução. Daí que reproduzir com exatidão o texto "original" será sempre uma batalha perdida. Para o caso específico da biblioteca de traduções espanholas do *Code Napoléon*, o autor dá conta da diversidade criativa inerente à leitura do texto estrangeiro. Elucida, com isso, as significações e estruturas por trás do próprio empreendimento da tradução no contexto de ascendência daquele código como o "idioma comum" das expressões codificadas do direito (isso teria ocorrido, por exemplo, a partir de obras doutrinárias que adotavam o *Code* como modelo para dispor os materiais normativos tradicionais da Espanha). Assim, a monumentalização do *Code* derivaria também de suas incontáveis traduções, porque traduzi-lo era aceitar *"a priori su carácter memorable, convertir a esos textos en depósitos de saberes excelentes, propuestos ahora como la nueva y deseable experiencia jurídica"* (p. 66).

A referência ao poeta imaginado Pierre Menard (do conto *"Pierre Menard, autor del Quijote"*, do argentino Jorge Luis Borges) nos dá margem para estender a reflexão sobre a natureza da autoria e da interpretação dos textos (jurídicos, mas não só) ao problema da (relativa?) autonomia cultural das produções intelectuais latino-americanas. A fina ironia de Borges, aliada à crítica de Petit, nos faz pensar se, com experiências tão diversas, poderia a periferia do mundo beneficiar-se da tentativa de se chegar àquele mesmo modelo afrancesado de código – talvez fosse mesmo mais interessante "chegar ao *Quixote* através das experiências de Pierre Menard" (Borges, 2007, p. 39).

O terceiro capítulo (*'Derecho civil e identidad nacional'*) desvenda as relações entre codificação civil e o estabelecimento dos Estados nacionais, apresentando aspectos de direito público que deram forma ao contexto intelectual dos códigos oitocentistas, inclusive aos de direito privado. A partir das tensões entre o código como expressão universal dos direitos naturais e o código como expressão de identidade nacional – razão e poder, dois lados da mesma moeda –, Petit demonstra como a subsunção do regramento de pessoas e bens à promulgação do Estado tornou a criação de uma ordem codificada questão essencialmente afeta ao direito público, na medida em que o direito civil se constituía como instrumento da nação (inclusive com resistências à "arbitrariedade" de um Estado que adentrava as casas e as vidas particulares de seus cidadãos). Com isso, desfaz o senso comum produzido pela cultura dos códigos civis que acentua sua natureza técnica (e, portanto, racional e universal) em prejuízo de seu compo-

nente fundamentalmente político. O caractere identitário adicionado à análise por este capítulo pode ser útil para pensar o local dos códigos na era das independências latino-americanas, as previsões constitucionais a tal respeito e os motivos que levaram à importação de modelos de codificação num “*proceso, dulcemente forzado, de civilización*” (p. 97).

O quarto capítulo (*‘El Código de Tránsito no es un código’*) costura as linhas entre passado e presente ao analisar, sob as lentes da historiografia jurídica, uma sentença da Corte Constitucional da Colômbia, datada de 1996, que tratou dos requisitos que os corpos normativos deveriam preencher para que pudessem ser classificados como códigos. Com esse panorama narrativo contemporâneo, Petit aborda aspectos da construção transnacional do saber da codificação e explora uma série de perguntas que se encontram no subtexto da decisão analisada e constituem eixo fundamental da historiografia do objeto: Qual o conteúdo que cabe a uma codificação e a define como tal? Qual a natureza e a origem do direito a ser codificado? A quem cabe promover uma codificação? Como essas questões formais e substantivas constituem e determinam o universo conceitual do que entendemos por ‘código’? A análise do autor desconstrói a naturalidade de um vocábulo que se tornou trivial, demonstra seus efeitos práticos e descortina os fatores histórico-políticos e os arquétipos teóricos presentes por detrás da decisão da Corte, revelando o precário equilíbrio do sistema de fontes do direito na atualidade.

A segunda parte do livro (*‘otros códigos’*) volta-se a desvendar a repercussão na Espanha de quatro códigos estrangeiros (França, Portugal, Montenegro e Alemanha), desde a premissa de que “*la historia de nuestro derecho civil pasa también por las traducciones adaptaciones y los comentarios locales de esas grandes leyes extranjeras*” (p. 14). O autor preocupa-se com as singularidades das soluções, modelos e técnicas dos países tomados em comparação. A partir das reflexões sobre a circulação de textos jurídicos desenvolvidas no segundo capítulo, Petit coloca em uso a premissa de que toda leitura e tradução destes códigos estrangeiros resulta em transformação, hibridização, reescritura.

