Pluralismo jurídico, multinormatividad y convivialidad

Entramados y fricciones entre multiplicidades normativas

Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (eds.)

CLACSO Mecila:

Pluralismo jurídico, multinormatividad y convivialidad

Normative multiplicity

Con el apoyo de:

El proyecto en el que se basa esta publicación fue financiado por el Ministerio Federal Alemán para la Educación y la Investigación con el código de financiación 01UK2023B. La responsabilidad del contenido de esta publicación es de los editores de la misma.

Pluralismo jurídico, multinormatividad y convivialidad : entramados y fricciones entre multiplicidades normativas / Agustín E. Casagrande ... [et al.] ; Editado por Samuel Barbosa ; Osvaldo Barreneche ; Tilmann Heil. - 1a ed - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : CLACSO ; San Pablo : Mecila, 2024.

353 p. ; 21 x 14 cm.

ISBN 978-987-813-809-1

1. Pluralismo. 2. Normas. 3. Historia. I. Casagrande, Agustín E. II. Barbosa, Samuel, ed. III. Barreneche, Osvaldo, ed. IV. Heil, Tilmann, ed.

CDD 306.25

Doi: 10.54871/mc24pd10

Otros descriptores asignados por CLACSO:
Ética / Desigualdad / Regímenes de conocimiento / Historia jurídica / Narrativas / Órdenes normativos / Giro práctico / Resistencia / Estado / Violencia

Traducción y edición en inglés: Eugenia Cervio
Diseño de tapa: Ezequiel Cafaro
Imagen de tapa: Otto Danwerth, Mercado em Pisaq, Peru (1997)
Diseño del interior y maquetado: Eleonora Silva

Pluralismo jurídico, multinormatividad y convivialidad

Entramados y fricciones entre multiplicidades normativas

Normative multiplicity

Entanglements and frictions of legal pluralism, multinormativity and conviviality

Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche
y Tilmann Heil
(eds.)

BIBLIOTECA MECILA-CLACSO VOL. 3

Mecila:

CLACSO

CLACSO
Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais

CLACSO Secretaría Ejecutiva
Karina Batthyány - Directora Ejecutiva
María Fernanda Pampín - Directora de Publicaciones

Equipo Editorial
Lucas Sablich - Coordinador Editorial
Solange Victory y Marcela Alemandi - Gestión Editorial
Nicolás Sticotti - Fondo Editorial

Mecila:

Editores de la serie
Laura Flamand (COLMEX)
Gesine Müller (UzK)
Ramiro Segura (UNLP)

Editor académico
Joaquim Toledo Jr.

Asistente editorial
Livia Azevedo Lima

LIBRERÍA LATINOAMERICANA Y CARIBEÑA DE CIENCIAS SOCIALES
CONOCIMIENTO ABIERTO, CONOCIMIENTO LIBRE

Los libros de CLACSO pueden descargarse libremente en formato digital o adquirirse en versión impresa desde cualquier lugar del mundo ingresando a www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana

Pluralismo jurídico, multinormatividad y convivialidad. Entramados y fricciones entre multiplicidades normativas / Normative multiplicity. Entanglements and frictions of legal pluralism, multinormativity and conviviality (Buenos Aires: CLACSO, julio de 2024).

ISBN 978-987-813-809-1

© Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales | Queda hecho el depósito que establece la Ley 11723.

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su almacenamiento en un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio electrónico, mecánico, fotocopia u otros métodos, sin el permiso previo del editor.

La responsabilidad por las opiniones expresadas en los libros, artículos, estudios y otras colaboraciones incumbe exclusivamente a los autores firmantes, y su publicación no necesariamente refleja los puntos de vista de la Secretaría Ejecutiva de CLACSO.

CLACSO. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais
Estados Unidos 1168 | C1023AAB Ciudad de Buenos Aires | Argentina
Tel [54 11] 4304 9145 | Fax [54 11] 4305 0875 | <clacso@clacsoinst.edu.ar> | <www.clacso.org>

Suecia
Sverige

Este material/producción ha sido financiado por la Agencia Sueca de Cooperación Internacional para el Desarrollo, Asdi. La responsabilidad del contenido recae enteramente sobre el creador. Asdi no comparte necesariamente las opiniones e interpretaciones expresadas.

Índice

Agradecimientos 9

Introducción / Introduction

Multinormatividad, convivialidad y pluralismo jurídico.
Una introducción 13
Tilmann Heil, Osvaldo Barreneche y Samuel Barbosa

Multinormativity, conviviality, and legal pluralism. An introduction 37
Tilmann Heil, Osvaldo Barreneche, and Samuel Barbosa

Parte I. Teorías y perspectivas / Part I. Theories and perspectives

O que é "multinormatividade"? Observações introdutórias 61
Thomas Duve

The normative fabric of conviviality 95
Samuel Barbosa

Multinormatividad y pluralismo legal. Vasos comunicantes 133
Armando Guevara Gil

Para uma filosofia do direito multinormativa e convivial 161
José Rodrigo Rodriguez

Parte II. Historias / Part II. [Hi]Stories

Manifestaciones de la multinormatividad en la historia de México 215
Elisa Speckman Guerra

Multinormatividad, justicia criminal y orden policial
en Buenos Aires durante las primeras décadas del siglo XIX 241
Osvaldo Barreneche

A repressão de conflitos políticos e suas multinormatividades.
Brasil, 1889-1930 267
Raquel R. Sirotti

Multinormativity in the everyday. How migrant newcomers
navigate rules and values in Rio de Janeiro in the twenty-first century 301
Tilmann Heil

Conclusión / **Conclusion**

Multinormatividad. Más allá de la historia y del derecho..... 329
Agustín Casagrande

Sobre las autoras y los autores..... 349

Agradecimientos

Este libro fue producido en el marco del Área de Investigación Historias / [Hi]Stories de la Convivialidad del Centro Internacional Maria Sibylla Merian de Estudios Avanzados en Humanidades y Ciencias Sociales Convivialidad-Desigualdad en América Latina y el Caribe (Mecila).[1] Para su elaboración, investigadores de diferentes disciplinas fueron invitados a reflexionar sobre el concepto clave de pluralismo jurídico, compararlo con el concepto más reciente de multinormatividad y discutir la productividad de ambos en el estudio de las configuraciones y regímenes de convivialidad.

Los primeros resultados se presentaron en el taller en línea de Mecila *Debating Multinormativity and Legal Pluralism* el 3 de septiembre de 2021 y en la primera reunión anual de Mecila en noviembre de 2021 en Colonia, Alemania. Para debatir los primeros borradores completos de las ponencias, se celebró otro taller en línea el 17 de febrero de 2022. El texto de Thomas Duve se publicó originalmente en 2017, en la revista *Rechtsgeschichte/Legal History,* (25), como introducción al dossier temático sobre multinormatividad.

Mientras que el encierro de la pandemia nos obligó a todos a reorientar nuestros planes académicos, las reuniones vía Zoom de la red Mecila hospedaron las primeras ideas a partir de las cuales tomó

[1] The [Hi-]Stories of Conviviality Research Area at Mecila – Maria Sibylla Merian International Centre for Advanced Studies in the Humanities and Social Sciences Conviviality-Inequality in Latin America. https://mecila.net/es/programa-de-pesquisa-2

forma este libro. Los otros dos directores del Área de Investigación Historias de la Convivialidad, la profesora Barbara Potthast y el profesor Carlos Alba, apoyaron esta iniciativa desde el principio. Estamos muy agradecidos por ello.

Para expresar visualmente nuestras ideas, estamos en deuda con Otto Danwerth, cuya imagen de un mercado en Pisaq, Perú (1997), capta muy bien el encuentro de múltiples normatividades y la convivialidad. Nos ha cedido gratuitamente los derechos de su imagen. Muchas gracias.

También queremos agradecer a los colegas de Mecila, así como a sus becarios de investigación, por sus contribuciones e ideas que consolidaron los argumentos que hemos intentado debatir en este texto.

La fase madura de la elaboración de esta obra nos encontró en Alemania, durante nuestras respectivas estancias en la Universidad de Colonia, como Chancellor Fellows (Osvaldo Barreneche, 2022; Samuel Barbosa, 2023) y Germany Research Visitor (Samuel Barbosa, 2022). Al mismo tiempo, también desde Colonia, Tilmann Heil aportó contribuciones específicas y valiosas al texto en ciernes.

Como editores del libro, los tres expresamos nuestra profunda gratitud a la profesora Barbara Potthast. Ella no solo nos allanó el camino para poder estar juntos en su querida Universidad de Colonia, sino que además nos ofreció valiosas sugerencias y nos amparó más allá de lo que hubiera sido exigible a su rol de anfitriona académica. *Gracias-Obrigado*, Barbara.

Introducción / Introduction

Multinormatividad, convivialidad y pluralismo jurídico

Una introducción

Tilmann Heil, Osvaldo Barreneche y Samuel Barbosa

Doi: 10.54871/mc24pd1a

Introducción

El intrincado entramado conceptual en el que están inmersos muchos de los debates actuales de las ciencias jurídicas y sociales se asemeja a un laberinto de multiplicidad normativa, construido por sus propios habitantes. Este laberinto de multiplicidad normativa refleja la complejidad del mundo social habitado, pasado y presente, que los conceptos de pluralismo jurídico, convivialidad y multinormatividad se proponen abordar. Los tres hacen referencia de la co-constitución heterogénea del mundo social y, en su interacción, ofrecen un reenfoque único del debate conceptual sobre las multiplicidades normativas que acompañan a las realidades comunes e institucionales. Dentro de un campo interdisciplinario que se ocupa de la constitución histórica y presente de los fundamentos normativos y jurídicos de las sociedades en América Latina, las contribuciones de este libro enfrentan un doble desafío: primero, la relación de la multinormatividad con su contraparte conceptual más extendida del

pluralismo jurídico; y, segundo, las posibilidades de la interacción conceptual de la multinormatividad y la convivialidad. En comparación con el concepto más extendido de pluralismo jurídico, ¿aporta realmente algo nuevo la multinormatividad? ¿Cómo interviene la multinormatividad en el debate sobre la convivialidad, la convivencia con la diferencia y la desigualdad? ¿La convivialidad ofrece medios para profundizar en la comprensión de la multinormatividad? Si la multinormatividad es más que la identificación de una pluralidad de formatos y formas normativas, esta exige el reconocimiento de las prácticas judiciales y de los marcos en los que dichas prácticas tienen lugar. Al mismo tiempo, la convivialidad aborda, en un nivel, la convivencia pacífica o conflictiva de las personas, lo cual exige reconocer las fuerzas estructurantes y las influencias que conforman un campo de actuación desigual e inquietante. La multinormatividad nos permite abordar las dimensiones normativas de dicha convivencia. Aunque en otro nivel, la convivialidad también describe las relaciones entre diferentes órdenes normativos, proporcionando así una herramienta para comprender la dinámica de la multinormatividad. Con orígenes conceptuales hasta ahora poco relacionados, el pluralismo jurídico, la multinormatividad y la convivialidad ofrecen inspiraciones conceptuales en otras áreas de las ciencias jurídicas y sociales en las que todavía no se habían tenido suficientemente en cuenta.

Partiendo de la propuesta conceptual de multinormatividad de Thomas Duve (en este volumen), la primera parte del libro *Theories and Perspectives* traza un horizonte teórico potencial e innovador para abordar y comprender la dinámica normativa de las sociedades históricamente desiguales y heterogéneas. La segunda parte ofrece una serie de casos históricos en los cuales los autores emplean la multinormatividad para alcanzar una comprensión renovada de las dimensiones normativas, las complejidades jurídicas y las configuraciones y regímenes desafiantes de la convivialidad. Vivir *con* la diferencia, la definición más simple del concepto de convivialidad, además, se puede percibir como un lugar (o, más exactamente,

lugares) donde es posible establecer la conexión entre la multinormatividad y el pluralismo jurídico en el nivel de materialidades, historias, prácticas y experiencias.

A fin de establecer las pautas, a continuación esbozamos algunos de los aspectos clave para tener en cuenta al considerar los tres conceptos. Lejos de pretender ser concluyentes, deseamos ofrecer una línea de base compartida que brinde los puntos de conexión y disociación entre los tres conceptos. Luego presentamos brevemente las posibles sinergias conceptuales, las hipótesis y los nuevos desafíos de cada capítulo, ya que conforman el marco general del libro.

Pluralismo jurídico

El significado de cada uno de estos conceptos no es unívoco (Tamanaha, 2021). Por ejemplo, existe una pluralidad de pluralismos jurídicos, como advierte Armando Guevara Gil en su capítulo, donde se refiere a más de una docena de enfoques que enfatizan diferentes aspectos del concepto. En el debate contemporáneo, el concepto ha mostrado versatilidad para referirse a distintas temáticas, como los derechos de las minorías (Hoekema, 2005), el Brexit y la crisis de la democracia (Darian-Smith, 2022), los derechos de las mujeres (Sieder y Barrera, 2017), o los derechos de los pueblos originarios (Gómez Isa, 2014; Velasco, 2018; Pimentel, 2010; Yrigoyen Fajardo, 2004), entre otras.

En una primera aproximación, el pluralismo jurídico expresa la coexistencia de órdenes jurídicos en un mismo campo social (Griffiths, 1986; Wolkmer, 2015). El término cobró relevancia, a partir de los años setenta, en las investigaciones antropológicas sobre las sociedades coloniales y poscoloniales que abordaban las complejas relaciones entre el derecho indígena y colonial (Duve, 2018; Benda-Beckmann, 2002; Guevara Gil, 2009). Las obras fundacionales de la antropología, como *Crime and Custom in Savage Society* de Malinowski (1926), fueron releídas en el marco del pluralismo jurídico.

Lo mismo ocurrió con las obras de los juristas de principios del siglo XX, como las investigaciones de Eugen Ehrlich y el concepto de "derecho viviente" (Seinecke, 2015).

Desde entonces, el concepto fue empleado en investigaciones sobre países europeos, Estados Unidos y América Latina. Estos estudios cuestionaron la ecuación entre derecho y estatalidad (Schuppert, 2017; Twining, 2010). El orden jurídico de un Estado no es exclusivo, sino que coexiste con otros órdenes jurídicos reconocidos o no por el Estado. Como señala Sally Merry:

> El pluralismo jurídico ha pasado de ser un concepto que se refería a las relaciones entre colonizados y colonizadores a abarcar las relaciones entre grupos dominantes y subordinados, como las minorías religiosas, étnicas o culturales, los grupos de inmigrantes y las formas no oficiales de ordenamiento ubicadas en instituciones o redes sociales. (Merry, 1988, p. 872)

Esta no fue la última expansión del concepto. A partir de los años noventa, el pluralismo jurídico empezó a incluir también al derecho transnacional (Teubner, 1996) y global (Berman, 2012), es decir, los órdenes normativos creados fuera del marco del Estado, así como el derecho internacional, por ejemplo el régimen legal de Internet, la regulación del deporte, el sistema financiero y otros ámbitos de actividad global.

Atentos a los debates en la antropología y la sociología del derecho, a partir de los años ochenta los historiadores comenzaron a aplicar el concepto a las sociedades del pasado (Hespanha, 2016; Pihlajamäki, 2017), que cobró relevancia en la historia del derecho de los Imperios (Benton, 2002; Benton y Ross, 2013; para una crítica de esta literatura, *v*. Herzog, 2021). Así, el pluralismo jurídico ha tenido un impacto significativo en una amplia gama de intereses, desde las sociedades indígenas hasta las del capitalismo tardío, y desde los imperios del pasado hasta las constelaciones transnacionales contemporáneas.

Un resultado emblemático de esta literatura diversa sobre el pluralismo jurídico fue el cuestionamiento de la reducción presentista y eurocéntrica del derecho al derecho estatal. El pluralismo jurídico describe mejor el derecho de las sociedades anteriores a la era de las revoluciones, las codificaciones y la producción masiva de legislación. Entender el derecho desde una perspectiva "estatista" lo distorsiona enormemente: por un lado, el derecho canónico, el derecho natural, el derecho municipal, el derecho feudal, el derecho comercial, el derecho corporativo y el derecho imperial no son derechos estatales (Hespanha, 2012). Por otro lado, en un contexto de estatización, codificación y positivización de las normas jurídicas, la pretensión de validez exclusiva del derecho estatal es desafiada por otros órdenes jurídicos –indígenas, informales y formales– independientes del Estado. La territorialización y la nacionalización del derecho no eliminan la diversidad interna de los órdenes jurídicos. La reivindicación del monopolio legítimo de la violencia, la centralización de los órganos de gobierno para crear y hacer cumplir las leyes, no suprime efectivamente otros órdenes jurídicos, reconocidos o no por el Estado, creados por las prácticas sociales y garantizados por diferentes medios (tradición, interés, negociación, violencia). La coexistencia de estos diferentes órdenes normativos deviene de un modo tal que puede abordarse conceptualmente como un orden de convivialidad, al tiempo que se despliega en la esfera normativa.

Multinormatividad

El concepto de multinormatividad fue introducido recientemente, desde el campo de la historia jurídica. Fue acuñado por Vec (2009) para delinear un punto ciego en la historia jurídica. Presentó dos tipos de órdenes normativos, uno para el periodo del Antiguo Régimen y otro para la emergente sociedad industrial del siglo XIX, que no pueden subsumirse en los conceptos de derecho o moral empleados por la historiografía. En el Antiguo Régimen, un conjunto de normas

ceremoniales regulaba la *performance* pública en una sociedad jerarquizada, definiendo las distinciones sociales. En las sociedades industriales emergentes, un conjunto heterogéneo de normas técnicas regulaba la estandarización de procesos y productos, como el diseño de tornillos. Se hizo evidente la coexistencia de normas jurídicas con, por ejemplo, las normas de cortesía y técnicas, así como la ausencia de metarreglas que pudieran resolver los conflictos entre estos conjuntos normativos. Vec propone el término "multinormatividad" para centrarse en las relaciones del derecho con otros órdenes normativos.

En la interpretación de Thomas Duve (en este volumen), la multinormatividad adquiere contornos más ambiciosos, e integra algunos impulsos anteriores del debate del pluralismo jurídico. El concepto aborda las diferentes modalidades de los órdenes normativos y se enfrenta a los retos de la clasificación, la legitimación y el conflicto. La multinormatividad no requiere una definición previa del derecho. El punto de partida de los análisis ya no son los distintos órdenes jurídicos, sino una percepción de las normatividades que pueden invocar, o no, la naturaleza del derecho. Otra ventaja es que la multinormatividad no asume la premisa de órdenes normativos discretos ni la unidad del derecho, y así crea un espacio de oportunidad para los fenómenos normativos difusos. Duve postula que, en efecto, la unidad del derecho estatal en gran parte ha seguido siendo un supuesto en el pluralismo jurídico con el que se comparan otros órdenes jurídicos.

La observación más prometedora introducida por Duve (en este volumen), con mucho, es el giro praxeológico de la multinormatividad. Los supuestos prácticos hacen inteligible la producción de normas jurídicas: las estructuras de pensamiento y acción de sus autores y usuarios, sus conocimientos explícitos e implícitos, así como las impugnaciones y resistencias que coproducen sus formaciones. La multinormatividad ofrece una clave para reconstruir las diferentes comunidades epistémicas y comunidades de práctica comprometidas en la producción de conocimiento normativo. Las normas

condensan el conocimiento, dependen del conocimiento para ser formuladas, necesitan ser conocidas; el seguimiento (la creación) de las normas es una práctica arraigada en el conocimiento explícito e implícito, al igual que su aplicación. La multinormatividad sirve para problematizar el enfoque habitual sobre las fuentes del derecho (legislación, doctrina, decisiones judiciales) en la historiografía jurídica y facilita el mapeo de otras normatividades implícitas y explícitas, y de los saberes asociados que surgen de las prácticas sociales localizadas (Dantas y Barbosa, 2021; Barreneche, en este volumen).

La multinormatividad proporciona el espacio conceptual para abordar la multiplicidad normativa en todas las fases de producción, aplicación, impugnación y modificación de leyes, normas, costumbres o, incluso, comportamientos habituales. Esta amplitud incluye tanto a la lectura restringida a una comunidad de práctica implicada en la producción de normas, como a la dimensión normativa de cualquier proceso social, y también a las posibilidades y los desafíos de la convivialidad.

Convivialidad

El reconocimiento del encuentro de distintas comunidades epistémicas, del hacer y deshacer de las normas y su aplicación, así como el interés por los conocimientos implícitos y explícitos que se entrelazan, conecta directamente con el debate conceptual sobre la convivialidad. El concepto surgió de distintas investigaciones, a partir del abordaje de la convivencia *con* la diferencia de una multitud de actores y grupos humanos (no humanos y más que humanos). En una de sus primeras versiones, Ivan Illich concibió *Tools of conviviality* (1973) como una crítica a la lógica capitalista. En lugar de crear una utopía diferente o un proyecto comunitario homogeneizador, se preocupó por describir herramientas que permiten la convivencia. Rodriguez (en este volumen) muestra cómo tales herramientas son previas a los sistemas más avanzados con tendencias objetivadoras. En el nivel

práctico, las herramientas pueden facilitar el intercambio, la participación de todos para definir los contenidos de los órdenes normativos. La postura programática de Illich está vigente en los debates actuales sobre el decrecimiento (Gertenbach, Lamla y Laser, 2021; Samerski, 2018; Vetter, 2018) y en el interés de los intelectuales por la convivialidad (Alphandéry, 2013; Caillé y Adloff, 2022).

En la Europa poscolonial, caracterizada por la migración global y el racismo, la cambiante dinámica del poder global y la melancolía poscolonial en las metrópolis, Gilroy (2005) utiliza la convivialidad para crear un futuro poscolonial más agradable. Se yuxtapone a las atrocidades racistas aún hegemónicas dada la melancolía poscolonial a la que suelen sumirse las sociedades europeas como el Reino Unido. Para él, la convivialidad describe la situación de una multicultura urbana en la que la diferencia (cultural) se ha vuelto algo común. La propia convivialidad se convierte en un proyecto normativo de futuro al que aspirar. Otros siguieron explorando el potencial de la convivialidad como una alternativa al fracaso del multiculturalismo y a las tendencias coercitivas de la cohesión social (Neal et al., 2017; Back y Sinha, 2016). En este esfuerzo, la convivialidad se ha debatido en relación con una amplia gama de términos centrados en la identidad y la diferencia, tales como multiculturalismo o inclusión, formas (cotidianas) de llevarse bien, tales como civismo o colaboración, o imaginarios o fantasías de convivencia, tales como cosmopolitismo o comunidad (por ejemplo, Nowicka y Vertovec, 2014; Wise y Noble, 2016; Hemer, Povrzanović Frykman y Ristilammi, 2020).

En el Sur Global, la convivialidad ha tenido al menos dos interpretaciones muy distintas (Nyamnjoh, 2017; Mbembe, 2001), ambas relacionadas con las condiciones poscoloniales. Nyamnjoh (2017) caracteriza la figura del africano fronterizo propenso a encontrarse con la complejidad y la multiplicidad. En contraste con la aspiración a la totalidad, los sujetos fronterizos nunca se cansan de abarcar aspectos de sus interminables encuentros, en los cuales siempre crecen en conocimiento y carácter, así como son conscientes y se contentan con saber que jamás alcanzarán la completud. Esta actitud ante la

multiplicidad, el cambio y el crecimiento personal puede percibirse como un modo de aceptar la multinormatividad. Por otro lado, Mbembe (2001) describe la ominosa realidad del Estado poscolonial en el que las marcadas discrepancias de poder heredadas de la época colonial se han caricaturizado, vulgarizado, tornado profundamente violentas y, al mismo tiempo, son conviviales. El mimetismo mutuo, las apropiaciones simbólicas y la confrontación continua describen la convivialidad de las sociedades poscoloniales, entendidas desde una *episteme* compartida más que desde la dicotomía resistentes/dominantes.

Sin emplear necesariamente la misma terminología, ambas vertientes también encuentran sus equivalencias en las sociedades latinoamericanas. Al vincular conceptualmente convivialidad con desigualdad, Nobre y Costa (2019) señalan la co-constitución histórica de ambas en todo el continente. Esto es válido para la historia del mestizaje violento y la supuesta democracia racial en Brasil (Costa, 2006; Schwarcz, 1999), los violentos proyectos de blanqueamiento en todo el continente (Conceição, 2020; Orsi, 2022), los diferentes regímenes de desigualdades (Góngora Mera; Vera Santos y Costa, 2019), o los ejemplos más recientes del reconocimiento de las cosmologías indígenas en los Estados plurinacionales, como Ecuador (Inuca Lechón, 2018; Tanasescu, 2022), Bolivia (Lazarte, 2009; Bonilla Maldonado, 2018), o México (Abreu y Abreu, 2020; Miranda Torres, 2020; Stavenhagen, 2013) en las que, a veces, se reconoce una forma totalmente diferente de convivialidad interespecies – humanas y no humanas. Sin embargo, persisten las profundas huellas de la historia de la extracción capitalista y, más en general, del *plantacionoceno* (Wolford, 2021). Todas las contribuciones a este volumen debaten ejemplos específicos dentro de una esfera históricamente amplia y señalan las impugnaciones específicas que tienen lugar en relación con las normatividades pacíficas o conflictivas coexistentes.

Sin duda, las historias latinoamericanas pueden describirse como encuentros violentos y dañinos con la diferencia, pero también curiosos y empoderadores. Los siglos pasados están plagados de los

ejemplos más terribles e inspiradores, desde continuas resistencias y reinvenciones hasta abusos y extracciones necropolíticos. Conectar las perspectivas de la multinormatividad con los estudios de la convivialidad social y cultural en América Latina ofrece la posibilidad de comprender mejor la controversia en juego de los marcos normativos en cualquiera de estas configuraciones conviviales. Puede surgir una comprensión más profunda de la dimensión normativa de la convivialidad que destaque lo que está en juego normativamente, y que exige traducción o negociación, dado que la copresencia y el encuentro fueron una realidad durante siglos.

Por otro lado, los diferentes enfoques de la convivialidad están atestados de perspectivas metodológicas sobre cómo estudiar los encuentros con la diferencia y la multiplicidad. Al relacionarse con el conocimiento sureño de los sujetos del Sur Global, que son tanto silenciados como escuchados (Heil, 2020), la convivialidad emerge como un conjunto de prácticas sociales que aborda explícitamente los desafíos y potencialidades que presentan las heterogeneidades culturales y religiosas. Las prácticas de negociación y traducción pasan a ocupar un lugar central en un mundo complejo, cuyas realidades institucionales y cotidianas tienen poco que ver con los imaginarios modernos de la separación nítida y la homogeneidad interna de los Estados o, de hecho, de los órdenes normativos. Como se ha visto anteriormente, las limitaciones de estos imaginarios ya se han puesto de manifiesto en el debate sobre el pluralismo jurídico, pero se acentúan aún más en el enfoque específico que ofrece la multinormatividad. Sin embargo, al observar la multiplicidad normativa a través de las múltiples propuestas conceptuales de la convivialidad cabría preguntarse si esta aparece bajo una luz más refinada cuando se comprenden mejor, por ejemplo, el potencial de lo inacabado (Nyamnjoh, 2017), la creatividad de la mímica (Mbembe, 2001) o la disposición a vivir con equivalencias parciales en la traducción (Barbosa, en este volumen). Dado que la convivialidad también se centra cada vez más en los entrelazamientos entre humanos y no humanos (Costa, 2019), parece totalmente legítimo abordar la

multinormatividad y el pluralismo jurídico a través de la potencialidad conceptual y enunciativa de una convivialidad de multiplicidades normativas.

Dos procesos se entrelazan: por un lado, existe una fertilización mutua entre multinormatividad, convivialidad y pluralismo jurídico que es productiva en todos los casos de entrecruzamiento. Por otro, los tres conceptos comparten una crítica a las concepciones monolíticas y hegemónicas, propias de los proyectos colonial, positivista y moderno. Las literaturas interdisciplinarias y temáticamente amplias, que aquí ponemos en diálogo, comparten esta crítica y parten de percepciones procedentes de realidades y sujetos que fueron descartados o silenciados a la fuerza.

Esquema del libro

La primera parte, *Teorías y perspectivas*, nos introduce en cuatro debates conceptuales complementarios sobre el pluralismo jurídico, la convivialidad y la multinormatividad. A la traducción al portugués del artículo programático de Thomas Duve sobre la multinormatividad (en este volumen), le siguen tres apreciaciones con distintos matices del pluralismo jurídico, la multinormatividad y la convivialidad. Samuel Barbosa, historiador del derecho, cuestiona las limitaciones del pluralismo jurídico para comprender las dimensiones normativas de lo cotidiano, especialmente en lo que se refiere al modo de convivialidad. Sostiene que la multinormatividad, que entiende como una percepción de la multiplicidad normativa, es el dispositivo conceptual necesario para estudiar la dimensión normativa de la convivialidad, vivir con la diferencia. A partir de tres proyectos de investigación sobre la multinormatividad, Barbosa muestra acertadamente cómo el concepto ilumina los fundamentos normativos, a menudo implícitos, en los que se construyen las relaciones de colaboración y tensión de la convivialidad. Para ello, elabora las traducciones entre las normatividades que observa en los

desarrollos históricos de *longue durée*, así como en las luchas contemporáneas en torno a la consideración de los derechos indígenas en la Constitución brasileña. Más que ofrecer meramente un correctivo sustancial al enfoque del debate de los marcos normativos plurales y su producción, el autor propone una forma concreta de estudiar estas multiplicidades y sus entrelazamientos mediante la traducción de las normatividades.

El antropólogo Armando Guevara Gil, una voz trascendente del pluralismo jurídico (Guevara Gil, 2009), desarrolla un diálogo minucioso con las críticas de Duve al concepto de pluralismo jurídico y reconstruye la propuesta que implica la multinormatividad. Más que su yuxtaposición, Guevara Gil muestra acertadamente la relativa familiaridad y las posibles fertilizaciones cruzadas entre ambas propuestas conceptuales. Para ello, destaca un amplio abanico de enfoques convocados bajo la etiqueta común de pluralismo jurídico, y afirma que se trata de una "familia de conceptos", algunos más fructíferos que otros para establecer una alianza productiva. Por último, el autor plantea un posible punto ciego en los análisis guiados por uno u otro concepto. La investigación etnográfica encuentra sociedades orientadas a la negociación de acuerdos, sin poseer un corpus normativo discreto. La lógica de la relación predomina sobre la lógica de la regulación. Será importante "para ambos, multinormatividad y pluralismo normativo, dialogar con las posturas que matizan la importancia de la normatividad en la praxis social" (Guevara Gil, en este volumen, p. 152).

Desde la perspectiva de la filosofía jurídica, José Rodrigo Rodriguez ofrece una reflexión normativa sobre las tareas analíticas y prácticas de concebir la multinormatividad del derecho en una sociedad desigual y violenta. Una cuestión rectora es cómo conceptualizar el derecho, incluyendo el diseño institucional y las prácticas interpretativas. Al debatir la multinormatividad, conceptualmente y con ejemplos detallados, Rodriguez subraya la importancia de la memoria y de la apertura creativa de las personas hacia el futuro, las cuales son adecuadas para la coexistencia democrática. Profundizando en

la propuesta seminal de Illich (1973) sobre las herramientas convivenciales, el autor reúne elementos para contemplar el nexo entre derecho, democracia y convivialidad.

La segunda parte, *Historias,* nos sitúa en varios contextos históricos latinoamericanos. Aquí, presentamos varios estudios de caso que permiten un análisis concreto de la materialización histórica de los entrelazamientos y fertilizaciones cruzadas de la multinormatividad, el pluralismo jurídico y la convivialidad. El recorrido a través de estos casos nos lleva desde el final del periodo colonial hasta el contexto contemporáneo y, así, proporciona ejemplos concretos, comparaciones diacrónicas y perspectivas conceptuales.

El capítulo de Elisa Speckman Guerra ofrece un panorama histórico, que presenta cuatro casos de multinormatividad que abarcan tres etapas significativas de la historia de México. En el primer caso, Speckman Guerra caracteriza al sistema jurídico del orden novohispano colonial tardío como una pluralidad normativa, una réplica de la concepción plural de la sociedad en general. Con ciertos matices, la pluralidad normativa, que ella denomina pluralismo legislativo, persiste en el periodo temprano de la independencia, acompañada de prácticas multinormativas, a partir de normas no pocas veces conflictivas y contingentes. En el apogeo de la codificación, hacia finales del siglo XIX, la multinormatividad se manifiesta principalmente por fuera del orden jurídico creado, cuya lógica no permite la plasticidad precedente. Sin embargo, como lo demuestra la autora con dos temas específicos, México entra al siglo XX con un marco normativo que permite comparar la multinormatividad, por un lado, y el monismo normativo y el pluralismo legislativo, por el otro. Speckman Guerra distingue analíticamente entre estos conceptos empíricamente entrelazados para sustentar los dos casos presentados. En el primer caso analiza el código de honor que interviene en las disposiciones legales relativas a la cuestión de los duelos, que despliega una escala multinormativa para su comprensión. El segundo caso está vinculado al control, tratamiento y castigo de la vagancia, de los llamados malvivientes y sospechosos. Una vez más, las normas que subyacen

a las prácticas que regulan la convivialidad ofrecen diversas posibilidades interpretativas. Finalmente, Speckman Guerra enriquece la mutua fertilización entre los conceptos clave de multinormatividad y convivialidad al explicitar sus intervenciones en cuestiones de des/igualdad e in/equidad.

Los tres capítulos siguientes tienen un enfoque temporal más preciso. En la Buenos Aires revolucionaria de principios del siglo XIX, Osvaldo Barreneche aborda la formación de la administración de justicia penal y la policía en la ciudad de Buenos Aires. En el contexto de las primeras décadas de la independencia, que desembocaron con el tiempo en la consolidación de la República Argentina, Barreneche estudia las circunstancias "experimentales" en la formación de la justicia penal, y analiza cómo ciertos presupuestos normativos derivados tanto del ordenamiento jurídico colonial como del republicano se materializaron en prácticas jurídicas. Dichas prácticas terminaron constituyendo la sustancia de la estructura y los perfiles de los tribunales y magistrados. Profundizando en la cuestión del orden social y el papel de la policía en su sostenimiento, Barreneche examina las investigaciones preliminares, la etapa judicial inicial de la administración de justicia penal. Indaga cómo las autoridades ejecutivas, como los comisarios de policía, retenían entonces funciones de la judicatura en desarrollo, ejerciendo así una gran influencia sobre los asuntos judiciales. La interacción entre los actores de los ámbitos ejecutivo y judicial ejemplifica la concretización de normas analizada por Duve (en este volumen). Finalmente, el autor explora la búsqueda del orden social y político para explicar la formación histórica de un nuevo orden jurídico durante este periodo clave que condujo a la Argentina independiente.

El capítulo de Raquel Sirotti analiza los intensos conflictos políticos de la Primera República brasileña: a través de una serie de casos concretos, la autora introduce la cuestión del control y la represión de la disidencia política. Para entender cómo estos mecanismos represivos (estatales y no estatales) están impregnados de multinormatividad, la autora emplea estratégicamente dicotomías conceptuales

como regla y excepción o derecho y política. Preguntándose qué fuentes documentan de forma más exhaustiva la multinormatividad, Sirotti lleva a cabo un análisis minucioso centrado en los tribunales federales brasileños. Su investigación evidencia la continuidad de un universo multinormativo que se forma durante el siglo XIX y se extiende por toda América Latina hasta nuestros días. Mientras que Barreneche (en este volumen) muestra igualmente dicha continuidad en la perdurabilidad de las normas policiales contingentes que permiten la actuación discrecional de las fuerzas de seguridad en las actuales democracias de la región, Sirotti concluye su análisis con la toma de los edificios federales durante el intento de golpe de Estado del 8 de enero de 2023 en Brasilia. El enfoque de la historiadora del derecho en la multinormatividad revela no solo tales continuidades, sino también los actores, los espacios y las dinámicas que con el tiempo dan forma y consolidan un orden jurídico y social determinado.

Para cerrar esta segunda parte del libro, Tilmann Heil ofrece un análisis contemporáneo de la formación de marcos normativos en entornos urbanos desiguales en Río de Janeiro, insertos en las vidas transnacionales de los inmigrantes recién llegados. Para enriquecer el debate sobre la multinormatividad como dimensión de la vida cotidiana de las personas, Heil sugiere entramarlo con el diálogo actual sobre la ética común en antropología. Al plantear que las vidas cotidianas están insertas relacional y transnacionalmente, el autor muestra cómo los recién llegados tienen que navegar por contextos normativos impuestos por el Estado que no pocas veces se oponen a su propia autopercepción ética, basada en sus vidas transnacionales, su religión o su percepción del mundo como ciudadanos globales. Los retos a los que se enfrentan se derivan de los nuevos entrelazamientos normativos. Al mismo tiempo, para los que más luchan, la dimensión normativa de las configuraciones conviviales tiene el potencial de desafiar las jerarquías sociales hasta el punto de invertirlas (temporalmente). En este caso, las fricciones y yuxtaposiciones normativas pueden generar una sensación de empoderamiento. En

un giro final, el capítulo muestra una imagen de cómo es vivir en un entorno normativo contradictorio y fracturado, para quienes no tienen poder para imponer la norma. Destaca, una vez más, cómo en situaciones de tensa convivialidad, la multinormatividad es intrínsecamente inestable.

El capítulo final de Agustín Casagrande revisa ambas partes del libro para sugerir líneas de investigación inspiradoras que impulsen el alcance conceptual y empírico de los estudios incluidos en el volumen. Si la intención de esta colección es obtener perspectivas conceptuales renovadoras de la fertilización cruzada entre convivialidad, multinormatividad y pluralismo jurídico, Casagrande ofrece nuevos ejemplos de cuán productivo es este proyecto. Reconociendo la dificultad de abordar el derecho más allá del Estado como principal fuerza impulsora de la multinormatividad, Casagrande destaca los diferentes intereses en juego: mientras que la cuestión general se refiere a las ventajas heurísticas que ofrece la multinormatividad sobre el pluralismo jurídico para iluminar las cuestiones de la convivialidad, algunos académicos se centrarán en la inquietud causada por las consecuencias prácticas y políticas de reconocer la existencia de múltiples normatividades entrelazadas junto, o en contradicción, con el derecho estatal. Esto repercutirá claramente en las condiciones de convivencia. La búsqueda de las huellas de normatividades olvidadas, sometidas a esfuerzos de silenciamiento, se convierte en una preocupación central. Las normatividades opuestas y complementarias han permanecido activas en la vida cotidiana entendidas a través de su multiplicidad. Sin embargo, Casagrande advierte una cuestión clave, que es que algunas de las normas que guían la práctica social y establecen los términos de la convivialidad tienen consciente o inadvertidamente una vida "oculta", resistente a la indagación. En ello radica su eficacia, y para intentar comprenderlas se requiere un concepto "fuerte" de multinormatividad. Esta multinormatividad fuerte es apta para indagar en los procesos históricos más inquietantes. Puede descifrar las prácticas institucionales diseñadas para dejar huecos en el orden simbólico hegemónico. Más allá de los

esfuerzos de silenciamiento orientados hacia otras normatividades, las prácticas de repudio y no admisión encubren incluso la violencia fundacional del derecho moderno.

En conclusión, las contribuciones de este libro revelan conjuntamente la vasta multiplicidad de prácticas normativas sugerentes, inquietantes, que forman parte de los regímenes históricos y contemporáneos de la convivialidad. La riqueza de los conocimientos sobre las dimensiones normativas de la convivencia, así como las violaciones inexpresadas de las instituciones y sus representantes, co-constituyen estos regímenes. De la mutua fertilización entre la convivialidad y la multinormatividad surge la crítica al pluralismo jurídico, que invoca una comprensión más amplia y prospectiva de la multiplicidad normativa.

Bibliografía

Abreu y Abreu, Juan C. (2020). Indígenas, sujetos excluidos y marginados por la Constitución mexicana. *Precedente. Revista Jurídica*, (17), 41-67. https://doi.org/10.18046/prec.v17.3805

Alphandéry, Claude et al. (2013). *Manifeste convivialiste. Déclaration d'interdépendance*. Lormont: le Bord de l'eau.

Back, Les y Sinha, Shamser (2016). Multicultural Conviviality in the Midst of Racism's Ruins. *Journal of Intercultural Studies*, *37*(5), 517-532. https://doi.org/10.1080/07256868.2016.1211625

Benda-Beckmann, Franz von (2002). Who's Afraid of Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *34*(47), 37-82. https://doi.org/10.1080/07329113.2002.10756563

Benton, Lauren A. (2002). *Law and Colonial Cultures. Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge/Nueva York: Cambridge University Press.

Benton, Lauren A. y Ross, Richard (eds.) (2013). *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*. Nueva York: New York University Press. https://doi.org/10.18574/nyu/9780814771167.001.0001

Berman, Paul S. (2012). *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bonilla Maldonado, Daniel (2018). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista Derecho Del Estado*, (42), 3-23. https://doi.org/10.18601/01229893.n42.01

Caillé, Alain y Adloff, Frank (eds.) (2022). *Convivial Futures. Views from a Post-Growth Tomorrow*. Bielefeld: Transcript.

Conceição, Willian L. da (2020). *Branquitude: Dilema racial brasileiro*. Rio de Janeiro: Papéis Selvagens.

Costa, Sérgio (2006). *Dois atlânticos: teoria social, antirracismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: UFMG.

Costa, Sérgio (2019). The Neglected Nexus Between Conviviality and Inequality. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 15-32.

Dantas, Monica Duarte y Barbosa, Samuel (2021). Disputas no direito, tensões na história. Ordens normativas e formação multissituada do direito. En Monica Duarte Dantas y Samuel Barbosa (eds.), *Constituição de poderes, constituição de sujeitos. Caminhos da história do direito no Brasil* (1750-1930) (pp. 10-15). São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros.

Darian-Smith, Eve (2022). Legal Pluralism in Postcolonial, Postnational, and Postdemocratic Times. En Maria-Claire Foblets et al. (eds.), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology* (pp. 899-916). Oxford: Oxford University Press.

Duve, Thomas (2018). Indigenous Rights: Latin America, en Markus D. Dubber and Christopher Tomlins (eds.), *The Oxford Handbook of Legal History* (817-838). Oxford: Oxford University Press.

Gertenbach, Lars; Lamla, Jörn y Laser, Stefan (2021). Eating Ourselves out of Industrial Excess? Degrowth, Multi-species Conviviality and the Micro-politics of Cultured Meat. *Anthropological Theory*, *21*(3), 386-408.

Gilroy, Paul (2005). *Postcolonial Melancholia*. Nueva York: Columbia University Press.

Gómez Isa, Felipe (2014). Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective. The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, *36*(4), 722-55.

Góngora Mera, Manuel; Vera Santos, Rocío y Costa, Sérgio (2019). *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert.

Griffiths, John (1986). What is Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *18*(24), 1-55. https://doi.org/10.1080/07329113.1986.10756387

Griffiths, John (2006). *The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology*. En Michael D. A. Freeman (ed.), *Law and Sociology* (pp. 49-68). Oxford/Nueva York: Oxford University Press.

Guevara Gil, J. Armando (2009). *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: PUC-Perú.

Heil, Tilmann (2020). *Comparing Conviviality. Living with Difference in Casamance and Catalonia*. Basingstoke: Palgrave.

Hemer, Oscar; Povrzanović Frykman, Maja y Ristilammi, Per-Markku (2020). *Conviviality at the crossroads*. Cham: Palgrave Macmillan.

Herzog, Tamar (2021). Latin American Legal Pluralism. The Old and the New. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, *50*(1), 705-36.

Hespanha, António Manuel (2012). *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina.

Hespanha, António Manuel (2016). *Pluralismo jurídico e direito democrático. Prospetivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina.

Hoekema, André J. (2005). European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures: Cases of Interlegality. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *37*(51), 1-28.

Illich, Ivan (1973). *Tools for Conviviality*. Nueva York: Harper & Row.

Inuca Lechón, José Benjamín (2018). *Llaktapura sumak kawsay*/ Vida plena entre pueblos. Concepto emancipatorio de las nacionalidades del Ecuador. *Mecila Working Paper Series Nº 6*. https://mecila.net/wp-content/uploads/2021/01/WP_6_Inuca_Lechon.pdf

Lazarte, Jorge (2009). Plurinacionalismo y multiculturalismo en la asamblea constituyente de Bolivia. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (33), 71-102.

