

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Rom)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Beitrag vom 18. August 2014

© 2014 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/2014-08-fonseca/>

ISSN 1860-5605

Ricardo Marcelo Fonseca

La cultura jurídica brasileira del siglo XIX entre hibridismos y tensiones en la tutela de los derechos: algunas hipótesis de trabajo.

1 Introducción.

Parte de la historiografía jurídica brasileira se ha dedicado en los últimos tiempos a investigaciones, en torno a los contornos de la cultura jurídica brasileira del siglo XIX. En el marco de esa disciplina (que es joven en las academias de derecho de Brasil) ese tipo de investigación reviste un especial significado: al final, fue en el siglo XIX que el Brasil, con la independencia de Portugal (en 1822), se despegó del “Imperio Portugués” para convertirse en un Estado Nacional. Y al dar ese paso, hizo aquello que los Estados nacionales latinoamericanos generalmente hicieron: buscaron distanciarse de las tradiciones de sus antiguos “colonizadores”, quisieron buscar sus especificidades culturales (como la creación de cursos superiores) y crear su propia “identidad jurídica”: la nueva Constitución es promulgada (en 1824), códigos son proyectados y las instituciones políticas, a pesar de las complejidades, intentan difusamente imitar los modelos de las “Naciones pulidas y civilizadas” (para usar un lenguaje de “Ley de la buena razón” portuguesa de 1769).

O sea: el siglo XIX en términos institucionales, más también en términos de cultura jurídica es una época fecunda. Aquí las cosas comienzan a tener su tono inicial. Como no podría ser diferente, es un período marcado por diversas complejidades (tanto institucionales como culturales) que indican todo el siglo XIX brasileño como un tiempo de tensiones. Es un lugar y un tiempo donde las tradiciones son recibidas, traducidas, distorsionadas y reinventadas. Y, en ese caldo, se comienza a construir una nueva tradición (la del Estado brasileño independiente) que va a definir, de modo complejo y polifónico, nuestro derecho y nuestra cultura jurídica. Y determinar los contornos de esa tradición parece una tarea central de las investigaciones de nuestra disciplina.

Pero, las dificultades para enfrentar el tema no son pequeñas. Una serie de trabas (algunas culturales, otras ligadas a ciertas tradiciones científicas dominantes en nuestros medios de investigación y aún otras de carácter ideológico) hacen difícil un abordaje más adecuado sobre el tema.

El presente texto buscará detallar el mapa de algunas de esas dificultades y el modo como ellas pueden eventualmente ser superadas. Tales dificultades serán presentadas en forma de *dicotomías* que usualmente, en los temas aquí abordados, se le presentan al investigador – dicotomía esas que, como intentaré demostrar, son verdaderos obstáculos para una mejor confrontación del tema. De esa forma, el mapeo de esas dificultades (y los motivos de su superación) se constituyen como un verdadero *plano de trabajo* para el análisis de la cultura jurídica brasileña, que deseo sea objeto de discusión.

1

2

3

4

2 Cultura Jurídica: “progresista” x “reaccionaria”?

Nuestro ambiente cultural tiende mucho a marcar un norte de investigación (así mismo definir su motivación) a partir de esa dualidad: deberemos “juzgar” la cultura jurídica como “progresista” (en el sentido de ‘avanzada’, ligada a causas edificantes, de ‘izquierda’) ó “reaccionaria” (en el sentido de ‘conservadora’, ligada a intereses arcaicos de ‘derecha’)? Muchas veces esa opción no es sólo el inicio de la investigación, sino su razón de ser. Así, muchas veces se opta por determinada investigación que pueda abarcar juristas/abogados con recorridos personales ejemplares (como el abogado de los esclavos Luiz Gama, o ya en el siglo XX, el juslaboralista Evaristo de Moraes Filho); entonces, como contrapartida, se evitan analizar determinados juristas por su ‘comportamiento ideológico’ (lo que tal vez explique en parte, por ejemplo, las escasas investigaciones sobre el ‘Estadonovista’ Francisco Campos ó sobre juristas comprometidos con el régimen militar brasileiro después de 1964) entonces se elige un determinado personaje para ejemplarmente, deconstruirlo, inmolándolo sin piedad en pro de la buena consciencia ideológica.