Se as perspectivas que abordam aspectos transnacionais da construção de conhecimento jurídico encontram-se hoje em voga na historiografia do direito, reflexões desta natureza são especialmente necessárias para compreender a história dos códigos como processo geograficamente integrado de alteração do arquivo de fontes, que não encontra explicações coerentes em cerradas análises locais. O fenômeno da proliferação das traduções reflete, assim, o paradoxo da experiência jurídica liberal: “*(...) el enigma de un derecho que resultaba a un tiempo ordenamiento producido – por vez primera en la historia – desde los parámetros ‘nacionales’ del Estado, pero además un saber de pretensiones científicas, dotado entonces de vocación universal*” (p. 516). A questão insere-se na realidade espanhola oitocentista que assistia ao surgimento de planos editoriais de publicação de traduções dos códigos estrangeiros, na “*condición superior de ‘códigos europeos’*” (p. 280). Tomados então como parâmetro de interpretação (e modernização) do antigo direito nacional, essa variedade de códigos surgidos ao longo do século XIX compunha uma fértil biblioteca de leituras cruzadas de cultura jurídica. Normas, institutos, categorias, textos, autores e ideias recebiam compreensões localizadas, adquirindo significados sempre contingentes de acordo com a maneira com que eram mobilizados.

O enfoque do quinto capítulo é dado ao *Code Napoléon*. Petit demonstra como o texto do código civil francês foi lido e relido de diversas maneiras a depender do contexto histórico específico da Espanha, resultando em continuidades e descontinuidades com a própria tradição nacional e com os momentos políticos atravessados ao longo do século XIX. As fontes reunidas para contar essa história são das mais diversas: o autor faz largo uso de documentação

arquivística, como aquelas ligadas aos órgãos de censura da monarquia espanhola, de artigos publicados na imprensa, de coleções legislativas, de troca de correspondências particulares e oficiais e das próprias variadas versões traduzidas do texto – tudo isso para jogar luz às traduções literais e culturais daquele código “*frances por su sancion, mas europeo por su celebridad*” (p. 214). O papel da imprensa na difusão do *Code* foi especialmente importante: as primeiras aparições do texto na Espanha, antes mesmo da versão oficial de 1804, se deram trecho por trecho em periódicos, incluindo a reprodução do relevante discurso de Portalis sobre a revogação do direito anterior e o alcance da nova lei. Mas o meio fragmentado de difusão, sem o encadeamento narrativo que dava densidade à forma-código, influenciou a parca autoridade conferida ao *Code* nestes primeiros anos. Muito embora tenha sido determinante em termos de irradiação de cultura jurídica, as traduções do *Code* publicadas pela imprensa monárquica não sinalizavam a prévia da adoção de um modelo, visto que na mesma altura publicava-se a *Novísima Recopilación* (1805), “*imagen invertida del código celeberrimo*” (p. 177). Nem toda tradução cultural almejava efetivar-se em tradução normativa, o que não impediu que o modelo francês rapidamente se tornasse parâmetro de comparação para denunciar os “vícios” das fontes históricas do direito espanhol. Ainda que não de forma oficial, difundia-se a linguagem do moderno direito codificado a partir do idioma que funcionava como “*lengua de la cultura y de la ciencia (y la técnica)*” (p. 188), de modo que os novos significados para termos antigos como família, propriedade e código, inaugurados durante o período revolucionário, eram recebidos e reescritos na Espanha. Não é possível dar conta, nas limitadas páginas desta resenha, da densidade da análise sobre o *Code*, que passa pelas primeiras publicações em formato de livro, pelos anos de ocupação napoleônica na Espanha, pelos variados textos constitucionais do período e chega às traduções mais elaboradas que resultavam num misto de direito pátrio tradicional lido à luz das novas e modernas disposições francesas. Destaco, entretanto, o enfoque dado à história da literatura jurídica, aos meios materiais de difusão dos textos traduzidos, à adoção da forma-código para redação de textos doutrinários<sup>6</sup>, além, é claro, da minuciosa atenção dada pelo autor às alterações linguísticas que resultaram da recepção, por meio do *Code*, de novos vocábulos e sentidos jurídicos e políticos numa Espanha ainda com os pés no Antigo Regime (tradução, portanto, como criação/produto tanto material quanto intelectual). Neste tanto, a análise demonstra como a discussão espanhola sobre o *Code* espelhou, à sua maneira, a ambiguidade característica da legitimação daquele documento na França – entre continuidade da longa duração da tradição jurídica e a inovação revolucionária, entre dependência e ruptura com o passado. O enfoque dado a este texto se beneficia de uma leitura conjunta com o capítulo 2.