Mbembe, Achille J. (2001). *On the Postcolony*. Berkeley: University of California Press.

Merry, Sally Eagle (1988). Legal Pluralism. *Law and Society Review*, *22*(5), 869-896.

Miranda Torres, Roxana P. (2020). Justicia electoral para los pueblos indígenas en México (a casi tres décadas de su reconocimiento en la Constitución). *Derecho Global. Estudios Sobre Derecho Y Justicia*, *5*(15), 15-37. https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i15.308

Neal, Sarah et al. (2017). *Lived Experiences of Multiculture. The New Social and Spatial Relations of Diversity*. Londres: Routledge.

Nobre, Marcos y Costa, Sérgio (2019). Introduction. Conviviality in Unequal Societies. A Proposal for Interdisciplinary Collaboration. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 9-13.

Nowicka, Magdalena y Vertovec, Steven (eds.) (2014). Comparing Convivialities: Dreams and Realities of Living-with-difference. *European Journal of Cultural Studies*, *17*(4). [Edición especial].

Nyamnjoh, Francis B. (2017). Incompleteness: Frontier Africa and the Currency of Conviviality. *Journal of Asian and African Studies*, *52*(3), 253-270.

Orsi, Guillermo O. (2022). "Não há negros na Argentina". O mito da homogeneidade racial argentina. *Simbiótica Revista Eletrônica*, *9*(2), 140-163. https://doi.org/10.47456/simbitica.v9i2.39249

Pihlajamäki, Heikki (2017). *Conquest and the Law in Swedish Livonia (ca. 1630-1710): A Case of Legal Pluralism in Early Modern Europe*. Leiden: Brill. https://doi.org/10.1163/9789004331532

Pimentel, David (2010). Can Indigenous Justice Survive? Legal Pluralism and the Rule of Law. *Harvard International Review*, *32*(2), 32-36.

Samerski, Silja (2018). Tools for Degrowth? Ivan Illich's Critique of Technology Revisited. *Journal of Cleaner Production*, *197*(2), 1637-1646. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.10.039

Schuppert, Gunnar F. (2017). *The World of Rules. A Somewhat Different Measurement of the World*. Frankfurt: Max Planck Institute for European History.

Schwarcz, Lilia M. (1999). *The Spectacle of the Races. Scientists, institutions, and the Race Question in Brazil, 1870-1930*. Nueva York: Hill and Wang.

Seinecke, Ralf (2015). *Das Recht des Rechtspluralismus*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Sieder, Rachel y Barrera, Anna (2017). Women and Legal Pluralism. Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes. *Journal of Latin American Studies*, *49*(3), 633-658. https://doi.org/10.1017/S0022216X1600227

Stavenhagen, Rodolfo (2013). La política indigenista del Estado mexicano y los pueblos indígenas en el siglo XX. En Bruno Baronnet y Medardo T. Uribe (eds.), *Educación e interculturalidad política y políticas* (pp. 23-48). Cuernavaca: UNAM.

Tamanaha, Brian Z. (2021). *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*. Nueva York: Oxford University Press.

Tanasescu, Mihnea (2022). *Understanding the Rights of Nature*. Bielefeld: Transcript Verlag.

Teubner, Gunther (1996). Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus. *Rechtshistorisches Journal*, (15), 253-255.

Twining, William (2010). Normative and Legal Pluralism. Global Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, *20*, 473-527.

Vec, Miloš (2009). Multinormativität in der Rechtsgeschichte. En Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (ed.), *Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften 2008* (pp. 155-166). Berlín: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften.

Velasco, Marcela (2018). Multiculturalism, Legal Pluralism and Local Government in Colombia: Indigenous Autonomy and Institutional Embeddedness in Karmata Rúa, Antioquia. *Journal of Latin American Studies*, *50*(3), 517-547. https://doi.org/10.1017/S0022216X17001183

Vetter, Andrea (2018). The Matrix of Convivial Technology—Assessing Technologies for Degrowth. *Journal of Cleaner Production*, *197*(2), 1778-1786. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2017.02.195

Wise, Amanda y Noble, Greg (2016). Convivialities. An Orientation. *Journal of Intercultural Studies*, *37*(5), 423-431. https://doi.org/10.1080/07256868.2016.1213786

Wolford, Wendy (2021). The Plantationocene: A Lusotropical Contribution to the Theory. *Annals of the American Association of Geographers*, *111*(6), 1622-1639. https://doi.org/10.1080/24694452.2020.1850231

Wolkmer, Antonio Carlos (2015). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Saraiva.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho*, (30), 171-195.

Multinormativity, conviviality, and legal pluralism

An introduction

Tilmann Heil, Osvaldo Barreneche, and Samuel Barbosa

Doi: 10.54871/mc24pd1b

Introduction

The intricate conceptual interweaving in which many of the current debates in legal and social sciences are immersed resembles a labyrinth of normative multiplicity, constructed by its own inhabitants. This labyrinth of normative multiplicity mirrors the complexity of the inhabited social world, past and present, which the concepts of legal pluralism, conviviality, and multinormativity set out to address. All three address the heterogeneous co-constitution of the social world and, in their interplay, offer a unique refocusing on the conceptual debate regarding the normative multiplicities that accompany personal and institutional realities. Within an interdisciplinary field concerned with the historical and present constitution of normative and legal foundations of societies in Latin America, the contributions to this book tackle at least a twofold challenge: one,

the relationship of multinormativity to its more widespread conceptual counterpart of legal pluralism, and two, the possibilities of the conceptual interplay of multinormativity and conviviality. Does multinormativity genuinely contribute something new compared to the more widespread concept of legal pluralism? How does multinormativity intervene in the debate of conviviality, the living with difference and inequality, or does conviviality offer means to deepen the understanding of multinormativity? If multinormativity is more than identifying a plurality of normative formats and forms, it demands an awareness for the judicial practices and the frameworks within which such practices take place. At the same time, conviviality on one level addresses the cohabitation of people in peaceful and conflictive ways demanding to address the structuring forces and influences that shape an unequal and disquieting playing field. Multinormativity allows us to address the normative dimensions of such conviviality. On another level, though, conviviality also describes the relations among different normative orders hereby providing a tool to understand the dynamic of multinormativity. With so far little related conceptual origins, legal pluralism, multinormativity, and conviviality each afford conceptual inspirations in other areas of the legal and social sciences in which they hitherto had not been sufficiently considered.

Parting from Thomas Duve's (this volume) conceptual proposal of multinormativity, the first part of the book *Theories and Perspectives* envisions a potential and innovative theoretical horizon to address and understand the normative dynamics of historically grown unequal and heterogeneous societies. A second part provides a series of historical cases in which the authors employ multinormativity to attain a renewed understanding of the normative dimensions, legal complexities, and challenging configurations and regimes of conviviality. Living *with* difference, the simplest definition of the concept of conviviality, furthermore, can be perceived as a place (or, more accurately, places) where the connection between multinormativity and

legal pluralism on the level of materialities, histories, practices, and experiences can be established.

To set the tone, we continue to sketch some of the key aspects to keep in mind when thinking through the three concepts. Far from trying to be conclusive, we wish to provide a shared baseline that offers the points of connection and dissociation between the three concepts. We then move to briefly presenting the potential conceptual synergies, hypotheses, and new challenges of each chapter as they inform the overall framing of the book.

Legal pluralism

The meaning of each of these concepts is not univocal (Tamanaha, 2021). For example, there is a plurality of legal pluralisms, as warned by Armando Guevara Gil in his chapter, where he refers to over a dozen approaches that emphasise distinct aspects of the concept. In contemporary debate, the concept has shown versatility in referring to different themes such as minority rights (Hoekema, 2005), Brexit and the crisis of democracy (Darian-Smith, 2022), women's rights (Sieder and Barrera, 2017), indigenous peoples' rights (Gómez Isa, 2014; Velasco, 2018; Pimentel, 2010; Yrigoyen Fajardo, 2004), among other applications.

For an initial approach, legal pluralism expresses the coexistence of legal orders in the same social field (Griffiths, 1986; Wolkmer, 2015). The term gained prominence since the 1970s in anthropological research in colonial and post-colonial societies addressing the complex relationships between native and colonial law (Duve, 2018; Benda-Beckmann, 2002; Guevara Gil, 2009). Earlier foundational works in anthropology, such as Malinowski's *Crime and Custom in Savage Society* (1926), were reread within the framework of legal pluralism. The same happened with the works of early 20th century jurists, such as the research of Eugen Ehrlich and the concept of "living-law" (Seinecke, 2015).

Since then, the concept has informed research on European countries, the United States, and Latin America. These studies questioned the equation of law and statehood (Schuppert, 2017; Twining, 2010). A state's legal order is not exclusive but coexists with other legal orders recognized or not by the State. As Sally Merry (1988) pointedly puts it:

> Legal pluralism has expanded from a concept that refers to the relations between colonized and colonizer to relations between dominant groups and subordinate groups, such as religious, ethnic, or cultural minorities, immigrant groups, and unofficial forms of ordering located in social networks or institutions. (Merry, 1988, p. 872)

This was not the last expansion of the concept. From the 1990s onwards, legal pluralism also started to embrace transnational (Teubner, 1996) and global law (Berman, 2012), that is, normative orders created outside the framework of the State, as well as international law, such as the legal regime of the internet, sports regulation, the financial system, and others globally active fields.

Historians, attentive to the debates in the anthropology and sociology of law, started to apply the concept to past societies from the 1980s onwards (Hespanha, 2016; Pihlajamäki, 2017), which gained prominence in the history of the law of Empires (Benton, 2002; Benton and Ross, 2013; for criticism of this literature, see Herzog, 2021). Legal pluralism thus has had a significant impact in a vast range of interests, from native to late capitalism societies, and from empires of the past to contemporary transnational constellations.

A landmark result of this varied literature on legal pluralism was to question the presentist and Eurocentric constriction of law to state law. Legal pluralism better describes the law of societies prior to the era of revolutions, codifications, and the massive production of legislation. Understanding law from a "statist" perspective distorts it greatly: on the one hand, canon of law, natural law, municipal law, feudal law, commercial law, corporate law, and imperial law are not state laws (Hespanha, 2012). On the other hand, in a context

of statehood, codification, and positivization of legal norms, the exclusive claim to the validity of state law is challenged by other native, informal, and formal legal orders independent of the State. The territorialization and nationalisation of law does not eliminate the internal diversity of legal orders. The claim to a monopoly on legitimate violence, the centralization of governing bodies to create and enforce laws, does not effectively suppress other legal orders, recognized or not by the State, created by social practices and guaranteed by different means (tradition, interest, negotiation, or violence). The coexistence of these different normative orders becomes one that can be conceptually addressed as one of conviviality, as it unfolds in the normative sphere.

Multinormativity

The concept of multinormativity was introduced quite recently from the field of legal history. It was coined by Vec (2009) to delineate a blind spot in legal history. He presented two types of normative orders, one for the period of the *Ancien Régime* and another for the emerging industrial society of the 19th century, which cannot be subsumed under the concepts of law or morality employed by historiography. In the *Ancien Régime*, a set of ceremonial norms regulated public performance in a hierarchical society, defining social distinctions. In emerging industrial societies, a heterogeneous set of technical rules regulated the standardisation of processes and products, such as screw design. The coexistence of legal norms with norms of, for example, courtesy and technical standards became evident, as well as the absence of meta-rules that could resolve conflicts between these normative sets. Vec proposes the term "multinormativity" to focus on the relationships of law with other normative orders.

In the rendering of Thomas Duve (this volume), multinormativity takes on more ambitious contours, integrating some earlier impulses of the debate of legal pluralism. The concept addresses different

modalities of normative orders and the challenges of classification, legitimation, and collision. Multinormativity does not require a previous definition of law. The starting point of analysis is no longer different legal orders but a sensitivity of normativities that may or may not claim the quality of law. Another advantage is that multinormativity does not assume the premise of discrete normative orders or the unity of law, opening a space of opportunity for fuzzy normative phenomena. In fact, Duve postulates, the unity of state law in large part has remained an assumption in legal pluralism against which other legal orders are compared.

By far the most promising observation introduced by Duve is the praxeological spin of multinormativity (this volume). Practical assumptions render the production of legal norms intelligible: their authors' and users' structures of thought and action, their explicit and implicit knowledge, as well as the contestations and resistances which co-produce their formation. Multinormativity offers a key to reconstructing the different epistemic communities and communities of practice involved in the production of normative knowledge. Norms condense knowledge, depend on knowledge to be formulated, need to be known; following (the making of) norms is a practice rooted in explicit and implicit knowledge, as is their application. Multinormativity serves to problematize the usual focus on the sources of law (legislation, doctrine, and judicial decisions) in legal historiography and facilitates the mapping of other implicit and explicit normativities and associated knowledges that emerge from localised social practices (Dantas and Barbosa, 2021; Barreneche, this volume).

Multinormativity provides the conceptual space to address normative multiplicity at all stages of the production, application, contestation, and modification of laws, rules, customs, or even habitual behaviours. This openness applies to the narrower reading of a community of practice involved in the production of norms, yet it also connects to the normative dimension of any social processes, including the potentials and challenges of conviviality.

Conviviality

An awareness for the encounter of distinct epistemic communities, the making and unmaking of norms and their application, as well as an interest in implicit and explicit knowledges that become intertwined directly connects to the conceptual debate on conviviality. Concerned with the living *with* difference of a multitude of human (non, and more-than human) actors and groups, the concept has emerged from various distinct research endeavours. In one of its earliest renderings, Ivan Illich devised *Tools of conviviality* (1973) as a critique of capitalist logic. Rather than creating a different utopia or homogenising community project, he was concerned with describing tools that enable the living together. Rodriguez (this volume) shows how such tools are prior to more advanced systems with objectifying tendencies. Tools on a practical level can facilitate the interchange, the participation of all to define the contents of normative orders Illich's programmatic stance lives on in the current-day debates regarding degrowth (Gertenbach, Lamla and Laser, 2021; Samerski, 2018; Vetter, 2018) and the concern of public intellectuals with convivialism (Alphandéry, 2013; Caillé and Adloff, 2022).

In postcolonial Europe, characterised by global migration and racism, changing global power dynamics and postcolonial melancholia in the metropoles, Gilroy (2005) uses conviviality to create a more likeable postcolonial future. It is juxtaposed to the racist atrocities that are still hegemonic given the postcolonial melancholia that European societies such as the United Kingdom indulge in. For the author, conviviality describes a situation of urban multiculture in which (cultural) difference will have become commonplace. Conviviality itself becomes a normative project of a future to which to aspire. Others followed up to explore the potential of conviviality as an alternative to failed multiculturalism and the coercive tendencies of social cohesion (Neal et al., 2017; Back and Sinha, 2016). In this effort, conviviality has been discussed in relation to a vast array of

terms that focused on identity and difference, such as multiculturalism or inclusion, (everyday) ways of getting along, such as civility or collaboration, or imaginaries or fantasies of living together, such as cosmopolitanism or community (e.g. Nowicka and Vertovec, 2014; Wise and Noble, 2016; Hemer, Povrzanović Frykman and Ristilammi, 2020).

In the Global South, conviviality has seen at least two quite distinct renderings (Nyamnjoh, 2017; Mbembe, 2001), both concerned with postcolonial conditions. Nyamnjoh characterises the figure of the frontier African that is apt to encounter complexity and multiplicity. In contrast to aspiring to wholeness, frontier subjects never get tired of embracing aspects from their endless encounters, always growing in knowledge and attitude as well as being aware and content to never complete themselves. Such an attitude to multiplicity, change, and personal growth can be perceived as a mode to embrace multinormativity. On the other hand, Mbembe (2001) describes the grim reality of the postcolonial state in which the sharp power discrepancies inherited from colonial times have become caricatured, vulgarised, and deeply violent, all the while also being convivial. Mutual mimicry, symbolic appropriations, and continuous contestation describe the conviviality of postcolonial societies, understood in a shared *episteme* rather than resisting/dominating opposites.

Without necessarily employing the same terminology, both strands also find their equivalences in Latin American societies. By conceptually tying conviviality to inequality, Nobre and Costa (2019) point out the historical co-constitution of both throughout the continent. This holds true for the history of violent miscegenation and supposed racial democracy in Brazil (Costa, 2006; Schwarcz, 1999), the violent whitening projects across the continent (Conceição, 2020; Orsi, 2022), different regimes of inequalities (Góngora Mera; Vera Santos and Costa, 2019), or the more recent examples of acknowledging indigenous cosmologies in multinational nations, such as in Ecuador (Inuca Lechón, 2018; Tanasescu, 2022), Bolivia (Lazarte, 2009; Bonilla Maldonado, 2018), or Mexico (Abreu y Abreu, 2020;

Miranda Torres, 2020; Stavenhagen, 2013) in which, at times, an altogether different form of interspecies, human and non-human, conviviality is recognised. However, the deep traces of the history of capitalist extraction, and the *plantationocene* more broadly, remain (Wolford, 2021). All contributions to this volume debate specific examples within the historically grown sphere and stress the specific contestations that take place in relation to co-existing, both peaceful or conflictive normativities.

Doubtlessly, the Latin American histories can be told as those of violent and damaging, but also curious and empowering encounters with difference. The past centuries are ripe with the most dreadful and inspiring examples, ranging from continuous resistance and reinventions to necropolitical extraction and abuse. Connecting the insights from multinormativity to the studies of social and cultural conviviality in Latin America bears the potential to better understand the contestation of normative frameworks at play in any one of these convivial configurations. A deeper understanding of the normative dimension of conviviality can emerge that highlights what normatively is at stake and demands translation or negotiation, given that the co-presence and encounter has been a matter of fact for centuries.

On the other hand, the different approaches to conviviality are replete of methodological insights of how to study encounters with difference and multiplicity. Engaging with southern knowledge of otherwise silenced or overheard subjects from the Global South (Heil, 2020), conviviality emerges as a set of social practices that explicitly deals with the challenges and potentials of cultural and religious heterogeneities. Negotiation and translation practices take centre stage in a complex world, whose daily and institutional realities have little to do with modern imaginaries of neat separation and internal homogeneity of states, or indeed, normative orders. As seen above, the limitations of these imaginaries have already transpired in the debate on legal pluralism but become even more pronounced in the specific focus afforded by multinormativity. Seen through the

multiple conceptual propositions of conviviality, however, does normative multiplicity appear in a more refined light if, for example, the potential of incompleteness (Nyamnjoh, 2017), the creativity of mimicry (Mbembe, 2001), or the willingness to live with partial equivalences in translation (Barbosa, this volume) are better understood? As conviviality increasingly also focuses on human/non-human entanglements (Costa, 2019), it seems utterly legitimate to address multinormativity and legal pluralism through the idiom and conceptual potentiality of a conviviality of normative multiplicities.

Two processes come intertwined: on the one hand, there is a mutual cross-fertilization between multinormativity, conviviality, and legal pluralism that is productive in both ways. On the other hand, all three concepts share a critique of monolithic and hegemonic conceptions, typical of a colonial, positivist, and modern project. The interdisciplinary and thematically broad literatures, which we here put into conversation, share this critique, and take off from insights derived from realities and subjects that were dismissed or forcefully silenced.

Chapter outline

The first part, *Theories and Perspectives*, introduces us to four complementary conceptual debates regarding legal pluralism, conviviality, and multinormativity. The translation of Thomas Duve's (this volume) programmatic article on multinormativity into Portuguese is followed by three distinctly nuanced appreciations of legal pluralism, multinormativity, and conviviality.

Samuel Barbosa, a historian of law, takes issue with the limitations of legal pluralism to understand the normative dimensions of the everyday, especially when it concerns the mode of conviviality. He argues that multinormativity, which he understands as a sensitivity for normative multiplicity, is the necessary conceptual device to study the normative dimension of conviviality, living with

difference. Drawing from three research projects on multinormativity, Barbosa aptly shows how the concept illuminates the oftentimes implicit normative foundations in which the collaborative and tense relations of conviviality are built. To this end, he elaborates on the translations between normativities that he observes in the *longue durée* of historical developments as well as in contemporary struggles regarding the consideration of indigenous peoples' rights in the Brazilian Constitution. More than merely offering an important corrective to the focus of the debate of plural normative frameworks and their production, he offers a concrete way of studying these multiplicities and their entanglements through the translation of normativities.

The anthropologist Armando Guevara Gil, a significant voice on legal pluralism (Guevara Gil, 2009), develops a close dialogue with Duve's criticisms of the concept of legal pluralism and reconstructs the proposal implied by multinormativity. More than their juxtaposition, Guevara Gil aptly shows the relative familiarity and the possible entanglements between the two conceptual proposals. To this end, he highlights a wide range of approaches summoned under the common label of legal pluralism, stating that it is a "family of concepts", some more fruitful than others for establishing a productive alliance. Finally, the author raises a potential blind spot in analyses guided by either concept. Ethnographic research encounters societies oriented towards negotiating agreements, without possessing a discrete normative corpus. The logic of relationship predominates over the logic of regulation. It will be important for both multinormativity and legal pluralism to "engage with perspectives that nuanced the importance of normativity in social praxis" (Guevara Gil, this volume, p. 152).

From the perspective of legal philosophy, José Rodrigo Rodriguez offers a normative reflection on the analytical and practical tasks of conceiving the multinormativity of law in an unequal and violent society. A guiding question is how to conceptualise law, including institutional design and interpretative practices. Debating

multinormativity, both conceptually and in detailed examples, Rodriguez stresses the importance of memory and people's creative openness to the future, all of which are suitable for democratic coexistence. In an in-depth engagement with Illich's (1973) seminal proposal regarding convivial tools, the author assembles elements to contemplate the nexus between law, democracy, and conviviality.

The second part, *[Hi]Stories,* places us in multiple Latin American historical contexts. Here, we present several case studies that allow for a concrete analysis of the historical embodiment of the entanglements and cross-fertilizations of multinormativity, legal pluralism, and conviviality. The journey through these cases takes us from the end of the colonial period to the contemporary context, thereby providing concrete examples, diachronic comparisons, and conceptual insights.

Elisa Speckman Guerra's chapter offers a historical panorama, presenting four instances of multinormativity spanning three significant stages in the history of Mexico. In the first instance, drawn from the late colonial New Hispanic order, Speckman Guerra characterises the legal system as one of normative plurality in response to the plural conception of society overall. Normative plurality persists, with certain nuances that she calls a legislative pluralism, in the early independence period, accompanied by multinormative practices, drawing from not rarely conflicting and contingent norms. At the height of codification towards the late 19th century, multinormativity manifests itself mostly outside the created legal order, whose logic does not allow for the preceding plasticity. However, as the author demonstrates with two specific issues, Mexico enters the 20th century with a regulatory framework that allows for a comparison between multinormativity, on the one hand, and normative monism and legislative pluralism, on the other. Speckman Guerra analytically distinguishes between these empirically entangled concepts to support the two presented cases. The first case analyses the code of honour that intervenes in legal provisions regarding the question of duels, opening up a multinormative range for its understanding. The

second case is linked to the control, treatment, and punishment of so-called criminals and suspects. Once again, the norms behind the practices regulating conviviality offer various interpretative possibilities. Finally, Speckman Guerra enriches the mutual inspiration of the key concepts of multinormativity and conviviality by making their interventions in questions of in/equality and in/equity explicit.

The following three chapters have a clearer temporal focus. In revolutionary Buenos Aires at the beginning of the 19th century, Osvaldo Barreneche addresses the formation of the criminal justice administration and policing in the city of Buenos Aires. In the context of the first decades of independence, eventually leading to the consolidation of the Argentine Republic, Barreneche studies the "experimental" circumstances in the formation of criminal justice, analysing how certain normative presuppositions derived from both the colonial and republican legal order materialised into legal practices. These practices eventually provided the substance of the structure and profiles of courts and magistrates. Delving into the question of social order and the role of the police in its maintenance, Barreneche examines preliminary investigations, the initial judicial stage of the criminal justice administration. He scrutinises how executive authorities, such as police commissioners, at the time retained functions of the developing judiciary, thereby exercising major influence over judicial matters. The interplay between actors of the executive and judiciary exemplifies the concretization of norms discussed by Duve (this volume). Finally, the author explores the pursuit of social and political order to explain the historical formation of a new legal order during this key period leading to independent Argentina.

Raquel Sirotti's chapter analyses the intense political conflicts of the First Brazilian Republic: Through a series of specific cases, the author introduces the issue of control and repression of political dissent. To understand how these (state and non-state) repressive mechanisms are infused with multinormativity, she strategically employs conceptual dichotomies such as rule and exception or law and politics. Asking which sources most comprehensively document

multinormativity, Sirotti pursues a close analysis focused on Brazilian federal courts. Her analysis evidences the continuity of a multinormative universe that takes shape during the 19th century and extends throughout Latin America to the present day. While Barreneche (this volume) equally shows such continuity in the durability of contingent police norms that allow for discretionary action by security forces in the current democracies of the region, Sirotti ends her analysis with a portrayal of the occupation of federal buildings during the attempted *coup d'état* in Brasilia on January 8, 2023. A legal historian's attention to multinormativity reveals not only such continuities, but also the actors, spaces, and dynamics that, over time, shape and consolidate a certain legal as well as social order.

Closing this second part of the book, Tilmann Heil offers a contemporary analysis of the formation of normative frameworks in unequal urban environments in Rio de Janeiro, embedded in the transnational lives of migrant newcomers. To enrich the debate on multinormativity as a dimension of people's everyday lives, Heil suggests to relate it to the ongoing conversation on ordinary ethics in anthropology. Understanding everyday lives as relational and transnationally embedded, he shows how newcomers have to navigate normative contexts imposed by the state, which not rarely stand in opposition to their own ethical self-perception, grounded in their transnational lives, their religion, or perceived worldliness as global citizens. The challenges encountered derive from new normative entanglements. At the same time, for those struggling the most, the normative dimension in convivial configurations bare the potential to challenge social hierarchies to the point of their (temporary) inversion. Here, normative frictions and juxtapositions can generate a sense of empowerment. In a final twist, the chapter gives a sense of how it is to live within a contradictory and fractured normative terrain for those not in power to impose the norm. It highlights, once more, how in situations of tense conviviality, multinormativity is inherently unstable.

The last chapter by Agustín Casagrande revisits the foregone parts of the book to suggest inspiring lines of enquiry that propel the conceptual and empirical scope of the studies included in the volume. If the intention of this collection is to obtain refreshing conceptual insights of the cross-fertilization between conviviality, multinormativity, and legal pluralism, Casagrande gives further examples of how productive this project is. Acknowledging the difficulty to address law beyond the State as a main driving force behind multinormativity, Casagrande highlights the different stakes at play: while the overarching question regards the heuristic advantages afforded by multinormativity over legal pluralism to enlighten questions of conviviality, some scholars will focus on the disquiet caused by the practical and political consequences of acknowledging the existence of multiple, entangled normativities, alongside and in contestation of state law. This clearly will impact the terms of living together. The search for the traces of foregone normativities, subjected to silencing efforts, becomes a central concern. Competing and complementary normativities have remained active in the everyday life understood through its multiplicity. A key challenge is, however, as Casagrande warns, that some of the norms that guide social practice and set the terms of conviviality consciously or inadvertently live an "occult" life, resistant to elicitation. Herein lies their efficacy and trying to understand them thus devices a "strong" concept of multinormativity. Such a strong multinormativity is apt to enquire into the most disquieting historical processes. It can decipher the institutional practices designed to leave holes in the hegemonic symbolic order. Beyond the silencing efforts geared towards other normativities, practices of disavowal and non-admission even cover up the foundational violence of modern law.

In conclusion, the contributions to this book together reveal the vast multiplicity of intriguing and disquieting normative practices that form part of the historical and contemporary regimes of conviviality. A wealth of knowledge regarding the normative dimensions of living together as well as unspoken violences of the institutions

and their representatives co-constitute these regimes. It is from the mutual cross-fertilizations between conviviality and multinormativity that a critique of legal pluralism emerges, which invokes a more comprehensive, future-making understanding of normative multiplicity.

Bibliography

Abreu y Abreu, Juan C. (2020). Indígenas, sujetos excluidos y marginados por la Constitución mexicana. *Precedente. Revista Jurídica*, (17), 41-67. https://doi.org/10.18046/prec.v17.3805

Alphandéry, Claude et al. (2013). *Manifeste convivialiste. Déclaration d'interdépendance*. Lormont: le Bord de l'eau.

Back, Les and Sinha, Shamser (2016). Multicultural Conviviality in the Midst of Racism's Ruins. *Journal of Intercultural Studies*, *37*(5), 517-532. https://doi.org/10.1080/07256868.2016.1211625

Benda-Beckmann, Franz von (2002). Who's Afraid of Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *34*(47), 37-82. https://doi.org/10.1080/07329113.2002.10756563

Benton, Lauren A. (2002). *Law and Colonial Cultures. Legal Regimes in World History, 1400-1900*. Cambridge/New York: Cambridge University Press.

Benton, Lauren A. y Ross, Richard (eds.) (2013). *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*. New York: New York University Press. https://doi.org/10.18574/nyu/9780814771167.001.0001

Berman, Paul S. (2012). *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bonilla Maldonado, Daniel (2018). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista Derecho del Estado*, (42), 3-23. https://doi.org/10.18601/01229893.n42.01

Caillé, Alain and Adloff, Frank (eds.) (2022). *Convivial Futures. Views from a Post-Growth Tomorrow*. Bielefeld: Transcript.

Conceição, Willian L. da (2020). *Branquitude: Dilema racial brasileiro*. Rio de Janeiro: Papéis Selvagens.

Costa, Sérgio (2006). *Dois atlânticos: teoria social, antirracismo, cosmopolitismo*. Belo Horizonte: UFMG.

Costa, Sérgio (2019). The Neglected Nexus Between Conviviality and Inequality. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 15-32.

Dantas, Monica Duarte and Barbosa, Samuel (2021). Disputas no direito, tensões na história. Ordens normativas e formação multissituada do direito. In Monica Duarte Dantas and Samuel Barbosa (ed.), *Constituição de poderes, constituição de sujeitos. Caminhos da história do direito no Brasil* (1750-1930) (pp. 10-15). São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros.

Darian-Smith, Eve (2022). Legal Pluralism in Postcolonial, Postnational, and Postdemocratic Times. In Maria-Claire Foblets et al. (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology* (pp. 899-916). Oxford: Oxford University Press.

Duve, Thomas (2018). Indigenous Rights: Latin America, en Markus D. Dubber and Christopher Tomlins (eds.), *The Oxford Handbook of Legal History* (817-838). Oxford: Oxford University Press.

Gertenbach, Lars; Lamla, Jörn and Laser, Stefan (2021). Eating Ourselves out of Industrial Excess? Degrowth, Multi-species Conviviality and the Micro-politics of Cultured Meat. *Anthropological Theory*, *21*(3), 386-408.

Gilroy, Paul (2005). *Postcolonial Melancholia*. New York: Columbia University Press.

Gómez Isa, Felipe (2014). Cultural Diversity, Legal Pluralism, and Human Rights from an Indigenous Perspective. The Approach by the Colombian Constitutional Court and the Inter-American Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, *36*(4), 722-55.

Góngora Mera, Manuel; Vera Santos, Rocío and Costa, Sérgio (2019). *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y regímenes de desigualdad en Sudamérica*. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert.

Griffiths, John (1986). What is Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *18*(24), 1-55. https://doi.org/10.1080/07329113.1986.10756387

Griffiths, John (2006). *The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology*. In Michael D. A. Freeman (ed.), *Law and Sociology* (pp. 49-68). Oxford/ New York: Oxford University Press.

Guevara Gil, J. Armando (2009). *Diversidad y complejidad legal. Aproximaciones a la antropología e historia del derecho*. Lima: PUC-Perú.

Heil, Tilmann (2020). *Comparing Conviviality. Living with Difference in Casamance and Catalonia*. Basingstoke: Palgrave.

Hemer, Oscar; Povrzanović Frykman, Maja y Ristilammi, Per-Markku (2020). *Conviviality at the crossroads*. Cham: Palgrave Macmillan.

Herzog, Tamar (2021). Latin American Legal Pluralism. The Old and the New. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, *50*(1), 705-36.

Hespanha, António Manuel (2012). *Cultura jurídica europeia. Síntese de um milénio*. Coimbra: Almedina.

Hespanha, António Manuel (2016). *Pluralismo jurídico e direito democrático. Prospetivas do direito no século XXI*. Coimbra: Almedina.

Hoekema, André J. (2005). European Legal Encounters between Minority and Majority Cultures: Cases of Interlegality. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *37*(51), 1-28.

Illich, Ivan (1973). *Tools for Conviviality*. New York: Harper & Row.

Inuca Lechón, José Benjamín (2018). *Llaktapura sumak kawsay*/ Vida plena entre pueblos. Concepto emancipatorio de las nacionalidades del Ecuador. *Mecila Working Paper Series Nº 6*. https://mecila.net/wp-content/uploads/2021/01/WP_6_Inuca_Lechon.pdf

Lazarte, Jorge (2009). Plurinacionalismo y multiculturalismo en la asamblea constituyente de Bolivia. *Revista Internacional de Filosofía Política*, (33), 71-102.

Mbembe, Achille J. (2001). *On the Postcolony*. Berkeley: University of California Press.

Merry, Sally Eagle (1988). Legal Pluralism. *Law and Society Review*, *22*(5), 869-896.

Miranda Torres, Roxana P. (2020). Justicia electoral para los pueblos indígenas en México (a casi tres décadas de su reconocimiento en la Constitución). *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia*, *5*(15), 15-37. https://doi.org/10.32870/dgedj.v5i15.308

Neal, Sarah et al. (2017). *Lived Experiences of Multiculture. The New Social and Spatial Relations of Diversity*. London: Routledge.

Nobre, Marcos and Costa, Sérgio (2019). Introduction. Conviviality in Unequal Societies. A Proposal for Interdisciplinary Collaboration. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 9-13.

Nowicka, Magdalena and Vertovec, Steven (eds.) (2014). Comparing Convivialities: Dreams and Realities of Living-with-difference. *European Journal of Cultural Studies*, *17*(4), special edition.

Nyamnjoh, Francis B. (2017). Incompleteness: Frontier Africa and the Currency of Conviviality. *Journal of Asian and African Studies*, *52*(3), 253-270.

Orsi, Guillermo O. (2022). "Não há negros na Argentina". O mito da homogeneidade racial argentina. *Simbiótica Revista Eletrônica*, *9*(2), 140-163. https://doi.org/10.47456/simbitica.v9i2.39249

Pihlajamäki, Heikki (2017). *Conquest and the Law in Swedish Livonia (ca. 1630-1710): A Case of Legal Pluralism in Early Modern Europe*. Leiden: Brill. https://doi.org/10.1163/9789004331532

Pimentel, David (2010). Can Indigenous Justice Survive? Legal Pluralism and the Rule of Law. *Harvard International Review*, *32*(2), 32-36.

Samerski, Silja (2018). Tools for Degrowth? Ivan Illich's Critique of Technology Revisited. *Journal of Cleaner Production*, *197*(2), 1637-1646. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2016.10.039

Schuppert, Gunnar F. (2017). *The World of Rules. A Somewhat Different Measurement of the World*. Frankfurt: Max Planck Institute for European History.

Schwarcz, Lilia M. (1999). *The Spectacle of the Races. Scientists, institutions, and the Race Question in Brazil, 1870-1930*. New York: Hill and Wang.

Seinecke, Ralf (2015). *Das Recht des Rechtspluralismus*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Sieder, Rachel and Barrera, Anna (2017). Women and Legal Pluralism. Lessons from Indigenous Governance Systems in the Andes. *Journal of Latin American Studies*, *49*(3), 633-658. https://doi.org/10.1017/S0022216X1600227

Stavenhagen, Rodolfo (2013). La política indigenista del Estado mexicano y los pueblos indígenas en el siglo XX. In Bruno Baronnet and Medardo T. Uribe (ed.), *Educación e interculturalidad política y políticas* (pp. 23-48). Cuernavaca: UNAM.

Tamanaha, Brian Z. (2021). *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*. New York: Oxford University Press.

Tanasescu, Mihnea (2022). *Understanding the Rights of Nature*. Bielefeld: Transcript Verlag.

Teubner, Gunther (1996). Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus. *Rechtshistorisches Journal*, (15), 253-255.

Twining, William (2010). Normative and Legal Pluralism. Global Perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, *20*, 473-527.

Vec, Miloš (2009). Multinormativität in der Rechtsgeschichte. In Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (ed.), *Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften 2008* (pp. 155-166). Berlín: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften.

Velasco, Marcela (2018). Multiculturalism, Legal Pluralism and Local Government in Colombia: Indigenous Autonomy and Institutional Embeddedness in Karmata Rúa, Antioquia. *Journal of Latin American Studies*, *50*(3), 517-547. https://doi.org/10.1017/S0022216X17001183

Vetter, Andrea (2018). The Matrix of Convivial Technology—Assessing Technologies for Degrowth. *Journal of Cleaner Production*, *197*(2), 1778-1786. https://doi.org/10.1016/j.jclepro.2017.02.195

Wise, Amanda and Noble, Greg (2016). Convivialities. An Orientation. *Journal of Intercultural Studies*, *37*(5), 423-431. https://doi.org/10.1080/07256868.2016.1213786

Wolford, Wendy (2021). The Plantationocene: A Lusotropical Contribution to the Theory. *Annals of the American Association of Geographers*, *111*(6), 1622-1639. https://doi.org/10.1080/24694452.2020.1850231

Wolkmer, Antonio Carlos (2015). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de uma nova cultura no direito*. São Paulo: Saraiva.

Yrigoyen Fajardo, Raquel (2004). Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos. *El Otro Derecho*, (30), 171-195.

Parte I. Teorías y perspectivas
/ Part I. Theories and perspectives

O que é "multinormatividade"?
Observações introdutórias[1]

Thomas Duve
Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie

Tradução de Gabriel Busch de Brito e Ricardo Juozepavicius Gonçalves

Doi: 10.54871/mc24pd1c

A diversidade dos pluralismos jurídicos

Em 1996, o periódico *Rechtshistorischen Journal* publicou o artigo "Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus" [A Bukovina global: Sobre a emergência de um pluralismo jurídico internacional], de Gunther Teubner, traduzido para o inglês um ano depois como "Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society".[2] As reflexões de Teubner sobre a

[1] Texto publicado originalmente em *Rechtsgeschichte–Legal History*, v. 25, 2017, pp. 88-101, volume especial sobre "multinormatividade". As referências a textos publicados neste volume, citados neste capítulo, foram listadas na bibliografia e podem ser consultadas em http://rg.rg.mpg.de/de/Rg25. [As passagens em língua estrangeira no texto original foram traduzidas no rodapé. Quando nos pareceu relevante à compreensão do texto, indicamos a palavra traduzida entre colchetes (N.T.)]. Revisão técnica de Samuel Barbosa.

[2] Teubner (1996). [Trad. bras. de Peter Naumann, revisão técnica de Dorothee Rüdiger, in *Impulso: revista de ciências sociais e humanas*, Piracicaba, *14* (33), 9-32, 2003 (N.T.)]

formação de novas ordens normativas em uma arena globalizada, impulsionada por novos produtores de normas, redes regulatórias e instâncias de decisão (*Entscheider*) transnacionais, logo tornaram-se uma referência incontornável para estudos avançados na ciência do direito e das normas. Esses estudos foram motivados pela celeridade da produção do direito transnacional sob as condições políticas, econômicas, midiáticas e ideológicas mundiais do fim dos anos 1980 e início dos anos 1990. Bukowinas multiétnicas e multiculturais sempre existiram. A partir daquele momento, no entanto, o mundo inteiro se tornaria assim. Desde então, o "pluralismo jurídico" assumiu frequentemente conotação transnacional ou global.[3] Contudo, nesse meio-tempo, também a ciência do direito alemã tem se ocupado intensamente do debate, ainda exótico para alguns, em torno do "direito sem Estado", sobretudo no contexto do direito transnacional e da formação de uma ciência do direito transnacional.[4] O pluralismo jurídico passou a ser objeto de reflexão, historicização e sistematização em monografias e coletâneas temáticas (Seinecke, 2015; Seinecke, 2017a, Seinecke, 2017b; Kuntz, 2017).

No início da década de 1990, já se podia construir sobre os alicerces de uma tradição mais longa. Para muitos, esta tinha se iniciado nos anos 1970. Nesses anos –principalmente no âmbito do trabalho da Commission on Legal Pluralism, fundada em 1969–, antropólogos do direito voltaram-se intensamente ao direito não estatal e a sua relação com o direito estatal (Moore, 1973). Segundo esses pesquisadores, na maior parte das vezes não se tratava –e ainda não se trata– dos fenômenos transnacionais enquanto tais, mas sim das consequências da primeira globalização no curso da expansão europeia ou do colonialismo tardio, notadamente na África e na Ásia, observáveis em menor escala (Alidadi, 2017). Os processos de descolonização as tornavam visíveis, e as mudanças políticas e intelectuais desses anos

[3] Para um panorama, ver, por exemplo, Tamanha, 2008; Michaels, 2009; Kadelbach e Günther, 2011; Seinecke, 2015, p. 49.

[4] Ver, mais recentemente, Viellechner (2013). Sobre ele Grünberger (2016), assim como as contribuições em Calliess (2014).

davam força às análises. Falava-se em "folk law", "unofficial law" e "customary law". Dez anos antes da contribuição de Teubner ser publicada, no artigo "What is legal pluralism?" (1986), John Griffiths já acreditava ser possível verificar certo consenso a respeito da questão. Ele definia "legal pluralism" como "the presence in the social field of more than one legal order",[5] ou ainda "that state of affairs for any social field, in which behaviour pursuant to more than one legal order occurs" (Griffiths, 1986, p. 1).[6] Dois anos depois dessa análise amplamente citada, seguiu-se a de Sally Engle Merry (1988), com repercussão semelhante. Sobretudo no debate anglo-saxão, estabeleceu-se um entendimento de *legal pluralism* proveniente desses princípios antropológico-jurídicos, o que levou a uma série de propostas relativas à teoria das normas, por exemplo, para a classificação de diferentes *modi* de normatividade, não raramente associados a exigências político-jurídicas.[7]

Também na década de 1970 surgiram, no continente europeu, os primeiros trabalhos de história (do direito) trazendo explicitamente à tona as noções de "pluralismo jurídico" (*Rechtspluralismus*) ou "pluralismo legal" (*juridischen Pluralismus*) em diferentes formações históricas (Gilissen, 1972). Isso não surpreende, pois a história do direito fornece ricos exemplos ilustrativos do fenômeno, como também fica evidente neste volume 25 da *Rechtsgeschichte–Legal History*. Peter Oestmann (2017), em sua resenha da coletânea *The laws' many bodies*, editada por Seán Donlan e Dirk Heirbaut, designa essa diversidade jurídica como elemento unificador da história europeia do direito.[8] Isso corresponde à percepção geral e, ainda assim, é digno de nota, pois o conceito de *legal pluralisms* vivenciou um verdadeiro *boom* historiográfico desde o início dos anos 2000 especialmente no contexto

[5] "A presença de mais de uma ordem jurídica no campo social" (N.T.).

[6] "Aquele estado de coisas, para qualquer campo social, no qual o comportamento ocorre de acordo com mais de uma ordem jurídica" (N.T.).

[7] Ver, por exemplo, Menski (2012). Twining (2012) descreve a passagem desse *soft fact legal pluralism* para o *global legal pluralism* –e o problema dos deslocamentos de significados.