Dejemos de lado, por ahora, la compleja discusión sobre la ‘neutralidad axiológica’ de los saberes en las humanidades (pues no es sobre eso que se trata), como ni siquiera entremos en el debate sobre la complicada (y muy mal comprendida) discusión existente en nuestro labor científica entre la relación de las dimensiones de ‘teoría’ y la ‘práctica’ (o en el modo en que ellas se deben relacionar o según algunos, enlazar). Lo que aquí se quiere decir es simplemente, que tomar como eje central (y razón de ser) de una investigación sobre cultura jurídica del siglo XIX esa contraposición acaba por a) reducir la complejidad del problema y del período investigado, además de posiblemente b) introducir en la época pasada preocupaciones y tensiones que son, en mayor medida, pertenecientes al tiempo (político) presente.

Para tener una idea de la distorsión que esos abordajes pueden eventualmente causar, nótese el ejemplo de Teixeira de Freitas, el llamado “jurisconsulto del imperio” en el Brasil de los mil ochocientos. No faltan estudios que parecen tener su razón de existir solamente para el propósito de colocarlo en el banco de los acusados ideológicos, para al final, condenarlo como ‘esclavista’ (PENA, 1996) o peor, como ‘esclavista militante del catolicismo’ (CERQUEIRA/NEDER, 2006). Parece no tener importancia su perfil teórico, sus contribuciones para la formación de determinado perfil dogmático en discusiones de derecho privado brasileiro (como, en el caso de la discusión sobre ‘la teoría de las capacidades’, lo que hace muy bien CARVALHO, 2013) y menos aún su papel conformador de una cierta cultura jurídica. Nada de eso. Lo que interesa es demostrar que él al final estaba comprometido con el ‘esclavismo’ y con su ‘sistema’. Poco importa si de hecho no existen documentos u otras fuentes que nos puedan dar una respuesta segura al respecto de ese “problema de investigación”. Es irrelevantes que él mismo haya dicho lo inverso que cierta tradición crítica le atribuye (TEIXEIRA DE FREITAS, 1859), o que otra tradición crítica sobre la obra de este jurista sustente exactamente lo contrario (SURGIK, 1984). No interesa, además que hay poco interés – desde el punto de vista de un análisis que estuviese poco preocupado con ‘biografías’- en desvelar una posición personal del autor en el interior del debate de propia época. Lo que parece importar, al

5

6

7

final, es entonces solamente estar apto a concluir un juicio ideológico claro (y edificante para quien haga ese juicio) del autor en cuestión.

El peligro, en suma, es pasar de largo las complejidades y contradicciones que son propias de cada época y a partir de una lectura retrospectiva del pasado, simplificarlas. El “déficit” de comprensión será indudablemente grande. Ese terreno resbaladizo, lo que dice respecto de los juristas del siglo XX, también ya fue notado en estudios anteriores (SEELAENDER, 2013).

Véase también el ejemplo de otro jurista imperial, Agostinho Marques Perdigao Malheiro. Autor de una obra importante sobre los estatutos de los esclavos (“la esclavitud en Brasil: ensayo histórico-jurídico social”, de 1866), considerado el paladino de la emancipación de los cautivos, fue parlamentario en la época de la promulgación de la famosa “Ley del Vientre Libre” de 1871 (considerada un paso importante en el proceso de abolición de la esclavitud, ya que determinó que los hijos de los esclavos nacidos a partir de allí serían libres) y como diputado, en la ocasión de la votación de esa ley... voto en contra! Por tanto: esa forma de lectura, más allá de que en principio produzca resultados limitados, también se muestra equivocada y un tanto escurridiza, sobretodo cuando volvemos al ambiente del siglo XIX.