O capítulo seguinte volta-se a um texto codificado menos popular nos estudos comparados de história da codificação, mas não por isso menos interessante. Trata-se, na verdade, de uma alternativa ao modelo napoleônico (que se vendia como abstrato, técnico, apolítico) de codificação. Enquanto o discurso que legitimava o *Code Civil* pautou-se, desde Portalis, por sua objetividade e afastamento do momento revolucionário (objetividade, aliás, que o blindava ideologicamente da determinação de um legislador nacional para erigi-lo à modelo universal – o que explica, em parte, o sucesso de suas traduções), a codificação portuguesa de 1865 resgatou o liame entre direito privado e constitucionalismo e aportou, com isso, um modelo

---

6 “*En realidad, estas recreaciones-traducciones del Code civil des français concebían en los términos de la ley moderna –un mandato universal definido por la forma, carente así de enseñanzas morales y aplicable en cualquier caso sin ayuda del arbitrio judicial– viejos fragmentos más y menos normativos sacados siempre de contexto, insertos ahora en un orden enteramente nuevo*” (p. 208). Destaco o trecho em vista da similaridade, que me parece evidente (embora exija uma análise nuançada), entre essa doutrina espanhola que traduzia o modelo do *Code* recheando-o de velhas disposições e as variadas “Consolidações” brasileiras que buscavam organizar e classificar o complexo arquivo de fontes oitocentista no formato ilustrado dos códigos modernos.



alternativo à cultura jurídica dos Estados liberais, inclusive mais próximo, de alguma maneira, ao projeto gaditano de 1821. Petit demonstra como a publicação do Código Civil português mudou o panorama da cultura jurídica espanhola, que a partir dos anos de 1830 havia assistido a uma predominância de técnica, estilo e conteúdo do *Code* francês. A tônica distintiva do Código redigido por Seabra, responsável por sua repercussão na Espanha, encontrava-se na inclusão de regras relacionadas à proteção dos direitos individuais na codificação civil, alargando seus limites de conteúdo e trabalhando com uma divisão de matérias que partia do sujeito de direito. Aqueles direitos entendidos como “originários”, ou seja, resultantes da “propria natureza do homem”, foram codificados como matéria de direito privado e compreendidos “como fonte e origem de todos os outros” (art. 359). Os significados retóricos da inclusão no Código Civil de direitos como o de liberdade, de expressão, de associação etc., reverberaram entre os juristas espanhóis em especial pela originalidade de técnica e de conteúdo, levantando aprovações pela circunscrição de tais direitos dentro de uma esfera protegida pela justiça ordinária, subtraindo-os às instabilidades e contingências políticas, e críticas a seu caráter individualista extremado ou a sua localização imprecisa. Portugal havia “civilizado *los derechos*”, com as perdas e ganhos da opção. A Espanha, por seu turno, não olhava só para o produto acabado do processo de codificação, mas para o andamento que os esforços para se obter o código haviam percorrido naquele país, de iniciativas de concursos regrados pelo parlamento até a atribuição da tarefa a um só técnico. O horizonte do arquivo de referências jurídico espanhol expandia-se. As traduções do Código português, acompanhadas de anotações e concordâncias que faziam a ponte com o direito tradicional espanhol, contribuíram para o declínio do predomínio literário do texto napoleônico. Portugal parecia liderar a chegada do mundo ibérico à modernidade e ao progresso representados pela codificação, tornando-se referência ao país vizinho e moldando as concepções do espaço do direito civil lá correntes.