[8] Ver também seu panorama geral em Oestmann (2015).

anglo-saxão e em trabalhos sobre regimes jurídicos imperiais e coloniais não europeus. Nesse meio-tempo, historiadoras e historiadores vêm descobrindo legal pluralism por quase toda parte –no início do período moderno no Atlântico e no Pacífico, no Império Otomano, na Ásia. Maravilhados, historiadoras e historiadores do Sacro Império Romano Germânico custam a acreditar no que veem, pois aquilo que pesquisam há anos parece agora ser pioneiro: jurisdições sobrepostas, competências incertas e deliberadamente deixadas em aberto e as práticas jurídicas disso resultantes enquanto fenômenos de uma condensação da ordem constitucional sucessivamente negociada e não deduzida a partir de um mundo das ideias (*Ideenhimmel*). "These are boom times for scholarship on legal pluralism." (Berman, 2015).[9]

Nesse ínterim, formou-se um cânone de referências básicas sobre o assunto, que, significativamente, reúne sobretudo trabalhos produzidos no contexto anglo-saxão. Alguns inicialmente céticos, como Brian Tamanaha, assumiram a liderança do movimento, enquanto Paul Schiff Berman e Lauren Benton, junto aos já mencionados Sally Engle Merry e John Griffiths, ingressaram no grupo de autores mais citados desde então. Suas ideias (*Vorstellungen*), entretanto, diferem-se em parte ou consideravelmente, e seus campos empíricos e interesses disciplinares são muito diversos. Alguns desses autores já tiveram tempo de reformular ou complementar suas reflexões anteriores: Griffiths propôs (embora para uso sociológico) a substituição do *legal pluralism* por *normative pluralism*; Tamanaha fez uma proposta bastante influente de distinguir entre diferentes esferas normativas; Benton especificou sua ideia de um *jurisdictional pluralism* e reconheceu que mesmo isso talvez não fosse o suficiente para dar conta adequadamente de fenômenos como a teologia moral do início do período moderno; Berman, por outro lado, defende decididamente uma dimensão normativa (Griffiths, 2006; Tamanaha, 2008; Benton, 2010; Benton e Ross, 2013; Berman, 2012). Desde o início dos

[9] "Estes são tempos de grande expansão para a pesquisa sobre o pluralismo jurídico" (N.T.).

anos 2000, de fato encontramos *legal pluralism* em meio a debates político-jurídicos com ênfase normativa, seja no contexto da discussão em torno de diversidade (*Diversität*) cultural e étnica do direito, seja em relação a sistemas decisórios da economia mundial. O conceito serve à antropologia, historiografia (do direito) e teoria do direito. Existe uma profusão de "languages of legal pluralism", como apontam neste volume especial particularmente Schuppert (2017) e Seinecke (2017b), mas também Mohnhaupt (2017).

A especificidade do debate no campo da ciência do direito na Europa continental, principalmente em língua alemã, consistiria nas profícuas reflexões a respeito da teoria do direito do início do século XX. Embora algumas contribuições dessas décadas não estejam mais em voga hoje, por exemplo as teses de Santi Romano, análises como a de Paolo Grossi sobre a ordem jurídica medieval como uma ordem da diversidade permanecem absolutamente influentes em nossas ideias da história. Elas foram parte de uma intensa reflexão sobre os projetos normativos contrários ao suposto "absolutismo jurídico da modernidade" com relação às ordens da vida (*Lebensordnungen*) concretas e a sua produção jurídica, às quais as ordens codificadas e jurídicas liberais não fizeram justiça suficiente. A imagem do direito moderno que assim se desenhou, de modo talvez intencionalmente exagerado, ainda hoje determina muitos aspectos de nossa percepção –em especial via formulações influentes, como a de Franz Wieacker, produzidas nesse mesmo clima de ceticismo acerca do desempenho do sistema liberal-abstrato. Mas justamente isso mostra em que medida alguns debates sobre a "diversidade jurídica" no campo da ciência do direito na Europa continental são marcados pela ideia de "unidade da ordem jurídica" como princípio fundamental do pensamento científico-jurídico e pela confrontação dessa ideia. É precisamente aqui que reside a força explosiva ou –a depender do ponto de vista– o potencial dessas discussões históricas sobre os diferentes tipos de pensamento científico-jurídicos no que diz respeito ao futuro de nossos sistemas jurídicos, sobretudo diante dos desafios da diversidade. Um ponto central de referência nesse contexto foi e

continua sendo *Grundlegung der Soziologie des Rechts* de Eugen Ehrlich (1913), o documento fundador da sociologia do direito. Ehrlich viveu no mesmo Estado plurinacional dos Habsburgos em que viveu Hans Kelsen e, ainda assim, formulou uma resposta completamente diferente da que este ofereceria naqueles anos com a sua teoria da ordem jurídica escalonada (Lüderssen, 2003). Nos trabalhos de Ehrlich, Gunther Teubner encontrou não apenas uma descrição sociológica da diversidade jurídica ainda hoje admiravelmente poderosa, como também uma forma de conferir ao seu ensaio o título estendido de "global". Simultaneamente, a referência a Ehrlich ajudou Teubner a inscrever suas próprias observações do sistema jurídico em um arco histórico mais amplo. "Na nossa época, como em todas as épocas, o centro de gravidade do desenvolvimento do direito não se encontra nem na legislação nem na jurisprudência, mas na própria sociedade" –não por acaso, Teubner incluiu essa passagem de Ehrlich no início de seu artigo.

De todo modo, esse panorama meramente esquemático do debate e das múltiplas conexões entre um problema –em seu cerne, o da ciência das normas– e o seu emprego nas narrativas historiográficas pode tornar compreensível as razões para um periódico de história do direito mobilizar um convite à reflexão sobre a diversidade normativa por meio de estudos de caso históricos conduzidos a partir de uma perspectiva histórico-teórica ou de contribuições para a formação da teoria jurídico-científica. Dez colegas aceitaram esse convite –juristas, sociólogos e historiadores. A contribuição sobre as "Guidelines for Multinational Enterprises" da OCDE (van't Foort, 2017) surgiu fora desse contexto; no entanto, ela complementa a variedade de perspectivas aqui destacadas com atenção a um aspecto importante, de modo que a integramos neste volume especial.

Multinormatividade ao invés de pluralismo jurídico?

Por que, no entanto, resolvemos apresentar esse convite sob o título de "multinormatividade"? Esta não seria simplesmente outra palavra para "legal pluralism"? De fato, o conceito de "multinormatividade" visa uma série de fenômenos que também são discutidos sob o título de "pluralismo jurídico". É o caso sobretudo daquilo que costuma aparecer como núcleo conceitual do "pluralismo jurídico", a coexistência de diferentes *modi* de normatividade no mesmo espaço social e as questões de classificação, legitimação e colisão decorrentes disso. Também a "multinormatividade" se dirige a diferentes formas de normatividade e não apenas àquelas que são tradicionalmente incluídas no círculo de fontes do direito, como os "costumes". Em seu uso inicial, o conceito também abrange níveis normativos que parecem estar mais afastados do direito estatal, como o cerimonial e as modas, o ritual, as regras de jogos ou as normas técnicas, que são também frequentemente discutidas como manifestações do "pluralismo jurídico".[10]

Para uma perspectiva da História do Direito, porém, faz sentido oferecer um conceito que, ao abordar as formações históricas do normativo e os fenômenos a elas vinculados, se vale do potencial dos debates em torno do "pluralismo jurídico", intensifica-o e o desenvolve para um uso específico –a saber, historiográfico-jurídico–, evitando assim algumas desvantagens do conceito de "pluralismo jurídico" e de seu uso e, principalmente, abrindo-se ao importante âmbito das práticas jurídicas e das normas por trás da práxis.

[10] Ver, sobre isso, Vec (2009); Steiger (2010); para uma perspectiva histórico-cultural da história constitucional: Stollberg-Rilinger (2005; 2013a); sobre a honra, Vec (2017).

Desvantagens do uso do conceito de "pluralismo jurídico"

Antes de entrar em maiores detalhes, é preciso elucidar as desvantagens do uso do conceito de "pluralismo jurídico" para a pesquisa em história do direito.[11] Por ter sido cunhado ao longo de décadas, em disciplinas e comunidades discursivas diversas e seus diferentes contextos pragmáticos de uso (teoria, método, postulado), o conceito sofre de uma indeterminação tamanha que põe em questão a sua força heurística. Discursos de governança, regulação e fragmentação produziram seu próprio vocabulário e levaram à polissemia do conceito.[12] Não faltam reflexões inteligentes sobre o assunto, mas ainda assim não há uma definição que seja ao mesmo tempo universalmente aceita e significativa. Justamente em razão da intransparência e da ramificação do debate, não são poucos os usuários do conceito que, não informados sobre teoria do direito, fazem uso de uma versão *light* dele. O conceito não exige mais um olhar minucioso –e é aí onde reside o valor de um método historiográfico.

Diante da indefinição de significado, tem um efeito especialmente prejudicial o fato de que ambos os componentes do conceito, ou seja, "pluralismo" e "jurídico", conduzem a uma limitada perspectiva estatal-legalista da história do direito. Assim, esses componentes nos desviam para a mesma visão da qual grande parte da História do Direito tem tentado, com razão e grande dificuldade, se emancipar. Esse desvio não ocorre apenas em razão da centralidade do "direito", que implica a derivação assimétrica de outras formas como "não direito" e define um campo de possibilidades muito estreito –especialmente

[11] Para a crítica geral à concepção, ver Tamanaha (2008, p. 390), que fala em "deep conceptual confusion"; Twining, 2012; Benton e Ross, 2013; Valcke, 2014; Donlan e Heirbaut, 2015, p.15. Descrevendo o problema de modo um pouco mais otimista, Seinecke (2015; 2017b) advoga por um "pluralismo jurídico nomológico" e vincula a esse conceito dimensões importantes, que também são abordados pelo conceito de "multinormatividade".

[12] Sobre isso, ver Schuppert (2017), que se refere ao *vocabulary of legal pluralism*, para o qual Koskenniemi (2007, p. 22) chamou atenção no que se refere ao direito internacional público.

se olharmos para a assim chamada (para efeitos de concisão) "pré-modernidade" ou se considerarmos perspectivas de história global. Sem dúvida esse desvio também não direciona a atenção a fenômenos como a interação entre o direito e as normas não meramente informais, mas ilegais, como destacam Matías Dewey e Daniel Míguez (2017) em sua contribuição. Da mesma forma, o conceito de "pluralismo jurídico" não faz justiça aos vários regimes regulatórios históricos centrados não no conteúdo do direito (*Rechtsmassen*), mas em torno de jurisdições –e, com isso, não faz justiça à grande maioria de casos da história do direito. As propostas citadas de passar do "pluralismo jurídico" a um pluralismo "normativo" ou "jurisdicional" refletem essa inquietação. Não à toa, Oliver Lepsius (2017) intitula seu artigo para este volume especial de "pluralismo normativo" (*Normenpluralismus*) e aponta para o problema de que, implicitamente, nosso pensamento volta sempre a se fundamentar no modelo da lei como norma padrão de uma ordem jurídica amplamente codificada. Isso nos impede de ver alguns dos grandes processos de transformação no sistema jurídico do passado e do presente.

O primeiro componente do termo, "pluralismo", também possui um desvio analítico disfuncional, já que carrega inequivocamente os traços de sua origem em um contexto de discussão marcado por constelações normativas propensas a colisões. Nessa formulação, o conceito traz ao centro questões de validade e demarcação; tendo sido influenciado, em última análise, por um pensamento que se baseia em um paradigma de unidade e se deixa seduzir por uma taxonomia estéril. Até mesmo o fato de ter sido parcialmente desenvolvido e utilizado como conceito de combate (*Kampfbegriff*) contra o pensamento sistêmico baseado na unidade acaba por mantê-lo preso à lógica da unidade: o próprio debate sobre a (im)possibilidade de um *strong legal pluralism* afirma o paradigma da unidade. A partir disso, no entanto, o conceito não facilita a compreensão de ordens às quais uma tal coerência de base é estranha. É justamente esse estranhamento, porém, que deve ser entendido.

Enquanto conceito marcado por ideias modernas, que não foi desenvolvido a partir da empiria histórica, mas que no máximo se utiliza de referências históricas (e frequentemente de modo errôneo: basta pensar no fantasma da uma *lex mercatoria* histórica), ele evoca, além disso, associações estáticas e essencialistas –a referência, frequentemente encontrada, ao assim chamado *fórum shopping* insinua, por exemplo, que uma escolha do direito estaria necessariamente associada à escolha da jurisdição. Se, em primeiro lugar, isso nem sempre foi assim, o principal problema é que não somos chamados a nos atentar às hibridizações, às coexistências dinâmicas, às interações e às relações simbióticas nem obrigados a reparar na inserção (*Einbettung*) funcionalmente constitutiva em uma miríade de outras normas transformadoras e, portanto, conferidoras de validade. É justamente em cenários coloniais e imperiais, com suas estruturas assimétricas de poder, que tais fenômenos de interlegalidade e suas hibridizações correspondentes –em pauta em tempos de crescente circulação de ofertas de regulação e de formação de ordens normativas transnacionais desde o século XIX até o presente– ganharam ainda mais importância. Sander van't Foort (2017) mostra isso em sua contribuição sobre as "Guidelines" da OCDE, ao delinear a fascinante influência mútua entre "soft law" e "hard law", assim como Dewey e Míguez (2017), em seu estudo sobre a polícia argentina no século XX. Nessas constelações, em suas modalidades e dinâmicas, encontram-se, contudo, os problemas realmente interessantes de ciência das normas. Pois segundo Franz von Benda-Beckmann, um dos autores que informou o debate em torno do pluralismo jurídico ao longo das últimas décadas, o pluralismo jurídico, "um conceito em si extremamente vazio de conteúdo", seria "apenas o ponto de partida para a apreensão e análise teórica posterior de diferentes constelações empíricas do pluralismo jurídico", sobre as quais se deve tratar:

> As questões concretas –como em sociedades, estados ou campos transnacionais determinados, sob quais circunstâncias, tais constelações se alteram; e como quais [sic] ordens normativas, incluindo

> suas normas de colisão, são mais ou menos importantes para a conformação da vida social, econômica e política, não se [...] deixam responder se não se fala também sobre o conteúdo dos distintos direitos; sobre como eles estão integrados às relações sociais, econômicas e políticas de poder e dependência, como participam de sua estruturação e são por elas estruturados, e como os atores lidam com o direito e as colisões de normas nessas circunstâncias (Benda-Beckmann, 2009, p. 175).

Multinormatividade como instrumento da História do Direito

O que interessa no pluralismo jurídico são as constelações normativas, suas modalidades, suas interações e dinâmicas (isso é particularmente evidente nas contribuições de Decock [2017], Collin [2017], Dewey e Míguez [2017], Lepsius [2017], van't Foort [2017]), isto é, a gestão do pluralismo jurídico sem um "terceiro", como já foi tematizado por Klaus Günther.[13] O que interessa são as tentativas de dar conta (*Bewältigungsversuche*) e reagir à ciência (Mohnhaupt, 2017); a inserção em contextos epistêmicos, em narrativas (Günther, 2016b), em "*Nomoi*" (Seinecke, 2017b) ou em "comunidades interpretativas", ou ainda, em coletivos de regulação e seus mundos (Schuppert, 2017), em todo um sistema de referências culturais (Damler, 2017; Füssel, 2017), bem como suas consequências –não sua simples justaposição e eventual contraposição.

Como ciência empírica das normas, a História do Direito deveria enxergar como seu dever iluminar essa inserção, os processos de troca e de fusão e as dinâmicas que surgem a partir deles. Para isso, ela pode e precisa mobilizar não apenas especialistas em teoria do direito, treinados na análise de estruturas normativas, como também se valer profissionalmente do estado da arte dos estudos culturais e das

[13] Günther (2016a), também em debate com Berman (2012, p. 152).

ciências sociais, que têm se dedicado ao estudo detalhado e praxiológico dos pressupostos do pensar, do agir e do saber nas últimas duas décadas. Ambos –ou seja, uma compreensão praxiológica do direito e os métodos da historiografia praxiológica– podem ser mutuamente enriquecedores. Para essa abertura mútua, é necessário um conceito: uma perspectiva microanalítica específica à História do Direito sobre constelações e modalidades de normatividades, que não se limita à descrição de conjuntos normativos (*Normencorpora*) e sua copresença, sua concorrência e suas colisões, mas dirige seu interesse à "tradução" de recursos normativos por membros de uma comunidade epistêmica sob as condições concretas de cada ato de produção normativa; um método que pergunta, antes de tudo, pelos pressupostos das práticas jurídicas e, ao fazê-lo, se refere necessariamente a um campo de normatividade muito mais amplo do que aquele em geral vinculado ao "pluralismo jurídico".

Nessa concepção, orientada a um pressuposto teórico-jurídico e a sua função historiográfico-jurídica, a "multinormatividade" se torna um instrumento genuíno da História do Direito. Com "normatividade", o conceito abre um espaço amplo e marcado o mínimo possível por categorias europeias para refletir sobre as formas adequadas de descrever os diferentes modos de normatividade e sua dinâmica interna –o que naturalmente também inclui discutir distinções conceituais que, no debate em torno do pluralismo jurídico, buscam uma terminologia que também as possa tornar úteis em um diálogo global. Desse modo, o conceito procura realizar, para preocupações relativas à ciência das normas, o que há muito tem sido demandado de categorias como descentralização e des-europeização nos *global studies*. Além disso, o conceito –"multi"– não deve se referir apenas aos recursos normativos que estão disponíveis para a solução de um problema ou para a configuração de uma situação potencialmente contraditória. Ele deve analisar constelações e modalidades de normatividades e sobretudo abordar os pressupostos do saber, pensar e agir jurídico que, embora não intencionalmente disponíveis, atuam de modo normativo, fundamentam e influenciam a própria prática

jurídica de produção normativa. Este nível é, outra vez, particularmente importante quando se trata da análise de ordens que nos são estranhas –ou seja, muito antigas ou muito distantes.

Multinormatividade e uma compreensão praxiológica de história do direito

O que aqui chamamos de pressupostos da prática jurídica costuma receber pouca atenção nas pesquisas de História do Direito, embora seja de suma importância (algo que, no escopo deste texto, naturalmente só pode ser indicado, sem desdobramentos em termos da teoria do direito ou praxiológicos). Pois a produção de normas –por um legislador, pela via da concretização de normas em uma sentença ou em um trabalho científico– é orientada por regras. Essas regras, contudo, não se deixam reduzir à teoria da aplicação do direito –ou à "teoria da práxis"; tais regras de operacionalização são uma parte, uma parte apenas, daquilo que dirige a produção de normas. Caso se tratasse apenas de uma teoria da práxis, seria possível encaixá-las como normas de segunda ordem no círculo de elementos usuais da análise do pluralismo jurídico. Mas isso significaria subestimar drasticamente a complexidade do processo de produção de normas –e consolidar o "modelo de subsunção", corretamente declarado como morto ou como estratégia de legitimação por parte da teoria do direito, como fundamento do desempenho reconstrutivo da História do Direito. Mas "aplicação do direito" não é uma subsunção estéril nem mesmo em uma ordem jurídica altamente sistematizada, codificada e padronizada, e sim um processo de concretização de normas e, em última instância, de produção da norma (aplicável a um caso) e, com isso, um ato criativo. Por isso, deve ser destacada a diversidade de pressupostos, condições e regras que estão na base da produção de normas enquanto ato de produção cultural –e isso vale tanto mais quando nos ocupamos de tempos e espaços estranhos a nós, cujos consensos tácitos e regras práticas não conseguimos

apreender intuitivamente. É precisamente ali, mas não apenas, que a análise histórico-jurídica precisa revelar os pressupostos não intencionalmente disponíveis da ação e do saber e fazer jurídicos, a fim de revelar o emaranhamento das ações jurídicas com os contextos (*Bezüge*) socioculturais, os padrões de ação (*Handlungsmuster*), os sistemas de ação (*Handlungsgefüge*) e as estruturas de repetição (*Wiederholungsstrukturen*) da vida cotidiana jurídica. Não se trata então da teoria normativa da práxis jurídica, da teoria do método (também muito importante, é claro), mas sim das práticas igualmente normativas (por trás) da práxis jurídica –e de suas regras.

Esse nível normativo –se se quiser, por razões de clareza e sem aceitar a dimensão normativa do conceito de direito de Hart: as normas de terceira ordem por detrás das de primeira e segunda ordem– tem sido discutido ao longo das últimas duas décadas sob uma ampla gama de palavras-chave, como saber implícito ou como práticas sociais, políticas, culturais, eruditas etc., em um discurso praxiológico amplo e proveniente de tradições disciplinares variadas (Reckwitz, 2003; Haasis e Rieske, 2015, p. 13). A consciência da importância dessa dimensão normativa também está cada vez mais presente nas análises de ciência da norma, sobretudo em razão dos pontos de contato evidentes entre uma teoria do direito praxiologicamente orientada e a análise social ou cultural. Assim, a descrição etnográfica da fabricação do direito de Bruno Latour poderia se tornar um ponto de referência cada vez mais importante para a História do Direito;[14] ou se poderia considerar também os estilos de pensar fleckianos, as reflexões sobre a importância de modelos (*Leitbildern*),[15] sobre racionalidades de regulação (Collin, 2014), sobre normas estéticas, cada vez mais frequentes em trabalhos de história do direito (Damler, 2016); nas "estruturas do pensar", como Daniel Damler (2017) explicitamente as designa em seu artigo neste volume especial; ou nas

[14] Ver a tradução de Latour (2016) e, de modo introdutório para a ciência do direito, Ladeur (2016).

[15] Ver Braun (2015), que descreve os modelos como "impulsos normativos ocultos" que "marcam, de modo subcutâneo" (p. 208) o direito.

práticas jurídicas eruditas que Marian Füssel (2017) destaca em sua contribuição. Também o *habitus* que marca um grupo social, como os juristas que se identificam com a sua profissão, pode ser expressão de normas internalizadas e influenciar suas práticas de produção de normas (Kastl, 2007). Expectativas orientadas por papéis, cargos ou posições também fazem parte disso (Emich, 2015). Em seu estudo, Matías Dewey e Daniel Míguez (2017) evidenciam a força que tais estruturas ganham justamente no processo de transplantes jurídicos –e mostram o vínculo estreito entre essa terceira dimensão do normativo com a "tradução" de recursos normativos.

Parte desses pressupostos do agir, pensar e saber realmente são discutidos nos debates em torno da "tradução (cultural)". Principalmente as propostas da mais recente "sociologia das convenções" francesa parecem possuir um grande potencial para a análise histórico-jurídica (Diaz-Bone, 2015). Essas "convenções" são compreendidas como molduras interpretativas que são desenvolvidas e aplicadas pelos atores para a avaliação e coordenação de situações de ação. Elas se referem a formas específicas de cognição e formas correspondentes de formatação de informação e são utilizadas com intenção normativa. Elas são o resultado de experiências coletivas e, como tais, também estão acessíveis à reflexão. Ao conjunto das convenções inclui-se expressamente também aquelas reservas de saber às quais é preciso recorrer para a operacionalização de regras –ou para o manejo de instituições. Essas convenções se formam em situações concretas e podem ser estabilizadas em estruturas em rede. Portanto, quando aplicadas ao direito, elas nunca designam tais regras auxiliares e de aplicação explícitas que o próprio direito coloca à disposição ou que foram desenvolvidas pela ciência do direito –ou seja, por exemplo, doutrinas do método–, mas ideias arraigadas de "certo e errado" que se originam de um *setting* comunicativo e epistêmico concreto e que nele foram estabilizadas. Também as práticas eruditas e muitas outras determinantes da concretização e produção de normas podem ser atribuídas ao âmbito das convenções.

Tais convenções –e, em uma distinção matizada, também os muito discutidos *implicit* ou *tacit knowledges*– ganham uma importância especial nas análises de História do Direito justamente quando se examinam as ordens normativas nas quais a produção de normas não está centrada em um conjuntos de normas com proporcionalmente pouca margem de manobra, mas nos quais predomina(va)m outras práticas, mais procedimentais, de produção de normas ou nas quais não se pode observar uma distinção entre a produção de normas jurídica e outras, como a religiosa. Talvez elas também tenham uma importância menor para as análises de História do Direito em uma práxis de aplicação do direito (*Rechtsfindung*) tecnicamente diferenciada e padronizada por meio de formação, comunicação e regras de aplicação como no direito penal ou administrativo na República Federal da Alemanha do que na justiça indígena em contextos missionários nas Américas, no século XVI, ou no processo de apropriação de ideias jurídicas europeias na Rússia ou na Ásia no final do século XIX. Muitos desses contextos de produção de saber, que alcançam até a dimensão material e devem ser apreendidos praxiologicamente, são usualmente remetidos à *black box* da "cultura jurídica" na pesquisa científica (da história) do direito. Ninguém sabe o que isso é concretamente. Não seria possível descrever a produção de normas, uma ideia condutora justamente da busca por um método para a história do direito em perspectiva histórica global, de um modo mais diferenciado em vista dos importantes discernimentos que acompanharam a "practice turn"? Não podemos colocar em evidência determinadas convenções, mas também formas de práxis e suas normas implícitas, para suas respectivas comunidades epistêmicas determinadas (elas mesmas também naturalmente fluidas)?

Em sua função enquanto concepção sensibilizadora da História do Direito, o conceito de "multinormatividade" deve nos levar a perguntar pelas diversas e muito distintas normas que desempenham papéis na produção normativa. Por isso, o conceito abarca naturalmente também o volume de direito, as esferas normativas ou os conjuntos de normas em seus status enquanto recurso normativo.

Porém, também nos obriga, simultaneamente, a procurar muito além do círculo de fontes do direito que constituem o círculo usual de normas primárias ou secundárias no sentido de H. L. A. Hart, por exemplo. Ele compreende a produção de normas como processo criativo, muito além de todas as ideias de "subsunção". Ele deve nos forçar a atentar às convenções, ao saber implícito, bem como às dimensões materiais tão importantes para a produção de normas –e, com isso, aos pressupostos do pensar, agir e saber, portanto, aos fatores que codeterminam quais recursos normativos são ativados de qual maneira e quais são fundidos a outros ou constituídos de um modo completamente novo. Ele insiste em admitir as interpretações oferecidas pela investigação praxiológica dos estudos culturais e das ciências sociais e perguntar por sua fertilidade heurística para análises histórico-jurídicas concretas. Com esta abertura, ele oferece a possibilidade de nomear, com sensibilidade para questões de teoria das normas, o que se deve atentar na análise da "tradução cultural", ou seja, da constituição do direito. Aqui reside seu vínculo com outros problemas fundamentais da análise da História do Direito: sem uma reflexão sobre "multinormatividade" não há história das práticas jurídicas, sem a história destas não há reconstrução da história do direito que faça sentido enquanto –se assim se quiser– grande processo sincrônico e diacrônico de tradução.

Análise de constelações e modalidades

As contribuições deste volume especial podem ilustrar alguns dos fenômenos aqui apontados. Elas oferecem estudos fascinantes de diferentes constelações e modalidades de produção de normas –ou seja, da combinação de diferentes elementos (constelações) de diferentes modos (modalidades). Elas abordam esferas normativas "clássicas" como o direito sacro e secular no século XVI (Decock, 2017) ou o direito internacional, nacional e transnacional e seu entrelaçamento no século XXI (van't Foort, 2017). Assumem ideias sobre a honra como

ponto de partida para a análise de constelações de interação (Collin, 2017). Dedicam-se à coexistência de muitas fontes de direito com diferentes graus de força vinculante –tais como produção soberana de normas, tradições com autoridade e direito dos juristas no Sacro Império Romano-Germânico (Mohnhaupt, 2017), questões sobre produção normativa judicial (Lepsius, 2017) e a interação e as dinâmicas entre esses recursos normativos. Duas contribuições se dedicam às estruturas do pensar e agir (Damler, 2017; Füssel, 2017); em outra (Dewey e Míguez, 2017), além de uma constelação particular de legalidade e ilegalidade, fica claro o significado dos fenômenos de transplante ou tradução para a formação de novas ordens normativas. Por fim, duas contribuições refletem sobre a "multinormatividade" e o "pluralismo jurídico" enquanto objeto de discursos científicos e seu potencial heurístico para estudos de ciência da norma (Schuppert, 2017; Seinecke, 2017).

Wim Decock (2017) inicia a série de contribuições, organizadas em ordem cronológica. Ele se dedica a uma constelação clássica do pluralismo jurídico: a coexistência do direito sacro e do direito secular. E o faz por meio de um clássico da discussão sobre a economia moral, a saber, o preço do pão. Com a florescente teologia moral, uma outra esfera de normatividade, especialmente funcional na esteira da expansão europeia no século XVI, juntou-se à multicentenária constelação paralela e de diversos modos entrelaçada de direto sacro e secular. Decock mostra como escritos teológico-morais, como o influente manual de direito contratual de Tomás de Mercado, puderam contribuir para internalizar nos seres humanos (*Menschen*) diretivas normativas acerca da consciência essenciais ao funcionamento da coletividade e interpreta isso como um caso de "pluralismo jurídico colaborativo". Um agente crucial nesse processo foram os confessores, os *iudices animarum* [juízes da alma], que não apenas deveriam zelar pela salvação da alma individual, mas também pela boa governança neste mundo: "para o bom governo da república, não há nada mais necessário e útil do que bons confessores", diz o texto,

escrito a pedido dos comerciantes de Sevilha em vista do comércio ultramarino.

Essa diversidade, posta na própria ordem jurídica, e a gradação de autoridade é também o tema da contribuição "Formen und Konkurrenzen juristischer Normativitäten im 'Ius Commune' und in der Differentienliteratur" [Formas e concorrências de normatividades jurídicas no 'Ius Commune' e na *Differentienliteratur*], de Heinz Mohnhaupt (2017). Ele compreende "pluralismo jurídico" e "multinormatividade" como uma outra forma de falar sobre a diversidade e os distintos graus de força vinculante das "fontes do direito" no Sacro Império Romano Germânico. A ordem estamental do *Ancién Régime* e os âmbitos de regulação jurídica de pequena escala levaram a uma produção intensiva de normas, que foi confrontada através da teoria da *divisio legum* e das *species legis* até o século XIX. Talvez em nenhum outro lugar a diversidade de designações dos regulamentos orientadores da ação, mas também as distintas perspectivas sobre essa diversidade na assim chamada pré-modernidade tenham se tornado tão claras quanto nos escritos dos juristas, quando eles se esforçam para definir "*norma*", "*lex*", "*ius*". Com a *Differentienliteratur*, a tentativa de se assenhorar dessa diversidade criou todo um gênero literário. No entanto, nem mesmo os esforços de ordenação puderam evitar que muitos textos autoritativos permanecessem com um caráter normativo que se movia em uma zona cinzenta entre norma imperativa jurídica e recomendações à ação extrajurídicas –em certos aspectos, como Mohnhaupt deixa claro, semelhante aos *books of authority*. Em sua contribuição, que nos leva a um campo clássico de investigação da história do direito, Mohnhaupt nos mostra o quanto a diversidade de fontes do direito também foi, em última análise, uma condição para o desenvolvimento do próprio sistema jurídico.

Em seu texto "Multinormativität in der Gelehrtenkultur?" [Multinormatividade na cultura erudita?], Marian Füssel (2017) evidencia a normatização das boas práticas eruditas nos séculos XVII e XVIII no espaço de língua alemã. Com isso, ele aborda justamente o nível normativo acima daquele classicamente vinculado ao pluralismo

jurídico e que aqui é destacado como específico à multinormatividade. Pois as normas da práxis erudita não eram só regulações jurídicas referentes, por exemplo, a plágios, mas também expectativas sobre o agir (*Handlungserwartungen*) dirigidas aos membros, por exemplo, do estamento de eruditos. Füssel faz referência, com isso, às reflexões de Hillard von Thiessen sobre "concorrência de normas", que, em certos aspectos, se aproximam daquelas sobre a multinormatividade, bem como à ideia de uma economia moral. Assim, também ele evidencia o paralelismo e a interação, a "complementariedade compensatória das ordens normativas jurídicas e parajurídicas". Com isso, a economia moral do saber obteve seus recursos normativos, outra vez, de uma série de esferas normativas, assim como a ordem normativa tinha obtido do sistema jurídico. Esses emaranhamentos o permitem perguntar quais constelações são efetivamente abordadas como "multi" –uma questão que atinge o âmago da multinormatividade no sentido aqui delineado: ou seja, as análises das constelações.

A investigação de Peter Collin (2017) sobre a "Ehrengerichtliche[r] Rechtsprechung im Kaiserreich und der Weimarer Republik" [Jurisdição dos Tribunais de Honra no Império e na República de Weimar] visa precisamente a interação de tais constelações. Ele reconstrói relações entre ideias de honra e de direito com base em um conjunto específico de fontes: a jurisdição dos Tribunais de Honra alemães (*deutsche Ehrengerichte*) no final do século XIX e início do século XX. Ele mostra, com isso, em que medida o Tribunal de Honra deve ser encarado como "ponto de encontro" de distintas racionalidades normativas –já garantido pelo próprio provimento de juristas e não juristas. Estes desenvolviam, em grande parte, eles mesmos os critérios de seu agir e, com isso, recorriam a recursos normativos não jurídicos: uma "promoção da recepção do não direito no direito estatal" que, por sua vez, naturalmente teve repercussões sobre a autorregulação não estatal deste campo social. Mas essas incorporações não aconteceram sem atritos. E se a honra estamental gerasse exigências de comportamento em contradição com o direito estatal? E se o que foi

legalmente sancionado fosse proibido pelo direito da honra (*ehrenrechtlich*) –como, por exemplo, certas objeções no caso de negócios na bolsa? Os Tribunais de Honra insistiram em sua independência, viam-se como o que hoje talvez designássemos como *rulemaker* (regulador) ou gestor da diversidade normativa. E, acima de tudo, eles o fizeram nos confins da estatalidade e, a saber, em diferentes medidas segundo cada instância: "a compreensão de honra, assim se pode formular de modo incisivo, podia alterar-se, portanto, não apenas com o tempo, mas também no percurso através das instâncias, na medida em que era cada vez mais enriquecida de normatividade estatal". Collin mostra, com isso, que a normatividade não é compreendida como algo estático, mas como um processo de trazer à validade, multinormatividade também pode ser encontrada em ordens jurídicas concebidas como mononormativas; que, por fim, o direito estatal era a única ordem normativa que possuía uma reivindicação ordenadora abrangente; e que a multinormatividade estava relacionada a setores e podia ser viabilizada de maneiras muito diversas –e ser efetivada de modo muito diverso– através de fatos ou instituições.

Em seu artigo "Normpluralismus als Ausdruck der Funktionsrationalität des Rechts" [Pluralismo normativo como expressão da racionalidade funcional do direito], Oliver Lepsius (2017) destaca um aspecto importante e até aqui relativamente pouco considerado da diversidade de ordens normativas: o fato de que a ordem jurídica e, com isso, a ciência do direito se pluralizam "porque as instituições fazem o que elas devem fazer". Assim, também ele olha para as condições de produção da diversidade jurídica em ordens concebidas, na verdade, como mononormativas. Em um contraste efetivo com as ideias sobre a produção do direito dos séculos XIX e XX, ele deixa claro o quanto uma pluralização endógena da ordem de normas (*Normenordnung*) também resultou e tinha que resultar sobretudo da democratização da produção de normas posta em prática de modo cada vez mais consequente. A pressão por mudanças ou os processos de transnacionalização externos reforçam isso, mas não são os únicos e, do seu ponto de vista, nem mesmo os mais decisivos fatores

de pluralização. Pelo contrário: a dinâmica do sistema jurídico, frequentemente localizada na esfera do "extralegal", pode estar fundada no próprio sistema jurídico.

Daniel Damler (2017) nos leva a âmbitos aparentemente mais afastados do direito –e revela uma dimensão oculta de grande importância para essa disciplina. Ele transfere o conhecido fenômeno do perceber simultâneo (*Zugleich-Wahrnehmens*) de diferentes sensações –da sinestesia– para nosso campo: como "sinestesia normativa". Com isso, ele se refere ao acoplamento de juízos de valor, antes de tudo, de tipo estético e moral. Partindo da arquitetura, ele mostra que –nas palavras de Ernst Gombrich– "ressonâncias provenientes de outros sistemas de valores sempre ressoam em nossa vivência", um discernimento que, nesse meio-tempo, foi analisado e comprovado experimentalmente pelas ciências cognitivas. Essa "ressonância" é importante para o direito quando se trata de coisas como "beauty bias" ou exigências excessivas sobre âmbitos de regulação decorrentes da dinâmica própria do pensamento metafórico: por exemplo, quando os mandamentos de transparência (*Transparenz*) se fortalecem porque à palavra é vinculado um grau de diafaneidade (*Durchsichtigkeit*) que talvez não tenha sido pretendido de acordo com a *ratio legis*. Para uma análise histórico-jurídica, a pergunta pelas interferências resultantes da sinestesia é particularmente importante. Tais interferências também chamam nossa atenção para o que está por trás da metaforologia de Hans Blumenberg: a tentativa de alcançar a "subestrutura" do pensamento. É justamente nesse ponto que a contribuição de Damler remete ao cerne do esforço de compreensão da "multinormatividade" como um método para a análise (histórica) da produção de normas que vai além da análise do "pluralismo jurídico".

Também Matías Dewey e Daniel Míguez (2017) chamam nossa atenção a uma constelação incomum: a interação de ordem formal e informal, na qual a última não apresenta qualquer pretensão de reconhecimento, pelo contrário, permanece na ilegalidade, contribuindo assim para a função da ordem oficial. O caso histórico ao qual

eles se dedicam é o surgimento de formas legais e ilegais interdependentes no trato da criminalidade por parte da polícia na província argentina de Buenos Aires no século XX. À primeira vista, trata-se de uma história de corrupção e de conluio, de situações aparentemente grotescas, como o fato de que a polícia estatal só poder cumprir suas tarefas financiando-se através de receitas ilegais da criminalidade que ela mesmo regula. Entretanto, os autores veem nisso um caso de hibridização de esferas normativas tradicionalmente concebidas como mutuamente excludentes que pôde ocorrer porque elementos de ordens normativas alheias foram traduzidos para a respectiva realidade local e, com isso, fundamentalmente alterados –um processo que eles não registram como um mero transplante jurídico fracassado, mas que querem analisar em seus efeitos sobre a nova ordem normativa surgida desse modo. A reconstrução do processo de recepção por trás disso mostra o quão duradouras podem ser as consequências de tais arranjos institucionais falhos –e a força transformadora que as condições e práticas institucionais e normativas possuem nos contextos locais, onde se apropriam de recursos normativos e modelos de ordem e os fundem com suas próprias ordens normativas.

O estudo sobre a história dos *National contact points* para as diretrizes para empresas multinacionais da OCDE (OECD-MNE) de Sander van't Foort (2017) demonstra, através de um exemplo atual, a dinâmica que instituições e normas novas e inicialmente dotadas de pouca autoridade –entendida como validade e força de imposição– podem desenvolver em subsistemas estabelecidos. As diretrizes encontram-se ainda no "limbo of 'not quite binding'";[16] no entanto, através dos National Contact Points, valorizados em seu significado por circunstâncias relativamente contingentes nos 1980 e depois nos anos 2000, estão, no conjunto, "on the road of hard law"[17] na opinião do autor. Isso tem, como consequência, colisões e estratégias

[16] "limbo do 'ainda não exatamente vinculantes" (N.T.).
[17] "no caminho para se tornar direito vinculante" (N.T.).

interessantes para sua gestão, bem como para questões de classificação –figuras típicas de processos de diferenciação e de dissolução de fronteiras com importância econômica considerável, quando os tribunais, como nesse caso, derivam um efeito vinculante e, com isso, a aplicabilidade da "soft law" de declarações públicas de representantes de empresas ou quando elementos de autorregulamentação transnacional se tornam modelos para a legislação dos Estados-nação.

Duas reflexões sobre como falar sobre "pluralismo jurídico" ou "multinormatividade" formam a conclusão. Para Ralf Seinecke (2017b), trata-se de como tornar frutíferos a pesquisa histórico-jurídica para as reflexões sobre o pluralismo jurídico e o conhecimento teórico-jurídico para a pesquisa histórico-jurídica. Ele vê na pesquisa histórico-jurídica uma recepção ainda tímida do debate em torno do pluralismo jurídico, apontando para o uso anacrônico do termo e para a indeterminação do conceito. Ele quer compensar esses e outros déficits com sua ideia de "pluralismo jurídico nomológico". Nessa contribuição, se diferencia rigorosamente entre o direito jurídico e o mundo do direito, ou melhor, mundos do direito, o que se aproxima muito das reflexões aqui propostas sobre a inserção necessária nos *settings* epistêmicos. Ele mostra o potencial heurístico dos estudos histórico-jurídicos para a pesquisa sobre o pluralismo jurídico através da discussão dos costumes jurídicos e do direito consuetudinário. A História do Direito, por sua vez, poderia ganhar com os discernimentos da teoria do direito, não para se perder na disputa infrutífera em torno de conceitos de direito, mas para incluir em seu aparato metodológico mundos do direito e ofertas de sentido ligadas à ideia nomológica, como a de interlegalidade.

Por fim, Gunnar Folke Schuppert (2017) pergunta qual linguagem realmente utilizamos quando pensamos sobre "pluralismo jurídico" e "multinormatividade". Ele distingue, com isso, quatro variantes do falar sobre fragmentação que tem como consequência a pluralidade –no direito internacional público, na teoria das relações internacionais, na teoria dos sistemas e no se ocupar sociológico-juridicamente

do desacoplamento do Estado e do direito. Da pesquisa sobre governança acrescentam-se as linguagens da "Global Governance" e da "Governance of Diversity". Aqueles que se ocupam da regulação falam de modelos regulatórios e regulação setorialmente específica através de coletivos regulatórios, especialmente as "sociedades paralelas" que foram identificadas como fator de diversificação. Como balanço, resta-lhe apenas afirmar que a diversidade da produção de normas só pode ser compreendida ao se levar em conta também a diversidade de mundos do direito e de suas regras. É exatamente isso que a "multinormatividade" deve possibilitar à História do Direito.

Agradecimentos

Este texto vincula-se às reflexões que foram formuladas em Duve (2012) e que, desde 2013, formam a base da agenda de pesquisa do Instituto Max-Planck de História e Teoria do Direito, que dedica uma área de especialização à "multinormatividade", e que, posteriormente, continuaram a ser desenvolvidas passo a passo (especialmente, Duve, 2014; Duve, 2017). "Multinormatividade" foi também objeto de uma parceria com o Cluster of Excellence "Normative Orders" em Frankfurt. Nesse âmbito, ela foi discutida, entre outros, na conferência anual do Cluster ocorrida em novembro de 2014 no painel "Multinormatividade – análise de constelações", com a participação de Marie-Claire Foblets, Stefan Kroll, e Miloš Vec; este último, em artigo publicado em 2009, havia proposto o termo "multinormatividade" para designar uma parte das normas aqui visadas (Vec, 2009).

Apresentei a comunicação "Multinormatividade no início do período moderno", em fevereiro de 2015, na abertura anual do Cluster, bem como uma comunicação denominada "Multinormativity in the Early Modern Period" na Universidade de Harvard, em abril de 2015, a convite de Tamar Herzog. Além disso, apresentei reflexões semelhantes em um painel sobre "Ordem e diversidade. Manejo da diversidade jurídica nas zonas de contato europeias e extraeuropeias

do início do período moderno", organizado por Christina Brauner e Antje Flüchter no âmbito do 11º Congresso do Grupo de Trabalho *Frühe Neuzeit* na Associação dos Historiadores e Historiadoras da Alemanha em Heidelberg, em setembro de 2015. A concepção também foi refinada após discussões com convidadas e convidados, colaboradoras e colaboradores do Instituto. Portanto, a reflexão sobre estas questões é, sem dúvida, um processo coletivo. Agradeço a todos os envolvidos, especialmente a Gerd Bender e Peter Collin, por suas sugestões e apoio, também no contexto da preparação deste volume especial.

Bibliografia

Alidadi, Katayoun (2017). Everyday strategizing in Africa: local actors negotiating state norms, histories and local custom. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 400-402.

Benda-Beckmann, Franz von (2009). Gefangen im Rechtspluralismus: Zum Umgang mit Normkollisionen in rechtlich pluralen sozialen Räumen. En Matthias Kötter, Gunnar Folke Schuppert (orgs.). *Normative Pluralität ordnen. Rechtsbegriffe, Normenkollisionen und Rule of Law in Kontexten dies-und jenseits des Staates* (pp. 169-189). Baden-Baden: Nomos.

Benton, Lauren (2010). *A search for sovereignty. law and geography in european empires, 1400-1900*. Cambridge: Cambridge University Press.