3 Cultura jurídica: “grandes jurisconsultos” x “autores menores”?

Así como en la historiografía general hubo un gran debate sobre la utilidad y operacionalización del empleo de las expresiones “alta cultura” y “cultura popular” (muchas veces colocadas como concurrentes y antitéticas (BURKE, 1989, GINZBURG 1987, como también ROUANET, 1999), la historiografía jurídica igualmente se inclinó, a veces con notable penetración (HESPANHA, 1988) sobre el tema del derecho “rústico”.

Ciertamente que en el caso brasileño – marcadamente inculto y que recibió las primeras facultades de derecho solamente a partir de 1828 – la frontera entre el derecho “erudito” y “popular” es bastante móvil e indefinida. Pero además de eso hay también la relación (en el marco del así llamado “derecho erudito”, donde se busca producir una “cultura jurídica”) entre una así llamada “alta cultura jurídica” (compuesta por los famosos juristas imperiales) y una “baja cultura jurídica” (compuesta por una serie de autores “menores” y hoy menos recordados).

En ese punto, tal vez sea útil detenerse en el propio término *cultura*: polisémico, inflado en su uso y muy variado en su empleo, parece mejor tomarlo, en la senda de Geertz (1989), no como algo que esta en la búsqueda de caracteres inmutables, pero sí como algo, que en la actividad interpretativa, debe perseguir su significado. La cultura está siempre inmersa en un contexto que puede ser escrito de una forma inteligible (GEERTZ, 1989, p. 1 y 24). De allí, que la retoma de la idea de una cultura del derecho no signifique la búsqueda de la “mejor cultura jurídica”, en el sentido de un uso competente de las reflexiones de los juristas más autorizados en Europa ó en los Estados Unidos (sea como puede ser valorado), pero sí el conjunto de significados (*standards* doctrinarios, patrones de interpretación, marcos de autoridad doctrinaria nacional y extranjera, influencias y usos comunes) que efectivamente circulaban en la producción de derecho y eran aceptados en esa época en Brasil.

Por esa razón, “cultura jurídica brasileña”, aquí, no puede ser contrastada con criterios de “mejor” o “peor”, de “más” o “menos” refinamiento intelectual, pero sí como un conjunto de patrones y significados que circulaban y prevalecían en las instituciones jurídicas brasileñas del imperio (facultades, institutos profesionales de abogados y magistrados, el foro, Consejo de Estado y en algunos casos, en el parlamento). Ese procedimiento podría eventualmente indicar que aquello que consideramos un refinado y notable “jurisconsulto” puede eventualmente impactar y circular menos (y por tanto, grabar con menor fuerza el ambiente de la cultura jurídica) de lo que un eventual superficial “praxista” que sea muy buscado por la eficacia “didáctica” de sus anotaciones. Él ya citado Augusto Teixeira de Freitas (el decantado “jurisconsulto del imperio”, en las palabras de su biógrafo Silvio Meira) estaba lejos de ser el más citado en la jurisprudencia y la doctrina brasileña en materia de derechos reales, al contrario de lo que pudiese imaginar el sentido común de su posteridad (STAUT, 2012).

13

La cultura jurídica brasileña, así, será mejor percibida si es tomada como un hecho histórico antropológico que sólo puede ser comprendida dentro de un tiempo – espacio determinado, y nunca a partir de una referencia meta-histórica, dotada de una universalidad que invoque una ‘soberanía del significado’ sobre las experiencias concretas (FOUCAULT, 2000). De todos modos, tal “configuración discursiva”, bien como su funcionamiento, solamente puede ser avalada a partir de un análisis interno que comprenda su significado y sus efectos en la sociedad, ó sea, a partir de un análisis eminentemente histórico. La definición de “una cultura jurídica brasileña” no puede ser una modesta búsqueda de las piedras fundamentales originarias de nuestras reflexiones y menos aún el establecimiento del rol conmemorativo de algunos de los juristas a quienes se le atribuye el carácter de “canónicos” en la formación del así llamado pensamiento jurídico nacional. La búsqueda de una cultura jurídica nacional es, así, contraria a cualquier pretensión de construir una esencialidad que resista el desgaste de los tiempos. Como consecuencia, este procedimiento, bien a la inversa de la hagiografía que es hecha para identificar algunos juristas que hoy sólo son recordados para servir como punto de autoridad discursiva, tiene como premisa someter la “canonización” de algunos nombres al siempre severo filtro de las fuentes y del análisis histórico, desvelando las razones de poder presentes en la elección de sus posiciones y las relaciones de legitimación.