O sétimo capítulo do livro analisa o impacto que o “*Código general de bienes del Principado de Montenegro*”, esse pequeno país balcânico, teve na cultura jurídica espanhola. O Código de bens montenegrino, publicado em 1888, chega numa Espanha que havia acabado de promulgar seu próprio Código Civil (1889) e que se via às voltas da ascendência da influência alemã, com a difusão de folhetos e traduções do projeto de código daquele país. Esse caldo cultural de versões de codificações serviu à leitura contrastante do Código espanhol, tomado como anacrônico de nascença. O Código de Montenegro amparou duas críticas principais, uma de forma e outra de conteúdo, servindo de “*contra-modelo a los más inconformistas*” (p. 299). A crítica de forma, relacionada ao procedimento de codificação, comparava a abstrata legislação espanhola ao método seguido pelo codificador montenegrino, que havia percorrido o território daquele país observando os costumes do povo, recolhendo questionários sobre as diversidades regionais e se inteirando, dessa forma, das suas necessidades e aspirações reais para formular um código que as atendesse. O processo de codificação exigia, portanto, uma inquirição sociológica prévia que se adequava ao paradigma científico-positivista então ascendente. Em termos de conteúdo, o Código espanhol era criticado por ter aderido ao individualismo típico dos textos burgueses, ignorando tradições e práticas costumeiras da península. Enquanto isso, o Código de Montenegro seria um exemplo de código civil social, na medida em que teria respeitado os hábitos balcãs e positivado uma regulação coletiva da propriedade, baseada na atribuição de personalidade jurídica à família, cuja base empírica de observação das práticas populares servia para criticar “*aquellos [juristas] que creen que se puede reformar un país desde la tribuna del parlamento*” (p. 295). A tradução do Código montenegrino na cultura jurídica espanhola indica, assim, a consi-

deração típica do final dos oitocentos do jurista não apenas como conhecedor de leis, mas como estudioso do social, inclusive numa perspectiva comparada.

O arco da análise transnacional encerra-se, no oitavo capítulo, com o *Bürgerliches Gesetzbuch*. A perspectiva de investigação centra-se no impacto que a publicação do BGB teve na Espanha entre as duas traduções do texto (1897 e 1955), em especial considerando as redes intelectuais construídas pela instituição de programas de financiamento de estudo que possibilitaram a estadia de estudantes espanhóis em universidades alemãs (*Junta para Ampliación de Estudios e Investigaciones Científicas*), formando grupos acadêmicos com troca de influências recíprocas. As décadas entre o final do século XIX e o início do século XX assistiram, assim, a uma “*germanización avant la lettre del derecho privado*” (p. 345), com manuais e doutrinas adotando o sistema da pandectística em detrimento e crítica ao modelo romano-francês adotado pelo Código Civil espanhol. Neste ponto, destaco a atenção dada pelo autor às relações entre as mudanças nas fontes do direito trazidas pela codificação, as críticas motivadas pela comparação com modelos estrangeiros e aspectos do ensino do direito, elucidadas pela consulta à compêndios, programas de disciplinas, coleções de legislação destinadas a fins didáticos e documentos administrativos da *Junta*. Petit segue a formação de intelectuais espanhóis a partir do estabelecimento de relações professor-aluno e da circulação de pessoas e textos, apontando o domínio da ciência jurídica alemã como determinante na obtenção de cátedras universitárias. Considera as viagens de estudo, a publicação de teses e trabalhos acadêmicos, a recepção de obras estrangeiras mediante adaptação ao público e a língua nacionais – tudo isso contribui sobremaneira para a compreensão dos códigos como modalidade de saber normativo que supera as fronteiras nacionais. À luz das leituras do moderno código alemão, acompanhado de uma lei introdutória adequada (*Einführungsgesetz*) e de um perspicaz respeito às diversidades regionais, a codificação espanhola resultava um “*no-Código, no-civil y no-español*” (p. 346). A tradução do BGB publicada na Espanha em 1897, por exemplo, foi acompanhada de variados comentários que apontavam, justamente, as deficiências do Código de Alonso Martínez. As observações acrescidas motivavam uma leitura doutrinária e dogmática do próprio direito espanhol, elogiosa do espaço deixado pelo BGB à ciência e aos juristas. O “*giro germânico [...] representó en la España del cambio de siglo un ejemplo excelente de ciencia jurídica*” (p. 369), na medida em que “*el parámetro elegido para medir el progreso intelectual consistía, justamente, en la peregrinatio germánica*” (p. 373). A língua do jurista científico era, agora, o alemão. A compreensão do direito, por seu turno, passava por uma leitura condicionada por este novo momento na interpretação dos códigos, que abria espaço para consideração de outras fontes do direito e limitava a visão de uma soberania absoluta da lei.

A terceira parte do livro (*‘códigos y doctrinas’*) demonstra como o espaço entre a ideia de código, os textos codificados e seus intérpretes é pleno de significados e transformações. O código é, afinal, uma modalidade de escritura inventada, imaginada, construída pela pena dos juristas. A reescritura resultante da tradução da cultura dos códigos adquire, nesta altura do livro, materialidade, na medida em que o autor demonstra concretamente como o pensamento jurídico foi também campo de produção normativa acerca da codificação. A estratégia argumentativa resulta num convite para pensar as nuances e complexidades de um tema comumente tratado de um ponto de vista teórico e metodológico excessivamente centrado na letra da lei.