Benton, Lauren e Ross, Richard (orgs.) (2013). *Legal pluralism and empires, 1500-1850*. Nova York: New York University Press.

Berman, Paul (2012). *Global legal pluralism. A jurisprudence of law beyond borders.* Cambridge: Cambridge University Press.

Berman, Paul Schiff (2015). Review of "Legal pluralism and empire, 1500-1850" by Lauren Benton and Richard J. Ross. *Law and History Review*, 33, 1005-007.

Braun, Johanna (2015). *Leitbilder im Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Calliess, Gralf-Peter (org.) (2014). *Transnationales recht. Stand und perspektiven*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Collin, Peter (2014). Treffräume von Regulierungsrationalitäten: Überlegungen zu Voraussetzungen und Typisierungen juristisch-ökonomischer Kommunikation. In Peter Collin (org.). *Treffräume juristischer und* ökonomischer *Regulierungsrationalitäten* (pp. 1-44). Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.

Collin, Peter (2017). Ehrengerichtliche Rechtsprechung im Kaiserreich und in der Weimarer Republik. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 138-150.

Damler, Daniel (2016). *Rechtsästhetik. Sinnliche Analogien im juristischen Denken*. Berlim: Duncker & Humblot.

Damler, Daniel (2017). Synästhetische normativität. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 162-182.

Decock, Wim (2017). Collaborative legal pluralism. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 103-114.

Diaz-Bone, Rainer (2015). Recht aus konventionentheoretischer perspektive. In Lisa Knoll (org.). *Organisationen und konventionen. Die Soziologie der konventionen in der organisationsforschung* (pp. 115-133). Wiesbaden: Springer.

Dewey, Matías e Míguez, Daniel Pedro (2017). Translating institutional templates: a historical account of the consequences of importing policing models into Argentina. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 183-193.

Donlan, Seán Patrick e Heirbaut, Dirk (2015). *The law's many bodies: studies in legal hybridity and jurisdictional complexity, c 1600-1900*. Berlim: Duncker & Humblot.

Duve, Thomas (2012). Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *20*, 18-71.

Duve, Thomas (2014). European legal history–concepts, methods, challenges. Em Thomas Duve (org.). *Entanglements in Legal History: conceptual approaches* (pp. 29-66). Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History.

Duve, Thomas (2017). Global legal history: methodological approach. Em *Oxford Handbooks Online*. Oxford. https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780199935352.013.25.

Emich, Birgit (2015). Normen an der Kreuzung. Intersektionalität statt Konkurrenz oder: die unaufhebbare Gleichzeitigkeit von Amt, Stand und Patronage. Em Arne Karsten e Hillard von Thiessen (orgs.). *Normenkonkurrenz in historischer Perspektive* (pp. 83-100). Berlim: Duncker & Humblot.

Foljanty, Lena (2015). Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, *9*, 1-18.

Füssel, Marian (2015). Praxeologische erspektiven in der Frühneuzeitforschung. Em Arndt Brendecke (org.). *Praktiken der Frühen Neuzeit. Akteure–Handlungen–Artefakte* (pp. 21-33). Köln: Böhlau.

Füssel, Marian (2017). Multinormativität in der Gelehrtenkultur? Versuche der Normierung "guter gelehrter Praxis" im 17. und 18. Jahrhundert. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 127-136.

Gilissen, John (1972). *Le pluralisme juridique*. Bruxelas: Editions de l'ULB

Griffiths, John (1986). What is legal pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *24*(1), 1-55.

Griffiths, John (2006). The idea of sociology of law and its relation to law and to sociology. In Michael Freeman (org.). *Law and Sociology* (pp. 49-68). Oxford: Oxford University Press.

Grünberger, Michael (2016). Transnationales Recht als responsiver Rechtspluralismus. *Der Staat*, 55, 117-133.

Günther, Klaus (2016a). Normativer Rechtspluralismus – Eine Kritik. Em Thorsten Moos et al. (orgs.). *Das Recht im Blick der Anderen. Zu Ehren von Prof. Dr. Dres. h. c. Eberhard Schmidt-Aßmann* (pp. 43-61). Tübingen: Mohr Siebeck.

Günther, Klaus (2016b). Parapraktische Rechtfertigungsnarrative. Em Jochen Schuff e Martin Seel (orgs.). *Erzählungen und Gegenerzählungen. Terror und Krieg im Kino des 21. Jahrhunderts* (pp. 101-124). Frankfurt/ Nova York: Campus.

Haasis, Lucas e Rieske, Constantin (2015). Historische Praxeologie. Zur Einführung. Em Lucas Haasis e Constantin Rieske (orgs.). *Historische Praxeologie. Dimensionen vergangenen Handelns* (pp. 7-54). Paderborn: Schöningh.

Kadelbach, Stefan and Günther, Klaus (2011). Recht ohne Staat? En Stefan Kadelbach e Klaus Günther (orgs.). *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung* (pp. 9-48). Frankfurt/ Nova York: Campus.

Kastl, Jörg Michael (2007). Habitus. En Rainer Schützeichel (org.). *Handbuch Wissenssoziologie und Wissensforschung* (pp. 375-387). Konstanz: UVK-Verlagsgesellschaft.

Koskenniemi, Martti (2007). The fate of public international law: between technique and politics. *Modern Law Review*, *70*(1), 1-30.

Kuntz, Thilo (2016). Recht als Gegenstand der Rechtswissenschaft und performative Rechtserzeugung. Zugleich ein Beitrag zur Möglichkeit von Dogmatik. *Archiv* für die *civilistische Praxis*, *216*(6), 866-910.

Kuntz, Thilo (2017). Rechtliche Gelegenheitsgedichte. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 298-300.

Ladeur, Karl-Heinz (2016). Bruno Latour und die Kreativität des Rechts. Em Twellmann, Marcus (org.). *Wissen, wie Recht ist. Bruno Latours empirische Philosophie einer Existenzweise* (pp. 47-64). Konstanz: Konstanz University Press.

Latour, Bruno (2016). *Die Rechtsfabrik. Eine Ethnographie des Conseil d'État*. Konstanz: Konstanz University Press.

Lepsius, Oliver (2017). Normpluralismus als Ausdruck der Funktionsrationalität des Rechts. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 152-161.

Lüderssen, Klaus (2003). *Hans Kelsen/Eugen Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft. Eine Kontroverse (1915/1917)*. Baden-Baden: Nomos.

Menski, Werner (2012). Plural worlds of law and the search for living law. Em Gephart, Werner (org.). *Rechtsanalyse als Kulturforschung*. Frankfurt, 71-88.

Merry, Sally Engle (1988). Legal pluralism. *Law and Society Review, 22*(5), 869-896.

Michaels, Ralf (2009). Global legal pluralism. *Annual Review of Law and Social Science, 5*, 243-262.

Mohnhaupt, Heinz (2017). Formen und Konkurrenzen juristischer Normativitäten im "Ius Commune" und in der Differentienliteratur (17./18. Jh.). *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 115-126.

Möllers, Christoph (2015). *Die Möglichkeit der Normen*–Über *eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*. Frankfurt: Suhrkamp.

Moore, Sally Falk (1973). Law and social change: the semi-autonomous social field as an appropriate subject of study. *Law & Society Review*, *7*, 719-746.

Oestmann, Peter (2015). Gemeines Recht und Rechtseinheit. Zum Umgang mit Rechtszersplitterung und Rechtsvielfalt im Mittelalter und Neuzeit. En Eva Schumann (org.). *Hierarchie, Kooperation und Integration im Europäischen Rechtsraum. 17. Symposion der Kommission "Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart"* (pp. 1-50). Berlim: De Gruyter.

Oestmann, Peter (2017). Und grün des Lebens goldner Baum. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 323-325.

Reckwitz, Andreas (2003). Grundelemente einer Theorie sozialer Praktiken. Eine sozialtheoretische Perspektive. *Zeitschrift für Soziologie*, *32*(4), 282-301.

Schuppert, Gunnar Folke (2017). The languages of multinormativity. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 229-239.

Schützeichel, Rainer (2012). "Implizites Wissen" in der Soziologie. Zur Kritik des epistemischen Individualismus. Em Loehnhoff, Jens (org.). *Implizites wissen. Epistemologische und handlungstheoretische perspektiven* (pp. 108-128). Weilerswist: Velbrück.

Seinecke, Ralf (2015). *Das Recht des Rechtspluralismus*. Tübingen: Mohr Siebeck.

Seinecke, Ralf (2017a). Rechtspluralismen. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 301-306.

Seinecke, Ralf (2017b). Rechtspluralismus in der Rechtsgeschichte. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 215-228.

Steiger, Heinhard (2010). *Die Ordnung der Welt. Eine Völkerrechtsgeschichte des karolingischen Zeitalters (741 bis 840)*. Köln: Böhlau.

Stollberg-Rilinger, Barbara (org.) (2005). *Was heißt Kulturgeschichte des Politischen?* Berlim: Duncker & Humblot.

Stollberg-Rilinger, Barbara (2013a). *Des Kaisers alte Kleider.Verfassungsgeschichte und Symbolsprache des Alten Reiches.* Munique: C.H. Beck.

Stollberg-Rilinger, Barbara (2013b). Einleitung. Em Andreas Pietsch e Barbara Stollberg-Rilinger (orgs.). *Konfessionelle Ambiguität–Uneindeutigkeit und Verstellung als religiöse Praxis in der Frühen Neuzeit* (pp. 9-26). Heidelberg.

Tamanaha, Brian Z. (2001). *A general jurisprudence of law and society*. Oxford, UK: Oxford University Press.

Tamanaha, Brian Z. (2008). Understanding Legal Pluralism: past to present, local to global. *Sydney Law Review*, *30*, 375-411.

Teubner, Gunther (1996). Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, *Rechtshistorisches Journal*, *15*, 253-255.

Thiessen, Hillard von (2015). Normenkonkurrenz. Handlungsspielräume, Rollen, normativer Wandel und normative Kontinuität vom späten Mittelalter bis zum Übergang zur Moderne. In

Arne Karsten e Hillard von Thiessen (orgs.). *Normenkonkurrenz in historischer Perspektive* (pp. 241-286). Berlim: Duncker & Humblot.

Twining, William (2010). Normative and legal pluralism: a global perspective. *Duke Journal of Comparative & International Law*, *20*(3), 473-517.

Twining, William (2012). Legal Pluralism 101. Em Brian Z. Tamanaha et al. (orgs.). *Legal pluralism and development. Scholars and practitioners in dialogue* (pp. 112-128). Cambridge: Cambridge University Press.

Valcke, Catherine (2014). Three perils of Legal Pluralism. Em Seán Patrick Donlan e Lukas Heckendorn Urscheler (orgs.). *Concepts of law. comparative, jurisprudential, and social science perspectives* (pp. 123-135). Farnham: Ashgate.

van't Foort, Sander (2017). The history of national contact points and the OECD guidelines for multinational enterprises. *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 195-214.

Vec, Miloš (2009). Multinormativität in der Rechtsgeschichte. Em Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (org.). *Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften 2008* (pp. 155-166). Berlim.

Vec, Miloš (2017). Zuviel der Ehre! *Rechtsgeschichte–Legal History*, *25*, 336-339.

Vesting, Thomas (2015). *Rechtstheorie. Ein studienbuch.* München: C.H. Beck.

Viellechner, Lars (2013). *Transnationalisierung des Rechts*. Weilerswist: Velbrück.

The normative fabric of conviviality

Samuel Barbosa
Universidade de São Paulo / Mecila

Doi: 10.54871/mc24pd1d

Introduction

Apart legal pluralism, there is a curious inflation of expressions in contemporary legal discussion to reflect on normative multiplicity: many legalities, entangled legalities, hybrid laws, normative pluralism, jurisdictional complexity, law's many bodies, to name a few examples, and what will interest us in this work, multinormativity. A keen awareness of the diversity of law in different conjunctures of the past and present, and the collisions in contemporary transnational law are some of the reasons for coining pertinent headings to understand the issue or to create decision-making tools (Hespanha, 2016). Each new proposal, however, is called upon to prove its worth in comparison with the more widespread and influential discussion on legal pluralism that has accumulated, since at least the 1970s, an extensive and ramified literature (Tamanaha, 2021; Guevara Gil and Thome, 1992). After all, to stay within the limits of this contribution, in what sense does multinormativity raise attention to distinct and

fruitful questions beyond the rich literature of legal pluralism? This question prepares us to investigate the normative dimension of conviviality. Thus, we ask about the heuristic gains of discussing the concepts of multinormativity and conviviality together.

The interest in the intersecting debate of legal pluralism, multinormativity and conviviality is directed towards alternative analytical perspectives to the influential conception of law as a normative system. This conception has advantages for contemporary legal theory in terms of information processing, but it exhibits bias in the comparative study of other historical conjunctures and blocks the understanding of the social and cultural bases of normative production in past and present societies. I argue that multinormativity replaces the image of discrete normative orders in collaboration, conflict or indifference, which is a characteristic of many versions of legal pluralism, in favour of translation practices that give shape to the normative fabric of convivial configurations.

In the next section, I present the praxeological concept of multinormativity, introduced in legal history by Thomas Duve, as well as the corresponding criticisms of legal pluralism. I then discuss the thesis of discontinuity between old and new legal pluralism, proposed by Tamar Herzog, which raises serious doubts about the generic use of legal pluralism for different historical conjunctions. This background serves to prepare the discussion of the collaboration between the concepts of multinormativity and conviviality that will occupy the third section of the chapter. Finally, I analyse three historical examples of normative production by translation practices and their contribution to the composition of conviviality.

The point of multinormativity

A spectre haunts the discussion of legal pluralism: the counter-concept of legal monism, also called "legal centralism" in the influential text by Griffiths (1986), whose emblem par excellence is state law

(Gonçalves, 2023). Although the effort is to question the exclusive link between law and statehood, as well as the unity of state law, paradoxically many analyses of legal pluralism have state law as an insurmountable horizon. This is the case, for example, with the study of native legal orders in colonial societies vis-à-vis the attempt to impose the coloniser's law. Informal and parallel legal orders in different societies (colonial or not), described by sociological or ethnographic research, are defined in contrast to state law (in the end, "parallel" and "informal" in relation to what?). The validity and effectiveness of transnational law is often compared to (inter-)state law. The spectre does not disappear when the interest is in studying the internal diversity of state law, made up of norms from different times and places, special legal regimes for ethnic groups and other markers of difference. Indeed, Humfress (2023) argues that legal pluralism is part of the mythology of modern law, not an alternative to it. This is also one of Duve's premises (this volume) in his critique of legal pluralism and a reason for developing the concept of multinormativity.

Recently introduced from the history of law by Miloš Vec (2009), multinormativity refers to ceremonial normativity in the societies of the ancien régime and the technical norms of standardisation in industrial society, such as the definition of the design of the screw. The liberating gesture was to describe normativities that were not thematised by legal literature without raising the prior question of demarcating the legal/non-legal.

With Duve (2017; 2021; 2022a; 2022b), the concept of multinormativity takes on more ambitious analytical contours. It is part of a research programme for writing the history of law as an alternative to the grand narrative of the history of European law of scientification and rationalisation promoted by jurists. In other words, it is a critique of the history of the formation of learned law and its transformation into the state law of constitutionalism and the codifications of modernity. Losano (2002) summarised this long teleology as the

work of building a system of concepts (legal dogmatics) and a system of legal norms.

To introduce the concept of multinormativity within this larger research programme, it is useful to outline an image of thinking that is influential among jurists and also in the social sciences. Law would predominantly be made up of legislated rules created, applied and enforced by state bodies. Parliament, Administration, Judiciary and Police carry out the dynamics of law in this arc that goes from the establishment of legislation (e.g. prohibiting a behaviour), through the judicial process (e.g. proving the facts and deciding on a sanction) and leading to execution (e.g. the imprisonment of the person convicted of murder). Norms explicitly define obligations, prohibitions, permissions and rights, which are open to interpretation, a task that is undertaken by holders of specialised knowledge (jurists). Other types of law are defined on the basis of this central case: international law is created by states and is valid within the territory of a sovereign unit when it is recognised by it; the extent of the normative power of entities such as churches, companies and associations is defined by the state law to which they are subordinate. Of course, this image is not the only one available, nor is it complete. Other features would emphasise the problem of the effectiveness of this set of rules for choices of action; counter-examples could also be mentioned, such as a transnational law that is not created by states. In any case, the image captures the prototype of contemporary law that is the reference standard for descriptions that extend (to other periods), complete, correct or attempt to question this paradigm.

The role played by the concept of multinormativity is to emphatically place the problem of normative production on a new footing that problematizes this image of thought. Firstly, instead of centralising the work of jurists, Duve draws attention to the different collectives that produce normativity and law. Secondly, and more fundamentally, underlying any explicit work of creating and applying the law, there is a background normativity, made up of implicit practices and knowledge. The creation or application of a law, for

example, is not conditioned solely by the express legal knowledge of jurists, nor does it have a basis of validity only in other explicit rules, but is based on implicit practical assumptions, on a basic normative knowledge that can be reconstructed by historiography. European jurists developed a theory of the sources of law in order to select legal normativity, i.e. law would be produced in the form of legislation, judicial decisions, customs, etc. They also developed doctrines of interpretation and argumentation for the purposes of applying the law. Duve's suggestion is that the production of law is not explained exclusively by the sources of law and the doctrine of interpretation. Multinormativity refers to this explicit normativity, but also and above all to background normativity, practices and reserves of knowledge. Multinormativity in an emphatic sense refers to the background of the practices that underpin normative production. Using Hart's (1961) vocabulary, he suggests that the primary rules of obligation and the secondary rules that explicitly regulate the creation and application of law are anchored in fundamental practical conventions, which he calls tertiary rules.

I think it can shed light on the argument to remember the analytical thesis that a rule is not enough to define its application (Bloor, 1997, p. 2). A legal source is not enough to guide its use. For example, it's not enough to have a rule to know how to apply it, nor is it enough to indicate the interpretative method for applying it, because it would not know how the method should be used. The method is an explicit rule for interpreting a rule, but it needs another rule and so on. However, there is an application of rules that are not paralysed by this regression, which presupposes implicit presuppositions, the basic normative knowledge that defines their correct application.

The theses articulated in the concept of multinormativity, notably the importance of the background of normative knowledge practices, have been incorporated into the larger research programme that seeks contacts with the history of knowledge, the sociology of conventions and other analytical offerings. It is possible to parallel the turn from the history of science centred on the European Scientific

Revolution as a model of rationality to the history of knowledge practices located in different societies and times; and the turn from a history of European legal science to the historical regimes of normative knowledge (Renn, 2014). It is not certain that the label "multinormativity" will continue to feature prominently in the programme's development. The problem signalled by the concept, however, remains central and is subsumed in the concept of the historical regime of normativity, defined as "a form of observation of stabilised arrangements of knowledge of normativity in relation to a particular field of action" (Duve, 2022b, p. 2). Knowledge comprises "discourses, practices, rules, norms, and principles, as well as their contingent conditions" (Duve, 2022b, p. 2). Normativity expresses the characteristic of bindingness (Duve, 2021, p. 58) and "generalised behavioural expectations" (Duve, 2022b, p. 3).

A key part of the research programme is the concept of cultural translation, used to describe normative production. Collectives use knowledge resources to produce normativity. As an example, Duve and Danwerth (2020) coordinated research into the practices of epitomising normative knowledge in the colonial Iberian empires. The book deals with a widespread genre called pragmatic literature, such as catechisms, formularies and manuals. The traditional emphasis of historiography was on the great treatises written by university jurists. In his introduction, Duve distinguished between two types of translation in the production of normativity. On the one hand, there is the translation of locally produced information into generalised normative knowledge that can be condensed, for example, in a brocardo, and preserved and disseminated in some media, such as print; on the other hand, there is the translation of generalised knowledge into the production of a normative solution in a concrete case. Not only university lawyers take part in these translation practices, but also different epistemic communities and communities of practice. The translations use reserves of knowledge, and depend on the implicit background of knowledge.

Does "old" legal pluralism exist?

Herzog (2021) proposed a thesis on the discontinuity between "the old and the new" legal pluralism in Latin America. The new legal pluralism is evidenced by constitutional reforms since the 1980s, recognising to a greater or lesser extent plurinationality, special rights for ethnic collectivities, political autonomy and courts for traditional communities. This legal pluralism is supported by local and transnational social movements, with the support of the United Nations (Thornhill, 2018). In turn, the "old" legal pluralism is summarised in the thesis of the two republics that separated, on the one hand, Spaniards, Spanish judges and Spanish law, and on the other, the natives with their customary law and their authorities (Deardorff, 2018). Formulated by historiography since the 1960s, it is noteworthy that the two republics model mirrored the ongoing discussion about legal pluralism in the colonies in the 20th century, which opposed discrete normative orders, i.e. native law to the coloniser's law.

Since the 1980s, a new political-institutional historiography, initially by Iberian and Italian authors, has brought a more complex picture to the law of ancient régime societies (Hespanha, 1994; Clavero, 1991; Costa, 1969; Garriga, 2006. Without presupposing a Leviathan, both on the peripheries and in the centre of the monarchies, there was a society organised by multiple political bodies, guilds and republics. This was the case with cities, professional guilds, judicial institutions, the family, religious orders, pueblos and Indian reductions, etc. Ancien régime society was a "republic of republics" (Agüero, 2016, p. 41). Graubart (2015, p. 197) is emphatic in pointing out that "rather than two racialised republics, the Castilian kingdoms were ruled via a network of legal entities and multiple republics". Herzog emphasises that jurisdiction was distributed among the various corporations that were not bound to a legal system of their own. Law was an amalgam of different sources, Roman, canon, feudal, customary, local and crown law (Herzog, 2021, p. 710; Hespanha, 2014).

Each authority with jurisdiction was in charge of concretising this constellation of norms for the specific case. Indigenous authorities could apply Spanish law and Spanish judges could apply native law. Indians, for example, were subject to indigenous law, crown law, canon law, etc.; they enjoyed their own status as miserables within Spanish law (Herzog, 2021, pp. 711-712).

Soon after, Herzog (2023, p. 6) characterises this framework as "polyphonic and polycentric" and concludes that "it had very little to do with legal pluralism the way it is characterised today". Strictly speaking, there is no plurality of interacting legal systems in corporate society, there are no discrete parallel legal orders, clashing or collaborating in the same social space. Law is concretised locally from a diverse repertoire of norms. In corporate societies, "republics of difference" (Graubart, 2022), the law defined differences according to a variety of criteria, ethnicity being just one of those used. For Herzog (2023, p. 9), the importance of stressing the discontinuity between the old and the new pluralism lies in challenging uses of the past that essentialise contemporary groups and their practices.

With regard to the use of the concept of legal pluralism, António Manuel Hespanha, one of the main names in the renewal of the political-institutional and legal history of the Iberian Empires, does not hesitate to employ it to describe the composite monarchies in Europe and overseas (Hespanha, 2014). However, the detailed descriptions he offers can lead us to question the usual view of legal pluralism based on the relationship between distinct normative orders in the same space. To name just one work from his vast oeuvre, Hespanha (2012) presented a parallel between the different political structures of the Portuguese empire and "legal pluralism" or the "entanglements of legal orders". There was a "plasticity of organisation", with very diverse government structures, such as municipalities, captaincies, fortresses, vassalic alliances, trade monopolies, patronage, etc. In describing legal pluralism, Hespanha shows that there was no clear separation between the Crown's law applicable to Portuguese citizens, the indigenous people's own law and the law of foreigners. Enslaved people,

for example, were subject to the law of the kingdom as members of the domestic community. Indigenous people were tutored under the status of miserables. Foreigners could be considered "territorial subjects'" under the laws of Portugal. There were cases of vassalage treaties that subjected Portuguese to local native justice. What emerges from these cases, rather than the relationship between different normative orders, is the creation of a diverse, hybrid normative fabric, with variable formalisation, supported by different polities.

Cross-fertilisation between conviviality and multinormativity

The concept of legal pluralism was used in the study of *convivencia*, one of the expressions that sometimes appears in genealogies of conviviality. The thesis of the *convivencia* of Muslims, Jews and Christians in medieval Spain was critically introduced by Américo de Castro (1948) to problematise the essence of an eternal Spain from "Seneca to Unamuno". Castro idealised the formation of the Spanish way of life based on religious syncretism, with "interpenetration, interdependence and cultural coexistence" (Szpiech, 2013, p. 136). Some historians of the period have drawn on the concept of legal pluralism to describe each community's own law, each with authorities that had jurisdiction over its members. The descriptions, nevertheless, reveal the complexity of the interactions, with translations between legal regimes, daily negotiations and cross-cutting between the various communities (Graubart, 2019; Deardorff, 2018). Everything suggests that the analytical offerings of the concept of multinormativity could usefully be employed to describe relations of coexistence. In an important review, Soifer observed that

> Paradoxically, the practical arrangements that enabled the religious minorities' existence within the host societies remain poorly understood. There is yet much to be done in order to tease out the social,

> political, and cultural conventions that made coexistence possible and that eventually failed to prevent its collapse. (Soifer, 2009, p. 31)

The promise of multinormativity is precisely to analyse cultural conventions. At the same time, the concept of multinormativity should be enriched by encountering the problem of coexistence.

In any case, Castro's thesis, called the "Copernican revolution in Spanish historiography" (Hillgarth, 1985, p. 33), opened up fierce polemics (Wolff, 2009). Some authors have opted for a re-reading of the concept based on anthropology (Glick and Pi-Sunyer, 1969), while others prefer expressions less laden with assumptions, such as "coexistence" characterised by mutual influence, rivalries and conflicts (Soifer, 2009, p. 136). Taking advantage of this warning, I am not going to go into the controversial field of the concept of *convivencia*. Next, I will develop the collaboration between the concept of conviviality and multinormativity. This encounter is promising for their mutual fertilisation.

To begin with, it is worth emphasising that conviviality is not a fundamental concept in the social sciences and humanities, like the concept of power, class or gender. Its importance is pragmatic; it serves to focus on specific problems. For Heil (2015), conviviality points to a mode of sociability in the context of cultural and social differences, in unequal societies and with asymmetrical power structures. It raises the question of the ability of different people to live together, negotiating their differences in conditions of inequality. They carry out translations that make it possible for minimal local consensus to emerge. It is a fragile sociability; there is potential conflict, uncertainty, discontinuities and ruptures. Conviviality focuses neither on processes of integration, where differences cease to make sense, nor on processes of forced exclusion, violent elimination, absence of negotiation.

For the sake of a more detailed discussion, I shall rephrase this formulation. Conviviality focuses on the dynamics of the composition of social bonds based on cultural differences in practical tension

with asymmetries and inequalities. These are fragile relationships (precarious, conflictual and unstable). The composition of social ties both concretises available normative resources and produces new normativity.

The cross-discussion of conviviality and multinormativity enhances the understanding of normativity. In addition to Duve's suggestion of defining normativity in terms of expectations and the binding nature of behaviour, we will introduce it as a type of knowledge that employs bipolar criteria of correctness/non-correctness to evaluate actions, or more generally, a state of affairs. Used as a criterion for correction/non-correction, the rule is distinguished from regularity or the norm of what normally happens. This conception is captured in Hart's concept of the social rule as a criterion for justifying actions that follow the rule and for criticising contrary action (Hart, 1961). In order to maintain the fruitfulness of the concept and guarantee its use for cross-cultural comparisons, it is useful not to restrict the ways in which normativity can be expressed. It can be expressed in an explicit proposition (e.g. a legislated rule), but also in images, in rituals, in practical appreciation, etc.; it can manifest itself in the know-how of a practice. Normativity can be embodied (e.g. as a way of speaking, moving, interacting). Normativity can be learnt through explicit propositions, but also by imitating examples, training, etc. These indications form part of the concept of multinormativity and can be used fruitfully to study the normative dimension of conviviality. Heil (in this book) makes use of the literature of the anthropology of morality and ordinary ethics to focus precisely on this normative dimension of conviviality. At the same time, the everyday scale favoured by the concept of conviviality rejects the so-called *régulisme* (Bourdieu, 2015), i.e. the conception that social action necessarily requires the formulation of discrete normative propositions. The practices of conviviality explore different modalities of normative knowledge, without privileging normative propositions.

The second aspect of the convergence of conviviality and multinormativity is the valorisation of the local scale of social and

normative reproduction. Practices are localised, the use of normative knowledge is local. By remaining on the scale of everyday life, conviviality contributes to drawing multinormativity into localisation. One of the directions of normative translation is decontextualization, i.e. normative knowledge produced in one place is generalised, condensed, inscribed in some medium so that it can be used in another. The risk is to emphasise the decontextualised normative product as such. Looked at closely, the knowledge is produced locally and applied locally, even if the second location is different. But multinormativity does not identify localisation and everyday life. There are formalised and institutionalised places of normative production. Multinormativity takes advantage of the accumulated reflection on the constitution of legal spaces, which has implications for the study of conviviality.

Legal space is a perspective on the circular and mutually constitutive relationship between law and space; it seeks to observe how law constitutes social space and how it is constituted by it (Albani, Barbosa and Duve, 2014). On the one hand, law is one of the normative modes that give meaning to space, configuring it in different ways: private property, territories, jurisdictions, immunity zones, areas of passage or restricted access, borders, etc. Law and other social norms produce obligations, privileges and permissions about the appropriate place for people, creating "moral geographies", i.e. what space is appropriate according to gender, race and legal status. The law is, in fact, one of the most important normative ways of defining the belonging and exclusion of people in relation to a space that is created by these normative limits. The definition of citizenship and nationality therefore depends on the relationship between law and space. On the other hand, space presents a set of conditions that enable and limit the reproduction of law. The assumption is that in space the meaning of law is interpreted, negotiated, contested, transgressed, resisted and forgotten. Which participants are involved in these practices, as well as the situated relations of power, are decisive factors in the formation of law. Distances, another factor, limit the law

that can be known and its effects. Thinking about the formation of legal meaning in specific spaces is, in fact, an alternative perspective to the current conception of law as a system of previously constituted norms.

The fragility of convivial relations is another relevant aspect for correcting the bias that values the stabilising function of normative orders. Law is often thought of in terms of social control (Strathern, 1985). In contrast, the fragility of conviviality points to the fluctuations, flows, lines of flight, of normative arrangements. There is undoubtedly an ambivalence in the fragility of conviviality that can express the precariousness of normative agreements and insurmountable conflict, but also the opportunity for resistance to illegitimate heteronomous determinations.

This aspect is related to two other elements of the concept of conviviality: practical tension with inequalities and the performance of difference. Using the vocabulary of ordinary ethics, the practical tension was enunciated by Lambek:

> Ethnographers commonly find that the people they encounter are trying to do what they consider right or good, are being evaluated according to criteria of what is right and good, or are in some debate about what constitutes the human good. Yet anthropological theory tends to overlook all this in favor of analyses that emphasize structure, power, and interest. (Lambek, 2010, p. 1)

Lambek's point was to demarcate a space of ethical problems neglected by the literature that Ortner (2016) called "dark anthropology". On the one hand, conviviality expresses a normative way of life aspired to by participants; on the other, it is actualised under structural conditions of inequality, oppression, domination and power. The practical tension is an antinomy because there is normativity on the side of conviviality as well as on the side of structural conditions. Multinormativity offers a vocabulary to describe the rights claims, evaluations, ethical choices of relations of conviviality and the normative regime that constitutes these structural conditions.

Lastly, the concept of conviviality has been used as an alternative to assimilationist policies and multiculturalism. Gilroy (2004, p. xi) questions the ambivalent use of identity to analyse race, ethnicity and politics. In contrast, "the radical openness that brings conviviality alive makes a nonsense of closed, fixed, and reified identity and turns attention toward the always-unpredictable mechanisms of identification". Costa (2007) discusses how the concept of conviviality incorporated the post-structuralist interpretation of difference that transpires in Gilroy and others. Conviviality as a process of cohabitation and interaction is a performance of differences; differences are constructed in the process of manifestation, they do not express a "cultural stock. The appeal to an original tradition is best understood as an act of performance (Costa, 2016, p. 12). Almost certainly law has worked as a tool for identification and has served assimilationist and multicultural policies (Góngora Mera; Vera Santos and Costa, 2019; Costa, 2016). However, law and multinormativity are also resources for translations and performance of differences.

Exercises of normative translation

The above discussion is indicative of some points of contact between the concepts of conviviality and multinormativity. From a pragmatic point of view, greater analytical detail is productive if done *pari passu* with localised research. The three cases discussed below focus on the problem of the production of normativity through translation processes that challenge the imaginary net separation of normative orders and the internal homogeneity of the state. It is an exploratory foray into three different conjunctures: the production of law within the framework of moral theology (16th century), the construction of a normative system based on the translation of a heterogeneous body of norms (19th century) and the constitutional opening up to an ecology of knowledge in order to produce a special legal regime for indigenous peoples (20th century). The three cases highlight

different collectives for normative production (religious order, professional lawyer, university, social movements) and different normative styles (principles, normative proposition, expert report, and others).

The normativity of moral theology

Religion played a central role in justifying and ruling the conquests of the Iberian empires. Under the terms of various bulls, the monarchies' dominion over lands, seas and populations came in exchange for the obligation to evangelise non-Christians in the Americas, Asia and Africa (Boxer, 2007). Doubts of conscience about trade, slavery, mission, sacraments and conquest stimulated the differentiation of moral theology, which acquired autonomy in the course of the 16th century (Marcocci, 2014; Legendre, 1980). In this context, the work of the Jesuits and canonists such as Martin de Azpilcueta, author of one of the most influential confessors' manuals of the 16th century (Decock, 2018).

The Jesuit Manoel da Nóbrega was the Superior of the Jesuit Mission to Brazil in 1549, the first in the New World (Zeron, 2011). He had been Azpilcueta' student in Coimbra and Salamanca, to whom he wrote letters with information about the mission. Nóbrega also communicated solutions to practical problems regarding marriage, confession and compulsory labour, among other issues, as well as raising doubts. Azpilcueta, for his part, answered queries from Jesuits and the Portuguese king about cases of conscience in America. He also updated the Manual with information and cases from Brazil. There is therefore cultural translation in both directions: the Jesuits use Azpilcueta in Brazil to develop solutions to cases and the canonist reflects on Brazil in the Manual, generalising norms based on information from overseas (Bragagnolo, 2020; Cabral, 2020).

Neither the Jesuits nor Azpilcueta had a set of lapidary rules given *ex ante* by a legislator. They worked with a collection of opinions bequeathed by tradition that needed to be selected, weighed up, agreed

upon; with a collection of theological, canonical and juridical principles; with a rich *topica* (virtues, sins, sacraments, decalogue) to organise knowledge (Barbosa, 2024). The collection was transformed into an interpretation of cases in order to construct a practical and just judgement (Scatolla, 2009). Nelles (2010) argues that the regular practice of Loyola's spiritual exercises promoted frequent writing and cognitive tools for the Jesuits' observation of the world.

This normative production served as a resource for convivial configurations in the hierarchical and unequal space of colonial society. In the 1560s, when the economic vocation of the colony was defined by plantations based on slave labour, there was pressure to increase the trafficking of Africans and the enslavement of natives (Zeron, 2011). Nóbrega was asked to give his opinion on the hypotheses of legitimate enslavement (Cabral, 2020; Ehalt, 2019; Leite, 1965). The Mesa de Consciência (the court of moral theology instituted by the king) and authorities in Bahia enquired about two hypotheses of enslavement: (1) the father who sells his son in great need; (2) someone who sells himself in great need. The norm was not given, it had to be constructed. Nóbrega did not draw on a code, constitution or law to give his opinion. On the one hand, he relied on opinions (arguments from jurists and theologians) and the normative stock of tradition (Eisenberg, 2000; Storck, 2012). On the other hand, he analysed the circumstances of the context ("*quid facti*") because the normative solution needed to be adjusted to the cases. Nóbrega, for example, distinguished between the cases of Indians who sold themselves out of hunger ("extreme need") and therefore legitimate cause for enslavement; and Indians who sold themselves out of fear, fraud, or hunger caused by unjust wars waged by Christians. In the latter case, enslavement was illegitimate (Leite, 1960, p. 481).

In the Manual of Confessors, Azpilcueta translated information from tradition and from Brazil to distinguish legitimate from illegitimate enslavement:

> Si compro hombre que no tuuiesse necessidad extrema de venderse [...] sino que fue hurtado, o tomado de ladrones naturales, o estraños, y lleuado a tierras y gentes estrañas, y a ellas vendido: quales (segun fama) ay hartos negros, y Indios tomados por cossarios christianos, y por ladrones de su tierra vendidos a christianos. M. con obligacion de ponerlo en su libertad. Diximos (que no tuuiesse necessidad estrema de venderse) por los paganos, que compran los christianos enel Brasil, y en otras partes de otros paganos enemigos suyos, que los tienen presos, y los ceuan para matar, y comerlos. Porque estos justamente se pueden vender o consentir, que los vendan, y les quiten la libertad, por saluar la vida. Porque la vida es mas preciosa, que la libertad. Y por que el padre puede vender al hijo en tiempo de hambre extrema. (Azpilcueta, 1556, cap. 23, § 95, p. 480)

The excerpt presents hypotheses that refer to situations of which he has been informed ("segun fama"). Azpilcueta articulated general principles of Roman Law "la vida es mas preciosa que la liberdad" and tópos, such as "necessidad extrema", also used in Brazil. It is a mortal sin (abbreviated as "M.") to buy a man who has been sold if he is not in dire need. Azpilcueta referred to the slave trade (piracy carried out by Christians) and the kidnapping of blacks and Indians, cases which, according to his judgement, generated the obligation to restore freedom. In contrast, a case of extreme necessity was that of Gentiles imprisoned to be eaten, the so-called "presos de corda" in Brazil at the time. In this case, ransom and enslavement had legitimate cause.

Azpilcueta's translation exhibited a complex normative construction. Accepted opinions, *topoi* and cases were combined to present a fair solution. Law was not composed of synthetic rules forming a unitary system, but expressed a body of knowledge to produce solutions adapted to cases.

There was undoubtedly legislation in the ancien régime, but with a different normative style, in contrast to synthetic propositions that defined obligations, prohibitions and rights in a code form (as the Napoleon Code). Laws often responded expressly to cases and

circumstances, such as the Law of 10 September 1611, published to assist settlers who were opposed to the Indian Freedom Law of 1609, which was contested by riots in São Paulo.[1] They made mention of the contexts and reasons justifying the law, not general rules formulated in abstraction, as is typical of the code form. Laws resembled judgements, after all, the king is first and foremost a judge. The key question for the king and those who had jurisdiction was to know the justice of the case (Hespanha, 1994). To do this, it was necessary to receive information, weigh up reasons, discover premises in order to decide. The repertoire for the invention of premises had various sources: literate literature (civil and canonical), the topic of moral theology, styles, customs and laws. Law was framed by rhetoric and political theology. Thus, deciding whether captivity was lawful or unlawful was not just a matter of applying legislated rules that existed finished, but the result of a judgement that mobilised *topoi*, presumptions, burdens and privileges. Extrapolating on the simile of

[1] "E sendo eu informado que com tudo era necessario provêr com differente remedio, mandei, por minha Provisão, passada em 5 de Junho de 1605, que em nenhum caso se podessem os ditos Gentios captivar. E por Lei feita em 30 de Julho de 1609, os declarei a todos por livres, conforme a Direito, e seu nascimento natural, com outras declarações e cousas conteudas na dita Lei. E tornando-a ora a mander ver, e a considerar os inconvenientes, que se representaram, conforme a importancia da materia; e querendo atalhar a elles, e aos que ao diante se podem seguir, e juntamente provêr no que mais convem ao governo dos ditos Gentios, e sua conversão á nossa Santa Fé Catholica, e á conservação da paz d'aquelle Estado, com parecer dos do meu Conselho, mandei ultimamente fazer esta Lei [...] E porque tenho intendido que os ditos Gentios tem guerras uns com os outros, e costumam matar e comer todos os que nellas se captivam, o que não fazem, achando quem lh'os compre; desejando prover com remedio ao bem delles, e salvação de suas almas, que se deve antepôr a tudo; e considerando, como é certo, que nenhuma pessoa quererá dar por elles cousa alguma, não lhe havendo de ficar sujeitos: hei por bem, que sejam captivos todos os Gentios, que, estando presos e captivos de outros para os comerem, forem comprados, justificando os compradores delles, pelas pessoas que, conforme a esta Lei, podem ir ao Sertão com ordem do Governador, que os compraram, estando, como fica dito, presos de outros Gentios para os comerem; com declaração, que, não passando o preço, por que os taes Gentios forem comprados, da quantia que Governador com os adjunctos declarar, serão captivos sómente por tempo de dez annos, que se contarão do dia da tal compra; e passados elles, ficarão livres, e em sua liberdade; e os que forem comprados por mais, ficarão captivos, como dito é" (Silva, 1854, p. 309).

Viveiros de Castro (1992) and Padre Vieira, colonial law was not the marble law of codes and liberal law, but the myrtle law of equitable judgement, fickle, requiring permanent cultivation and adaptation to circumstances.

The making of a system of norms

The second example is part of the legislative reforms of the imperial government in the 19th century in Brazil. It is the context of liberal law, with a Constitution (1824) and Codes (Criminal, 1830; Criminal Procedure, 1832; Commercial, 1850), and the routine production of legislation by Parliament (Dantas and Barbosa, 2021).

In 1855, the government of the Empire of Brazil hired lawyer Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) to work on classifying all the country's legislation and consolidating civil law. Both tasks would be preparatory work for the subsequent drafting of the civil code. The classification work was never completed. The consolidation of civil laws (*Consolidação das Leis Civis*) was delivered in 1857 (Meira, 1983).

The Consolidation followed the method of presentation proposed by the government, which stipulated that the law would be presented in the form of "clear and succinct propositions" and that the law or custom on which the proposition was based should be cited in the footnotes (Teixeira de Freitas, 1876, p. xxxi). The consolidation would be a compilation of the civil law in force, rationalised in the style of normative propositions. The translation work undertaken by Teixeira de Freitas created a system of normative propositions based on the heterogeneous normativity (Byzantine compilation of Roman law, ecclesiastical law, doctrine, ancien régime legislation, the Constitution, jurisprudence, customs, court styles, etc). This normative information was selected, clarified, adapted, and generalised in the form of propositions that were systematised in the Consolidation (Barbosa, 2012). The first edition of the Consolidation, however, was criticised by the imperial government for omitting the rules applicable to slavery. In the second edition of 1865, Teixeira de Freitas introduced the

provisions in force relating to slavery in the footnotes. The "footnote black code", as Eduardo Spiller Pena calls it (Spiller Pena, 2001, p. 75).

See for example Article 1 which stated: "People are considered to be born only when they are formed in their mother's womb; the law preserves their rights of succession for the time of their birth" (Teixeira de Freitas, 1876, pp. 1-2).

The footnote mentioned the sources used to generalise this rule: Philippine Ordinances (Ord.), Digest and Codex, Criminal Code, Regulations, Decrees, books of doctrine (Perdigão Malheiro, Demolombe). It made cross-reference to other provisions in the Consolidation. For example, the first reference in the note stated "Ord. L.3º T.18 §7º, and L.4º T.82 §5º. I have generalised the provisions of Arts. 199 and 1015" (Teixeira de Freitas, 1876, p. 1).