14

En suma: la cultura jurídica es aquello que circula, funciona y produce efectos dentro de un determinado contexto histórico social.

15

4 Cultura Jurídica: “moderna” x “pre-moderna”?

Si hay algún modelo que no puede ser encontrado de modo más puro en la práctica del Brasil del siglo XIX, ese es el “derecho moderno”. Muchas veces cierta historiografía tiende a, de modo ciertamente apresurado, confundir el mil ochocientos con una época que de modo inmediato y automático ingresa en una era liberal y moderna. En el caso de los derechos (y en un ambiente de “civil law”, como en América Latina), eso significa en la época de la institución del Estado Nacional organizado en términos liberales, denota afirmación de la soberanía, separación de poderes, una

16

Constitución que contiene el elenco de los derechos individuales, donde impera el legalismo, la búsqueda de la sistematización del fenómeno jurídico y la pretensión de elaboración de un código.

El Brasil, justo después de su independencia, anhela todo eso. Su Constitución, otorgada por el emperador Don Pedro I en 1824, y a la par de sus importantes especificidades, es en realidad una *declaración de intenciones* para el ingreso a la modernidad jurídica. Y, todo ese proceso será lento, conflictivo, tenso y lleno de resistencias. La reminiscencia de poderes locales, la resistencia de la costumbre delante de las pretensiones legalistas, la impermeabilidad y selectividad de la implementación de los derechos individuales serán la tónica de esa lenta jornada rumbo a la modernización del país brasileño. Y eso no sólo a lo largo del siglo XIX, sino hasta el inicio del siglo XX – recordando que el código civil se implementó de modo tardío, solamente en 1916. Todo el período del mil ochocientos, entonces, se presenta como un momento en que la perspectiva “moderna” (en términos jurídicos) está buscando ingresar, con dificultad, en las ideas y en las instituciones. No hubo, ni pudo haber en el Brasil recién independiente la pureza de un ‘modelo’ liberal/moderno (como, además, tampoco lo habría en forma ‘pura’ ni siquiera en Europa). Hecho este que denota la particular complejidad en aprender los trazos de un período que claramente es marcado por la transición, por el movimiento y por los deseos de cambios.

Una vez más Teixeira de Freitas – jurista ‘emblema’ del siglo XIX- es un buen ejemplo para demostrar lo que aquí se dice. De un lado, Teixeira de Freitas no trabaja más con la idea de que el derecho, desde el punto de vista de las fuentes, es ó deba ser un sistema complejo, hasta laberíntico (como, por definición, es el sistema de fuentes pre-moderno); al contrario, adhiere la defensa de la importancia de alcanzarse la complementación del sistema jurídico (idea típicamente liberal – moderna). Pasa a ser visto como un hecho patológico que el sistema jurídico deje márgenes y lagunas, incompletas zonas de indefinición; el derecho debe ser cierto y claro; como consecuencia, el sistema jurídico debe ser “completo”. De ahí Teixeira de Freitas aduce la “Introducción” de su “Consolidación de las Leyes Civiles”, por ejemplo, que las “Ordenaciones, que son pobrísimas, reclamaban copioso suplemento” (TEIXEIRA DE FREITAS, 1857, p. VII). El parámetro para él, pasa a ser el de los recién inventados códigos modernos: los más importantes son citados con exceso en la “introducción” de la ‘Consolidación de las leyes civiles’, donde él hace un largo balance del legado de los códigos europeos promulgados hasta allí (parte del código de Bavaria de 1756 y de Prusia de 1794, para después abordar el francés (1804), el austriaco (1811) y holandés (1838).