O nono capítulo ocupa-se de uma “*arqueologia de la civilística española*”. O objetivo anunciado do estudo é de converter os civilistas espanhóis em objeto de observação, de modo a identificar suas linhas de pensamento, suas leituras e suas escolas, num expediente de pesquisa que

se utiliza largamente de fontes ligadas ao ensino jurídico (o artigo contém um ótimo panorama da documentação disponíveis nos arquivos universitários e administrativos, de teses doutorais e planos de estudo à oposições de cátedras, gazetas administrativas e registros bibliotecários) para pintar o quadro do clima intelectual então predominante. A reconstrução desse panorama parte das características específicas da produção letrada espanhola, muito ligada à Administração do Estado, que a afastava daquele modelo ideal do professorado alemão então em voga. Por isso, procurar os caminhos da civilística espanhola em bibliotecas não é tão útil como ir aos arquivos das universidades e da administração. Trata-se de uma “*ciencia jurídica que es más bien documento administrativo*” e que se consolidou, no que toca ao direito civil, numa sobreposição de história e sistema condicionada pela inexistência do código (p. 441-443). Mesmo depois da promulgação do documento, Petit demonstra como a tônica da cultura jurídica continuou a ser muito mais a comparação com os principais códigos estrangeiros, motivada pela desaprovação da codificação em vigor, do que análises de cunho exegético (logo chegariam na Espanha, também, as ideias de Gény e de Saleilles). A crítica das fontes é minuciosa e demonstra como as abordagens metodológicas da escrita da história da codificação devem se adequar aos contextos de produção de conhecimento específicos de cada localidade – lição preciosa para a historiografia da codificação brasileira.

O trabalho de arqueólogo parece continuar no capítulo seguinte, que trata da ‘*Historia y memoria del derecho civil*’. Aqui, analisando reflexões históricas de civilistas contemporâneos, o autor propõe que a reconstrução do corpo de juristas espanhóis do século XIX e de seu campo intelectual (da memória e da história do direito civil) não se dê a partir de uma dimensão monolítica, mas sim desde estratos complexificados, capazes de retratar a variedade de interesses e quadros teóricos que se encontram nas entrelinhas das manifestações colhidas e analisadas. Seguindo na linha enunciada de tematização dos saberes jurídicos (“*no sería el derecho – presente o pasado – el principal objeto de observación por parte del historiador, sino todo aquello que, a propósito del derecho, han podido decir y escribir personas insertas en ciertas instituciones*” [p. 473]), Petit desenha um caminho para interlocução entre historiadores e dogmáticos do direito privado que passa pela reconstrução de um panorama alargado de fontes, capazes de retratar as múltiplas instâncias de textos que se reputam jurídicos em determinado período e as consequentes variadas concepções sobre o direito civil que delas provêm. A advertência que sobressai é a de não confundir a história da civilística com a história da legislação civil – os códigos, embora centrais, não podem ser a medida com a qual se investiga historicamente a produção do pensamento jurídico ou a memória da disciplina.

Na linha desta proposta metodológica, o capítulo seguinte consiste num ensaio de história intelectual sobre Alonso Martínez (cujo perfil numa medalha estampa a capa do livro), jurista a quem se atribui a redação do Código Civil Espanhol de 1889. Situando Martínez no bojo da tradição espanhola de meados dos oitocentos, baseada na prática da oratória e no estudo da literatura clássica (um exemplo do que o autor denomina “*jurista elocuente*”), Petit pinta o panorama da formação cultural e profissional do personagem, que bem transitou entre o mundo forense e o universo da política. Identifica, assim, dois eixos principais do trabalho intelectual de Martínez: a publicação de ensaios teóricos sobre grandes temas contemporâneos e os esforços de modernização legislativa, ambos a partir de um tradicional catolicismo que condicionava sua compreensão sobre temas como família, direitos individuais e propriedade.