The entry in Philippine Ordinances (L.4º T.82 §5º) provided for hypotheses relating to wills, among them the right to inherit from the "posthumous son", as the doctrine calls him, i.e. the one born after the father's death. Teixeira de Freitas generalised this passage, which was restricted to the right to inherit, to any right of the unborn. Article 1 also illustrates the way in which the rules of slavery were presented. The proposition quoted above did not mention slavery, it only referred to it in the footnote. Teixeira de Freitas generalised a Codex rule on the right to freedom of those who were unborn at the time of the mother's manumission:

> Manumission may be granted to a slave who still exists in the mother's womb. If the mother gives birth to two or more children, freedom is deemed to be given to all of them, even though the testator has only mentioned one - L. 16 Cod. de fideicomiss. libertat. (Teixeira de Freitas, 1876, p. 2)

The length of the notes differed. Some required a more detailed doctrinal discussion to justify the generalisation of the proposition. This is the case with Article 63, which stated:

> The only exception to the plenitude of the right to property, in accordance with Art. 179 §22 of the Constitution of the Empire, will take place when the public good requires the use and utilisation of the citizen's property due to necessity or utility. (Teixeira de Freitas, 1876, p. 70)

The normative repertoire to be simplified, listed in the footnotes, covered the Philippine Ordinances, laws, decrees, court decisions, Roman law and custom. There was also a detailed doctrinal argument about forced manumissions. The question was whether the master of enslaved people could be forced to free them on payment of the price, or whether the hypothesis violated the right to property. Leaving it up to the discretion of the master to decide whether or not to grant a manumission was considered a central feature of the slavery regime and the conviviality between masters and enslaved people in the cities and on the plantations (Chalhoub, 1990; Dias Paes, 2019). Teixeira de Freitas argued that this kind of manumission was in force in civil law. To this end, he compiled provisions from the legal tradition that limited the power of masters, such as the law of 24 December 1734 (slaves who discovered diamonds of twenty carats or more were freed) and a *Aviso* (government official interpretation) of 1856 (slaves who leave the Empire accompanied by their master, when they return, are free). Teixeira de Freitas selected fragments of tradition to propose a rule. Yet there was no consensus that forced manumission was possible under Brazilian law. Only with the Free Womb Law (28 September 1871) was there a legislated rule recognising forced manumission. This rule was quoted by Teixeira de Freitas in the 3rd edition of the Consolidation: "The slave who by means of his *peculio* obtains the means to indemnify his value, has the right to freedom. If the compensation is not fixed by agreement, it shall be fixed by arbitration (art. 4, §2)" (Teixeira de Freitas, 1876, p. 73).

With regard to the legal regime of slavery and convivial relations, João José Reis (2021) discussed cases of enslaved people (not freed people) owning slaves in the city of Salvador (Bahia) in the first half

of the 19th century. With the master's permission, the enslaved could acquire a *peculio*, made up of earnings from their labour and donations. A slave could be part of the *peculio* of another enslaved person. Without naming the concepts of legal pluralism and multinormativity, Reis referred to the complex normativity that shaped the regime of slavery in this context. The "network of convivial relations", as the author calls it, was made up of a detailed set of norms, such as the rule that defined the Church's role in registering baptisms, which in fact generated part of the documentation analysed in this work. Customary norms also predominated, many of which were implicit norms about the reciprocal expectations between the master, his direct enslaved and the enslaved of the enslaved. This study can be read to show that the assumption of an informal legal order parallel to the formal legal order does not seem to capture the dynamics of the use of normativity. In convivial settings, express and implicit norms make up a normative fabric used to negotiate the status of subjects and create fragile compromises in everyday life.

The Consolidation is a prototypical case of jurists rationalising the law. However, the example allows us to emphasise the conditions for the creation of the legal system. It was built by work that selected, adapted and organised the normative knowledge available. The system also depended on media conditions (the printed book with its paratexts, distinguishing the presentation of the proposition from the sources in the footnotes), on the authorisation of valid knowledge (approval by the imperial government). The composition of the system of rules was not stabilised but unfolded over time, i.e. with each edition of the Consolidation the system was modified, complemented and corrected. Despite its influence and wide acceptance in practice, there was controversy as to whether the normative generalisations proposed were correct. See, for instance, criticisms by Antonio Rebouças (Teixeira de Freitas, 1867). Teixeira de Freitas' work and the debates between jurists played with explicit and implicit knowledge, styles of thinking, scholarly practices and the habitus of the legal field.

Ecology of knowledge for the production of normativity

The third translation exercise takes place in the context of the new legal pluralism of Latin American constitutional reforms analysed by Tamar Herzog. The Brazilian Federal Constitution of 1988, drafted with the re-democratisation of the country after the dictatorial period (1964-1985), had the participation of social movements (indigenous, indigenists, the black movement, environmentalists) and was in tune with ongoing transformations in international law to ensure special rights for ethnic and cultural minorities.

With regard to indigenous peoples, to take one example, the Constitution recognised the right to physical and cultural reproduction of the indigenous way of life with no time limit, rejecting the point of arrival of a final assimilation. Indigenous peoples were given the status of bearers of ways of life with a right to the future, no longer as remnants of the past on the verge of extinction. To this end, the Constitution recognised the original rights to the lands traditionally occupied by the Indians, giving the Union the power to demarcate them. Lands of traditional occupation remain in the permanent possession of indigenous peoples, who have the exclusive usufruct of their wealth, without being subordinated to the imperatives of national development projects. The Constitution introduced full recognition of a traditional way of life, with its social organisation, customs, languages, beliefs and traditions (Marés, 1999; Almeida, 2004).

There is no doubt that this constitutional framework allows for multicultural interpretation. But this is not the only possibility. Conviviality and multinormativity make it possible to observe the performance of differences and the translation of normativity into the composition of the collective and the claiming of rights. Uses of the past and cultural practices in the present fuel the production of diacritical traits that differentiate the indigenous collective without freezing an essence (Viveiros de Castro, 2006). In this context, traditionality and ancestry are not synonymous. Traditionality is a way

of life that reproduces the differentiation of the indigenous collective and is orientated towards the future; ancestry is an identification resource, orientated towards the past, which can be used strategically.

The exercise of the right to difference mobilises different types of knowledge. In the case of the administrative process of demarcating traditionally occupied indigenous land, the federal government implements Decree 1.775/96 and other infra-legal rules. The first stage of the administrative demarcation process is for the federal government's Indian assistance agency (now FUNAI) to set up a specialised technical group, coordinated by an anthropologist, with the aim of producing "complementary studies of an ethnohistorical, sociological, legal, cartographic and environmental nature and the land survey necessary for the delimitation" (D. 1775 art. 2, §1). This working group will produce an identification and delimitation report, the headings of which are defined in detail by FUNAI. For example:

> General information on the indigenous group(s) involved, such as cultural and linguistic affiliation, possible migrations, demographic census, spatial distribution of the population and identification of the criteria determining this distribution;
>
> Research into the history of occupation of indigenous land according to the memory of the ethnic group involved;
>
> Description of the group's cosmological aspects, areas of ritual use, cemeteries, sacred places, archaeological sites, etc., explaining the relationship between these areas and the current situation and how this relationship is being addressed in the specific case (Portaria, N° 14/1996)

The report produced by the working group must be approved by a specialised state body (FUNAI), then by the Minister of Justice and finally by the President of the Republic. During this proceeding, there is an administrative hearing with the possible production of new reports. The courts can be sued to suspend or annul the demarcation

process. Once the land has been demarcated, it can also be contested in court (Silva, 2015; Santilli, 1993).

The legal framework for indigenous peoples' territorial rights is therefore based on an ecology of knowledge. The legal definition of indigenous land is not given exclusively by the categories of legal dogmatics, nor is it the result of endogenous interpretation of the legal system. The meaning of "traditionally occupied land" is the result of the combination of the Brazilian state's 'provisions (administrative process), the knowledge of indigenous peoples and the work of academics. The production of the report makes use of historical documentation (notaries, travel narratives, etc.), oral history, ethnographic research and others. It also draws on the accumulated knowledge produced at the University (Barbosa, 2018).

What is the balance of the three examples above? The exercises are approximations intended to suggest the complexity of normative production for the composition of the bonds of conviviality. Norms are not produced by the fiat of an authority, nor do they arise from legal sources. Norms are generalised from information: Azpilcueta learned about the different conditions of the indigenous people (kidnapped, trafficked, imprisoned for cannibalism); Teixeira de Freitas selected and generalised from a kaleidoscope of norms in force; the anthropological report condenses information and has the normative value of evidence for judicial and administrative purposes. Norms are concretised to be applied to cases: Nóbrega proposed solutions based on the normative repertoire; Teixeira de Freitas justified generalisation with a discussion of real or fictitious cases at the bottom of the consolidation; the administrative or judicial decision to demarcate traditionally occupied land uses legislation and anthropological reports. In all three cases, different actors are mobilised to produce norms. Even in the case of Teixeira de Freitas, who at first glance worked alone, there was the counterpoint of the Imperial government, which contracted, defined the mode of presentation (normative style) and evaluated the consolidation work, as well as an

incipient legal public sphere that evaluated the solutions proposed by Teixeira de Freitas.

An understanding of the production of normativity is not gained by assuming discrete legal orders in opposition/collaboration/indifference. Moral theology, spirituality practices, royal orders, information and local norms, to name a few complexes of knowledge and norms, were organised and translated by Nóbrega to act in the context of the missions. The productive question does not seem to be whether moral theology was legal or not, or what the relationship was between moral theology and crown law. The question is what conditions limited and enabled normative translations, i.e. the production of norms from other information and norms.

In the case of indigenous territorial rights, the demand for demarcation is not against so-called official law, but takes advantage of the recognition made by the Constitution. Demarcation is not resolved exclusively with official law, but requires native knowledge to complete the meaning of "traditionally" occupied land. There is an assemblage of constitutional norms, legal and infra-legal norms, international law, native knowledge, ethnohistorical knowledge, etc.

Coda

Conviviality, or living with difference (Gilroy, 2004; Heil, 2020), exploits normativities and conveys them through translations among different collectives. Using the analytical lens of multinormativity to assess the choreography of conviviality has the advantage of avoiding the "legal" symbol, as is present in the concept of "legal pluralism" (Gonçalves, 2023). This prevents the over-inclusive aporia of considering all normativities as law. It suspends *prima facie* the question of the demarcation of legal normativity from non-legal normativity. Multinormativity is flat, without distinguishing between legal and non-legal. For many situations, this differentiation is not productive or does not even make sense. If it is productive and makes sense,

then one can ask what the practical difference of law is, i.e. by whom, when, why, how, in what circumstance the legal symbol is employed and the resulting effects. Furthermore, multinormativity does not form a system of norms, nor is it the set of discrete normative orders in relationship (collaboration, conflict or indifference). The normative fabric of convivial configurations takes place in translations and hybridisations, in contrast to the image of the neat separation and internal homogeneity of states and normative orders. In this sense, multinormativity expresses the normative multiplicity that cuts across pluralism-monism dualism.

A blind spot in the argument deserves to be formulated. Costa (2019) drew attention to the post-humanist lineage of the literature on conviviality. Indeed, Boisvert (2010) invited us to think about the term conviviality from its Greek translation, symbiosis, which points to the multi-species entanglements and interactions between humans and non-humans. The present time is the new climate regime that imposes a reflection of the bases of historical knowledge (Chakrabarty, 2021) and urges us to reconsider the great divide between nature and culture. The "intrusion of Gaia" (Stengers, 2001) challenges the modern constitution (Latour, 1991) that separated a silent reality known to science from the variety of human discourses, ways of acting and living together. This modern constitution has kept apart nature (thing-in-itself) and politics (men-in-themselves), leaving the proliferation of hybrids and quasi-objects unthemed. The point of these observations is to encourage us to realise that without the burden of the modern constitution, the history of knowledge and normativity is open to a more radical exercise of translation, with unexpected results for understanding the composition of collectives and their geohistorical conviviality (Costa, 2019; Manzi, 2020; Dünne, 2023). We definitely need a legal history with more spirits, animals, rivers, trees, food, climate, diseases. For now, within the limits of this chapter, the concepts of multinormativity and conviviality fall short of this line of thought.

Bibliography

Agüero, Alejandro (2016). Local Law and Localization of Law: Hispanic Legal Tradition and Colonial Culture (16th - 18th Centuries). In Massimo Meccarelli and María Julia Solla Sastre (ed.), *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History: Research Experiences and Itineraries* (pp. 101-129). Frankfurt: Max Planck Institute for European Legal History.

Albani, Benedetta; Barbosa, Samuel and Duve, Thomas (2014). La formación de espacios jurídicos iberoamericanos (s. XVI-XIX): actores, artefactos e ideas. Comentarios introductorios. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, (7), 1-8.

Almeida, Alfredo Wagner Berno de (2004). Terras tradicionalmente ocupadas. Processos de territorialização e movimentos sociais. *Revista Brasileira de Estudos Urbanos e Regionais, 6*(1), 9-32.

Azpilcueta, Martín (1556). *Manual de confessores y penitentes*. Salamanca: Andrea de Portonariis.

Barbosa, Samuel (2012). Complexidade e meios textuais de difusão e seleção do direito civil brasileiro pré-codificação. In Marcelo Fonseca and Airton Seelaender (ed.), *História do direito em perspectiva* (pp. 361-373). Curitiba: Juruá.

Barbosa, Samuel (2018). Usos da história na definição dos direitos territoriais indígenas no Brasil. In Manuela Carneiro da Cunha and Samuel Barbosa (ed.), *Direitos dos povos indígenas em disputa* (pp. 125-137). São Paulo: Unesp.

Barbosa, Samuel (2024). Translating Normative Knowledge: Martín de Azpilcueta and Jesuits in Portuguese America (16th Century). In Manuela Bragagnolo (ed.), *The Production of Knowledge of Normativity in the Age of the Printing Press. Martín de Azpilcueta's* Manual de Confessores *from a Global Perspective, Max Planck*

Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds, vol. 4. Leiden: Brill.

Benda-Beckmann, Franz von (2002). Who's Afraid of Legal Pluralism? *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *34*(47), 37-82.

Bloor, David (1997). *Wittgenstein, Rules and Institutions*. London: Routledge.

Boisvert, Raymond (2010). Convivialism: A Philosophical Manifesto. *The Pluralist*, *5*(2), 57-68.

Bourdieu, Pierre (2015). *Esquisse d'une théorie de la pratique*. Paris: Points.

Boxer, Charles (2007). *A Igreja militante e a expansão ibérica: 1440-1770*. São Paulo: Companhia das Letras.

Bragagnolo, Manuela (2020). Managing Legal Knowledge in Early Modern Times: Martín de Azpilcueta's *Manual for Confessors* and the Phenomenon of Epitomisation. In Thomas Duve and Otto Danwerth (ed.), *Knowledge of the* Pragmatici. *Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America* (pp. 187-242). Leiden: Brill.

Cabral, Gustavo César Machado (2020). Jesuit Pragmatic Literature and Ecclesiastical Normativity in Portuguese America (16th - 18th Centuries). In Thomas Duve and Otto Danwerth (ed.), *Knowledge of the* Pragmatici. *Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America* (pp. 151-186). Leiden: Brill.

Castro, Américo (1948). *España en su historia. Cristianos, moros y judíos*. Buenos Aires: Losada.

Chakrabarty, Dipesh (2021). *The Climate of History in a Planetary Age*. Chicago: University of Chicago Press.

Chalhoub, Sidney (1990). *Visões da liberdade: uma história das* últimas *décadas da escravidão na Corte*. São Paulo: Companhia das Letras.

Clavero, Bartolomé (1991). *Antidora: antropología católica de la economía moderna. Per la storia del pensiero giuridico moderno.* Milano: Giuffrè.

Costa, Pietro (1969). *Iurisdictio. Semantica del potere politico medievale (1100-1433)*. Milano: Giuffrè.

Costa, Sérgio (2007). De la asimilación a la convivencia: conceptos y contextos de la política inmigratoria. In Isabel Yépez del Castillo and Gioconda Herrera, *Nuevas migraciones latinoamericanas a Europa. Balances y desafíos* (pp. 269-285). Buenos Aires/ Quito: CLACSO.

Costa, Sérgio (2016). Freezing Differences: Politics, Law, and the Invention of Cultural Diversity in Latin America. *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, *3*(2), 8-32.

Costa, Sérgio (2019). The neglected nexus between conviviality and inequality. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 15-32.

Dantas, Monica Duarte and Barbosa, Samuel (2021). Disputas no direito, tensões na história: ordens normativas e formação multissituada do direito. In Monica Duarte Dantas and Samuel Barbosa (ed.), *Constituição de poderes, constituição de sujeitos: caminhos da história do Direito no Brasil (1750-1930)* (pp. 10-15). São Paulo: Instituto de Estudos Brasileiros.

Deardorff, Max (2018). Republics, Their Customs, and the Law of the King: Convivencia and Self-Determination in the Crown

of Castile and Its American Territories, 1400-1700. *Rechtsgeschichte—Legal History*, (26), 162-199.

Decock, Wim (2018). Martín de Azpilcueta. In Rafael Domingo and Javier Martínez-Torrón (ed.), *Great Christian Jurists in Spanish History* (116-132). Cambridge: Cambridge University Press.

Dias Paes, Mariana A. (2019). *Escravidão e direito: o estatuto jurídico dos escravos no Brasil oitocentista (1860-1888)*. São Paulo: Alameda.

Donlan, Seán Patrick and Heckendorn Urscheler, Lukas (2016). *Concepts of Law: Comparative, Jurisprudential, and Social Science Perspectives*. London: Routledge.

Dünne, Jörg (2023), Interspecific Contact Scenes: Humans and Street Dogs in the Margins of the City. *Mecila Working Paper Series Nº 54*. São Paulo: The Maria Sibylla Merian International Centre.

Duve, Thomas (2017). Was ist "Multinormativität"? Einführende Bemerkungen. *Rechtsgeschichte—Legal History*, (25), 88-101.

Duve, Thomas (2020). Pragmatic Normative Literature and the Production of Normative Knowledge in the Early Modern Iberian Empires (16th - 17th Centuries). In Thomas Duve and Otto Danwerth (ed.), *Knowledge of the* Pragmatici. *Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America* (pp. 1-39). Leiden: Brill.

Duve, Thomas (2021). Rechtsgeschichte als Geschichte von Normativitätswissen?. *Rechtsgeschichte—Legal History*, (29), 41-68.

Duve, Thomas (2022a). Legal History as a History of the Translation of Knowledge of Normativity. *MPILHLT Research Paper Series*, (16), 1-12.

Duve, Thomas (2022b). Legal History as an Observation of Historical Regimes of Normativity. *MPILHLT Research Paper Series*, (17), 1-10.

Duve, Thomas and Danwerth, Otto (ed.) (2020). *Knowledge of the* Pragmatici. *Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America* (pp. 187-242). Leiden: Brill.

Ehalt, Rômulo (2019). Defesas jesuítas da escravidão voluntária no Japão e no Brasil. *Revista Brasileira de História*, *39*(80), 87-107.

Eisenberg, José (2000). *As missões jesuíticas e o pensamento político moderno. Encontros culturais, aventuras teóricas*. Belo Horizonte: UFMG.

Garriga, Carlos (2006). Justicia animada: dispositivos de la justicia en la monarquía católica. *Cuadernos de derecho judicial*, (6), 59-106.

Gilroy, Paul (2004). *After Empire: Melancholia Or Convivial Culture?* London: Routledge.

Glick, Thomas (1992). Convivencia: An Introductory Note. In Vivian Mann Mann, Thomas Glick and Jerrilynn Dodds (ed.), *Convivencia: Jews, Muslims, and Christians in Medieval Spain* (pp. 1-9). New York: The Jewish Museum.

Glick, Thomas and Pi-Sunyer, Oriol (1969). Acculturation as an Explanatory Concept in Spanish History. *Comparative Studies in Society and History*, *11*(2), 136-54.

Gonçalves, Ricardo Juozepavicius (2023). *Multinormatividade, reconhecimento e nomos: Elementos para uma teoria crítica do direito* [*Ph.D.* dissertation]. Universidade de São Paulo, Brasil.

Góngora Mera, Manuel; Vera Santos, Rocío and Costa, Sérgio (2019). *Entre el Atlántico y el Pacífico Negro. Afrodescendencia y*

regímenes de desigualdad en Sudamérica. Madrid: Iberoamericana Editorial Vervuert.

Graubart, Karen (2015). Learning from the Qadi: The Jurisdiction of Local Rule in the Early Colonial Andes. *Hispanic American Historical Review*, *95*(2), 195-228.

Graubart, Karen (2019). Imperial Conviviality: What Medieval Spanish Legal Practice Can Teach Us About Colonial Latin America. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 67-83.

Graubart, Karen (2022). *Republics of Difference: Religious and Racial Self-Governance in the Spanish Atlantic World*. Oxford: Oxford University Press.

Griffiths, John (1986). What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, *24*(1), 1-55.

Guevara Gil, Armando y Thome, Joseph (1992). Notes on Legal Pluralism. *Beyond Law*, *2*(5), 75-102.

Hart, Herbert L. (1961). *The Concept of Law*. Oxford: Clarendon Press.

Heil, Tilmann (2015). Conviviality: (Re-)negotiating Minimal Consensus. In Steven Vertovec (ed.). *Routledge international handbook of diversity studies* (pp. 317-324). London: Routledge.

Heil, Tilmann (2020). *Comparing Conviviality. Living with Difference in Casamance and Catalonia*. Basingstoke: Palgrave.

Herzog, Tamar (2021). Latin American Legal Pluralism: The Old and The New. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, (50), 705-736.

Herzog, Tamar (2023). The Uses and Abuses of Legal Pluralism: A View from the Sideline. *Law and History Review*, pp. 1-12. https://doi.org/10.1017/S0738248023000160

Hespanha, António Manuel (1994). Às *vésperas do Leviathan, instituições e poder político: Portugal, século XVII*. Coimbra: Livraria Almedina.

Hespanha, António Manuel (2012). Modalidades e Limites do Imperialismo Jurídico na Colonização Portuguesa. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* (41), 101-35.

Hespanha, António Manuel (2014). The Legal Patchwork of Empires. *Rechtsgeschichte—Legal History*, (22), 303-314.

Hespanha, António Manuel (2016). *Pluralismo Jurídico e Direito Democrático*. Lisboa: Almedina.

Hillgarth, Jocelyn Nigel (1985). Spanish Historiography and Iberian Reality. *History and Theory*, *24*(1), 23-43.

Humfress, Caroline (2023). Legal Pluralism's Other: Mythologizing Modern Law. *Law and History Review*, pp. 1-14. https://doi.org/10.1017/S0738248023000172

Lambek, Michael (2010). Introduction. In Michael Lambek (ed.), *Ordinary Ethics: Anthropology, Language, and Action* (pp. 1-36). New York: Fordham University Press.

Latour, Bruno (1991). *Nous n'avons jamais* été *modernes*. Paris: La Découverte.

Legendre, Pierre (1980), L'Inscription du droit canon dans la théologie. Remarques sur la Seconde Scolastique. In Stephan Kuttner y Kenneth Pennington (ed.), *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law* (pp. 443-454). Vatican: Biblioteca Apostolica Vaticana.

Leite, Serafim (1960). *Monumenta Brasiliae (1563-1568)*, vol. IV. Roma: Monumenta Historica Societatis Jesu.

Leite, Serafim (1965). Nóbrega o 'Doutíssimo' ou a entrada da literatura jurídica no Brasil. In Serafim Leite, *Novas Páginas da História do Brasil* (pp. 117-124). São Paulo: Companhia Editora Nacional.

Losano, Mario (2002). *Sistema e struttura nel diritto, vol. II — Il Novecento*. Milán: Giuffrè.

Manzi, Maya (2020), More-Than-Human. Conviviality-Inequality in Latin America. *Mecila Working Paper Series Nº 29*. São Paulo: The Maria Sibylla Merian International Centre.

Marcocci, Giuseppe (2014). Conscience and Empire: Politics and Moral Theology in the Early Modern Portuguese World. *Journal of Early Modern History*, *18*(5), 473-494.

Marés, Carlos Frederico (1999). *O renascer dos povos indígenas para o Direito* Curitiba: Juruá.

Meira, Silvio (1983). *Teixeira de Freitas: o jurisconsulto do Império, vida e obra*. Brasilia: Cegraf.

Nelles, Paul (2010). Seeing and Writing: The Art of Observation in the Early Jesuit Missions. *Intellectual History Review*, *20*(3), 317-333.

Ortner, Sherry (2016), Dark anthropology and its others. Theory since the eighties. *HAU: Journal of Ethnographic Theory*, *6*(1), 47-73.

Reis, João José (2021). Slaves who owned slaves in nineteenth-century Bahia, Brazil. *Mecila Working Paper Series*, 36. São Paulo: The Maria Sibylla Merian International Centre Conviviality-Inequality in Latin America.

Renn, Jürgen (2014). The Globalization of Knowledge in History and its Normative Challenges. *Rechtsgeschichte—Legal History*, (22), 52-60.

Santilli, Juliana (ed.) (1993). *Os direitos indígenas e a Constituição*. Porto Alegre: Fabris.

Scattola, Merio (2009). *Scientia Iuris* and *Ius Naturae:* The Jurisprudence of the Holy Roman Empire in the Seventeenth and Eighteenth Centuries. In Damiano Canale, Paolo Grossi and Hasso Hofmann, *A History of the Philosophy of Law in the Civil Law World, 1600-1900*, vol. 9 (pp. 1-41). Dordrecht: Springer.

Silva, José Justino de Andrade e (1854). *Collecção Chronologica da Legislação Portugueza — 1603-1612*. Lisboa: Imprensa de J. J. A. Silva.

Silva, Paulo Thadeu Gomes da(2015). *Os direitos dos* índios. *Fundamentalidade, paradoxos e colonialidades internas*. São Paulo: Café com Lei.

Soifer, Maya (2009). Beyond Convivencia: Critical Reflections on the Historiography of Interfaith Relations in Christian Spain. *Journal of Medieval Iberian Studies, 1*(1), 19-35.

Spiller Pena, Eduardo (2001). *Pajens da Casa Imperial: jurisconsultos, escravidão e a Lei de 1871*. Campinas: Unicamp.

Stengers, Isabelle (2009). *Au temps des catastrophes*. Paris: La Découverte.

Storck, Alfredo (2012). The Jesuits and the Indigenous Slavery: A Debate over Voluntary Slavery in Brazilian Colonial Period. *Medievalista*, (31), 67-80.

Strathern, Marilyn (1985). Discovering 'Social Control'. *Journal of Law and Society, 12*(2), 111-134.

Szpiech, Ryan (2013). The Convivencia Wars: Decoding Historiography's Polemic with Philology. In Suzanne Conklin Akbari and Karla Mallette (ed.), *A Sea of Languages: Rethinking the Arabic Role in Medieval Literary History* (pp. 135-61). Toronto: University of Toronto Press.

Tamanaha, Brian (2021). *Legal Pluralism Explained: History, Theory, Consequences*. Oxford: Oxford University Press.

Teixeira de Freitas, Augusto (1867). *Consolidação das leis civis. Observações do advogado Conselheiro Antonio Pereira Rebouças*. Rio de Janeiro: Laemmert. [2nd edition].

Teixeira de Freitas, Augusto (1876). *Consolidação das leis civis.* Rio de Janeiro: Garnier. [3rd edition].

Thornhill, Chris et al. (2018). Legal Pluralism? Indigenous Rights as Legal Constructs. *University of Toronto Law Journal*, *68*(3), 440-493.

Vec, Miloš (2009). Multinormativität in der Rechtsgeschichte. In Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften (ed.). *Jahrbuch der Berlin-Brandenburgischen Akademie der Wissenschaften 2008* (pp. 155-166). Berlin: Berlin-Brandenburgische Akademie der Wissenschaften.

Viveiros de Castro, Eduardo (1992). O mármore e a murta: sobre a inconstância da alma selvagem. *Revista de Antropologia*, *35*, 21-74.

Viveiros de Castro, Eduardo (2006). No Brasil, todo mundo é índio, exceto quem não é. *Instituto Socio-Ambiental*. https://encurtador.com.br/aLQU6

Wolf, Kenneth Baxter (2009). Convivencia in Medieval Spain: A Brief History of an Idea. *Religion Compass*, *3*(1), 72-85.

Zeron, Carlos Alberto (2011). *Linha de fé* : a *Companhia de Jesus e a escravidão no processo de formação da sociedade colonial (Brasil, séculos XVI e XVII)*. São Paulo: Companhia das Letras.

Multinormatividad y pluralismo legal
Vasos comunicantes

Armando Guevara Gil
Universidad de Ciencias Aplicadas

Doi: 10.54871/mc24pd1e

"The reports of my death are greatly exaggerated".
(Cita atribuida a Mark Twain, 1897)

"Cuidémonos de las palabras hermosas".
(Alejo Carpentier, 1963)

Introducción

En sus *Cartas a un joven novelista* (1997), el escritor peruano Mario Vargas Llosa emplea la imagen de los vasos comunicantes[1] para referirse a un recurso narrativo que consiste en entrelazar varios relatos que acaban enriqueciéndose recíprocamente gracias a las confluencias y contrastes que se establecen entre sí. Con la licencia literaria

[1] Vargas Llosa se inspira en el principio hidráulico que explica por qué dos o más recipientes que comparten una fuente llegan a tener el mismo nivel de agua.

del caso, creo que esta metáfora se puede extender para comprender los puntos de encuentro y desencuentro entre multinormatividad y pluralismo legal.

Como Thomas Duve, escribo desde mi "*ineluctable positionality*" (Duve, 2020, p. 75).[2] Y esta me lleva a recordar cómo, allá por los años ochenta, un grupo de profesores y estudiantes de derecho en el Perú empezamos a interesarnos en el pluralismo legal para cuestionar la camisa de fuerza del positivismo jurídico, tan enraizado en las escuelas de derecho de América Latina.[3] En ese momento, el pluralismo presentaba un enorme potencial analítico y político para comprender el fenómeno de la regulación social, desarrollar investigación empírica y proponer un nuevo contrato social (*v*. Guevara Gil y Thome, 1992). Sin embargo, más allá de notables esfuerzos individuales, en el Perú hemos transitado *de la antropologización del derecho a la recaída dogmática*.[4] El pluralismo ha pasado a ser una provincia de abogados formalistas y activistas vociferantes más interesados en el preciosismo legalista y la acción política irreflexiva que en la investigación y teorización. Utilizan "una versión *light*" (Duve, 2017, p. 7), buena para los *slogans*, pero inútil para la tarea del pensar, indagar y proponer.

Es por eso que las críticas de Duve (e. g., 2014, 2017,[5] 2020, 2021, 2022) al pluralismo legal y su propuesta de emplear el concepto de *multinormatividad* para la investigación iushistórica me resultan tan significativas. Ahora bien, como la pobreza teórica que he mencionado no es generalizable a otras latitudes académicas, es productivo

[2] No es el lugar para detallarla, pero los interesados en mis trabajos y perfil académico pueden revisar mi ORCID. Baste indicar que procuro cultivar la historia y antropología del derecho en el Perú. En la actual taxonomía académica pertenezco al etéreo Global South y mantengo vínculos con la academia europea.

[3] Al respecto, ver las insuperables reflexiones de Luis Pásara (2019) sobre los problemas estructurales de la educación legal y el ejercicio del derecho en el Perú. Figura prominente en la reflexión histórica y antropológica del derecho fue, sin duda, Fernando de Trazegnies (Gálvez, 2016; Ramos, 2009). Ver un estado del arte de la antropología del derecho en el Perú hacia fines del siglo XX, en Guevara Gil (1998).

[4] La brillante formulación es de Gálvez Rivas (2016).

[5] Utilizo la traducción al portugués, la cual traduzco al español (ver Bibliografía).

ensayar una lectura, a su vez crítica, de la alternativa planteada por Duve, para identificar los posibles vasos comunicantes que pueden acabar enriqueciendo ambas perspectivas.

Para ello, primero ofrezco una síntesis de las críticas de Duve al pluralismo jurídico. Segundo, reseño el concepto de multinormatividad que propone. Tercero, repaso el ejercicio revisionista que los propios *pluralistas legales*[6] han practicado y, finalmente, propongo una lectura dialógica y recursiva de la multinormatividad y el pluralismo legal.

Crítica al pluralismo jurídico

Duve sostiene, con razón, que en la actualidad circula una versión *light* del pluralismo legal. Esta carece de "poder heurístico" (Duve, 2017, p. 6) por el carácter polisémico, confuso e indeterminado que ha adquirido.[7] Por eso, ya no hay una definición categórica y generalmente aceptada que sea útil para comprender e investigar determinada realidad sociolegal (Duve, 2017, p. 6). El resultado es que "el término ya no obliga a mirar más de cerca", cuando "ese es, precisamente, el valor de un método historiográfico" o etnográfico (p. 7).

El problema heurístico empeora porque ambos términos, *pluralidad* y *legal*, conducen a una perspectiva legalista-estatista. Primero, porque *lo legal* o *el derecho* definen espacios de posibilidad muy restrictivos para reconocer e incorporar en el programa de investigación iushistórica o antropológica formas alternativas de regular la vida social (i. e., no estatales, *premodernas* o globales). Tampoco da cuenta de la posible interacción entre un sistema jurídico estatal y

[6] Como bien anota Duve (2017), este apelativo es hiperbólico. Ver el punto 4.

[7] Seinecke (2018, p. 20) es de la misma opinión: "Too many phenomena go by the legal pluralism label. Too many disciplines use the concept and too many political or intellectual interests are involved in its usage. So legal pluralism is a vague, open and highly contested concept". Igual desazón sobre la pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal expresó Von Benda-Beckmann (2014a).

otros ordenamientos normativos informales o francamente ilegales, lo que da lugar a la hibridación de esferas normativas contradictorias (Duve, 2017, p. 19). Por último, "no hace justicia a los numerosos regímenes normativos históricos centrados no en multitud de leyes sino en jurisdicciones" (p. 7). La asociación entre lo legal o jurídico y el derecho estatal nos impide apreciar la ebullición normativa y su transformación en las sociedades que estudiamos.

Segundo, el término *pluralidad/pluralismo* también es reduccionista porque limita la discusión a cuestiones de validez, demarcación y articulación de los sistemas legales en conflicto. Este ejercicio conduce a establecer categorías descriptivas que, finalmente, se incorporan a los ordenamientos en esquemas y taxonomías unificados. Esta sistematización, paradójicamente, se nutre de la misma concepción unitaria del derecho estatal. Por eso, "no facilita la comprensión de los órdenes ajenos a esa coherencia fundamental" (Duve, 2017, p. 92), con lo cual el programa de estudio de la pluralidad legal se autodisuelve.

A estas fallas geológicas se suma que el concepto, al haber sido acuñado en disciplinas como el derecho, la sociología o la antropología del derecho, carece de rigor histórico. Duve señala, por ejemplo, que la *lex mercatoria* medieval acaba distorsionada en los relatos pluralistas y que el *forum shopping* tiende a asumir que "la elección de una jurisdicción estaría necesariamente asociada a la elección de un determinado derecho" (Duve, 2017, p. 92). Esta suposición bloquea la posibilidad de apreciar los procesos de hibridación, simbiosis e interacción de normas y prácticas que dan nacimiento a escenarios presididos por la interlegalidad. Así, la generación de complejas constelaciones normativas y los procesos de selección, interpretación y adaptación de los recursos legales activados por los actores sociales en casos concretos no son observables bajo la óptica pluralista (Duve, 2020, p. 106).

En el campo de la historia del derecho, los estudios pluralistas se han enfocado en discernir "el pluralismo de las fuentes jurídicas" empleadas por los juristas en la esfera del derecho estatal. Han

dejado de lado a otras comunidades epistémicas y de práctica[8] y a "otros modos de normatividad como las llamadas normas sociales" o formas alternativas y consuetudinarias de regulación que también forman parte del universo normativo de una sociedad (Duve, 2022, pp. 24-26). Para estudiar integralmente ese universo, es indispensable superar el sesgo estatista que elimina "a las prácticas jurídicas y a las normas que subyacen a la praxis" del campo de observación del historiador del derecho (Duve, 2017, p. 6). El análisis debe incluir los saberes prácticos e implícitos, "las presuposiciones y condiciones del actuar jurídico [que] incluyen convenciones, rutinas, normas estéticas [reglas de juegos, normas técnicas, pautas rituales y] la dimensión normativa relativa a la materialidad y [medios de transmisión] del derecho" (Duve, 2022, p. 26; 2017).

Como los pluralistas ni siquiera han percibido este universo normativo enmarañado y amplificado, para examinarlo Duve propone el concepto de multinormatividad.

Multinormatividad

Para el autor, la multinormatividad debe ser un concepto transcultural y transtemporal [*transepochal*] depurado del eurocentrismo que ha caracterizado a la historia del derecho cultivada en el Norte Global y que ha irradiado su influencia a otros continentes (Duve, 2022, p. 58; 2017, p. 93; 2014, p. 58).[9] En el ámbito de la interacción so-

[8] Sobre la importancia de las comunidades epistémicas y de práctica para la historia del derecho, véase Duve (2021, pp. 21-26; 2022, pp. 19-24). Como el mismo autor indica, en rigor no es necesario ni deseable distinguirlas, pero hacerlo tiene como objetivo resaltar "la creación jurídica como actos de la praxis social" y subrayar el papel de las comunidades de práctica en la historia del derecho (Duve, 2022, p. 57, n. 29).

[9] Roberts refiere que M. T. Fögen también procuró desarrollar una definición general del derecho "not dependent on historically changeable contingencies", pero a partir de la teoría de sistemas de Luhmann y Teubner (Roberts, 2002, p. 22; 2005, p. 3, n. 15). En la antropología del derecho, la búsqueda de una definición científica para comparar derechos u ordenamientos normativos tiene una larga historia. Sus contingencias están graficadas en la polémica entre Max Gluckman y Paul Bohannan: emplear

cial, el término incluye a "los recursos normativos [potencialmente conflictivos] que están disponibles para la solución de un problema o la configuración de una situación". En el ámbito de la regulación, "debería analizar las constelaciones y modalidades normativas [a la par que] debería abordar los presupuestos no intencionales pero normativos disponibles para el pensar y actuar jurídicos que fundamentan e influyen en la propia práctica jurídica de producción de normas" (Duve, 2017, p. 10).

Este último punto es muy importante para comprender los alcances de la propuesta. Es muy importante identificar y analizar las constelaciones que integran el universo normativo de determinada época y lugar. Pero más importante aún resulta prestar atención a la producción cultural de "los múltiples presupuestos, condiciones y reglas que subyacen a la generación de normas", máxime cuando estudiamos paisajes espaciotemporales ajenos a nuestra propia concepción del mundo (Duve, 2017, p. 11). La creación de normas (legales, contractuales, doctrinarias) es, por tanto, un complejo proceso que se nutre de un amplio espectro de prácticas y reglas explícitas e implícitas. Estas no solo se aprenden mediante procesos formalizados de socialización en una comunidad epistémica. También se aprenden cuando las personas se integran a comunidades de práctica que socializan a sus miembros a través del aprender-haciendo [*learning by doing*] (Duve, 2021, p. 19).

Para capturar esta complejidad normativa es necesario investigar "las prácticas igualmente normativas (detrás) de la *praxis* jurídica" (Duve, 2017, p. 12). Al hacerlo, se apreciará que estas se acrisolan en un entramado de relaciones de poder, vínculos sociales, estructuras de pensamiento, conocimientos implícitos y orientaciones culturales que es preciso explorar. Para explicar la importancia de este entramado, algunos historiadores han optado por apelar a *black boxes*

---

las categorías del derecho occidental como herramientas analíticas y comparativas versus el énfasis en la particularidad de los derechos analizados (*folk systems*) y el cuestionamiento a utilizar un *folk system* (i. e., derecho occidental) como el patrón de comparación (Nader, 1965; Roberts, 1998, p. 103; Roberts, 2005, pp. 21-22).

como cultura jurídica, tradición jurídica o trasfondo consuetudinario (Duve, 2022, pp. 26, 33). Pero el uso de conceptos residuales no resuelve el problema. Si algo nos ha enseñado Latour es, precisamente, que esos conceptos residuales (cultura, sociedad) son los que necesitan ser desentrañados a partir de las asociaciones que se producen en dominios como el derecho, la política, la religión y la economía (Latour, 2010, p. viii). Por eso, el objetivo debe ser comprender cómo se produce la estructuración y funcionamiento de esos entramados en las esferas y constelaciones normativas.

A manera de símil ilustrativo para explicar su proyecto historiográfico, Duve recurre al concepto de derecho de Hart, pero lo complejiza al incorporar un nivel adicional de normatividad. Si las reglas primarias regulan la conducta e imponen obligaciones, y las secundarias autorizan la creación, modificación o extinción de otras normas (e. g., reglas de reconocimiento, cambio y adjudicación), lo que se requiere es identificar a las normas de tercer grado que operan en el entramado descrito. Estas se han denominado de diverso modo: conocimiento implícito, prácticas sociales, convenciones académicas, imágenes orientadoras, racionalidades reguladoras, *habitus* o convenciones (Duve, 2017, pp. 12-13). Lo importante es que estas crean el marco conceptual y la sensibilidad legal que orienta a las comunidades epistémicas y de práctica que reproducen y transforman a los sistemas normativos.

El dínamo que pone en movimiento estos niveles normativos, dentro de una esfera legal o de una constelación de normatividades, es el incesante proceso de traducción cultural del saber normativo que se produce en el acontecer de las prácticas legales. Estas deben ser entendidas como las formas específicas "of acting conditioned by technicity, materiality, logics, habits and forms" que son cultivadas en determinada esfera normativa (Duve, 2020, p. 112; 2022, p. 32). Así, el derecho se crea, reproduce y transforma, espacial y temporalmente, a través de "una cadena de actos siempre nuevos de creación de saber normativo". Como en esta cadena interpretativa que vincula a la comunidad epistémica con la comunidad de práctica "se activa la

totalidad del saber normativo preexistente [...], se trata de un proceso que es en sí mismo performativo" y que se halla caracterizado por la contingencia de sus resultados (Duve, 2022, p. 34; 2020, p. 112).

De este modo, legislar, juzgar o escribir un tratado jurídico también son formas de traducción que nos obligan a prestar atención a las prácticas sociales, al conocimiento en juego y a las condiciones específicas de su producción (Duve, 2014, p. 59). Estos procesos de (re)significación continua de los símbolos y prácticas legales transforman no solo los elementos más representativos del derecho (e. g., normas, doctrinas, jurisprudencia), sino también el *habitus*, las perspectivas, las estructuras de pensamiento y hasta la sensibilidad de los actores involucrados en la interacción normativizada (Foljanty, 2015, pp. 11-15).

Para comprender los alcances de los procesos de traducción cultural, se debe resaltar que la multinormatividad es caracterizada por Duve como una propiedad de todo ordenamiento regulatorio (legal, religioso, tradicional, popular) y de todas las constelaciones empíricas de pluralismo jurídico (Duve, 2017, p. 8; Benda-Beckmann, 2014b, p. 79). Por eso resulta crucial para su proyecto historiográfico. Una historia legal global, entendida no solo geográficamente sino también conceptualmente, debe superar la compartamentalización de disciplinas y objetos de estudio (e. g., derecho, religión, ética) (Duve, 2020). De ahí que, "sin una reflexión sobre la 'multinormatividad' no hay historia de las prácticas jurídicas; sin la historia de las prácticas jurídicas no hay una reconstrucción significativa de la historia jurídica como un gran proceso sincrónico y diacrónico de traducción [cultural]" (Duve, 2017, pp. 14-15).

Se trata, como he tratado de resumir, de un proyecto intelectual ambicioso, erudito, coherente y original que propone una renovación iushistoriográfica de proporciones sísmicas. Lo interesante es que, al igual que Benda-Beckmann para el pluralismo legal (Benda-Beckmann, 2014a, p. 27; 2014b, pp. 41, 44), Duve también le atribuye a la multinormatividad una "función de concepto sensibilizador de la ciencia de la historia del derecho" (Duve, 2017, p. 14). Es esta

apertura, precisamente, la que permite explorar los vasos comunicantes con otras propuestas que, desde la antropología del derecho, por ejemplo, también se han preocupado por cuestionar la ecuación derecho/ley = Estado y las consecuencias que esta tiene para el estudio de la diversidad normativa.

El revisionismo de los pluralistas legales

Limito mis observaciones al campo de los antropólogos del derecho de las últimas décadas porque, en materia de pluralidad legal, han sido más sensibles que los sociólogos del derecho. Sin duda que juristas y sociólogos del derecho han contribuido significativamente a analizar la multiplicidad del derecho (*v*. Seinecke, 2019; Roberts, 2005; Tamanaha, 2021a, pp. 428-432; 2021b, p. 169; Santos, 1995; Griffiths, 1986a, 2006). Pero, en general, mientras la sociología del derecho dominante se halla imbuida de la ideología del Estado nación monopólico del derecho, la antropología del derecho da por sentado "el hecho social de la heterogeneidad normativa" (Griffiths, 1986b, pp. 11, 15-14).