Por otro lado, ahora, es innegable como la basta base doctrinaria en la cual Teixeira de Freitas se apoya y extrae buena parte de sus conclusiones, es casi exclusivamente, de los juristas pertenecientes al período del “ius commune”, ó al del humanismo jurídico del mil quinientos ó también del jusnaturalismo racionalista (ó también una mezcla de todos estos) que estaba adaptado con toda la reflexión jurídica del período pre-liberal/pre-moderno: vistas las abundantes citas de autores como Leibniz, Althusius, Hotman, Cujacio, Domat, Bentham, Mello Freire, Borges Carneiro, etc.

Un pie en la modernidad del derecho: otro pie, todavía, bien asentado en el mundo en el cual el había nacido y estudiado, y que aún mantenía una larga sobrevivencia en Brasil.

5 Cultura Jurídica: “legalismo” x “cientificismo”?

Un estudioso del derecho europeo del siglo XIX no tendría dificultades en establecer otra dicotomía del fácil manejo y presencia en manuales de nuestra área: en el área francesa, desde el advenimiento del “Código Civil” de 1804, existiría un predominio intenso de la fuente legislativa – como emblemáticamente determina en su artículo 4 de las disposiciones preliminares. La ciencia, a partir de entonces, sería servil con relación a la legislación y tendría naturaleza exegética, demostrando el caso del profesor del “doctor iuris” y la ascensión del legislador. Aquí es el lugar del *legalismo*. Del otro lado del reino, además, hubo otros matices: a partir de las fuertes tradiciones del romanticismo y la escuela histórica tendremos un mayor énfasis en la ciencia, sea como interprete de la plataforma consuetudinaria (sobretudo en la primera parte del siglo XIX) (GROSSI, 2006, p. 164) ó como elaboradora de ‘sistema’, erigido con rigor conceptual, sobretudo en la segunda mitad del siglo XIX. Aquí sería el lugar del *cientificismo*.

21

Ese dualismo no puede ser transplantado para el ambiente jurídico del siglo XIX brasileño sin que se hagan muchas mediciones. También en ese punto la ausencia de modelos fijos y la “impureza” son las marcas más características de la cultura jurídica aquí imperante. Dependiendo del lugar (si Recife ó Sao Paulo), el periodo exacto (sí la primera parte del siglo, más religioso ó a partir del 1870, que es una época más evolucionista) ó igualmente las preferencias de los eclécticos profesores y doctrinarios brasileños que escribían sus obras en el periodo, el acento será par la *ley* ó para la *ciencia*, en un movimiento pendular sin mucha lógica y sin sentidos fijos.

22

Pero, una vez más – porque de nuevo es emblemático- tómesese el ejemplo de Teixeira de Freitas. En la ya citada ‘Introducción’ de su ‘Consolidación de las leyes civiles’ de 1857, podemos ver claramente el movimiento de ese péndulo. En determinados momentos de esos textos, él revela, en el plano de la teoría de las fuentes, un claro legalismo (como cuando aduce que “las cosas han llegado a tal punto, que se conoce y estudia menos nuestro derecho por la leyes que las constituyen, de lo que los procesalistas que las invaden) (TEIXEIRA DE FREITAS, 1857, p. 8) al mismo tiempo en que aparentemente procede la desvalorización del saber doctrinal típico de la época del “*ius commune*” (como cuando aduce: “Tengan los profesores libertad de opción del método más propicio para facilitar la enseñanza, pero no hay en esto puro arbitrio-libertad. El método influye en la teoría, en materias de derecho positivo, nunca debe contrariar el pensamiento legislativo, solamente explicarlo”) (TEIXEIRA DE FREITAS, 1857, p. XXXIX). Pero en otros momentos queda clara su adhesión a la noción – eminentemente “científica” – del sistema (“System”) que comenzaba a tomar cuerpo científico en la reflexión alemana del derecho privado en la época, especialmente por Savigny y Puchta (y que más tarde se va a desdoblar e incrementar en la llamada pandectística de Windscheidt) (CAPELLINI, 1985 e LOSANO, 2008).