O capítulo que encerra as reflexões sobre história da codificação neste livro ocupa-se dos “*Ecos de la Civilística italiana em España*”. Tematiza o estreitamento de laços intelectuais entre

a Espanha e a Itália após 1865, ano de publicação do Código Civil italiano. A abordagem comparatista e as fontes utilizadas (arquivos universitários, bibliotecas, correspondência pessoal, revistas especializadas, textos doutrinários etc.) aproximam este capítulo daqueles agrupados na segunda parte do livro, na medida em que os contatos entre civilistas espanhóis e italianos construíam-se por intermédio dessa rede de produção transnacional de saberes sobre os códigos. Nesse sentido, Espanha e Itália compartilhavam problemas em comum (em especial aqueles relativos à questão social) e um ambiente intelectual paralelo, recheado de propostas de apreensão *científica* do direito. As críticas de Enrico Cimbali ao Código italiano, por exemplo, reverberaram na Espanha que projetava seu próprio código – ecoavam aquele caldo cultural de contestação ao modelo aportado pelo *Code* francês, compreendido como insuficiente para lidar com os problemas de direito então contemporâneos. Este caldo contava também com a comparação com modelos diversos, como vimos para o caso de Portugal e de Montenegro, além, claro, da ascensão da influência alemã na virada do século.

Entendo que o itinerário de pesquisa inaugurado por ‘*Otros códigos*’ representa contribuição de especial importância para a pesquisa do tema no Brasil. Destaco, neste rumo, (i) a perspectiva transnacional ou comparada, que considera a construção de saberes sobre a codificação que ultrapassam as fronteiras nacionais e se constituem justamente na circularidade de ideias e de letrados, de modo que torna-se indispensável considerar a “tradução” tanto da teoria da codificação quanto de disposições específicas de direito material; e (ii) o cruzamento de fontes de natureza diversa, de impressos tradicionais como textos doutrinários e projetos de codificação até observações publicadas na imprensa e troca pessoal de correspondências. De algum modo, esses dois temas são retomados ao longo dos capítulos, costurados num eixo que embasa a proposta do livro e lhe confere coerência.

A escolha das fontes, em especial, espelha uma compreensão complexificada do fenômeno da codificação que vai muito além do texto da lei – considera os códigos antes como cultura, como saber, como mentalidade. Embora pareça quase uma obviedade afirmar que também a constituição do direito civil é circundada de questões políticas, intelectuais e sociais, é ainda bastante comum que os estudos sobre processos de codificação permaneçam restritos ao texto do código promulgado e seus paratextos (os projetos, comentários etc.), o que parece acontecer pela adoção de uma premissa, ainda que de modo inconsciente, de separação entre o saber “técnico” dos códigos e a vontade “irracional” dos corpos políticos. Petit, por sua vez, lê a história das fontes do direito fazendo coexistir história política, história legislativa, história do pensamento jurídico e história da literatura jurídica. Com isso, oferece um exemplo teórico-metodológico de análise que permite compreender o código não apenas como um modelo essencializado, mas a partir das densas relações entre direito, política e saber normativo que determinaram as transformações do campo jurídico na modernidade. Mais do que um arquétipo transportável de Estado à Estado, o código é um conceito que se constrói e reconstrói na história.

Seria interessante ver o desenvolvimento da abordagem dos fatores transnacionais da produção e escrita de normas codificadas para além das relações da Espanha com outras nações europeias. A reflexão quanto à necessidade de ultrapassar uma abordagem eurocêntrica é já anunciada pelo autor, em especial no capítulo em que analisa a sentença da Corte Constitucional da Colômbia, além de aparecer pontualmente em outros momentos (por ex., no capítulo 5, onde se enunciam brevemente os caminhos entre França, Espanha, Bolívia e Peru em matéria de codificação – p. 219-220). Dada a constituição histórica dos Impérios Ibéricos e as redes intelectuais que permaneceram mesmo após a era das independências, penso que uma análise de história

da codificação que considere a construção desse saber entre Espanha, Portugal, Brasil e demais países latino-americanos pode contribuir para a compreensão do fenômeno tanto numa escala local quanto global. As colocações gerais do autor sobre a análise comparativa destes textos nos permitem considerar que, embora os modelos europeus de forma-código fossem espelhados deste lado do Atlântico, sua leitura era sempre feita numa chave diversa, numa realidade em que os paradoxos do liberalismo ficavam ainda mais evidentes. Ou seja, por trás da aparente continuidade de uma tradição codicista, é possível vislumbrar as descontinuidades operadas pela interpretação. Esse é um dos caminhos de investigação abertos pela obra de Petit.