En primer lugar, es preciso resaltar que los *pluralistas legales* no integran una comunidad epistémica pues "algunas de sus ideas difieren significativamente entre sí, y sus campos empíricos e intereses epistemológicos disciplinarios son muy diferentes" (Duve, 2017, pp. 3-4). Benda-Beckmann atribuye el estereotipo reduccionista a la pereza mental que impide observar la diversidad de posturas y propuestas dentro de esta supuesta comunidad, que solo comparte "la mera convicción de que tiene sentido concebir al *derecho como potencialmente plural*" (Benda-Beckmann, 2014a, pp. 17-20; itálicas añadidas).

En segundo lugar, se debe tener en cuenta que, en el marco de esa variabilidad, la insatisfacción con el concepto del pluralismo legal es tan antigua como su propia teorización. Es más, cuando un concepto se convierte en un lugar común o en una moneda corriente, que es,

por definición, fungible, pierde consistencia teórica y potencial analítico. Duve, por ejemplo, señala que "el término ya no obliga a mirar más de cerca", cuando "ese es precisamente el valor de un método historiográfico" (Duve, 2017, p. 7). Benda-Beckmann, por su parte, cuestionó la pobreza teórica y metodológica de los debates y la investigación sobre el pluralismo legal. Para él, este era, simplemente, un *sensitizing concept* y no un teorema ya demostrado (Benda-Beckmann, 2014a, p. 27; 2014b, p. 41).

Al respecto, es menester recordar que, en 1973, Sally F. Moore, una de las más destacadas pluralistas gracias a su contribución sobre los espacios sociales semiautónomos [*Semi-Autonomus Social Fields*, SASF], advirtió claramente el problema conceptual que significaba utilizar el término derecho/ley en la investigación antropológica del derecho. Reconoció que en un nivel de abstracción alto se puede utilizar el término 'ley' para cualquier tipo de normas pues todas son "products of common processes of coercion and inducement". Pero afirmaba que las normas estatales son cualitativamente diferentes a las sociales (consuetudinarias, morales, asociativas).

Para evitar "calling everything law", propuso el término comprensivo de *reglementation*. "It is inclusive enough to encompass government law and non-governmental sites of rule-making and/or rule-enforcing. In complex societies 'law' can then be reserved for the government-enforceable" (Moore, 1978, p. 81). Como se sabe, ni siquiera ella empleó el término *reglementation* en sus investigaciones posteriores, pero es un temprano indicador de la insatisfacción de los pluralistas con el concepto de ley/derecho.

También es importante traer a colación la postura de John Griffiths porque es otro teórico que procuró disociar al derecho/ley del Estado (Griffiths, 1986a; 2006).[10] En contra de lo que pensaba Moore,

[10] Su ensayo, *What is Legal Pluralism?* (1986a), fue leído ante una conferencia de abogados holandeses en 1981 y solo circuló entre un grupo de iniciados hasta el año de su publicación. Fue tan influyente que, según Von Benda-Beckmann (2014, pp. 19-20), fue el gran responsable de que la dicotomía pluralistas-monistas adquiriera ribetes de combate ideológico.

Griffiths sostuvo que la ley estatal no debía tener ningún estatus conceptual distinto al de otras normatividades que circulan en un espacio social semiautónomo. Solo cuando los procesos de regulación estaban "differentiated from the rest of activities in the field and delegated to specialized functionaries" se generaba un ordenamiento legal. Por eso, el derecho no se define en términos taxonómicos sino funcionales y lo legal es "the dimension of variability in specialization present in all social control" (Griffiths, 1986a, p. 50, n. 41; 2006, p. 63).[11] Cuando fue cuestionado por esta afirmación, de que el derecho [*law*] podía cristalizarse en todas las formas de control social, aceptó que el término tenía ribetes estatales, por lo que "we should abandon it altogether and speak only of more or less specialized social control" (Griffiths, 1986a, p. 50, n. 41).

Como se aprecia, la autocrítica de Griffiths no se remonta al año 2006 (Tamanaha, 2021a, p. 434; 2021b, pp. 11, 173) sino al momento de la publicación de su influyente ensayo sobre el pluralismo legal (1986). En todo caso, sí es cierto que después se reafirmó en que el objeto de la sociología/antropología del derecho debían ser las diferentes formas y grados del control social y no una de ellas (*law*/derecho) (Griffiths, 2006, p. 63). Por eso mismo, "the expression 'legal pluralism' can and should be reconceptualized as 'normative pluralism' or 'pluralism in social control'" (Griffiths, 2006, p. 64).

En tercer lugar, es necesario reconocer que el término pluralismo legal es, efectivamente, polisémico (Duve, 2017). Al decir de Tamanaha, el exceso de definiciones del derecho [*law*] empleadas por los investigadores ha creado confusión. El resultado ha sido "a plurality of legal pluralisms [...] because each theory of law identifies a different range of 'legal' phenomena according to its specific criteria" (Tamanaha, 2021a, p. 434; 2021b, pp. 3, 11, 170).

[11] Para Von Benda-Beckmann (2014a, p. 28, n. 22) no es apropiado afirmar que el control social, un atributo funcional del derecho, es el parteaguas entre normas jurídicas y no jurídicas. Sobre las concepciones cognitivas y normativas que caracterizan al derecho, ver Von Benda-Beckmann (2014b, pp. 51 y ss.).

Una simple revisión de la *plurality of pluralisms* nos dará una idea del incesante afán por afinar y enriquecer el concepto.[12] No pretendo ofrecer una clasificación (¡otra taxonomía más!).[13] Solo ordeno la lista de pluralismos legales según la mayor preocupación en la función y estructura del derecho o en la subjetividad y agencia humana dentro de esos mundos plurales.

Funcionalista. Bronislaw Malinowski define al derecho por su función y no por su forma, grado de institucionalización o amenaza de coacción implícita. Un sistema legal es una gran red de derechos y obligaciones recíprocas empotrada en la vida social misma.[14]

Estructural-funcionalista.[15] El derecho es una forma de control social institucionalizado en la multiplicidad de sistemas y niveles legales que integran una sociedad. Sus propiedades son: autoridad, relaciones obligacionales, sanciones y aplicación uniforme (Pospisil, 1974). Moore comparte esta aproximación, pero introduce la imagen de los espacios sociales semiautónomos, por definición permeables entre sí (Moore, 1978).[16]

Control social. En la concepción de Griffiths, "'legal pluralism' designates the situation in which an actor's behaviour is subject

[12] No es posible detallar cada una de estas posiciones aquí. Solo incluyo una sumilla muy personal y una o dos referencias por cada una.

[13] Desde un punto de vista epistemológico, Seinecke identifica "six heuristic types of legal pluralism", tres descriptivos (histórico o genético, sociológico o antropológico, cultural o ideológico) y tres normativos (institucional, conflictivo o caótico, crítico) (Seinecke, 2018, p. 18).

[14] "Primitive law is not a homogeneous, perfectly unified body of rules [...]. The law of these natives consists on the contrary of a number of more or less independent systems, only partially adjusted to one another. Each of these—matriarchy, father-right, the law of marriage, the prerogatives and duties of a chief and so on—has a certain field completely its own, but it can also trespass beyond its legitimate boundaries" (Malinowski, 1926, p. 100). Sin embargo, autores como Von Benda-Beckmann no lo reconocen como uno de los ancestros del pluralismo legal (Von Benda-Beckmann, 2014b, pp. 56-57).

[15] Pospisil (1974), Moore (1978).

[16] Ver una síntesis de ambas posiciones en Guevara Gil y Thome (1992, pp. 78-85).

to the social control of more than one semi-autonomous social field" (Griffiths, 2006, p. 60).[17]

Marxista. Fitzpatrick (1983a, 1983b) plantea que, en contextos (neo)coloniales, la articulación de los modos de producción también se expresa en la reproducción de espacios sociales semiautónomos que resultan integrales a la forma de dominación y legalidad estatal. También discute la relación entre ciencia y derecho en las economías capitalistas como ejemplo de un complejo normativo integral.

Policentricidad legal. Introducido a mediados de los años noventa como una alternativa teórica al pluralismo legal, no cuajó porque nunca se diferenció de este. Aparentemente se refiere a la concurrencia de un elenco de normas creadas por los centros de producción del derecho (legislativos, curias, burocracias) o a cómo las autoridades estatales apelan desordenadamente a diversas fuentes del derecho para tomar decisiones (Petersen y Zahle, 1995; Woodman, 1997).

Global. La globalización experimentada en los últimos treinta años generó conflictos e interacciones inmanejables para el Derecho Internacional Público o Privado tradicional. El pluralismo legal global analiza un mundo de espacios legales transnacionales híbridos. Los nuevos foros, procedimientos, regulaciones, actores, redes, flujos y escalas, a su vez, transforman el derecho internacional, nacional y local (Berman, 2012, 2020; Teubner, 1996).

Sistémico-comunicativo. Inspirado en la idea de la autopoiesis de la sociedad y sus subsistemas de Luhmann, Teubner sostiene que "Legal pluralism is then defined no longer as a set of conflicting social norms but as a multiplicity of diverse communicative processes in a given social field that observe social

[17] También Griffiths (1986a, 1986b). Una reseña de su planteamiento en Guevara Gil y Thome (1992, pp. 85-87).

action under the binary code of legal/illegal" (Teubner, 1992, p. 128; 1996, p. 10).

Analítico. El derecho es una dimensión de la organización social. Es un conjunto de concepciones cognitivas y normativas objetivadas que restringen la autonomía de los miembros de un grupo. Por eso, "todos los fenómenos jurídicos, incluyendo las concepciones cognitivas, resultan ser normativos". Las imágenes situacionales sobre sujetos, objetos y acciones activan y le dan relevancia jurídica al mundo natural y social. Solo se produce la pluralidad legal cuando rigen, simultáneamente, ordenamientos contradictorios con estas características (Benda-Beckmann, 2014b, pp. 52-55).

Temporal. La literatura sobre el pluralismo legal está repleta de metáforas espaciales: espacios sociales semiautónomos, cartografía, niveles, "justice in many rooms" (Galanter). El pluralismo legal temporal, en cambio, se concentra en analizar la multiplicidad de temporalidades que las diferentes esferas normativas definen (e. g., derecho estatal, derecho eclesiástico, derecho indígena) (Benda-Beckmann, K. 2014; Benda-Beckamann y Benda-Beckmann, 2014; Greenhouse, 1989; Guevara Gil, 2023).

Jurisdiccional. El foco se coloca en los conflictos jurisdiccionales entre los foros y no en los ordenamientos normativos vigentes en determinada época. Recusa la imagen de los imperios como poseedores de un derecho absolutista, enfatiza su heterogeneidad jurisdiccional y resalta la forma en que los sistemas legales imperiales son reconfigurados por la agencia de los sujetos subordinados (Benton y Ross, 2013).

Colaborativo. El derecho estatal y otras legalidades no siempre mantienen una relación conflictiva. Decock observa que en la temprana Edad Moderna las esferas secular y eclesiástica eran complementarias. Los vasallos/fieles estaban sujetos a varias

jurisdicciones civiles y a la jurisdicción eclesiástica externa e interna. En esta, "los padres confesores [son] muy padres de la república" porque "through their judicial power in the court of conscience [*forum conscientiae*], they compel penitents to observe not only the divine law revealed in the Gospel but also the civil laws issued by the prince" (Decock, 2017, p. 25).

Posmoderno. Santos sostiene que en el derecho posmoderno se observan "different legal spaces superimposed, interpenetrated, and mixed in our minds as much as in our actions". Se caracteriza por el pluralismo normativo, la interlegalidad y un nuevo sentido común legal que nos permite orientarnos en un escenario tan complejo (Santos, 1995; 1987, pp. 297-298, 302, n. 71).[18]

Nomológico. Para deconstruir los paradigmas jurídicos hegemónicos es necesario explorar los mundos legales alternativos. Pero no solo su positividad, sino su cosmovisión y racionalidad. Esta tarea se ilumina con las ideas de Cover: "We inhabit a nomos—a normative universe [...]. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live" (Cover, 1983, pp. 4-5). Por eso, "Legal pluralism is the *nomos* of *nomoi*" (Seinecke, 2018, p. 22).

Crítico. Cuestiona que los pluralistas antropomorficen al derecho. Resalta la subjetividad en contextos normativos plurales: "the self is an irreducible site of internormativity". Gracias a su agencia, las personas "possess a transformative capacity that enables them to produce legal knowledge and to fashion the very structures of law that contribute to constituting their legal subjectivity" (Kleinhans y MacDonald, 1998, pp. 39, 38).

Radical. Síntesis de Cover (1983), Santos (1987, 1995) y Teubner (1992, 1996). Presta atención a la dimensión discursiva del

[18] Un resumen en Guevara Gil y Thome (1992, pp. 87-91).

derecho, definida por el código legal/ilegal, estudia la plurisubjetividad legal y flexibiliza los conceptos de institucionalización y legalidad para examinar cómo diferentes derechos construyen sus *nomoi* y operan. La jurisprudencia debe renunciar a sus teorías monológicas y convertirse en el foro de encuentro y enriquecimiento de esos diversos discursos normativos (Melissaris, 2004, 2009).

Microsistémico. Es tributario del interaccionismo simbólico de Goffman. Reconoce la importancia del derecho estatal, "but law, real law, is found in all human relations, from the simplest, briefest encounter between two people to the most inclusive and permanent type of interaction". Esta "*microlaw*" es constitutiva de la interacción social, por lo que "part of every decision is concerned, not with the immediate decision, but with the structure of decision-making itself'" (Reisman, 1999, pp. 15, 2).

Praxeológico. El objetivo es asumir un punto de vista interno "to describe the modalities of production and reproduction, the intelligibility and the understanding, the structuring and the public character, of law" (Dupret, 2007, p. 25). Para identificar qué interacciones sociales están sujetas a diferentes legalidades se enfoca en las propias definiciones y sensibilidad de los actores sociales y en la práctica cotidiana del derecho.

Multiperspectivismo iurisgenerativo. Cuestiona la subordinación del derecho indígena al derecho estatal/moderno no solo en términos de soberanía política, sino de las tecnologías de registro y documentación de la evidencia jurídicamente relevante. Las prácticas y perspectivas iusgenerativas indígenas se sustentan en una autenticidad en movimiento, ajena a las imágenes de la estasis aborigen, y generan un derecho dúctil y plural (García, 2020).

El denominador común de estas dieciocho corrientes es reconocer la diversidad de formas de regulación de la vida social o, como lo planteó Benda-Beckmann (2014b, p. 44) de un modo más modesto, tener "un punto de partida para observar la complejidad de órdenes normativos y cognitivos" y su conjugación en la interacción social. Por eso es que las definiciones *light* resultan inconducentes para comprender su evolución, aportes y limitaciones (Tamanaha, 2021b).

Así, más que un concepto, el pluralismo legal es una familia de conceptos. Al decir de Seinecke, "there is no chance of defining legal pluralism", pero verifica cuatro parecidos de familia en estas aproximaciones: una crítica a la ecuación derecho = Estado; la identificación de legalidades alternativas (indígenas, religiosas, globales); la interlegalidad y la competencia interforal; y un afán reivindicatorio de los derechos alternativos (Seinecke, 2018, p. 20).

Ahora bien, como dice el refrán, no hay mal que por bien no venga, por lo que tal vez sea posible establecer vasos comunicantes productivos entre algunos de estos tipos de pluralismo legal y la multinormatividad.

Vasos comunicantes

Cultivar la multinormatividad o el pluralismo legal en sus diversas vertientes son opciones analíticas para comprender las realidades empíricas que estudiamos. Desde mi punto de vista, más productivo que asumir la primacía de uno u otro es identificar y aprovechar los vasos comunicantes entre ambos.

Este ejercicio dialógico y recursivo debería basarse en reconocer las ventajas del pluralismo teórico y metodológico. Lo importante será, siempre, que las investigaciones sean rigurosas y los resultados comprobables. Además, como consecuencia de las rigideces (inter) disciplinarias y de las opciones idiosincrásicas del investigador, los conceptos y campos de observación son muy variados. Por eso, un

concepto puede ser útil en un tipo de investigación, pero inútil en otro (Benda-Beckmann, 2014b, pp. 44-46).

Sin duda, el investigador multinormativo perderá el tiempo si usa como fuentes de conocimiento a trabajos tributarios del enfoque funcionalista, estructural-funcionalista o policéntrico. Pero, al repasar el listado precedente se observa que la multinormatividad (Duve, 2017; 2022, pp. 25-27, 58, n. 29) puede rescatar y nutrirse de los aportes del pluralismo legal praxeológico, multiperspectivista o microsistémico.

Por su parte, no resulta claro que la multinormatividad tenga las propiedades de ser un concepto transtemporal y transcultural que dé cuenta de todas las formas de regulación social. Veámoslo con un ejemplo etnográfico.

En el ejercicio reflexivo sobre sus trabajos en Zinacantán, Chiapas, México, la antropóloga Jane Collier (2002) relata que emprendió su observación de campo bajo el concepto canónico de la antropología legal de la época: un conjunto de normas respaldado por la amenaza o aplicación de sanciones, físicas o psicológicas, por la autoridad reconocida de un grupo social (Hoebel, 1954). Sin embargo, pronto se dio cuenta de que no existía un *corpus* normativo o un marco conceptual propio del derecho local. Más bien observó que la descripción *emic* era particularista y que el significado de la acción social se derivaba de la trascendencia espiritual de las relaciones interpersonales y no de los hechos en sí mismos. Por eso, estaban más interesados en negociar acuerdos entre las partes en disputa que en sancionar a los transgresores.

> I suddenly understood why they had to help disputants agree on relationships between them. It was not out of some abstract belief in the value of reconciliation. Rather, Zinacantecos had to agree on relationships because they lived in an imagined world where the ancestor gods were either already punishing wrongdoers or would do so son. (Collier, 2002, pp. 77-78)

Es más, cuando una de las partes no estaba de acuerdo con el arreglo, podía invocar el auxilio de fuerzas sobrenaturales. Así, la brujería no era un mecanismo de control social alternativo al derecho local. Era parte integral del sistema de regulaciones y sanciones seculares y sobrenaturales. Por eso, "it made no sense—at least for Zinacantan—to distinguish 'law' from 'religion' and 'witchcraft'" (Collier, 2002, p. 75). En la lógica cultural de este mundo social, "the most important and consequential relationships between people took place on the invisible level of souls" (p. 77).

¿Podría la perspectiva multinormativa captar las sutilezas etnográficas descubiertas por Collier al, precisamente, desprenderse de su marco teórico inicial y atreverse a "seguir a los actores mismos", a "rastrear las asociaciones", los *vincula iuris*, que confluyen en el ensamblaje de lo social (Latour, 2008, p. 257; Latour, 2010)? Probablemente sí, si el hipotético investigador se concentrara en rastrear la acción praxeológica en sí misma, en lugar de asumir que toda acción social se encuentra normativizada. En todo caso, queda por determinar si la multinormatividad es útil para estudiar sociedades organizadas a partir de la lógica de la relación y no de la regulación (Collier, 2002; Comaroff y Roberts, 1981; Conley y O'Barr, 1990; Roberts, 1998; Roberts, 2005).

Ciertamente que para el pluralismo legal analítico de Benda-Beckmann (2014b), por ejemplo, un caso como el de Collier ni siquiera superaría el umbral de relevancia etnográfica para ser incluido en un mapa antropológico del derecho. Como he resumido en la sección anterior, para este autor solo estamos en situaciones de pluralismo legal cuando dos o más sistemas de concepciones cognitivas y normativas objetivadas crean sus propias leyes, principios, categorías y esquemas de comprensión a través de imágenes situacionales sobre personas, cosas y acciones que constriñen la autonomía de los miembros de una sociedad. Semejante exigencia analítica es muy coherente y metódica, pero deja de lado formas de regulación antropológicamente comprobables. Sí es probable, en cambio, que otros investigadores provistos de enfoques como el multiperspectivista, el

praxeológico o el nomológico estén mejor dotados para analizar casos como el de Zinacantán.

Además del reto analítico que las formas de organización social basadas en la negociación y relación presentan a la multinormatividad y al pluralismo normativo, es menester recordar que "wanting to define law by means of rules is like reducing science to concepts [...]. Wittgenstein showed this a long time ago: one can never say of a human action that [...] it 'follows' or 'applies' a rule: one can only say that it refers to it" (Latour, 2010, p. 269). Es en esta línea que el pluralismo legal praxeológico sostiene que los actores sociales "are rule-using, not rule-determined creatures", por lo que "their actions cannot be depicted as rule-governed" (Dupret, 2007, p. 25; *v*. Comaroff y Roberts, 1981 y Conley y O'Barr, 1990). Por eso, será muy importante para ambos, multinormatividad y pluralismo normativo, dialogar con las posturas que matizan la importancia de la normatividad en la praxis social.

Por último, ofrezco un ejemplo proveniente de mi posicionalidad ineluctable, como diría Duve, para relativizar la vigencia y el vigor de los conceptos. En el Perú, hasta hace unos veinte o treinta años era un horror ortográfico escribir *derecho*, con "d" minúscula, para referirse al derecho estatal y a la disciplina.[19] La "D" mayúscula era un índice del carácter hierático que se les atribuía (y todavía atribuye). Por eso, para los que cuestionábamos el ejercicio y la enseñanza del derecho oficial, la promesa crítica, analítica y política del pluralismo legal resultó tan apasionante y liberadora (Guevara Gil y Thome, 1992, pp. 93-99).

Hoy, como mencioné en la Introducción, el pluralismo legal en la academia peruana (por lo menos) es un *slogan*, un rótulo que se invoca sin ton ni son, sin ningún rigor científico. Por eso, es positivo que propuestas como la de la multinormatividad impugnen la

[19] Hoy en día, hasta el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (28 de febrero de 2023) prescribe que ambos términos se deben escribir con minúscula. Ver https://dle.rae.es/derecho#MYdRpAG

hegemonía conceptual del pluralismo legal y refresquen los debates sobre la vida social del derecho. Los estudios sobre la relevancia normativa de la Teología Moral demuestran su utilidad (e. g., Duve, 2021). En adelante, será cuestión de observar cómo se desarrollan los estudios empíricos inspirados en la multinormatividad para apreciar su trascendencia teórica e historiográfica. En esta evolución, sería muy productivo que establezca vasos comunicantes con las posturas más críticas y analíticas del pluralismo legal.

Bibliografía

Benda-Beckmann, Franz von (2014a). La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo legal. En Armando Guevara Gil y Aníbal Gálvez Rivas (coords.), *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales* (pp. 17-38). Lima: CICAJ-DARS, Pontificia Universidad Católica del Perú. [Texto original: ponencia presentada en la *Conference of the Commission on Legal Pluralism*. Ciudad del Cabo, Sudáfrica, 8-11 de septiembre de 2011].

Benda-Beckmann, Franz von (2014b). ¿Quién le teme al pluralismo legal? En Armando Guevara Gil y Aníbal Gálvez Rivas (coords.), *Pluralismo jurídico e interlegalidad: textos esenciales* (pp. 17-38). Lima: CICAJ-DARS, Pontificia Universidad Católica del Perú. [Original en inglés: Benda-Beckmann, Franz von (2002). Who's Afraid of Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism*, (47), 37-82].

Benda-Beckmann, Franz von y Benda-Beckmann, Keebet von (2014). Temporalities in Property Relations under a Plural Legal Order: Minangkabau revisited. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *46*(1), 18-36.

Benda-Beckmann, Keebet von (2014). Trust and the Temporalities of Law. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *46*(1), 1-17.
Benton, Lauren y Ross, Richard (coords.) (2013). *Legal Pluralism and Empires, 1500-1850*. Nueva York: New York University Press.

Berman, Paul (2012). *Global Legal Pluralism. A Jurisprudence of Law Beyond Borders.* Cambridge: Cambridge University Press.

Berman, Paul (coord.) (2020). *The Oxford Handbook of Global Legal Pluralism.* Nueva York: Oxford University Press.

Collier, Jane (2002). Practicing Ethnography in Law. En June Starr y Mark Goodale (coords.), *New Dialogues, Enduring Methods* (pp. 72-86). Nueva York: Palgrave Macmillan.

Comaroff, John y Roberts, Simon (1981). *Rules and Processes. The Cultural Logic of Dispute in an African Context.* Chicago: The University of Chicago Press.

Conley, John y O'Barr, William (1990). *Rules versus Relationships. The Ethnography of Legal Discourse*. Chicago: The University of Chicago Press.

Cover, Robert (1983). The Supreme Court, 1982 Term—Foreword: Nomos and Narrative. *Harvard Law Review*, *97*(1), 4-68.

Decock, Wim (2017). Collaborative Legal Pluralism. Confessors as Law Enforcers in Mercado's Advice on Economic Governance (1571). *Rechtsgeschichte—Legal History*, *25*, 103-114.

Dupret, Baudouin (2007). Legal Pluralism, Plurality of Laws, and Legal Practices. *European Journal of Legal Studies*, *1*(1), 1-26.

Duve, Thomas (2014). European Legal History—Concepts, Methods, Challenges. En Thomas Duve (coord.). *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches* (pp. 29-66). Fráncfort del Meno: Max Planck Institute for European Legal History.

Duve, Thomas (2017). Was ist "Multinormativität"? Einführende Bemerkungen. *Rechtsgeschichte—Legal History*, (25), 88-101.

Duve, Thomas (2020). What is Global Legal History? *Comparative Legal History*, *8*(2), 73-115.

Duve, Thomas (2021). The School of Salamanca. A Case of Global Knowledge Production. En Thomas Duve, José Luis Egío y Christiane Birr (coords.), *The School of Salamanca. A Case of Global Knowledge Production* (pp. 1-42). Leiden: Brill.

Duve, Thomas (2022). Historia del Derecho como historia del saber normativo. *Revista de Historia del Derecho*, (63), 1-60.

Fitzpatrick, Peter (1983a). Law, Plurality and Underdevelopment. En David Sugarman (coord.). *Legality, Ideology and the State* (pp. 159-183). Londres: Academic Press.

Fitzpatrick, Peter (1983b). Marxism and Legal Pluralism. *Australian Journal of Law & Society*, *1*(2), 45-59.

Foljanty, Lena (2015). Legal Transfers as Processes of Cultural Translation: On the Consequences of a Metaphor. *Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series*, (9), 1-18.

Gálvez Rivas, Aníbal (2016). *De la antropologización del Derecho a la recaída dogmática. Balance de los estudios sobre pluralismo jurídico y administración de justicia en el Perú (1964-2013)*. Lima: Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

García, Edgar (2020). *Signs of the Americas. A Poetics of Pictography, Hieroglyphs, and Khipu*. Chicago: The University of Chicago Press.

Greenhouse, Carol (1989). Just in Time: Temporality and the Cultural Legitimation of Law. *The Yale Law Journal*, *98*(8), 1631-1651.

Griffiths, John (1986a). What is Legal Pluralism? *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *24*(1), 1-55.

Griffiths, John (1986b). Recent Anthropology of Law in the Netherlands and its Historical Background. En Keebet von Beckmann y Fons Strijbosch (coords.), *Anthropology of Law in The Netherlands: Essays on Legal Pluralism* (pp. 11-66). Dordrecht: Foris Publications.

Griffiths, John (2006). The Idea of Sociology of Law and its Relation to Law and to Sociology. En Michael Freeman (coord.), *Law and Sociology* (pp. 49-68). Oxford: Oxford University Press.

Guevara Gil, Armando (2023). Monist or Pluralist Legal Tradition in 19th-Century Peru? . En Peter Collin y Agustín Casagrande (eds.), *Law and Diversity. European and Latin American Experiences from a Legal Historical Perspective* (pp. 177-207). Fráncfort del Meno: Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory.

Guevara Gil, Armando (1998). La Antropología del Derecho en el Perú: Una Disciplina Marginal y Periférica. *América Indígena*, *58*(1-2), 343-373.

Guevara Gil, Armando y Thome, Joseph (1992). Notes on Legal Pluralism. *Beyond Law*, *2*(5), 75-102.

Hoebel, Adamson (1954). *The law of primitive man. A study in comparative legal dynamics.* Cambridge, MA: Harvard University Press.

Kleinhans, Martha-Marie y MacDonald, Roderick A. (1998). What is Critical Legal Pluralism? *Canadian Journal of Law and Society*, (12), 25-46.

Latour, Bruno (2008). *Reensamblar lo social: una introducción a la teoría del actor-red.* Buenos Aires: Manantial.

Latour, Bruno (2010). *The Making of Law. An Ethnography of the Conseil d'Etat.* Cambridge: Polity Press.

Malinowski, Bronislaw (1926). *Crime and Custom in Savage Society*. Londres: Kegan Paul / Trench / Trubner and Co.

Melissaris, Emmanuele (2004). The More the Merrier? A New Take on Legal Pluralism. *Social & Legal Studies*, *13*(1), 57-79.

Melissaris, Emmanuele (2009). *Ubiquitous Law. Legal Theory and the Space for Legal Pluralism*. Oxford/Nueva York: Routledge.

Moore, Sally Falk (1978). *Law as Process. An Anthropological Approach.* Boston: Routledge & Kegan Paul.

Nader, Laura (1965). The Anthropological Study of Law. *American Anthropologist*, *67*(6), 3-32.

Pásara, Luis (2019). *Tres claves de la justicia en el Perú: Jueces, justicia y poder en el Perú. La enseñanza del Derecho. Los abogados en la administración de justicia.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Petersen, Hanne y Zahle, Henrik (1995). *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Aldershot: Dartmouth.

Pospisil, Leopold (1974). *Anthropology of Law. A Comparative Theory.* New Haven: Harper and Row.

Ramos Núñez, Carlos (2009). *Biobibliografía de Fernando de Trazegnies Granda. Homenaje a Fernando de Trazegnies Granda.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Reisman, Michael (1999). *Law in Brief Encounters*. New Haven/ Londres: Yale University Press.

Roberts, Simon (1998). Against legal pluralism. Some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 42, 95-106.

Roberts, Simon (2002). Against a Systemic Legal History. *Rechtsgeschichte—Legal History*, (1), 21-25.

Roberts, Simon (2005). After Government? On Representing Law Without the State. *The Modern Law Review*, *68*(1), 1-24.

Santos, Boaventura de Sousa (1987). Law: A Map of Misreading. Toward a Postmodern Conception of Law. *Journal of Law and Society*, *14*(3), 279-302.

Santos, Boaventura de Sousa (1995). *Toward a New Common Sense: Law, Science and Politics in the Paradigmatic Transition*. Nueva York: Routledge.

Seinecke, Ralph (2018). What is Legal Pluralism and What is it Good for? En Marju Luts-Sootak et al. (coords.), *Legal Pluralism - cui bono?* (pp. 13-28). Tartu: University of Tartu Press.

Seinecke, Ralph (2019). *Traditions of Pluralistic Legal Thought: The Example of Germany*. [Mimeo].

Tamanaha, Brian (2021a). Scientific versus Folk Legal Pluralism. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, *53*(3), 427-437.

Tamanaha, Brian (2021b). *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*. Nueva York: Oxford University Press.

Teubner, Gunther (1992). Two Faces of Janus: Rethinking Legal Pluralism. *Cardozo Law Review*, *13*(5), 1443-1462.

Teubner, Gunther (1996). Global Bukowina: Legal Pluralism in the World Society. En Gunther Teubner (coord.). *Global Law Without a State* (pp. 3-28). Londres: Dartmouth.

Vargas Llosa, Mario (1997). *Cartas a un joven novelista*. Barcelona: Planeta.

Valverde, Mariana (2014). "Time Thickens, Takes on Flesh". Spatio-temporal Dynamics in Law. En Nicholas Blomley et al. (coords.), *The Expanding Spaces of Law. A Timely Legal Geography* (pp. 53-76). Stanford: Stanford University Press.

Woodman, Gordon (1997). Book Review of Hanne Petersen and Henrik Zahle, Legal Polycentricity. *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, (39), 155-162.

Para uma filosofia do direito multinormativa e convivial[1]

José Rodrigo Rodriguez
UNISINOS

Doi: 10.54871/mc24pd1f

Introdução

A partir da reflexão sobre a violência do processo de unificação política e cultural do Brasil, marcados pelo desejo de homogeneidade, este texto irá propor um novo enquadramento teórico capaz de oferecer uma resposta a estas violências que permanecem vivas no Brasil contemporâneo, atingindo, por exemplo, os descendentes de povos originários e de quilombolas. Soluções que apontem para uma forma de unidade política que não tenha como objetivo centralizar o poder do Estado, centralizar a produção do Direito e gerir os

[1] Versão modificada do texto escrito para o Annual Meeting de 2021 do projeto de pesquisa internacional Mecila. Agradeço a Alexandre Travessoni Gomes Travissonno, Aline Oliveira, Ana Carolina Alfinito, Denisson Gonçalves Chaves, Bruna Bastos, Fabiana Severi, Mauricio Flores, Miguel Angelo Spendore Maciel, Miguel Gualano Godoy, Simone Schuck Silva, Tércio Sampaio Ferraz Jr. e aos participantes do evento, Agustín Casagrande, Elisa Speckman, Osvaldo Barreneche e Samuel Rodrigues Barbosa pela leitura e pelas sugestões.

problemas jurídicos contemporâneos a partir de uma mesma tábua de valores, ou seja, uma série de princípios organizados por uma única narrativa constitucional que subsuma todas as outras. Trata-se, portanto, de imaginar uma forma não homogeneizante de estado democrático de direito.

Para realizar esta tarefa, a primeira parte deste artigo relata alguns episódios centrais da vida de minha avó materna que ilustram a violência resultante da centralização do poder político no Brasil, especialmente em relação às pessoas negras, povos originários e imigrantes durante o século XX. Sua segunda parte sustenta que um modelo descentralizado de Estado de Direito, que será chamado de multinormativo, pode ser útil para evitar violências semelhantes e redimir injustiças passadas.

Baseado em Franz Neumann e Robert Cover, o texto mostra que não é necessário romper com a tradição do direito liberal para conceber um modelo multinormativo de direito que abra espaço para a convivência entre várias formas de vida comunitárias. Basta reformular suas instituições para incluir as demandas de todos os cidadãos e grupos sociais sob a forma de ordens normativas, utilizando a tradição ocidental como um "código universalizante híbrido" destinado a lidar com os conflitos entre elas, um código com qualidades formais que se mostrem sensíveis à materialidade dos conflitos sociais.

Em sua terceira parte, este artigo apresenta o esboço de um modelo multinormativo de direito inspirado no trabalho de juristas da tradição do pluralismo jurídico, especialmente Robert Cover, Brian Z. Tamanaha, Paul Schiff Berman e Klaus Günther. Interpreto a obra desses autores como uma renovação da tradição jurídica liberal, como sugere Cover, que permite pensar um desenho do Estado de Direito democrático que permita a coexistência de mundos com forte sentido normativo, ou seja, que se impõem principalmente por seu sentido comunitário substantivo.

Para que tal renovação seja possível, é preciso construir critérios para distinguir não apenas o legal e o ilegal em cada ordem

normativa específica, mas também o jurídico do não-jurídico para que seja possível comparar a validade de normas jurídicas pertinentes a ordens normativas diferentes.

Este texto propõe que tais critérios sejam formulados de acordo com o referido "código jurídico híbrido". Tal código deve ser capaz de funcionar tanto como uma linguagem universalizante, ou seja, que se renove com os conflitos enfrentados, quanto como uma linguagem situada, capaz de expressar experiências singulares. Na linguagem de Ivan Illich, que serve de inspiração para o texto nesta parte, trata-se de construir um direito manejável e não manipulador, ou seja, que não se limite a tratar as pessoas e a natureza como meros objetos.

Um modelo multinormativo de direito assim concebido deve reconhecer que as comunidades devem poder viver sob sua própria ordem normativa jurídica e, portanto, que o texto da Constituição brasileira de 1988 poderá ser lido em sentidos diferentes por múltiplos discursos de justificação. Nesse sentido, ao invés de uma lei constitucional unitária e tradição interpretativa, o Brasil deve reconhecer a existência de "evangelhos constitucionais" que integram nossa ordem constitucional ao lado do texto da Constituição de 1988, evangelhos que expressam diferentes narrativas sobre o que é jurídico e o que é não jurídico.

O direito constitucional brasileiro deve lidar com as compatibilidades e incompatibilidades entre todas essas narrativas constitucionais sem suprimir a diversidade que nasce da produção de normas jurídicas diferentes a partir de um mesmo texto constitucional.

Direito, unidade e violência

Os crimes da cidadania brasileira: um caso pessoal

Minha avó materna, Yolanda Pedro, contava que havia vivido momentos de pânico por medo de sofrer bombardeios aéreos quando

era uma jovem agricultora na divisa de São Paulo com Minas Gerais. Ela veio para o Brasil em razão da agressiva política imigratória promovida pelo país com a finalidade de embranquecer nossa população por meio da substituição do trabalho das pessoas negras escravizadas por trabalhadores brancos. O trabalho de pessoas negras, diga-se, foi implementado no Brasil também em razão da dificuldade de escravizar em massa os povos originários para trabalhar na lavoura.

O assim chamado "povo brasileiro" foi formado, em grande parte, em razão de uma demanda instrumental e racista por mão de obra. Como diz provocativamente Darci Ribeiro:

> Nunca chegamos [na América Latina] a ser nações organizadas como quadro dentro dos quais o povo vive seu destino, realizando suas potencialidades, à base de um corpo de direitos coparticipados. O povo, primeiro, era o gentio pagão que só existia como matéria-prima para ser transformado em alguma coisa mais pia pelos missionários e mais útil pelos colonos.
>
> Depois, foi a negraria escrava importada como uma força energética que se queimava como um carvão humano nas minas e nas plantações para produzir o que não comiam nem queriam, mas sim o que dava lucro ao amo e senhor.
>
> Hoje, é a massa excessiva de gentes escuras, mestiços de índio e de pretos, meio envergonhados de suas caras tão contrastantes com os padrões europeus de beleza e dignidade.
>
> Eles aí estão sempre disponíveis como uma força de trabalho que é o componente mais reles da produção, porque, sendo mais barato que a terra, o gado, as máquinas e os insumos, nem precisa ser poupado. De fato, até valia mais antigamente, quando era escasso e tinha que ser caçado no mato, transladado da África ou importado como imigrante, ou quando os europeus excedentários se converteram em gado humano exportável.

> O povão latino-americano tanto se multiplicou que hoje excede, visivelmente, às necessidades da produção. Começa mesmo a gerar preocupações (Ribeiro, 2020, p. 134).

Durante meses, a família de minha avó e a cidade inteira evitava acender luzes durante a noite para que os aviões bombardeios do governo federal não pudessem localizar suas casas. Além disso, ela nos contava que havia ajudado a cuidar dos soldados feridos nos combates que ocorreram na região.

Demorei algum tempo para compreender a dimensão do que ela dizia, ao menos até estudar a Revolução de 30 no ensino médio: minha avó morava na divisa de São Paulo com Minas Gerais em 1932, ano em que ocorreram combates que marcaram a assim chamada Revolução Constitucionalista (Lima, 2018). Este movimento, que eclodiu no Estado de São Paulo, defendia a instauração de uma assembleia nacional constituinte contra a continuidade do governo provisório de Getúlio Vargas iniciado no contexto da assim chamada Revolução de 30.

Nessa época, todo o Estado de São Paulo e a sua capital foram palco de combates armados que incluíram bombardeios aéreos. O conflito mobilizou diversos estados da Federação e ainda que não tenha se espalhado pelo território brasileiro, não é exagero caracterizá-lo como um ensaio de guerra civil. Uma guerra que afetou pessoalmente minha avó, certamente por ela ter vivido o risco iminente de eliminação física, além de ter sido testemunha das violações físicas que uma guerra pode causar. Uma guerra que também marcou para sempre a sua visão da política. Até o final de sua vida, ela interpretou a política brasileira como uma disputa entre os Estados federados, mesmo muitos anos depois da centralização do poder político Brasil se encontrar totalmente consolidada e estabilizada.

A violação de seu corpo, a eliminação de sua existência e da existência das pessoas próximas em nome do direito e a invasão do Estado de São Paulo foi uma realidade tangível para ela. Talvez por esta razão, minha avó nunca tenha sido uma doce velhinha. Até perder a

consciência em razão de derrames cerebrais, estava sempre disposta a entrar em toda e qualquer discussão política, sem intenção de conciliar as posições em disputa, defendendo seus pontos de vista e os interesses do Estado de São Paulo com toda a contundência.

Também em razão de suas experiências, minha avó nutriu, até o fim de sua vida, sentimentos contraditórios em relação à figura de Getúlio Vargas e um sentimento de identificação com o Estado de São Paulo que muitas vezes me parecia mais forte do que a sua identificação com o Brasil. Ela relatava sentir um ódio profundo do Getúlio ditador por ter atacado São Paulo, mas, ao mesmo tempo, dizia tê-lo perdoado, anos depois, quando ele promulgou a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

Ao ouvir essas histórias, presenciei pela primeira vez alguém falar de um texto legal –e do direito em geral– com paixão. O direito para ela não era um instrumento destinado a efetivar e operacionalizar valores sociais em relação aos quais o jurista deve se manter indiferente. Também não era um jogo retórico, sofisticado e erudito, uma técnica de convencimento cujos resultados serão sempre indeterminados e em relação ao quais devemos nos manter céticos ou desenvolver o mais descarado cinismo.

Minha avó falava do direito com intensidade, como se dele dependesse, sem exagero algum, a sua vida, a sua morte e a sua dignidade na condição de pessoa e trabalhadora. Como nos lembra Robert Cover, a interpretação jurídica se estabelece em um "campo de dor e morte" (2019) que necessariamente implica o corpo das pessoas. Pode não ser mero acaso que sua filha, minha mãe, muitos anos depois, tenha se tornado juíza do trabalho e eu, em minha dissertação de mestrado, tenha escrito sobre liberdade sindical (Rodriguez, 2003). Para Yolanda, a CLT era muito mais do que um texto. Ela implicava seu corpo e sua existência: o direito que um dia ameaçou feri-la ou mesmo eliminá-la fisicamente, agora era capaz de protegê-la contra o risco de ser vulnerada.

Em 1935, aos 18 anos, minha vó migrou para a capital de São Paulo e começou a trabalhar como operária na Johnson & Johnson no

bairro da Mooca, onde residiu até o final de sua vida. Durante os levantes tenentistas de 1924 contra o governo federal (Assunção, 2015) o bairro também havia sido bombardeado pelas forças oficiais –como os demais bairros operários de São Paulo: Braz, Belenzinho, Aclimação e Luz– na tentativa de indispor os trabalhadores com os tenentes insurgentes.

Este episódio covarde e violento, negligenciado pela historiografia brasileira, foi extremamente grave. Estima-se que durante os conflitos 1800 imóveis tenham sido atingidos e 250 mil pessoas tenham deixado São Paulo para se abrigar no interior. Além disso, 212 mil pessoas deixaram seus bairros para se abrigar em São Paulo na casa de parentes e conhecidos, em uma cidade que contava então com 750 mil habitantes. Há notícias de que o levante resultou na morte de 503 pessoas e deixou 4.846 feridas. Certamente a memória destes acontecimentos ainda estava muito presente em 1935.

É provável que a greve geral de 1917, que atingiu todo a nascente indústria brasileira, tenha tido um papel importante na decisão de atacar as classes populares em 1924. O discurso oficial na época criou a figura do "agitador estrangeiro hostil" para caracterizar os anarquistas, então dominantes no movimento operário. Os estrangeiros eram acusados de ingratos por haverem sido acolhidos generosamente pelo Brasil e, naquele momento, terem resolvido promover agitações e atos violentos sem uma justificativa justa. É claro que se tratava de um discurso construído para desviar a atenção do público das condições de trabalho da época, a real motivação da greve e da insatisfação dos trabalhadores e trabalhadoras. No relato de Roberto Pompeu de Toledo:

> Nas fabricas de tecido, as mais bem equipadas e com maior número de operários, trabalhava-se em ambientes mal ventilados, sob o infernal barulho das máquinas e a vigilância severa dos mestres e contramestres. Controlavam-se as conversas e as idas aos banheiros. Na fábrica Santana, de Antônio Álvares Penteado, em 1902, cobravam-se 200 réis por cada uso do sanitário; sua revogação foi uma das

> reivindicações de um movimento então deflagrado pelos trabalhadores (Toledo, 2015).