23

Brasil, también aquí, es tierra de fronteras indefinidas y de convicciones teóricas cambiantes, donde las dualidades del norte del mundo no siempre encajan como se espera.

24

6 Cultura jurídica: Europa x Brasil?

La relativización de todas las dualidades hasta aquí enumeradas puede llevar, con un poco de exageración retórico calculada, a otra conclusión tal vez un tanto más radical: tal vez la frontera entre aquello que los juristas brasileños del siglo XIX pudiesen llamar de una genuina y pura “ciencia jurídica europea” y aquello que sería una “ciencia jurídica brasileña” sea de tal modo imprecisa al punto de tornarse indefinible. 25

Se explica: como ya escribí en otro texto (FONSECA, 2013), en la ciencia jurídica del siglo XIX de la “tierra brasilis” se deben evitar tanto las concepciones que, embaladas en un no raro punto de partida anti-colonial (que algunas veces resbala un nacionalismo xenófobo), tiende a ver en las creaciones de nuestros juristas marcas de total creatividad y originalidad de las soluciones y producciones locales (lo que nos haría únicos, como la *jabuticaba* que solamente crece en suelo brasileño); como también deben ser vistas con mucho cuidado las concepciones que divisan el modo de funcionamiento y la operacionalidad de nuestro derecho del mil ochocientos con un mero trasplante de la tradición jurídica europea (lo que nos haría miméticos por excelencia). Ciertamente que no somos exactamente una cosa ni la otra, pero sí una mezcla de las dos (de modo creativo, adaptado y acomodado), en medidas y tonos que la nueva historiografía jurídica precisa diseccionar. 26

Además, esa gran dicotomía (de la cual derivan otras, como “centro” x “periferia”, por ejemplo) tiene otras fragilidades. Como al final definir a Europa (o lo mismo la *tradición de la cultura jurídica europea*)? Pues ciertamente los juristas más leídos por los profesores y juristas de Brasil eran los portugueses – que a su vez, hasta su propia codificación civil en 1867, construían su sistema haciendo usos de los modelos de las otras “naciones pulidas y civilizadas” de Europa, para usar el lenguaje de la ya referida “Ley de la buena razón” de 1769. Entonces cuando se habla de tradición europea se está hablando de Francia? Ó de Alemania? Ó también de España ó Italia?. El problema no se hace menor cuando debemos referirnos a Brasil. Pues al final, a cual Brasil nos estamos refiriendo? Al Brasil de la Corte Imperial, en Río de Janeiro, sede del Instituto de los Abogados Brasileños y de un Tribunal de relaciones? El Brasil de Recife, ya decadente económicamente, pero también sede de una de las facultades de derecho que se asumía germanófila? Ó de Curitiba, una pequeña villa (como tantas y tantas otros del Brasil profundo), con instituciones municipales rudimentarias y mayoritariamente iletradas? 27

Esos polos geográficos de la producción cultural jurídica (Europa y Brasil) – ciertamente con funciones más simbólicas que reales – son demasiado imprecisas para guiar investigaciones que anhelan mayor rigor. Sobretudo, como debe ocurrir una investigación más esmerada, sumergirse más al fondo de las especificidades, traducciones, distorsiones y creaciones que sufre cada cultura (inclusive cada cultura jurídica), al entrar en contacto con otra, como aquí sucedió. 28

7 La tutela de los derechos en Brasil del mil ochocientos: entre sintáctica, semántica y pragmática.

Delante de la relativización de todas las dicotomías arriba enunciadas – que, como dije al inicio del texto, indican un plano de trabajo en la investigación de la cultura jurídica brasileña del siglo XIX, se llega a otro punto sensible: delante de ese escenario marcado por tradiciones divergentes en convivencia, de que modo se puede pensar en las tutelas de derechos? Ó también de otro modo: en una experiencia jurídica (como la brasileña del mil ochocientos) señalada por recepciones y traducciones culturales con sabor tropical y también por invenciones inusitadas, como se implementa la protección jurídica? **29**