Entretanto, se fosse necessário resumir as lições deste livro para a historiografia jurídica em apenas uma citação, que funciona como potencial chave de leitura do volume, destacaria o seguinte trecho: *“Hora es de que la recreación jurídica del siglo XIX sea algo más que un relato lineal y accidentado de constituciones y códigos: ni las unas ni los otros preocuparon demasiado. Si circulaban, como se ha comprobado, otros conceptos, un mínimo de reflexión sobre nuestro instrumental analítico parece necesario para seleccionar las lecturas y los objetos en estudio. Si se disponía, según sabemos, de otros textos, a falta de las condiciones más elementales para que códigos y constituciones estuvieran al alcance de sus coetáneos, como historiadores nos toca aplicarnos a una crítica, inédita por moderna, de las fuentes de conocimiento”* (p. 55).

É preciso, em suma, ir além dos códigos para compreendê-los. Afinal, *“antes que derecho positivo, el código es cultura jurídica, entendimiento de fuentes, diseño de sujetos”* (p. 451). Deixando de lado a ideia-mito, produzida pelo próprio objeto de pesquisa, de que o resultado do processo de codificação é abstrato, racional e universal, é preciso firmá-lo solidamente no terreno das soluções históricas, que, portanto, possuem temporalidades e geografias específicas a serem levadas a sério.

## REFERÊNCIAS

- Barbosa, S. R. (2008). Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In: R. M. Fonseca & A. C. L. Seelaender (orgs.). *História do Direito em Perspectiva: do Antigo Regime à Modernidade*. Curitiba: Juruá.
- Borges, J. L. *Ficções* (2007 [1944]). São Paulo: Companhia das Letras.
- Cappellini, P., & Sordi, B. (a cura di) (2000). *Codici: una riflessione di fine millenio*. Milano: Giuffré.
- Fonseca, R. M. (2012). La Modernización Frustrada: La cuestión de la codificación civil en el Brasil del siglo XIX. *Pensamiento Jurídico*, [S. l.], n. 33.
- Gomes, O. (2003 [1958]). *Raízes históricas e sociológicas do Código Civil Brasileiro*. São Paulo: Martins Fontes.
- Lombardi, G. B. (2023). *Codificação civil na Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros (1862-1907): uma história do pensamento jurídico*. [Dissertação de mestrado, Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná]. Biblioteca de teses e dissertações da UFPR. <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/83554>.

- Petit, C. (2019). *Un Código civil perfecto y bien calculado: el proyecto de 1821 em la historia de la codificación*. Madrid: Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid.
- Petit, C. (2022a). O quixote de Menard, ou Napoleão em Babel: sobre as traduções de um célebre Código. Tradução por Frederico Gonçalves e Alfredo Flores. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 49.
- Petit, C. (2022b). *El trienio y sus códigos*. Madrid: Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid.
- Petit, C. (2023). *Otros códigos: por una historia de la codificación civil desde España*. Madrid: Dykinson – Universidad Carlos III de Madrid.
- Pontes de Miranda, F. C. (1928). *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Pimenta de Mello.

Data de Recebimento: 15/08/2023

Data de Aprovação: 16/10/2023

# HISTÓRIA DO DIREITO

## **Resenha de “Senhorios Coloniais: direitos e chincanas forenses na formação da propriedade na América Portuguesa” de Carmen Alveal.**

*Review of “Colonial Landlords: rights and forensic chicanas in the formation of property in Portuguese America”, by Carmen Alveal*

**Gustavo Silveira Siqueira<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Universidade do Estado do Rio de Janeiro. ORCID: 0000-0003-1968-5639

## RESUMO

Trata-se de resenha do livro *Senhorios Coloniais* de Carmen Alveal, fruto da sua tese de doutorado na Johns Hopkins University. A resenha mostra as principais discussões do livro e introduz o leitor ao complexo e fascinante debate das sesmarias no Brasil Colônia.

**PALAVRAS-CHAVE:** Sesmarias; Brasil Colônia; História do Direito

## ABSTRACT

This is a review of *Senhores Colonias* by Carmen Alveal, a book that is grounded in her doctoral thesis at Johns Hopkins University. The review delves into the book's primary themes and provides readers with the complex and multifarious of Sesmarias in Colonial Brazil.

**KEYWORDS:** Sesmarias; Colonial Brazil; Legal History



O que define uma pessoa como historiadora ou como jurista? A área de formação? O campo de estudo? E quando pensamos em uma área interdisciplinar como a história do direito, como definir? Sei que as respostas para essas perguntas são múltiplas, complexas e, por vezes contraditórias, mas meu objetivo aqui não é respondê-las. Elas são apenas algumas confissões de um leitor que, com alegria, tem a oportunidade de fazer uma resenha do livro “Senhorios Coloniais: Direitos e chicanas forenses na formação da propriedade na América Portuguesa”, de Carmen Alveal, Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Historiadora de graduação, Alveal consegue, com riqueza de fontes e com complexidade teórica, fazer um trabalho que deixa juristas – e também historiadores – empolgados. E essa empolgação, que também vem pelo tema, está intimamente ligada à qualidade da abordagem do trabalho. A autora foi capaz de articular fontes jurídicas e reconstruir as experiências de pessoas que viviam, morriam e disputavam as sesmarias no período colonial brasileiro.