Em sua nova vida em São Paulo, experimentando a violência da condição operária, é compreensível que minha avó tenha perdoado Getúlio Vargas. Afinal, ele se tornou um símbolo da criação de um conjunto de leis que passou a viabilizar uma existência física e simbólica mais digna para toda uma classe trabalhadora. Uma classe submetida a duras condições de trabalho e objeto de um discurso que a estigmatizava. Neste caso, o direito funcionava tanto como instrumento capaz de vulnerar e exterminar corpos, autorizado por um discurso discriminatório, quanto como fator constitutivo de uma existência digna.

Importante dizer que a dignidade dos trabalhadores não dependia exclusivamente do reconhecimento do Estado. Por razões que ainda não estão claras, o estudo das associações e do mutualismo praticado pelos trabalhadores no Brasil ficou em segundo plano. Tais entidades têm sido tratadas como meras precursoras dos sindicatos, que no Brasil não se desenvolveram autonomamente. O Estado criou uma estrutura sindical oficial composta de sindicatos de trabalhadores e sindicatos patronais, organizada por categorias e financiada por uma contribuição compulsória, paga por todos os trabalhadores, filiados ou não.

Mesmo assim, como mostram estudos recentes (Mac Cord e Batalha, 2014), estas entidades exerceram funções de auxílio mútuo, especialmente entre trabalhadores qualificados, e contribuíam para reforçar a identidade dos estrangeiros ao fazer propaganda de sua respeitabilidade com a afirmação da retidão moral e dos valores do trabalho duro. Parece razoável supor que tais entidades também tenham funcionado como espaços de mediação e solução de conflitos, ao menos entre seus membros, o que poderia nos levar a crer que funcionassem como ordens normativas relativamente autônomas. Com efeito, pode ser que a organização dos sindicatos pelo Estado tenha interrompido o processo de criação de um direito nascido da

sociedade, que pode ter se perdido por falta de registro (Rodriguez, 2003).

Não tenho notícias de que minha avó tenha participado dessas associações nem que tenha tido uma vida sindical ativa. Ela trabalhou como operária não especializada e era oriunda do Tirol, grupo de estrangeiros que não contava como associações próprias. Seja como for, sua biografia pode ser mais bem compreendida no contexto dos movimentos de centralização do poder político e da produção de normas jurídicas realizados pelo Estado brasileiro e das violências cometidas neste processo.

Um dos objetivos da política de imigração brasileira foi o de embranquecer a população brasileira e criar uma nação que não fosse dominada pela população originária e negra, considerada biológica e culturalmente inferior. A primeira inciativa imigratória do Estado brasileiro, ainda antes da independência, já era motivada por teorias raciais e consistiu na formação de uma colônia suíça próxima da Corte do Rio de Janeiro no que hoje é o município de Nova Friburgo (Ferreira, 2020).

Depois da independência, durante o Primeiro Reinado, destaca-se a colônia de São Leopoldo fundada em 1824 por imigrantes alemães. Cabe mencionar que a Universidade do Vale dos Sinos onde eu trabalho está localizada no município de São Leopoldo, exatamente nesta região. A política imigratória brasileira preferiu povos germânicos por influência da Imperatriz Leopoldina, filha do imperador Francisco I da Áustria (Fernandes e Costa, 2020). A justificativa racial seguiu influente entre 1880 e 1930, período de maior afluxo de europeus para o Brasil, em que a família de minha avó migrou para São Paulo. É interessante notar que a política migratória deste Estado, diante da dificuldade de promover a imigração de germânicos, favoreceu a vinda de imigrantes italianos da região fronteiriça da Itália com a Suíça e a Áustria (Gonçalves, 2020).

Já no século XIX, a mestiçagem era considerada um indício do atraso do país: liberalismo e racismo conviveram de forma tensa e teorias raciais foram utilizadas para justificar diferenças sociais

(Schwarcz, 1993). Mesmo depois da valorização da miscigenação por Gilberto Freire e outros artistas e intelectuais já no século XX, permaneceu o objetivo de integrar o país em um todo geográfico, cultural e jurídico, inclusive com a integração dos indígenas na nação brasileira, como podemos perceber por exemplo na história da Fundação Brasil Central (1943-1967), empreendimento do Estado brasileiro para expandir o poder do governo federal para regiões tidas como vazias como a Amazônia e o Centro-Oeste do país (Maia, 2012). A valorização da miscigenação e o objetivo de unificar administrativamente o território também se colocavam à serviço de um desejo de homogeneidade.

O mesmo fenômeno é perceptível se examinarmos a evolução da legislação a respeito dos povos indígenas: apenas com a Constituição de 1988 ficou claro que o Brasil deve ser considerado uma nação multiétnica e tem o dever de respeitar e zelar pela cultura das diversas nações indígenas, além de respeitar o isolamento de grupos que decidam não tomar parte em nossa forma de vida (Villares, 2009; Rodriguez, 2019; Ricardo e Gongora, 2019). Ao contrário de outros países latino-americanos, o Brasil não se reconhece como um país multinacional (Avritzer, 2017; Bonilla Maldonado, 2018; Clavero, 2008; Fernández, 2015; Lazarte, 2009; Wolkmer; Oliveira e Bacelar, 2017; Verdum, 2009). Mantém em seu marco legal a ideia de homogeneidade.

A construção do federalismo brasileiro também ajuda a explicar a biografia de minha avó e nos ajuda a compreender uma série de questões que enfrentamos até hoje. Por falta de espaço, deixo de fazer um inventário destes problemas, que foram enfrentados sistematicamente por equipes de pesquisa que produziram dois alentados volumes: *Brasil: formação do Estado e da Nação* e *Soberania e conflito: configuração do Estado Nacional no Brasil do século XIX* (Jancsó, 2011; Oliveira; Bittencourt e Costa, 2010). Há também alguns estudos no campo do Direito a respeito do federalismo brasileiro que nos ajudam a compreender os problemas jurídicos em relação aos demais aspectos da vida social (Bercovici, 2003; Macedo, 2018).

Como afirma Henrique Dussel, a cultura latino-americana resultou de um "choque devastador, genocida, absolutamente destruidor do mundo indígena" (Dussel, 1993, p. 64), mas não apenas isso. É importante notar também, como mostra Jan Hoffman French, que a garantia de direitos e a criação de políticas públicas voltadas para os indígenas tiveram efeitos positivos em grupos de pessoas que costumavam ver a si mesmos como "camponeses" e passaram a perceber a si mesmos como povos originários (French, 2009). Nesse sentido, pode-se dizer que a expansão das instituições ocidentais, no longo prazo, teve efeitos ambíguos de destruição de povos originários, mas também de recriação e proteção de identidades originárias em um novo contexto.

Ademais, boa parte dos conflitos políticos e jurídicos brasileiros cotidianos de hoje giram em torno de problemas religiosos, mais especificamente, resultam da dificuldade de incorporar à disputa política brasileira de forças emergentes identificadas com as religiões neopentecostais (Rodriguez, 2023). Muitos destes problemas poderiam ser solucionados por instituições e raciocínios não unitários, capazes de gerir, na terminologia de Brian Z. Tamanaha (2021), o pluralismo jurídico interno (Flores e Rodriguez, 2018). Além disso, também enfrentamos problemas relacionados ao pluralismo jurídico externo, aprofundado pelo assim denominado processo de globalização (Berman, 2013; Berman, 2018; Günther, 2020; Günther, 2008; Neves, 2012; Roth-Isigkeit, 2018; Santos, 2011; Schaffer, 2012; Scheuermann, 2008; Tamanaha, 2021) aos quais o pensamento jurídico contemporâneo também deve uma resposta.

Formalismo jurídico e democracia

Como afirma Franz Neumann em *O império do direito* (Neumann, [1936] 2013), uma das funções centrais do estado democrático de direito é manter separados, mas em comunicação, as esferas da soberania e da sociedade. O direito estabelece procedimentos para que o poder possa ter acesso ao corpo e ao patrimônio de quem quer que

seja para, por exemplo, cobrar uma dívida, limitar seu direito de ir ou aplicar a pena de morte. O direito também separa a palavra pública da palavra privada.

Mesmo Hobbes afirma, no capítulo XXI de *O Leviatã* (Hobbes, [1651] 1968) que no estado de sociedade, depois da celebração do pacto social, é possível ser livre ainda que, para o autor, a palavra do soberano seja responsável por determinar o espaço destinado à liberdade dos súditos por meio de leis: "A liberdade dos súditos, portanto, está apenas naquelas coisas que, ao regular suas ações, o Soberano permitiu" (Hobbes, [1651] 1968, p. 264). Há aspectos da vida que não são regulados pelo pacto, como onde morar, com quem se casar, onde trabalhar. Depois do pacto, o poder não é mais exercido em nome pessoal e pessoalmente sobre os cidadãos, mas sim por intermédio de normas jurídicas que devem justificar racionalmente as hipóteses em que uma determinada pessoa em concreto possa ser atingida por alguma medida oficial.

A abstração das normas jurídicas despersonaliza o exercício do poder tanto do ponto de vista do soberano quanto do ponto de vista do cidadão. O poder só pode ser exercício nas hipóteses, na forma e na intensidade prevista em lei. Por isso mesmo, abre-se um espaço da experiencia humana que fica livre do alcance do poder: tudo que não é proibido é permitido, toda conduta que não foi vedada por uma norma jurídica pode ser praticada livremente.

É justamente por isso, como nos ensinou Robert Cover (2019), que o melhor ponto de vista para compreender o direito de origem liberal é o ponto de vista do carrasco. Generalizando esta ideia para além das categorias do direito penal, cabe refletir sobre o direito do ponto de vista de sua execução sobre o corpo, sobre a estima individual ou social das pessoas e sobre os seus bens, ou seja, sobre sua existência em relação de convívio.

O direito não deve ser estudado do ponto de vista da abstração da norma, mas da materialidade dos conflitos sociais sobre os quais ele irá incidir, especialmente no momento de enfrentar casos concretos, ou seja, o momento de produzir efeitos diretamente sobre as

pessoas envolvidas no conflito. Pois estudar o direito apenas a partir das normas abstratas irá oferecer ao estudioso uma visão parcial do seu funcionamento. Para Cover, é preciso conhecer as hipóteses, a forma e a intensidade de exercício do poder, mas também verificar no âmbito social se este mesmo poder está sendo exercido conforme o direito, ou seja, se o poder está ou não sendo exercido com base em bons fundamentos.

De fato, a partir da modernidade jurídica, os corpos e o patrimônio dos cidadãos passam a estar protegidos do poder por um ônus de justificação, exigido tanto do poder público quanto do poder privado. De acordo com esta ordem de razões, mesmo um soberano absoluto, nos termos de Hobbes, não pode dispor a seu bel prazer da existência de seus súditos, cuja vida, afinal, ele prometeu proteger mediante um contrato que institui o poder soberano, competente para editar leis. A partir de Kant, o pensamento liberal defende que tais limites devem estar previstos em leis que sejam o resultado da participação de todos os cidadãos racionais em um discurso racional, público e livre (Terra, 2004).

Para que tal proteção possa pretender ser considerada universal será preciso que todas as pessoas que participam de uma certa comunidade política vejam a si mesmas, efetivamente, como iguais e sejam consideradas como tal pela sociedade e pelo Estado. Por isso mesmo, não se pode separar o debate filosófico de análises sociológicas, mais especificamente, da análise jurídico-institucional, análise sobre o desenho e sobre o funcionamento das instituições jurídicas, sob pena de vermos conviver ideias igualitárias avançadas com sociedades e instituições excludentes, ou seja, instituições que não estão à altura de sua justificação pública socialmente encarnada.[2]

Historicamente, a negação de direitos a uma série de grupos sociais –por exemplo, pessoas indígenas, negras, trabalhadoras, judias,

[2] Nesse sentido é a crítica ao "kantismo" feita por Franz Neumann, que reconhecia a importância de sua formulação da ideia de direito, mas não concordava com seu método de estudo do fenômeno, que deve adotar um padrão interdisciplinar (ver Neumann, [1936] 2013, pp. 245-261).

ciganas, estrangeiras, homossexuais, trans, com deficiência– baseou-se na tentativa de negar a essas pessoas a condição de humanos iguais e cidadãos, reduzindo-os a uma condição supostamente inferior. De sua parte, a luta pela universalização dos direitos é a luta pela humanização de todos os seres humanos e a luta pela atribuição de cidadania de todos os corpos. A evolução do direito liberal nos últimos séculos, portanto, pode ser visto como um conflito entre afirmações cada vez mais universais de humanidade e tendências conservadoras que procuram fazer do universal um clube fechado. O sentido do que seja "universal" varia com a história, com o contexto e o estado das lutas sociais.

A afirmação histórica do direito liberal é contemporânea, portanto, de sua perversão: sempre houve categorias inteiras de seres humanos deixadas fora do âmbito de proteção da suposta universalidade dos direitos fundamentais. O direito liberal nasceu com um perceptível déficit de legitimidade por parte dos agentes que construíram as instituições que estão na origem do nosso estado democrático de direito (Rodriguez, 2018; Rodriguez, 2019).

Historiadores como Georges Lefebvre (2019) mostram que a tensão entre a realização e a perversão da universalidade dos direitos acompanha a tradição ocidental desde seu nascimento. Durante a Revolução Francesa, a burguesia nunca duvidou de si mesma como a classe revolucionária destinada a fazer o bem da espécie humana. Mesmo assim, Lefebvre nos informa de temores, durante a Assembleia Revolucionária, de que a menção de "satisfação geral" na Declaração dos Direitos do Homem poderia permitir que a ideia de igualdade jurídica ou igualdade civil fosse interpretada como "igualdade de recursos", ameaçando o poder das classes mais ricas, burguesia inclusive.

Esse temor motivou deputados eclesiásticos como Grégoire a exigir que à declaração de direitos fosse acrescentada uma declaração de deveres, sugestão que não foi acatada (Lefebvre, 2019, p. 182). Ainda assim, na avaliação de Lefebvre, teria sido prudente do ponto de vista da burguesia adotar a distinção proposta por Sièyes entre

igualdade de direitos e igualdade de recursos, além de ter definido claramente o que é propriedade para evitar que a Declaração fosse interpretada em o sentido socialista (Lefebvre, 2019, p. 182). A *Revolução Francesa* (2019), de Michel Vouvelle, examina as diferenças entre as Declarações de Direitos Francesas de 1793 e 1795 e detecta o mesmo medo da igualdade como ameaça à propriedade privada (Vouvelle, 2020; Wachowicz, 2004, p. 67).

A simultaneidade entre aplicação e perversão do direito também pode ser percebida pelo apagamento da influência da Revolução Haitiana da experiência jurídica ocidental, problema recentemente abordado por estudiosos de diversas áreas das Ciências Humanas, incluindo o Direito (Buck-Morss, 2017; Hazareesingh, 2021; Queiroz, 2023). Há vasta literatura sobre a convivência no Brasil da escravidão com institutos liberais e suas consequências (ver Rodriguez, 2013), incluindo reflexões sobre o impacto desse fato na dificuldade de aprovação de um Código Civil brasileiro (ver Grinberg, 2001).

Vale notar que, mesmo diante destas tendencias de efetivação e de perversão do estado democrático de direito (Rodriguez, 2019), a gramática que tem permitido que este conflito se estruture desta maneira é a gramática liberal dos direitos. Por isso Franz Neumann ([1936] 2013) disse na introdução do seu *O império do direito* que a tradição liberal, a partir das reivindicações operárias, mostra-se como uma faca de dois gumes, ou seja, pode ser posta à serviço de interesses de outros grupos sociais, diferentes da burguesia.

Mas a promessa de garantia de direitos iguais para todos os seres racionais, formulada pelas revoluções burguesas, teve que se de-substancializar para que a humanização do direito pudesse ir se ampliando, tendencialmente, para todas as pessoas e, inclusive, como veremos, para não-pessoas. Afinal, de acordo com a tradição da filosofia política moderna, o direito a ter direitos era atribuído ao ser humano racional assim concebido a partir de uma investigação científica substantiva, capaz de identificar suas características e necessidades. A partir de investigações de uma ciência não experimental, marcadamente especulativa, seria supostamente possível conceber

um modelo político adequado para todas as sociedades humanas, como evidenciam as divergências entre autores como Hobbes, Locke e Rousseau a respeito das características do estado de natureza, do contrato e do estado de sociedade.

Como mostrou Ian Hacking (1999), a filosofia política moderna é caracterizada por uma concepção visual do pensamento. Para este modo de perceber o mundo, as ideias poderiam ser objeto de "visão mental", análoga à visão de um objeto material. Para este modo de pensar, "a significação é uma relação de precedência-ou-consequência de um tipo quase causal" (Hacking, 1999, p. 39) no qual as palavras precedem as ideias, mas seu significado depende da "visão" das ideias. A investigação da natureza humana, portanto, tinha como objetivo identificar a ideia de humanidade em sua essência e a partir dela construir sistemas políticos.

A formalização do direito e da ideia de pessoa na forma de uma "pessoa de direito" tem como marco o conceito kantiano de dignidade humana e radicaliza-se com a criação de estados de direito democráticos; com a tradição do constitucionalismo democrático.[3] Ora, uma concepção formal de direitos não pressupõe a existência verificável de um conceito natural ou filosófico de pessoa para que seja possível atribuir-lhe direitos e, portanto, rompe com a visão substantiva da filosofia moderna. A definição de "pessoa de direito" deixa de estar ligada a uma ideia substantiva de pessoa e passa poder ser objeto de construção e disputa social.

Ademais, como mostra Franz Neumann na parte final do seu artigo *A mudança de função da lei na sociedade burguesa* (Neumann, [1937] 2014), o conceito de pessoa permite imputar a determinados entes a responsabilidade moral e jurídica pela exploração econômica e, eu acrescentaria, a responsabilidade pela violência racial e de

[3] Franz Neumann deixa este ponto muito claro ao romper explicitamente com a tradição alemã do "Rechtsstaat" em favor da tradição inglesa do "rule of law" argumentando que apenas esta pressupunha uma relação entre estado e sociedade para caracterizar o direito. Não é por acaso que o livro de Neumann se intitula *The rule of law* (Neumann, [1936] 2013).

gênero, entre outras. A adoção de um vocabulário comunitário-orgânico –como queriam os nazistas– ou funcionalista para descrever as interações sociais impediria que os conflitos fossem figurados desta maneira. Nesse sentido, a gramática liberal dos direitos fornece elementos para construir afirmações de justiça e de injustiça, que podem entrar permanentemente em disputa, basta que a comunidade política altere sua visão sobre o sentido de "pessoa de direito".

Retomando o fio da exposição, é justamente em razão do formalismo que Franz Neumann afirma que o pensamento de Kant contém alguns dos elementos mais progressistas do pensamento jurídico moderno, ainda que para o autor seu formalismo seja abstrato, insensível, "não guarde relação alguma com as noções sociológicas da igualdade e da liberdade" (Neumann, [1936] 2013, p. 257).

Portanto, é preciso deixar de lado o déficit histórico-sociológico da visão kantiana das instituições formais e seus efeitos deletérios sobre o estudo do direito (Neumann, [1936] 2013, pp. 245-262) para conceber um direito que permita a diversos indivíduos e grupos sociais submetidos a situações de opressão que lutem para serem considerados "pessoas de direito" e para serem integrados em uma mesma narrativa constitucional, ampliando assim o conceito de cidadania. Mais recentemente, tem ficado claro que uma formalização sociologicamente sensível também permite que ordens normativas diferentes do Estado nacional sejam reconhecidas como jurídicas, como veremos adiante.

E há mais: a princípio, qualquer ser capaz de pensamento racional estava autorizado a reivindicar direitos iguais sem nenhuma forma de discriminação. Hoje em dia já se admite que outros entes, inclusive inanimados, ao menos aos olhos ocidentais, sejam considerados "pessoa de direito". Por exemplo, a Constituição do Equador de 2008 incorporou a explicitamente a visão de natureza indígena

denominada *Pachamama*[4] (Acosta, 2016; Zaffaroni, 2011) considerada como sujeito de direitos.

Para organizar melhor o que acabamos de dizer, o primeiro momento no processo de de-substancialização do direito é marcado pela ideia de que os direitos resultam da vontade humana e não da natureza das coisas ou da vontade de Deus.

O segundo passo da de-substancialização do direito consiste em afirmar que a tensão entre direito natural e direito positivo é interna ao direito positivo e, portanto, não faz mais sentido em sua concepção original. Franz L. Neumann dá este passo ao diferenciar as ideias de "visão política de império do direito" de "visão jurídica de império de direito" às quais eu me refiro com os conceitos de "uso social do direito" e "uso oficial do direito" (Rodriguez, 2019).

De acordo com esta concepção, a racionalidade do direito positivo está em tensão com o estado das lutas por direitos, ou seja, lutas

[4] Capítulo Sétimo. Direitos da Natureza:
Artigo 71 - Natureza ou *Pachamama*, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar esses direitos se observarão os princípios estabelecidos na Constituição, conforme o caso. O Estado irá incentivar as pessoas físicas e jurídicas, e a coletividade, para proteger a natureza e promover o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.
Artigo 72 - A natureza tem o direito a restauração. Esta restauração será independente da obrigação que tem o Estado e pessoas físicas ou jurídicas em indenizar indivíduos e grupos que dependem de sistemas naturais afetados. Em casos de impacto ambiental grave ou permanente, incluindo os relacionados com a exploração de recursos naturais não renováveis, o Estado vai estabelecer os mecanismos mais eficazes para alcançar a restauração, e adotará as medidas adequadas para eliminar ou mitigar as consequências ambientais nocivas.
Artigo 73 - O Estado aplicará medidas de precaução e restrição de atividades que podem levar à extinção de espécies, destruição de ecossistemas ou a alteração permanente de ciclos naturais. Proíbe-se a introdução de organismos e materiais orgânicos e inorgânicos que podem vir a alterar o patrimônio genético nacional.
Artigo 74 - As pessoas, comunidades, povos e nações têm o direito de beneficiar-se do meio ambiente e recursos naturais que lhes permitem viver bem. Os serviços ambientais não serão suscetíveis de apropriação, sua produção, prestação, uso e aproveitamento será regulado pelo Estado (Equador, 2011).
Sobre o assunto, ver Acosta (2016) e Zaffaroni (2011).

pela produção e pela interpretação das leis diante de casos concretos. A promessa de igualdade imanente ao estado democrático de direito, instituição que surge em determinado momento histórico, permite que indivíduos e grupos vejam a si mesmos como vítimas de injustiça para denunciar e exigir mudanças naquelas instituições formais que não estejam à altura de si mesmas. Nesse sentido, a ideia de racionalidade do direito se confunde com a ideia de democracia constitucional: o direito será racional se for capaz de reconhecer e estabelecer arranjos institucionais e interpretações das leis capazes de incluir e conciliar as diversas demandas sociais (Rodriguez, 2009; Rodriguez, 2019).

Mesmo que pensadores tomistas como Henrique Claudio Lima Vaz (2002) ou John Finnis (2008), por exemplo, sigam defendendo que existe algo como um direito natural que remonte a Deus e deva servir de padrão para o direito positivo, a tensão entre direito natural e direito positivo torna-se constitutiva da gramática jurídica, passa a ser uma tensão interna ao estado democrático de direito. Mesmo estes autores, se não quiserem derivar para posições não democráticas, devem pensar o direito natural no contexto de uma sociedade não hierárquica, não-aristotélica.[5] Portanto, tal a defesa desta visão do direito deve passar pela mediação da vontade humana politicamente organizada em um estado democrático de direito. O jusnaturalismo passa a ser uma posição teórica entre outras no contexto do debate

[5] Há neste momento uma grande rejeição ao nome do ex-Ministro da Justiça de Bolsonaro e ex-Advogado Geral da União, André Mendonça, em sua pretensão de ocupar uma vaga no STF. Minhas reservas a seu nome devem-se à sua evidente disposição de defender valores que se colocam fora da política democrática e acima da Constituição para instrumentalizar o direito em nome de uma pauta, neste caso, conservadora. Este é um raciocínio típico de juristas autoritários e, diga-se, de algumas forças revolucionárias que negam, por princípio, a mediação política e defendem, também, por princípio, a violência. Foi muito criticada a sua disposição de perseguir críticos do governo Bolsonaro quando era ministro da justiça, ameaçando-os com pedidos de abertura de inquéritos pela Polícia Federal. Eu critiquei em texto ainda inédito sua argumentação, que considerei explosiva e potencialmente sectária, no caso que discutia o fechamento dos templos religiosos durante a epidemia de Covid.

público, não o detentor de uma visão privilegiada a respeito do que significa ser humano e do que o direito deve significar.

Cabe notar que mesmo esta visão formal do direito ainda parece pressupor uma única narrativa constitucional à qual toda experiência humana deve se referir, uma mesma gramática jurídica para a qual todas as demandas sociais devam ser traduzidas. Mesmo visões como a de Franz Neumann não foram capazes de incorporar ao pensamento jurídico as demandas sociais às quais eu me refiro com a utilização do termo "multinormatividade".

O terceiro momento da de-substancialização do direito em sua concepção ocidental está ocorrendo neste momento na periferia do capitalismo e em países multiétnicos, multi-religiosos e federalistas como os Estados Unidos, o Brasil, o Equador e a Bolívia com o reconhecimento de que normas e categorias praticadas em certos espaços sociais e pelos povos não hegemônicos, os "outros da nação", como diz Rita Laura Segato (2021), fazem parte da ordem constitucional em sua especificidade. Ademais, este momento da formalização do direito tem sido impulsionado pela globalização que inclui a criação de ordens normativas transnacionais que regulam uma série de assuntos em paralelo e muitas vezes em conflito com o direito estatal.

Nestes casos, não estamos diante da mera tradução para a gramática do direito ocidental de categorias nascidas em outras experiências humanas, mas do reconhecimento de que o que chamamos de "direito" tem natureza policêntrica e se desenvolve de acordo com gramáticas e centros de poder próprios, ou seja, jurisdições próprias, diferentes do Poder Judiciário estatal. Além disso, trata-se também de pensar como o direito estatal pode conviver ou não com ordens normativas jurídicas transnacionais as quais, muitas vezes, podem ser mais adequadas para solucionar uma série de problemas sociais, por exemplo, relacionados a questões ecológicas, ao comércio global e à inovação tecnológica, como no caso das comunidades que colaboram no desenvolvimento de softwares de código aberto.

As ciências sociais e uma série de teóricos e sociólogos do direito tem utilizado o conceito de pluralismo jurídico para se referir a este fenômeno. Via de regra, estes autores adotam uma postura estritamente descritiva e que não leva em conta o ponto de vista interno ao direito. Por esta razão, estra tradição não distingue com clareza "jurídico" e "não-jurídico" (Tamanaha, 2021) e não desenvolveu um modelo de racionalidade jurídica que se proponha a operar a jurisdição em um mundo multinormativo, ou seja, um mundo em que ordens normativas variadas funcionam em paralelo, algumas delas com a pretensão de serem reconhecidas como ordens normativas jurídicas.

A tradição do pluralismo jurídico também não costuma investigar as razões pelas quais algumas delas pretendem ser reconhecidas como jurídicas e outras não. Investigações desta natureza são importantes porque sob a denominação de pluralismo jurídico podemos encontrar estratégias para evitar o pagamento de impostos, o cumprimento de normas trabalhistas e de legislação de proteção ambiental ou a manutenção de privilégios e discriminações em nível local. Por isso mesmo, este texto prefere utilizar o termo "multinormatividade" para se referir a estes fenômenos, um termo que não induz o analista a concluir de antemão, sem análise, que está diante de diversas ordens jurídicas funcionando em paralelo (Günther, 2020).

Assim, parece necessário distinguir ordens normativas jurídicas *democráticas* que pretendem ampliar o espaço de participação das pessoas na criação das normas que regulam suas vidas e ordens normativas jurídicas *perversas* ou *autárquicas* que pretendem estabelecer regimes autárquico de criação de direitos.[6]

Em outro contexto histórico e pensando a respeito da defesa do centralismo ou do autogoverno, Rosa Luxemburg (1988, p. 112) afirmava que o centralismo foi defendido em nome da igualdade e da democracia contra localismo medieval que favorecia o poder hierárquico da nobreza. No contexto brasileiro, o localismo também foi,

[6] Sobre a distinção entre "direito democrático" e "direito autárquico", ver Rodriguez (2018; 2019; inspirados em Kelsen, 2016).

durante muito tempo, sinônimo de fraude eleitoral e do domínio das oligarquias dos estados nacionais contra a lógica igualitária do estado democrático de direito (Leal, 2012).

Por isso mesmo, seja em relação ao pluralismo interno ou ao pluralismo externo, o critério normativo mais adequado para avaliar as ordens normativas com pretensões jurídicas em estudos que se preocupem com o funcionamento de estados democráticos de direitos é a sua capacidade ou não de ampliar a participação das pessoas na criação das normas que regulam a sua vida, como sugere também Rosa Luxemburg (1988, p. 139). É claro que este critério não resolve por si só os conflitos em concreto, mas servem para orientar possíveis soluções.

Fique claro que o que estou chamando de formalização do direito, que favorece a sua crescente universalização, ou seja, uma formalização democrática, não é um movimento puramente intelectual. A construção deste conceito e de suas transformações está relacionada com o estado das lutas sociais. A ideia de que os direitos são criados e transformados pela vontade humana foi criada na luta contra os privilégios supostamente naturais da nobreza e da igreja e contra a sociedade hierárquica na qual eles faziam sentido. Nessa perspectiva, a formalização e as transformações do conceito de pessoa estão relacionadas com as lutas dos trabalhadores, mulheres, pessoas de cor para que a sua forma de vida fosse reconhecida pela ordem constitucional na forma de novos direitos, processo que foi teorizado no campo das ciências sociais por T. H. Marshall (1967) para a Europa e adaptado para o Brasil pelo historiador José Murilo de Carvalho (2001).

Já o terceiro momento da formalização democrática do direito, extremamente complexo, tem sido impulsionado pela luta anticolonial que inclui o reconhecimento de direitos aos povos originários nos termos de sua cosmologia, além das disputas ambientais, luta pelos direitos dos animais e pelo fenômeno da globalização econômica que deu lugar à criação de ordens normativas que regulam

uma série de fenômenos para além e através das fronteiras dos Estados nacionais, muitas vezes em competição com a legislação estatal.

Vale dizer que, também neste último caso, estamos diante de ordens normativas de código fraco, que não entram em choque com os aspectos existenciais do direito nacional, o que facilita a sua circulação global. Não parece razoável dizer o mesmo a respeito de ordens normativas de povos originários que não incluem a propriedade privada como categoria fundamental e necessitam de territórios amplos para sobreviverem. Neste último caso, ao menos no Brasil, não há ainda um arranjo institucional politicamente estável, capaz de manter o capitalismo em funcionamento sem ameaçar a autonomia de comunidades tradicionais ou a sobrevivência humana sobre o planeta.[7]

Para uma filosofia do direito multinormativa e convivial

A multinormatividade como democracia

Autores como Robert Cover, Brian Z. Tamanaha, Paul Schiff Berman e Klaus Günther têm contribuído para que a investigação do pluralismo jurídico caminhe em outra direção. Como diz explicitamente Robert Cover (2002), trata-se de renovar a tradição do liberalismo jurídico para pensar um desenho de estado democrático de direito que permita a convivência de "mundos de significado normativo forte", ou seja, que se imponham principalmente por seu sentido substantivo comunitário. A despeito das diferenças entre estes autores, é a partir desta premissa que me utilizarei aqui de seus escritos.

[7] Para um panorama dos conflitos socioambientais brasileiros e a permanência de um modelo econômico desenvolvimentista que ameaça o meio-ambiente e a sobrevivência de comunidades tradicionais, ver Zhouri e Valencio, 2014).

Para que esta "renovação do liberalismo" seja possível,[8] é preciso pensar o estado de direito como um "mundo de significado normativo fraco" imposto principalmente pela força, não apenas em razão de seu sentido substantivo, ou seja, ao menos a garantia de igualdade perante a lei e possibilidade de participar da criação das normas que regulam a sociedade. Desta forma, o estado democrático do direito torna-se compatível com outras modalidades de pertencimento, abrindo espaço para que as pessoas sejam titulares, por assim dizer, de vários status análogos ao de cidadão, participando assim de diversas ordens normativas jurídicas ao mesmo tempo.

Ademais, é preciso adotar critérios não substantivos para distinguir "jurídico" de "não-jurídico" em um contexto multinormativo. Assim, sustentamos, com Brian Z. Tamanaha (2021) que uma ordem normativa deve ser considerada jurídica quando as pessoas envolvidas em um conflito declararem ser impossível cumprir uma determinada norma sem deixar de obedecer a uma outra, ambas pertencentes a ordens normativas que reivindiquem o status de ordens jurídicas. Robert Cover (2002) oferece uma solução semelhante ao afirmar que devemos considerar como jurídica toda norma em nome da qual uma pessoa se disponha a pôr seu corpo (a sua honra e o seu patrimônio, eu acrescentaria) em risco para afirmar a sua validade jurídica.

Ambos os conceitos pressupõem que seja possível reconhecer ordens normativas em conflito como jurídicas do ponto de vista da jurisdição responsável por examinar o caso e do ponto de vista

[8] Não há espaço para explorar este ponto aqui, mas vale a pena questionar se uma proposta de "renovação do liberalismo" como a que defendo aqui não produz instituições muito diferentes da tradição liberal. Uma prova disso é a semelhança entre a abordagem feita neste texto e as propostas do teórico comunitarista Charles Taylor para lidar com os problemas práticos da convivência entre comunidades no interior de um mesmo Estado (ver Taylor, 2016; 1993). Além disso, meu trabalho de doutorado a respeito de Franz L. Neumann, cujo título original era "O direito liberal para além de si mesmo", também procurou mostrar que a incorporação à "forma direito liberal" de demandas variadas fez com que conceitos identificados com o liberalismo fossem modificados e postos à serviço de outros interesses e ideologias (ver Rodriguez, 2009).

das pessoas envolvidas no conflito. Por isso mesmo, Klaus Günther (2008) sugere que seria razoável postular a existência, como ele mesmo diz, de um "código universal de legalidade" atualmente em funcionamento, ou seja, um código utilizado de fato por diversos agentes sociais em diversos países e instituições, capaz de nomear este tipo de experiência humana.

Tal código permitiria, portanto, que as diversas ordens normativas se reconhecessem como jurídicas, ou melhor, que as pessoas envolvidas em conflitos os identificassem como conflitos entre direitos. Tratar-se-ia de um código indeterminado, "uma metalinguagem que contém conceitos e regras básicas como o conceito de direito e de devido processo legal e o conceito de sanção e competência" (Günther, 2008, p. 16).

Esta formulação de Günther avança na construção de uma visão interna do direito inspirada no pluralismo jurídico e me parece complementar às visões de Tamanaha e Cover. No entanto, não concordo com a sua formulação do problema. A presença de um suposto "código universal de legalidade" pode não passar de uma ilusão de ótica do Ocidente que impôs, muitas vezes mediante violência, suas instituições à diversas partes do mundo. Atualmente, a construção deste código parece estar ligada, em grande parte, à circulação de elites jurídicas de fala inglesa ao redor do mundo, oriundas principalmente de universidades situadas no centro do capitalismo mundial (Kennedy, 2018).

Tal expansão do Ocidente pode ter efeitos emancipatórios. Perpetrados os assassinatos em massa e a destruição de diversos povos e culturas, violências impossíveis de se desfazer, pode-se afirmar a existência de uma experiência jurídica universalizante com referência a uma série de conceitos e raciocínios de origem ocidental. Trata-se de uma herança que muitos consideram sangrenta, mas que não parece ser possível negar ou destruir com a finalidade de redesenhar as instituições a partir do zero.[9]

[9] Sobre o efeito destrutivo de mudanças rápidas e desligadas da dinâmica institucional em funcionamento, ver Hirschman (1961).

Ainda que não seja possível desfazer completamente a violência com que tal código se impôs ao redor do mundo, para não ocultar a violência colonial responsável por sua circulação, eu prefiro postular a existência de uma metalinguagem composta de *conceitos e normas híbridas* –com potencial universalizante, mas não ainda universal– que poderão, em algum momento, ser identificados como efetivamente universais. Neste momento histórico, prefiro afirmar que estamos diante de um "código híbrido universalizante", cuja história remonta a atos inaugurais de violência, mas que a partir de iterações democráticas (Benhabib, 2006) cada vez mais plurais, cada vez mais inclusivas, pode evoluir para uma metalinguagem universal, capaz de promover a comunicação livre entre diversas experiências sociais e jurídicas.

Tal formulação procura manter a memória da violência colonial em uma marca textual, adiando a afirmação da universalidade, que permanece na condição de potencial. Além disso, o potencial universalizante deste código não exclui a possibilidade de que outras construções conceituais possam ter exercido ou venham a exercer um papel semelhante no futuro, ou que promovam transformações profundas em sua racionalidade.[10]

Por exemplo, não tenho certeza se o conceito Ocidental de "direito" pode ser apontado, desde já, como parte de uma metalinguagem efetivamente comum a todas as culturas do planeta. Levar os direitos excessivamente à sério pode significar deixar de fora do projeto constitucional de uma determinada comunidade política normas que regulam a forma de viver de diversos povos originários. Em uma pesquisa que coordenei para a Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça brasileiro, da qual tomaram parte juristas, filósofos e antropólogos (Rodriguez, 2011), por exemplo, constatamos a dificuldade de encontrar um titular para um eventual crédito a ser pago em troca da utilização de conhecimentos tradicionais.

[10] Para uma visão de perspectivas teóricas com as quais me identifico e que procuram pensar positivamente a herança ocidental (ver Kerner, 2018).

Em primeiro lugar, é muito difícil identificar quais são os povos titulares de certos conhecimentos, disseminados por amplas regiões que são habitadas por diversos grupos. Tais povos não se relacionam com estes conhecimentos com a mediação da categoria "direito". Assim, imputar um "direito de crédito" a alguém pode ser, evidentemente, injusto com os demais grupos e estranho ao modo como estas pessoas definem a sua própria experiência.

Mesmo que fosse possível identificar um povo como responsável por desenvolver um determinado conhecimento tradicional, o pagamento de valores monetários a estes indivíduos com fundamento em um crédito pode levar à destruição da dinâmica de funcionamento de comunidades que não reconhecem o direito de propriedade individual. Por isso mesmo, uma das soluções apontadas para o problema tem sido a criação de fundos geridos por diversas lideranças indígenas cujos recursos devem ser destinados às suas comunidades.[11]

Pode-se argumentar que, mesmo com todos estes problemas, seria possível estabelecer uma comunicação entre estas diversas experiências jurídicas a partir do conceito de "direito", no caso, "direito de crédito". As pessoas envolvidas seriam capazes de perceber o sentido deste termo e debater alternativas para que o regime jurídico que ele representa não gere efeitos injustos ou nocivos à sua forma de vida.

Mesmo assim, me parece mais adequado afirmar que o conceito de "direito" está funcionando neste caso de maneira híbrida, pois o fato é que não sabemos como ele é compreendido pelas diversas cosmogonias nativas que entraram em contato com ele, seja no Brasil seja em outros espaços sociais. E mesmo que todos indivíduos e grupos envolvidos nos debates da esfera pública utilizem o termo, podemos estar diante de um discurso meramente estratégico, construído

[11] Para todos estes pontos, a referência é Cunha (2017). Günther Teubner (2020) utiliza o mesmo exemplo que pesquisei como estudo de caso para a sua defesa do conceito de fragmento para descrever o direito no mundo contemporâneo. Considero que este modo de pensar deixa indevidamente em segundo plano a possibilidade de construir um meta-código jurídico a partir da interação entre os agentes sociais, além de prestar pouca atenção nas assimetrias de poder existentes entre as diversas ordens normativas em sua pretensão de se afirmaram como jurídicas (ver Teubner, 2020).

para lidar com as categorias ocidentais em um quadro conceitual imposto pela colonização. Seria necessário ouvir as pessoas envolvidas e aprofundar o diálogo democrático para compreender se o conceito de "direito" é mesmo capaz de expressar todas essas experiências humanas.

A ideia de que este seja um "conceito híbrido" também mantém em aberto a possibilidade de ampliar a gramática jurídica ocidental com a utilização de ideias nascidas em outras experiências culturais. A aparente justaposição dos conceitos de "Natureza" e "Pacha Mamma" na Constituição do Equador pode ser um indício de que o conceito de "natureza" seja transformado pelo pensamento dos povos originários e venha a ser formulado com a utilização de um outro termo, com impacto sobre a disciplina jurídica da propriedade privada. Mas também pode evidenciar a captura desta experiência para legitimar uma ordem jurídica que funciona a partir de outros pressupostos, eliminando a tensão entre a forma de vida ocidental e formas de vida não hegemônicas.

Por fim, será preciso repensar o que chamamos de racionalidade jurídica à luz de todos estes fenômenos. Seguindo a perspicaz sugestão de Paul Schiff Berman (2013), partindo do pressuposto que a jurisdição estatal e outras jurisdições atualmente existentes possam operar nesse novo contexto, quais são os conceitos e raciocínios jurídicos que os juízes e juízas devem utilizar para promover a convivência entre normatividades múltiplas?

Para que isso seja possível, seguindo de perto o raciocínio de Ronald Dworkin (2014), talvez seja necessário reconhecer que existam "divergências epistêmicas" a par de divergências teóricas, as quais afastariam como violento o projeto de reduzir a Constituição de uma certa comunidade político a um único conjunto coerente de princípios que integrasse todas as ordens normativas presentes em um mesmo espaço social.

Por exemplo, é razoável seguir trabalhando com a ideia de que há no Brasil um único texto constitucional e uma hermenêutica unitária deste texto, ambas fundadas em princípios coerentes que devem

ser ponderados de acordo com um critério qualquer, capaz de solucionar conflitos em nome da integridade do projeto constitucional?

Ou será necessário reconhecer que um mesmo texto constitucional pode dar origem a uma série de narrativas constitucionais que partem de pressupostos diferentes –ainda que façam referência a este mesmo texto– e, por isso mesmo, entrarão necessariamente em conflito? Conflitos que serão solucionados, muitas vezes, por jurisdições que funcionam em paralelo, por exemplo, jurisdições estatais e jurisdições indígenas? Mesmo no caso de narrativas constitucionais, cujos conflitos sejam solucionados pela mesma e única jurisdição, para este modo de conceber o direito, será desejável almejar a unificação das narrativas? Ou é mais interessante promover arranjos que permitam que elas convivam lado a lado?

Por exemplo, a garantia de um ensino padronizado e universal pode significar igualdade de oportunidades para os cidadãos e cidadãs, mas também uma ameaça para a cultura e para as crenças de povos indígenas e grupos religiosos (Silveira e Silveira, 2012; Fontan, 2017). Uma narrativa constitucional indígena, por exemplo, poderia considerar que o ensino da ciência e da história ocidental deveria estar integrado a sua forma de viver e de pensar a relação entre natureza e cultura, afinal, e esta forma de pensar e de viver é responsável pela sua sobrevivência (Silveira e Silveira, 2012, pp. 36-37). O texto constitucional, que garante a todos o "direito à educação" daria origem, neste caso, a normas jurídicas diferentes fundadas em narrativas de justificação diferentes, adequadas às necessidades dessas comunidades.

De sua parte, o ensino das tradições indígenas nas instituições de ensino regulares se integra ao currículo sob a égide da diversidade, sem referências centrais nas disciplinas científicas dos currículos do ensino básico e médio. Neste caso, o potencial caráter homogeneizante e manipulador do sistema de ensino compreendido como um "direito à educação" padronizado fica muito evidente.[12]

[12] Sobre este ponto, ver Illich (1973; 2018). Para Ivan Illich nosso atual sistema de ensino não é "potencialmente", mas "necessariamente" homogeneizante e manipulador e

Robert Cover (2003, p. 35) nos ensina que eleger antepassados "é um assunto sério, de enormes consequências": a Constituição dos EUA deveria ser sempre lida à luz dos *Founding Fathers* quando muitos podem pretender compreendê-la à luz de Frederick Douglass ou de Roger Williams? No limite, acrescentaria eu, não seria melhor sustentar que a Constituição não deveria ter nem pai nem mãe conhecidos –nem *Founding Fathers*, nem juízes e juízas de Cortes Supremas, nem teóricos do Direito Constitucional– e poderia ser interpretada à luz de narrativas diversas a respeito do que deva ser considerado certo ou errado, constitucional ou inconstitucional?