Complicando aún un poco más: en un contexto en que los poderes soberanos están en fase de implementación (y como eso, la constitución autónoma de un poder judicial es un proceso en movimiento) y que el propio léxico de los derechos individuales encuentra un suelo árido para germinar y además un escenario censitario, sexista y esclavista en que la propia universalización de los derechos es problemáticas y distante. Como encuadrar históricamente la cuestión de las garantías y protección de los derechos?. En suma, como pensar en una ‘historia de la justicia’ (como la define COSTA, 2012) cuando la propia noción de justicia no tiene una radicación histórica definida y clara, en ese contexto tan complejo y movedido?. **30**

Sí las preguntas son complejas, ciertamente que las respuestas y soluciones también deben serlo. Aquí, como antes, nada puede ser hecho y no establecerse un programa genérico e abrangente de trabajo futuro, con algunas sugerencias de encaminamiento que pueden ser sometidas a un análisis crítico. **31**

Y aquí parece inspirador - y apenas a eso me limito - utilizar una sistematización generalmente usada en los análisis semióticos que divide en tres niveles las posibilidades de abordaje: son los niveles sintáctico, semántico y pragmático¹. **32**

El nivel sintáctico es aquel que considera las relaciones entre los signos (no en nuestro caso, las relaciones entre los diferentes tipos de normas presentes en el contexto del derecho brasileño del siglo XIX). Estudiar y desvelar la relación entre las normas (en su tensa relación con un sistema que en esa época estaba lejos de distinguirse por la coherencia y sistematización) parece ser un capítulo crucial del análisis de la tutela de los derechos del periodo. Para dar sólo un ejemplo, el procedimiento (hecho por WEHLING, 2012) en el sentido de apuntar a la duplicidad del tratamiento en la cuestión de la subjetividad jurídica del esclavo (al depender de sí se trata de una cuestión civil ó criminal) demuestra los méritos de un análisis que se ocupa de las relaciones entre los signos normativos. **33**

El segundo nivel, semántico, analiza las relaciones de los signos (las normas) como los objetos por ellos designados (en nuestro caso, las valoraciones jurídicas). La verdadera alquimia que ese nuevo derecho brasileño del siglo XIX, en proceso de institución, trabaja con nociones como “libertad”, **34**

¹ En el ámbito histórico – jurídico ese tipo de análisis ya fue comenzado, con excelentes resultados, en el abordaje del fenómeno de codificación por HESPANHA (2002, p . 149 e segs).

“capacidad jurídica”, “persona”, de igual manera algo más básico como “Ley”, “Estado” ó “Constitución” son procesos fascinantes. Y las vicisitudes que permean los procesos de protección de los derechos, en ese contexto, sufren influencia directa de esas relaciones semánticas.

Ya el tercer nivel, el pragmático, se ocupa de las relaciones de los signos con los locutores (en nuestro caso, con los usuarios y operadores del sistema jurídico del mil ochocientos brasileño). El modo como esos actores intervienen (a veces subvirtiendo, a veces inventando, a veces copiando o reproduciendo) en los signos que le sirven de materia prima es un manantial de análisis riquísimo para verificar las aventuras y desventuras de las atribuciones o negaciones de derechos. Sobretudo en un contexto político y social sin un nivel de estabilidad institucional y cultural como en el período aquí abordado, las acciones de los personajes (locutores) son decisivas.

Tres posibles niveles distintos de análisis del problema de la tutela de los derechos, que por tanto, parecen poder funcionar desde que se acepte la premisa general que debe orientar toda y cualquier investigación sobre la cultura jurídica brasileña del siglo XIX: a su profunda complejidad y por tanto a su aversión a los esquemas simplificadores.