Apenas como um exemplo longínquo, para mostrar a atualidade e, em especial, a complexidade do tema, lembro que, em 2009, o Superior Tribunal de Justiça julgou o recurso especial nº 926.755 -MG, STJ. Nele, uma das partes alegava o direito de propriedade por ser herdeiro de um sesmeiro possuidor de carta de sesmarias baseada na Lei de Terras de 1850. Esse pequeno exemplo serve para ilustrar como as antigas sesmarias, instituídas pela primeira vez, em Portugal, no século XIV, ainda são temas de ricos debates entre a história e o direito.

A obra de Alveal tem riquezas: uma pesquisa rigorosa, que relaciona conceitos jurídicos com habilidade e documentos históricos, em uma narrativa objetiva e direta. Nesse sentido, o trabalho mostra a “forma camaleônica”, em palavras da autora, do sistema de sesmaria no país. A autora consegue capturar as nuances, a inexatidão e a complexidade do instituto no período colonial.

Além de nos brindar com um prefácio de António Manuel Hespanha, o livro possui uma rica e atual bibliografia sobre o tema. Da sua leitura, é possível perceber a lógica das mercês em Portugal e sua essencial importância para o sistema jurídico (e político!) da concessão de capitâneas e sesmarias.

Alveal exhibe uma pesquisa que permite perceber como o “direito era praticado nas situações sociais cotidianas da colônia”; mostrar que a usurpação de direitos - e mesmo de jurisdição — relacionava-se com o conhecimento das ordenações do direito, do direito comum e das tradições locais. A autora consegue demonstrar, como raramente se vê em pesquisas, as formas de convivência entre uma pluralidade de argumentos jurídicos e de fontes de Direito. Nesse sentido, ela é competente em recuperar fontes da época e entender suas complexidades.

Ler “Senhorios Coloniais” é, de certa forma, voltar ao período da construção do Brasil. É entender como o processo de colonização foi uma empreitada baseada na instituição das sesmarias. A autora nos lembra que as sesmarias “transformou-se no alicerce da política de colonização, sendo a forma `oficial` pela qual as terras ocupadas deveriam ser distribuídas entre os povoadores, perfeito instrumento de colonização, no sentido romano da palavra”. Dessa forma, o livro nos permite entender como esse sistema foi implementado no Brasil e como estava alinhado à ideia de “fomentar a colonização com ônus reduzido à Fazenda Real”. Ou seja, nos mostra como a Monarquia portuguesa tentou adaptar um instituto, existente em Portugal desde 1375, em um continente e ambiente completamente diferente.

Trafegando pela literatura jurídica, por leis, decretos, alvarás, cartas e peças processuais, a autora consegue, dentro das limitações de fontes do tema, reconstruir um universo singular, complexo e inexato, como uma boa história do direito deve ser feita. Nesse sentido, a pesquisa mostra práticas contrárias às leis da época; imprecisões jurídicas do período; a velocidade dos processos da época; e, em especial, elementos externos que influenciam a aplicação do Direito. A obra é um convite para que juristas e historiadores que continuem a debater um tema que ainda bate a nossa porta.

Alveal nos mostra como eram feitas as distribuições, as contextuações e as disputas pela terra no Brasil. Ela mostra como o poder de dizer a justiça, uma das mais importantes questões do Direito, era disputada dentro das terras no país. Dessa forma, o leitor jurista, por exemplo, irá encontrar questões de direito administrativo e civil. O historiador se debruçará em uma riqueza de fontes e detalhes sobre o período. Já as reflexões sobre a posse e a luta por terras e por direitos, instigarão os leitores para se aprofundar nesse trabalho, que vem para se tornar uma importante referencia nacional sobre o tema.

## Referências

ALVEAL, Carmen. *Senhorios coloniais: direitos e chicanas forenses na formação da propriedade na América portuguesa*. Niterói, RJ: Editora Proprietas, 2022. 348 p.

Data de Recebimento: 26/09/2023

Data de Aprovação: 23/10/2023