Referências bibliográficas

- BURKE , PETER: A cultura popular na idade moderna: Europa, 1500-1800. São Paulo 1989.
- CAPPELLINI, PAOLO: Systema Iuris II: dal sistema alla teoria generale. Milano 1985.
- CARVALHO , FELIPE QUINTELLA MACHADO DE: Teixeira de Freitas e a história da teoria das capacidades no direito civil brasileiro. Belo Horizonte (dissertação de mestrado, UFMG) 2013.
- CERQUEIRA FILHO, GISÁLIO / NEDER , GIZLENE: Sinfonia inacabada: Augusto Teixeira de Freitas, a ‘Consolidação da Legislação’ e o ‘Esboço de Código Civil’ para o Brasil, in: NEDER , GIZLENE (org.). História & direito: jogos de encontros e transdisciplinariedade. Rio de Janeiro 2006.
- COSTA , PIETRO: Di che cosa fa storia la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo, in: LACCHÉ, LUIGI / MECCARELLI , MASSIMO (a cura di). Storia della giustizia e storia del diritto. Macerata 2012, págs. 17-43.
- FONSECA , RICARDO MARCELO : Tra mimesi e jabuticaba: recezioni e adattamenti della scienza giuridica europea nel Brasile del XIX secolo, in: SORDI , BERNARDO (org.). Storia e diritto: esperieze a confronto. Milano 2013, págs. 345-354.
- FOUCAULT , MICHEL: 6a ed. A arqueologia do saber. Rio de Janeiro 2000.
- GEERTZ , CLIFFORD : A interpretação das culturas. Rio de Janeiro 1989.
- GINZBURG, CARLO : O queijo e os vermes: o cotidiano e as idéias de um moleiro perseguido pela inquisição. São Paulo 1987.
- GROSSI , PAOLO : L’Europa del diritto. Roma/Bari 2006.
- HESPANHA, ANTÓNIO MANUEL : Sábios e Rústicos: a violência doce da razão jurídica, in: Revista crítica de Ciências Sociais, 25/26 (1988), págs. 31-60.

35

36

- HESPANHA , ANTÓNIO MANUEL : Código y complejidad, in: CAPPELLINI , PAOLO / SORDI , BERNARDO (orgs.): Codici: una riflessione di fine millennio, Milano 2002, págs. 149-164.
- LOSANO , MARIO : Sistema e estrutura no Direito (vol. 1). São Paulo 2008.
- PENA , EDUARDO SPILLER: Pajens da casa imperial: juriconsultos, escravidão e Lei de 1871. Campinas 2001.
- ROUANET , SERGIO PAULO : As razões do iluminismo. São Paulo 1992.
- SEELAENDER , AIRTON CERQUEIRA-LEITE : (2013). A doutrina estrangeira e o jurista brasileiro: usos, estratégias e recriações, in: VESTENA , CAROLINA ALVES / SUQIEIRA , GUSTAVO SILVEIRA (orgs.): Direito e experiências jurídicas: temas de história do direito (vol. 3). Belo Horizonte 2013, págs. 1-17.
- STAUT JR , SERGIO SAID : A posse e os juristas brasileiros da segunda metade do século XIX ao código civil de 1916, in: FONSECA , RICARDO MARCELO (org.): Nova história brasileira do direito: ferramentas e artesanias. Curitiba 2012, págs. 129-169.
- SURGIK , ALOYSIO (s/d): O pensamento codificador de Teixeira de Freitas em face da escravidão do Brasil, in: SCHIPANI , SANDRO (a cura di): Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano. Padova, págs. 443-444.
- TEIXEIRA DE FREITAS , AUGUSTO : 'Introdução', in: Consolidação das Leis Cíveis. Rio de Janeiro 1857.
- WEHLING , ARNO : O escravo ante a lei civil e a lei penal no império (1822-1871), in: WOLKMER , ANTONIO CARLOS (org.): Fundamentos de história do direito. 7a ed. Belo Horizonte 2012, págs. 483-505.