Será que o que conhecemos hoje como "Direito Constitucional" não pode representar um obstáculo para a democratização do direito?[13] Ao invés de tentar construir uma única narrativa constitucional, um romance em cadeia unificado a partir de princípios comuns, como diz Dworkin (2014), talvez seja mais adequado organizar o direito constitucional como um conjunto de "Evangelhos Constitucionais", por assim dizer, narrativas paralelas que interpretam o mesmo texto a partir de diferentes experiências humanas e por meio de jurisdições diferentes, quando for o caso. Um mesmo texto, diga-se, que terá sentido, importância e hierarquia diferente em cada uma dessas narrativas.

Isso não significa negar, por princípio, uma possível unidade constitucional, assim como podemos pensar em uma interpretação organizada dos vários evangelhos. No entanto, considero importante repensar a forma de construir tal unidade, que deve acolher as incoerências e não as combater em nome de uma integridade pensada

---

deve ser totalmente desmontado para dar lugar a outro.

[13] É interessante notar que Robert Cover escreve seu texto mais conhecido "Nomos e narração" contra o que ele chama de visão hermenêutica do direito, cujo principal representante para ele era Ronald Dworkin (2014). Mas não considero que o argumento se refira apenas a Dworkin e sim a toda e qualquer visão que pretende unificar o direito constitucional em uma única dogmática ou narrativa constitucional. Olhando desta perspectiva, é positivo para a democracia que surjam interpretações negras, feministas, indígenas, religiosas entre outras de um mesmo texto constitucional que criem soluções as mais diferentes para os problemas jurídicos que enfrentamos.

a partir de uma única tábua de valores. Seja como for, é difícil imaginar uma unidade hermenêutica minimamente democrática em um país cujos escritos do maior jurista negro do século XIX, Luiz Gama (Azevedo, 2005), seguem em sua maior parte inacessíveis e ignorados, espalhados nos jornais da época.[14]

Um jurista que, a pedido de seus estudantes, foi recusado pela Faculdade de Direito de São Paulo, hoje Faculdade de Direito da USP; mesmo assim, estudando por conta própria, tornou-se um rábula e atuou como advogado mesmo sem diploma, tendo desempenhado um papel de destaque na abolição da escravidão no Brasil e que não aparece em nossa narrativa constitucional oficial, sequer no que diz respeito à questão racial.

Estamos em um momento histórico em que uma narrativa constitucional pretensamente universal, construída com ampla participação popular, ainda está sendo criticada e transformada pelos desejos e interesses da sociedade brasileira. Um processo que apenas começou com a promulgação da Constituição de 1988 e segue em marcha acelerada, ampliando ainda mais o processo participativo que está na origem de nosso texto constitucional.

Estamos ainda no momento de celebrar e incentivar a proliferação de narrativas para propor uma nova unidade adiante. Unidade que, para ser efetivamente democrática, não pode ser homogênea a ponto de fechar as portas para novos agentes e grupos sociais que surjam e se sintam excluídos dela. Tampouco para grupos sociais que preferiram permanecer relativamente isolados, praticando o que Robert Cover (2002) chama de "constitucionalismo insular".

Para lidar com os conflitos entre as diversas narrativas constitucionais internas ou externas a uma determinada ordem normativa jurídica será preciso desenvolver cânones interpretativos que indiquem a possibilidade ou não de que determinadas normas convivam

[14] Acabam de ser publicados no Brasil os três primeiros volumes das obras completas de Luiz Gama pela Editora Hedra organizada por Bruno Rodrigues de Lima, doutor em História do Direito na Universidade de Frankfurt, na Alemanha, e pesquisador do Instituto Max Planck.

lado a lado. Em certos casos, será impossível evitar que a jurisdição atue para eliminar uma norma, incompatível com os seus princípios mais fundamentais.[15]

Um exemplo pode ajudar a esclarecer o que estou propondo. Ao invés de interpretar os conflitos entre as pessoas Testemunhas de Jeová e determinadas normas jurídicas brasileiras como um conflito entre direitos fundamentais, por exemplo, liberdade religiosa versus proteção à vida, parece mais adequado sustentar que se trata de um conflito entre ordens normativas jurídicas que precisam negociar os termos de um arranjo para que ambas possam funcionar em paralelo.

Desta forma, este grupo religioso é reconhecido em sua autonomia pelo direito brasileiro, admitindo-se que suas regras podem ser classificadas como normas jurídicas. No entanto, este arranjo não poderá incluir o direito de recusar transfusões de sangue a menores incapazes. Pessoas capazes em geral, de sua parte, têm o direito de negar-se a receber transfusões de sangue (Flores e Rodriguez, 2018).

Arranjos como estes podem ser construídos para garantir a uma série de grupos sociais uma relação não subordinada com a Constituição. Uma relação concreta em que o texto constitucional seja percebido como um instrumento *manejável*, para me utilizar dos conceitos de Ivan Illich (1973), um instrumento que sirva para expressar a sua forma de pensar e de viver. Nunca como uma tecnologia exclusivamente manipulável, destinada a dissolver completamente tal experiência humana em categorias abstratas.

Illich considera que uma situação de "equilíbrio institucional" combina tecnologias manipuladoras e manejáveis para promover o que ele chama de "convivialidade", ou seja, em curta síntese, a convivência em liberdade de múltiplas formas de viver (Illich, 1973, pp. 47-49). Com efeito, a mera enunciação desse objetivo não prescinde de uma linguagem geral e abstrata, além de necessitar de meios

[15] Para uma sugestão muito consistente de conceitos e raciocínios para lidar com o conflito entre ordens normativas jurídicas ver Berman (2013).

coercitivos aptos a constranger ou punir indivíduos e grupos a agir de acordo com ele. No exemplo que estamos discutindo, a condição de possibilidade da multinormatividade parece ser um arranjo em que algumas normas das Testemunhas de Jeová cedam em face da Constituição brasileira. Como diz Illich:

> O que importa é que uma sociedade promova um equilíbrio entre, de uma parte, as ferramentas produtoras de uma demanda para a qual elas foram construídas para satisfazer e, de outra parte, os utensílios que estimulam a realização pessoal. As primeiras materializam os programas abstratos concernentes aos homens em geral; os segundos favorecem a aptidão de cada um para perseguir seus fins de maneira própria, inimitável (Illich, 1973, p. 48).

A ideia de "equilíbrio institucional" é útil para aproximar o conceito de "convivialidade" e uma Filosofia do Direito simpática à democracia constitucional. Em uma democracia pensada desta forma, tanto o legislador quanto o juiz devem buscar conciliar as necessidades da sociedade em geral –vista como marcada pela multinormatividade– com os interesses e desejos de todos os indivíduos para propor soluções para a tensão entre "texto legal e realidade social" e entre "norma jurídica e caso concreto".

Convivialidade e tecnologias de convívio

O pensamento de Ivan Illich tem sido revisitado, depois de muito tempo esquecido, por diversas tradições teóricas, mesmo sem que se faça menção expressa ao seu nome (Costa, 2019). Uma das explicações possíveis para essa retomada –importante para os problemas abordados no campo do direito e da política– são as preocupações do autor com o problema da convivência social entre indivíduos e grupos diferentes. Ao contrário de visões republicanas da política e da democracia (Lucas, 2021), Illich não analisa os problemas que o preocupam tendo em vista a existência ou a construção de uma série de valores em comum no seio de uma mesma comunidade política.

Illich também não propõe como ideal de sociedade a adoção de uma atitude de busca pelo consenso, muito menos a obtenção efetiva de qualquer consenso em uma comunidade política.

Ao contrário, seus pontos de partida e de chegada são os conflitos sociais, à semelhança de teorias agônicas da democracia (Mouffe, 2005). Como veremos, tal visão abre espaço para uma reavaliação constante da capacidade das categorias jurídicas e dos desenhos institucionais de compatibilizar os desejos e interesses de toda a sociedade em meio a conflitos sobre o caráter das tecnologias a serem adotadas pela sociedade. E posto que os conflitos se renovam, as instituições formais também devem se renovar e, assim, o direito se mantém em um processo de democratização constante.

Além disso, a reflexão de Illich também pode nos ajudar a pensar sociedades conflagradas, marcadas por conflitos cada vez mais radicais, em relação às quais não se pode imputar a existência de valores substantivos em comum. De fato, seu ideal normativo aponta para a construção de uma sociedade em que todas as diferenças possam conviver no mesmo espaço social sem destruição violenta, com a utilização do que eu chamarei daqui em diante de tecnologias de convívio.

Illich não se limita a postular um ideal abstrato de convivialidade, ele também mostra a necessidade de refletir sobre os arranjos institucionais necessários para que este ideal se efetive adequadamente. Nesse sentido, seu pensamento mostra que uma sociedade pode valorizar nominalmente a convivialidade sem ter desenvolvido tecnologias capazes de efetivar este ideal. Podemos dizer a partir de seu pensamento, portanto, que o debate sobre valores e o debate sobre institucionalização de valores, ou seja, sobre a utilização de categorias jurídicas e desenhos institucionais para conferir estes valores uma aplicação prática estão ligados, mas são relativamente independentes.

Illich conceitua convivialidade da seguinte maneira:

> Escolho o termo "convivialidade" para designar o oposto da produtividade industrial. Pretendo que o termo signifique relações autônomas e criativas entre as pessoas, e a relação das pessoas com o seu ambiente; e isto em contraste com a resposta condicionada das pessoas às exigências que lhes são feitas por outros, e por um ambiente criado pelo homem. Considero o convívio como uma liberdade individual realizada na interdependência pessoal e, como tal, um valor ético intrínseco. Acredito que, em qualquer sociedade, à medida que o convívio é reduzido abaixo de um certo nível, nenhum grau de produtividade industrial pode efetivamente satisfazer as necessidades que cria entre os membros da sociedade (Illich, 1973, p. 20).

Para começar, o termo convivialidade pretende designar uma experiência social que se opõe ao que o autor chama de produtividade industrial, ou seja, o termo se refere a relações criativas e autônomas entre as pessoas em um ambiente de diversidade. Não se trata de postular um estado de harmonia em que todos os desejos e interesses encontrariam um estado de equilíbrio, mas sim de propor critérios e ferramentas para lidar com os conflitos sociais. Ferramentas que permitam estabelecer relações não instrumentais, que não se coloquem simplesmente à serviço dos fins da sociedade industrial, mas que façam sentido em si mesmas.

Para que esta espécie de interação possa se dar é preciso que as pessoas as exerçam utilizando seu livre-arbítrio. As interações não podem estar totalmente determinadas pelo lugar que elas ocupam no contexto das instituições, por exemplo, que regulam o trabalho, as instituições escolares e as instituições médicas, assuntos abordados por Illich (1973; 1975; 2018). Como já dissemos, a mesma crítica é estendida por Illich à relação das pessoas com o mundo natural.

Illich via no desenvolvimento das tecnologias de informação e comunicação a possibilidade de criar redes que poderiam reverter as tendências disciplinares e uniformizadoras da idade moderna. Nestas redes, a informação poderia escapar das leis do mercado e circular livremente, estimulando a construção de relações criativas entre as pessoas. O principal limite a este potencial estaria na

estrutura econômica vigente: economia de mercado, tecnociência, mercantilização do conhecimento, resistência à disseminação livre à informação.

Por exemplo, a criação de patentes sobre softwares pelos grandes grupos econômicos é um obstáculo para a criação de ferramentas livres que podem ser formatadas pela comunidade de seus usuários. O software proprietário é um sistema fechado, impassível de modificação para satisfazer as necessidades de seus usuários, uma ferramenta manipuladora à qual podemos contrapor a ferramenta manejável do software livre que abre espaço para a formação de comunidade de usuários que trabalham graciosamente em prol do seu aperfeiçoamento e adaptação a usos variados. (Wachowicz, 2004).

Como dissemos acima, vale lembrar a distinção feita por Illich entre ferramentas manipuladoras e ferramentas manejáveis. Illich usa o termo "ferramenta" para se referir a utensílios, máquinas complexas e instituições que estão à serviço de objetivos definidos pelas pessoas e ajudam a produzir coisas materiais ou entes imateriais como ideias, informações ou, no caso do direito, decisões jurisdicionais (Illich, 1973).

Como acabamos de dizer, não estamos diante de um determinista tecnológico ou de um ingênuo que projete uma existência completamente espontânea, livre de tecnologias. Sua crítica à instrumentalização das tecnologias está ligada à qualidade da interação humana que elas permitem e não à sua eventual extinção em nome de relações supostamente espontâneas. Uma convivência democrática, portanto, não é uma convivência subtraída de instituições formais, mas sim organizada por tecnologias manipuladoras e manejáveis, conforme a escolha livre da comunidade política.

Para Illich é a convivialidade tomada em seu aspecto normativo que deve orientar a confecção de tecnologias capazes de promover um intercâmbio harmonioso entre as pessoas e os grupos, inclusive acolhendo novos desejos e demandas nascidos do conflito social. De sua parte, as ferramentas "manejáveis" fomentam um convívio democrático ao permitir que seus usuários expressem suas intenções

por meio de sua ação, mediada por elas. Já as ferramentas "manipuladoras" põe o sujeito na posição de mero objeto, suprimindo seu poder de realizar juízos de valor. Estas últimas têm seus fins pré-determinados por outrem ou por necessidades técnicas e por isso invertem a relação entre pessoas e ferramentas: as pessoas é que se colocam a seu serviço (Illich, 1973). Mas isso não significa que elas devam desaparecer. Para que também promovam um convívio democrático será preciso que as pessoas possam participar de sua formatação e da decisão que escolhe utilizá-las.

Como se vê, no registo de Illich, a distinção entre tecnologias manipuladoras e manejáveis não é utilizada de maneira radical e estereotipada. As tecnologias democráticas como um todo podem ser pensadas como uma combinação entre heteronomia e autonomia, entre manipular e ser manipulado, tendo em vista o objetivo de fomentar um convívio que inclua os desejos e interesses de todos os membros de uma comunidade.

Assim, tal distinção nos convida a pensar o direito como uma tecnologia composta de: (i) ferramentas manipuladoras, desenhadas e alocadas autonomamente pelos cidadãos, com a finalidade de realizar determinados objetivos sociais sem a participação ativa de seus destinatários; (ii) ferramentas manejáveis desenhadas para permitir que as pessoas criem por si mesmas arranjos capazes de manter a coesão de sociedade plurais, diversas e dinâmicas.

Como afirma Illich em sua crítica à sociedade industrial, o principal obstáculo a esta visão utópica de sociedade é que saímos da era da ferramenta e entramos na era dos sistemas, uma era em que já não se pensa em termos de causalidade. O aspecto manipulador das tecnologias tende a prevalecer na era dos sistemas. Por exemplo, os médicos não escutam mais o que seus pacientes sentem, não fazem mais a anamnese dos sintomas. Tornam-se profissionais treinados no funcionamento de determinados subsistemas de um corpo humano, concebido abstratamente. O paciente é agora uma "vida" que emerge de seus genes para uma ecologia de vidas que devem ser geridas sob o imperativo da eficiência (Illich, 1975). Com efeito, as pessoas

passam a objetificar a si mesmas: consideram-se "produtoras" de seus corpos e como parte do texto cibernético da sociedade.

Illich observa que transformações na linguagem atestam tais mudanças. As pessoas deixam de "ter necessidades" e passam a ser definidas como "necessitadas", elas não trabalham mais, "têm um trabalho", não aprendem mais, "têm escolaridade": o sujeito concreto e autônomo deixa de ser o centro da comunicação. Os conflitos passam a ser vistos como disputas por recursos escassos e não como um problema de distribuição justa entre pessoas com características singulares. Por sua parte, a linguagem mesma passa a ser considerada um meio de comunicação e não uma ferramenta de expressão. Procura-se codificar o sentido das palavras e expressões em padrões rígidos para que a comunicação não seja atrapalhada pela subjetividade dos indivíduos e dos grupos.

Analogamente, podemos pensar em um direito manipulador, eminentemente instrumental, sistêmico, em que as soluções se encontrem pré-determinadas em textos normativos que devem ser aplicados mecanicamente, de forma rígida, sem qualquer adaptação para as características do caso concreto. Um direito que ponha a segurança jurídica acima de tudo, acima mesmo da pretensão de obter uma solução adequada para cada caso concreto. Em um direito como este, a atividade do jurista seria sempre e apenas encontrar o texto legal adequado para solucionar o caso concreto, limitando-se a subsumir os casos concretos à norma abstrata sem que haja espaço para interpretação de textos normativos dotados de um significado fechado, codificado.

De outra parte, podemos pensar em um direito democrático em que prevaleça a possibilidade de todas as pessoas interessadas participarem da definição do sentido dos textos normativos, em meio a um procedimento marcado pela troca de argumentos. Neste caso, a partir de padrões de comportamento contidos na legislação, a sociedade pode debater as melhores soluções para os seus problemas e, no contexto do processo judicial, as partes podem disputar o sentido dos textos tendo em vista seus desejos e interesses, a sua visão do

caso concreto. Também os juízes e juízas terão a liberdade de interpretar os textos com a finalidade de adequá-lo à singularidade dos casos.

Conclusão

Em seu livro *A realistic theory of law*, Brian Z. Tamanaha (2017) propõe que recuperemos uma terceira via de reflexão a respeito do direito que ele chama de *teoria social do direito* com alternativa ao jusnaturalismo e ao positivismo jurídico. Para esta maneira de pensar, que tem como origem a escola histórica do direito, o direito deve ser considerado um fenômeno histórico. Ele pode e deve ser objeto de uma análise conceitual, mas sua definição e racionalidade devem se transformar conforme o contexto e o momento histórico.

Em uma obra anterior, o brilhante *Beyond the formalist-realist divide* (2009), Tamanaha demonstrou que a visão corrente a respeito do debate entre realismo e formalismo nos EUA é equivocada e deve ser superada. Os autores clássicos estadunidenses, tanto os realistas quanto os formalistas, praticavam análises conceituais e, ao mesmo tempo, eram sensíveis à história. Tal constatação leva Tamanaha a propor que estas duas escolas devem ser transformadas em momentos de um mesmo modelo de análise jurídica, cuja tarefa é construir e reconstruir seus conceitos em função do contexto e da história.

Este modo de ver o direito, até onde posso compreender, tem grande semelhança com a escola do *novo realismo jurídico* proposta por autores ligados ao campo do Law & Society como Victoria Nourse e Gregory Schaffer:

> Este novo realismo jurídico ressalta a importância das instituições não como essências, mas como influências mediadoras, e busca explicar a variação das manifestações do direito pelo estudo e teorização de tais forças mediadoras. Este novo realismo jurídico enfatiza a importância do engajamento empírico, incluindo as análises

> emergentes de baixo para cima que destacamos, mas não aceita que a ciência social seja sempre imparcial. Toda ciência social é parcial e não pode deixar de ser assim; esse é o dilema da ciência social. Um novo realismo, no entanto, adota o estudo empírico porque (novamente) não há escolha se quisermos tomar decisões mais informadas (Nourse e Schaffer, 2009, p. 137).

Nos dois casos, trata-se de situar a experiência jurídica e trabalhar os conceitos em função desta experiência, sem universalizar as análises para além dos limites do material analisado. Tal postura não anula a pretensão de construir uma teoria do direito de alcance universal, uma teoria que pretenda construir conceitos válidos para o mundo inteiro. Mas exige que projetos desta natureza prestem contas à sua base sociológica, ou seja, que se apresentem como situados, sem deixar nas entrelinhas o seu alcance explicativo.

Como mostrei ao longo deste texto, uma análise social do direito preocupada com a democracia, além de situar sua análise conceitual, estará também preocupada com o exercício da imaginação institucional. Afinal, é papel de normatividades democráticas reconhecer e lidar com as mais variadas demandas sociais. Nesse sentido, ao contrário da tradição do pensamento jurídico brasileiro, até hoje muito influenciada pela tradição civilística europeia e, até onde posso compreender, ao contrário da tradição analítica, cada vez mais influente no Brasil, a reflexão jurídica também deve adotar a perspectiva do "vir a ser", para usar a expressão de Robert Cover (1983), ou seja, ela também pode se propor a inventar conceitos.

Um dos grandes desafios do pensamento jurídico brasileiro é deixar de lado seu olhar tradicionalmente voltado para o passado, ou seja, o procedimento dogmático clássico de lidar com novos conflitos reinterpretando categorias antigas, tomadas como dogmas inquestionáveis, para adotar uma perspectiva criativa, voltada para o futuro (Ferraz Jr., 2014). Em minha formulação, tal perspectiva não deve estar apenas preocupada com os objetivos que a sociedade pretender realizar por intermédio do direito, mas também seu caráter

democrático, que exige a inclusão da experiência de todas as formas de vida presentes e que ainda irão surgir, as quais devem ser formalizadas em novas categorias jurídicas e arranjos institucionais.

Em nome da democracia, trata-se de evitar, mesmo no nível da análise conceitual a mais abstrata, um *formalismo autárquico* que naturalize categorias e raciocínios jurídicos, tornando-os imunes aos conflitos sociais. Nesse sentido, a tarefa central de um estado democrático de direito é garantir que todas as pessoas sejam de fato consideradas iguais perante a lei, o que exige uma constante transformação das instituições. Como diz Luís Roberto Warat (1997, p. 140) em um texto tardio, "Por que não aceitar que também a dogmática pode indagar, descobrir, criar?". Por que não pesquisar e ensinar o direito como uma tarefa eminentemente criativa, fazendo com que o trabalho conceitual continuamente seja sensível a cada situação e caso concreto?

Como já foi dito neste texto, este objetivo não elimina necessariamente o caráter coercitivo ou mesmo violento do Direito que nem sempre será capaz de abarcar todas as demandas e experiências jurídicas sob a égide dos mesmos conceitos e instituições. No entanto, e aqui reside o núcleo normativo, filosófico, de toda teoria do direito comprometida com uma democracia multinormativa e convivial, não parece razoável deixar de lado ou permanecer moralmente indiferente ao objetivo de tornar o Direito cada vez menos violento, ou seja, progressivamente mais inclusivo e, portanto, no sentido de Franz L. Neumann ([1936] 2013), cada vez mais racional.

Para retomar a narrativa do começo desse texto, o que está em jogo nesta discussão é a vida de pessoas como a minha avó, uma das vítimas dos "crimes da nacionalidade" (homogeneizante), como diz Euclides da Cunha ([1902] 2019) em *Os sertões*, romance que conta a destruição da comunidade religiosa de Canudos pelos esforços de centralização e homogeneização da população empreendidos pelo Estado brasileiro. Canudos chegou a reunir 25 mil pessoas, mas há outros episódios semelhantes ocorridos mais ou menos na mesma época, como a assim chamada *Revolta dos Muckers* que ocorreu no

atual município de Sapiranga (na época, São Leopoldo), bem próximo do campus da UNISINOS, universidade para a qual eu atualmente trabalho.[16]

O belo livro *Viagem ao país do futuro* escrito pela jornalista portuguesa Isabel Lucas (2021) reúne uma série de reportagens a respeito do Brasil a partir de seus escritores com o objetivo indireto de explicar o fenômeno Bolsonaro. A obra se inicia, justamente, com *Os sertões* de Euclides da Cunha. O Brasil é um país extremamente violento, nos lembra Isabel Lucas. Não é surpresa alguma que tenha escolhido um Presidente ligado a correntes neonazistas e a regimes autárquicos ao redor do mundo, além de simpático a lideranças religiosas fundamentalistas que negam a ciência e a atividade intelectual em geral. O primeiro passo para enfrentar nossa atual situação é encarar tal realidade de frente, sem reincidir em narrativas míticas que nos apresentam como um país diverso, alegre e tolerante.

A parte que me cabe nesta tarefa é refletir sobre o papel do direito centralizado no Estado na produção da violência institucional brasileira. Mas especificamente, refletir sobre a dificuldade de imaginarmos modelos institucionais diferentes em razão da naturalização de uma série de conceitos que nasceram da experiência centralizadora e homogeneizante do Estado nacional e desenvolvimentista brasileiro. Pois pode ser que a superação do que o sociólogo Francisco de Oliveira (2003) chamou provocativamente de "ornitorrinco" brasileiro, ou seja, um país em situação de impasse, incapaz de alcançar o núcleo do capitalismo mundial e de retroceder a um modo de viver pré-colonial; um país que articula elementos modernos e tradicionais,

[16] A "Revolta dos Muckers" ocorreu entre 1873–1874 e envolveu imigrantes de origem alemã que, isolados e desprovidos de assistência médica e espiritual, desenvolveram práticas religiosas próprias, lideradas por Jacobina Mentz Maurer e João Jorge Maurer, que exercia a função de curandeiro. Tais práticas foram se tornando insuportáveis para a população e para o governo local, a ponto de desencadear conflitos armados com envolvimento do Exército brasileiro. Em uma comunidade de 14 mil pessoas, pesquisadores estimam que os Muckers atraíam por volta de 700 a 1.000 pessoas para suas práticas religiosas (Amado, 2009).

capitalistas e não capitalistas, racionais e irracionais, passe também por essa renovação categorial.[17]

Bibliografia

Acosta, Alberto (2016). *O bem-viver*. São Paulo: Autonomia Literária/ Elefante.

Allen, Amy (2016). *The end of progress. Decolonizing the normative foundations of Critical Theory*. Nova York: Columbia University Press.

Amado, Janaína (2009). *A revolta dos "Mucker"*. São Leopoldo: Unisinos.

Assunção, Moacir (2015). *São Paulo deve ser destruída. A história do bombardeio à capital na Revolta de 1924*. Rio de Janeiro: Record.

Avritzer, Leonardo et al. (orgs.) (2017). *O constitucionalismo democrático latino-americano em debate*. Belo Horizonte: Autêntica.

Azevedo, Elsiene (2005). *O Orfeu de Carapinha. A trajetória de Luiz Gama na cidade de São Paulo*. Campinas: Editora da Unicamp.

Becker, Bertha K. (2008). *Um futuro para a Amazônia*. São Paulo: Oficina de Textos.

[17] Pierre Charbonnier (2021) examinou os pressupostos ambientais das ideias políticas ocidentais. No campo da Teoria Crítica de inspiração frankfurtiana, é fundamental a leitura de Amy Allen (2016). Essa discussão também demanda a criação de um modelo econômico que estabeleça um novo equilíbrio entre a humanidade e o meio-ambiente. Uma referência central para pensar o futuro da Amazônia é Bertha K. Becker (2008); para uma avaliação geral do potencial do Brasil de desenvolver um modelo econômico diferente: Caldeira, Sekula e Schabib (2020).

Benhabib, Seyla (2006). *Another cosmopolitanism*. Oxford, UK: Oxford University Press.

Bercovici, Gilberto (2003). *Desigualdades regionais, estado e constituição*. São Paulo: Max Limonad.

Berman, Paul Schiff (2018). Global Legal Pluralism as a Normative Project. *University of California Irvine Law Review*, *8*(149), 149-171.

Berman, Paul Schiff (2013). *Global Legal Pluralism. A jurisprudence of law beyond borders*. Cambridge: Cambridge University Press.

Bonilla Maldonado, Daniel (2018). El constitucionalismo radical ambiental y la diversidad cultural en América Latina. Los derechos de la naturaleza y el buen vivir en Ecuador y Bolivia. *Revista derecho del Estado*, (42), 3-23. https://doi.org/10.18601/01229893.n42.01.

Buck-Morss, Susan (2017). *Hegel e o Haiti*. São Paulo: N-1 Editora, 2017.

Caldeira, Jorge; Sekula, Julia Marisa e Schabib, Luana (2020). *Brasil. Paraíso restaurável*. Rio de Janeiro: Estação Brasil.

Carvalho, José Murilo (2001). *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Charbonnier, Pierre (2021). *Abundância e liberdade. Uma história ambiental das ideias políticas*. São Paulo: Boitempo.

Clavero, Bartolomé (2008). *Geografía jurídica de América Latina. Pueblos indígenas entre Constituciones mestizas*. México DF: Siglo XXI.

Costa, Sérgio (2019). The Neglected Nexus between Conviviality and Inequality. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 15-32. https://doi.org/10.25091/s01013300201900010003.

Cover, Robert (2019). A violência e a palavra. *Revista da Faculdade de Direito Sul de Minas*, *35*(2), 1-33.

Cover, Robert (2002). *Derecho, narración y violencia. Poder constructivo y poder destructivo en la interpretación judicial*. Barcelona: Gedisa.

Cunha, Euclides da ([1902] 2019). *Os sertões*. São Paulo: Companhia das Letras.

Cunha, Manuela Carneiro da (2017). *Cultura com aspas e outros ensaio*s. São Paulo: Ubu.

Dussel, Enrique (1993). *1492: O encobrimento do outro. A origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes.

Dworkin, Ronald (2014). *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

Fernandes, Rui Aniceto e Costa, Juliana Carolina Oliveira (2020). História da imigração (1830-1880). En Luís Reznik (org.), *História da imigração no Brasil* (pp. 65-90). São Paulo: Editora FGV.

Fernández, Albert Noguera (2015). Redefinición del Estado y derechos de los pueblos indígenas en las nuevas constituciones latinoamericanas. *Oñati Journal of Emergent Socio-legal Studies*, *1*(2), 119.

Ferraz Jr., Tércio Sampaio (2014). *O direito entre o futuro e o passado*. São Paulo: Noeses.

Ferreira, Marieta (2020). Nova Friburgo. A invenção da Suíça brasileira. En Luís Reznik (org.), *História da imigração no Brasil* (pp. 39-64). São Paulo: Editora FGV.

Finnis, John (2008). *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Unisinos.

Flores, Mauricio Pedroso e Rodriguez, José Rodrigo (2018). Dogmática e controvérsias religiosas à luz de Robert Cover. A recusa de transfusão sanguínea por parte das Testemunhas de Jeová. *Juris Poiesis 21*(26), 52-83.

Fontan, Daiana de Fátima Soares (2017). *Educação escolar indígena – Estudo sociojurídico da política estatal a partir de Pierre Bourdieu*. Curitiba: Juruá.

French, Jan Hoffman (2009). *Legalizing identities. Becoming black or indian in Brazil's Northeast*. Chapel Hill: University of North Carolina Press.

Gonçalves, Paulo Cesar (2020). A grande imigração no Brasil (1880-1930). Números e conjunturas. En Luís Reznik (org.), *História da imigração no Brasil* (pp. 91-132). São Paulo: Editora FGV.

Grinberg, Keila (2001). *Código civil e cidadania.* Rio de Janeiro: Zahar.

Günther, Klaus (2008). Legal Pluralism or Uniform Concept of Law? Globalisation as a Problem of Legal Theory. *No Foundations – Journal of Extreme Legal Positivism*, (5), 5–21.

Günther, Klaus (2020). Normative legal pluralism. A critique. En Jorge L. Fabra-Zamora (org.), *Jurisprudence in a globalized world,* (pp. 84-99). Cheltenham/ Northampton: Edward Elgar.

Hacking, Ian (1999). *Por que a linguagem interessa à Filosofia?* São Paulo: Unesp/ Cambridge University Press.

Hazareesingh, Sudir (2021). *O maior revolucionário das Américas: A vida épica de Toussaint Louverture*. Rio de Janeiro: Zahar.

Hirschman, Albert O (1961). *Estratégia do desenvolvimento econômico*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura.

Hobbes, Thomas ([1651] 1968). *Leviathan*. Londres: Pelican Books.

Illich, Ivan (1973). *La convivialité*. Paris: Éditions du Seuil.

Illich, Ivan (1975). *Medical nemesis: the expropriation of health*. Londres: Calder & Boyars.

Illich, Ivan (2018). *Sociedade sem escolas*. Petrópolis: Vozes.

Jancsó, Istvan (org.) (2011). *Brasil: formação do estado e da nação*. São Paulo: Hucitec.

Kelsen, Hans (2016). *Teoria geral do estado e do direito*. São Paulo: Martins Fontes.

Kennedy, David (2018). *A world of struggle. How power, law, and expertise shape global Political Economy*. Princeton: Princeton University Press.

Kerner, Ina (2018). Interrogating Western Modernity. Postcolonial reflections on Occidental Claims and Action. *Cadernos de Filosofia Alemã*, *23*(2), 35-55.

Lazarte, Jorge (2009). Plurinacionalismo y multiculturalismo en la asamblea constituyente de Bolivia. *Revista internacional de Filosofía Política*, (33), 71-102.

Leal, Victor Nunes (2012). *Coronelismo, enxada e voto*. São Paulo: Companhia das Letras.

Lefebvre, Georges (2019.) *1789: o surgimento da Revolução Francesa*. Rio de Janeiro: Paz e Terra.

Lima, Luiz Octavio de (2018). *1932: São Paulo em chamas*. São Paulo: Planeta.

Lucas, Isabel (2021). *Viagem ao país do futuro*. Recife: Cepe Editora.

Luxemburg, Rosa (1988). A centralização e o autogoverno. Em Rosa Luxemburg, *A questão nacional e a autonomia* (pp. 107-140). Belo Horizonte: Oficina de Livros.

Mac Cord, Marcelo e Batalha, Claudio H. M. (orgs.) (2014). *Organizar e proteger. Trabalhadores, associações e mutualismo no Brasil (séculos XIX e XX)*. Campinas: Unicamp.

Macedo, José Arthur Castilho (2018). *Encruzilhadas do federalismo. Transfederalismo, cooperação, constitucionalismo e democracia* [Tese de doutorado]. Curitiba: UFPR.

Maia, João Marcelo Ehlert (2012). *Estado, território e imaginação espacial. O caso da Fundação Brasil Central*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Marshall, Thomas. H. (1967). *Cidadania, classe social, status*. Rio de Janeiro: Zahar.

Mouffe, Chantal (2005). *On the political*. Londres: Routledge.

Neumann, Franz L. ([1936] 2013). *O império do direito*. São Paulo: Quartier Latin.

Neumann, Franz ([1937] 2014). A mudança de função da lei no direito da sociedade burguesa. *Revista brasileira de estudos políticos*, (109), 13-87.

Neves, Marcelo (2012). *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes.

Nourse, Victoria e Schaffer, Gregory (2009). Varieties of New Legal Realism. Can a New World Order Prompt a New Legal Theory? *Cornell Law Review*, (95), 61-137.

Oliveira, Cecília Helena Salles; Bittencourt, Vera Lúcia Nagib e Costa, Wilma Peres (2010). *Soberania e conflito. Configuração do estado nacional no Brasil do século XIX*. São Paulo: Hucitec/Fapesp.

Oliveira, Francisco de (2003). *Crítica à razão dualista/o ornitorrinco*. São Paulo: Boitempo.

Queiroz, Marcos (2023). *Constitucionalismo brasileiro e o Atlântico Negro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Ribeiro, Darcy (2020). *A América Latina existe?* Rio de Janeiro: Azougue.

Ricardo, Fany e Gongora, Majoí Fávero (2019). *Cercos e resistências. Povos indígenas isolados na Amazônia brasileira*. São Paulo: Instituto Socioambiental.

Rodriguez, José Rodrigo (2003). *Dogmática da liberdade sindical*. Rio de Janeiro: Renovar.

Rodriguez, José Rodrigo (2009). *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann*. São Paulo: Saraiva.

Rodriguez, José Rodrigo (2011). *Propriedade intelectual e conhecimentos tradicionais. Série Pensando o Direito* (Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça) *36*. http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/36Pensando_Direito3.pdf.

Rodriguez, José Rodrigo (2013). *Como decidem as cortes? Para uma crítica do direito (brasileiro)*. Rio de Janeiro: Editora FGV.

Rodriguez, José Rodrigo (2018). Perversion of Law. Six cases. *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (101), 127-149.

Rodriguez, José Rodrigo (2019). *Direito das lutas. Democracia, diversidade, multinormatividade*. São Paulo: LiberArs.

Rodriguez, José Rodrigo (2021). O papel dos juristas na luta contra ameaças autoritárias no Brasil, texto inédito.

Roth-Isigkeit, David (2018). *The plurality trilemma. A geometry of global legal thought*. Londres: Palgrave Macmillan.

Santos, Boaventura de Souza (2011). Para uma concepção pós-moderna de direito. En Boaventura de Souza Santos, *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência* (pp. 119-188). São Paulo: Cortez.

Schaffer, Gregory (2012). Transnational legal process and state change. Opportunities and constraints. *Law & social inquiry*, *37*(2), 229-264.

Scheuermann, William (2008). Franz L. Neumann: Legal Theorist of Globalization? En William Scheuermann e Franz L. Neumann, *Frankfurt School perspectives on globalization, democracy and the law* (pp. 13-28). Londres: Routledge.

Schwarcz, Lilia Moritz (1993). *O espetáculo das raças. Cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930)*. São Paulo: Companhia das Letras.

Segato, Rita Laura (2021). *La Nación y sus otros*. Buenos Aires: Prometeo.

Shaffer, Gregory (2015). New legal realism's rejoinder. *Leiden journal of international law*, *28*(3), 479-486.

Silveira, Edson Damas e Silveira, Stela Aparecida Damas da (2012). *Direito fundamental à educação indígena*. Curitiba: Juruá.

Tamanaha, Brian Z (2009). *Beyond the Formalist-realist Divide. The Role of Politics in Judging*. Princeton: Princeton University Press.

Tamanaha, Brian Z (2017). *A Realistic Theory of Law*. Oxford: Oxford University Press.

Tamanaha, Brian Z (2021). *Legal Pluralism Explained. History, Theory, Consequences*. Nova York: Oxford University Press.

Taylor, Charles (1993). *Reconciling the solitudes. Essays on Canadian Federalism and Nationalism*. Montreal: McGill-Queen's University Press.

Taylor, Charles (2016). *Democracia republicana / Republican democracy*. Santiago: LOM Ediciones.

Terra, Ricardo (2004). *Kant e o direito*. Rio de Janeiro: Zahar.

Teubner, Günther (2020). *Fragmentos constitucionais. Constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva.

Toledo, Roberto Pompeu (2015). *A capital da vertigem*. São Paulo: Objetiva.

Vaz, Henrique Cláudio de Lima (2002). *Ética e direito*. Rio de Janeiro: Loyola.

Verdum, Ricardo (org.) (2009). *Povos indígenas. Constituições e reformas políticas na América Latina*. Brasília: IES.

Villares, Luiz Fernando (2009). *Direito e povos indígenas*. Curitiba: Juruá.

Vouvelle, Michel (2020). *A Revolução Francesa (1789-1799)*. São Paulo: Unesp.

Wachowicz, Marcos (2004). *Propriedade intelectual do software e revolução da tecnologia da informação*. Curitiba: Juruá.

Warat, Luís Alberto (1997). *Introdução geral ao direito III. O direito não estudado pela teoria jurídica moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris.

Wolkmer, Antonio Carlos; Oliveira, Frederico Antonio Lima de e Bacelar, Jeferson Antonio Fernandes (orgs.) (2017). *Direito à diferença e constitucionalismo Latino-Americano*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Zaffaroni, Eugenio Raúl (2011). *La Pachammama y el humano*. Buenos Aires: Colihue/ Ediciones Abuelas de Plaza de Mayo.

Zhouri, Andréa e Valencio, Norma (orgs.) (2014). *Formas de matar, de morrer e de resistir. Limites da resolução negociada de conflitos ambientais*. Belo Horizonte: Editora UFMG.

Parte II. Historias / Part II. [Hi]Stories

Manifestaciones de la multinormatividad en la historia de México

Elisa Speckman Guerra
Universidad Nacional Autónoma de México

Doi: 10.54871/mc24pd1g

Introducción

Multinormatividad se refiere a la coexistencia, en un mismo espacio temporal y geográfico, de conjuntos normativos de diversos orígenes, legitimidades y lógicas y, por ende, no regidos por un orden de prelación.[1] Se podría, especificando y a la vez ampliando, hablar de la coexistencia de códigos formales o informales, escritos o consuetudinarios, que sin estar comprendidos en un sistema jerárquico regulan conductas de sectores o grupos sociales.[2] Por tanto, el concepto comprende tanto al derecho estatal como a códigos regulatorios generados y compartidos por particulares, y tanto al control formal (operado por instituciones y funcionarios estatales) como al control informal (ejercido por escuelas, iglesias, familias, etc.).

[1] En forma similar define Antonio Manuel Hespanha al pluralismo normativo (Hespanha, 2002, p. 96).
[2] Esta definición es más cercana a la aportada por Thomas Duve (2017, pp. 90-91).

Es un término amplio e históricamente elástico.[3] En el caso de México, resulta aplicable a diversas etapas de su historia: caracteriza al periodo previo a las revoluciones liberales (al novohispano en este caso), subsistió tras dichas revoluciones (en México, la Independencia) e, incluso, pervivió después de la codificación (que en el país fue tardía). Sin embargo, tuvo mayores o menores alcances en cada etapa debido al orden jurídico que prevaleció en cada una de ellas.

En este capítulo analizaré cuatro expresiones de la multinormatividad, propias del ramo penal y ubicadas en tres etapas de la historia jurídica y judicial mexicana: la novohispana, el periodo de transición (las cinco décadas que siguieron a la Independencia) y la época posterior a la codificación (últimas décadas del siglo XIX y primeras del XX, pues posteriormente se introdujeron algunos cambios). Cabe señalar que en los dos primeros periodos la multinormatividad o caracterizaba al orden jurídico (etapa novohispana) o estaba formalmente aceptada por la propia legislación (primera parte del siglo XIX), en cambio, en el tercero, tras la codificación, la multinormatividad resultaba ajena al orden jurídico formal (legislación), más aún, lo contravenía y estaba en conflicto con dicho orden.

En otras palabras, en las páginas siguientes exploraré cuatro manifestaciones de multinormatividad. La primera da cuenta del pluralismo normativo propio de la Nueva España. La segunda corresponde a la etapa inicial de la nación mexicana, una época de transición caracterizada por el "pluralismo legal" (ya no por el pluralismo normativo, pero tampoco por un monismo legal en vías de adopción), acompañado por la sobrevivencia del pluralismo normativo y, por tanto, de la multinormatividad. Las dos últimas manifestaciones se ubican en la etapa que siguió a la codificación. Por una parte, la convivencia del código del honor de las élites con las leyes que regulaban a la defensa legítima del honor y al duelo, y el impacto que ambos tuvieron en prácticas sociales y judiciales. Por otra, las contrastantes

[3] En esta elasticidad y en la posibilidad de emplearla para el análisis de diferentes etapas en la historia del derecho coincido con Duve (2017, pp. 93-95, 99).

concepciones sobre los malvivientes o "peligrosos" (delincuentes en potencia) y, a partir de ello, su diverso tratamiento en leyes, sentencias y acciones gubernamentales.

A partir de estas expresiones, me propongo contrastar multinormatividad con otros conceptos (monismo normativo y, como propuesta para la reflexión, pluralismo legislativo) y ahondar en los alcances y peculiaridades que adoptó en diferentes etapas de la historia de México. Además, me interesa reflexionar sobre los nexos existentes entre multinormatividad y convivencia social (*conviviality*) y entre igualdad o desigualdad (*equality, inequality*) versus equidad o inequidad (*equity, inequity*).[4]

Pluralismo normativo en la Nueva España

En la Nueva España, como en otras sociedades de Antiguo Régimen y en el marco de estados jurisdiccionales, convivían diferentes conjuntos normativos que respondían a las necesidades de una sociedad heterogénea y que se veía a sí misma como un conjunto de cuerpos con diferente lugar y misión dentro de un orden divino, universal y previo. Las leyes expedidas por los monarcas alternaban con otros derechos: el canónico, el común y otros locales o temporales. Cada uno contenía disposiciones diferentes para los diversos cuerpos sociales. Por tanto, varios grupos producían derecho y existían diversas normas para diferentes grupos. Los monarcas no pretendieron monopolizar la producción del derecho, en dado caso, con el tiempo buscaron que su derecho tuviera más presencia a lo largo del territorio. Los jueces contaban con un amplio margen de decisión. Tras valorar las circunstancias específicas de cada caso, al impartir justicia

[4] Utilizo para estas reflexiones ejemplos que había previamente incluido en trabajos aislados y había estudiado con otros propósitos, profundidades y enfoques. Para el periodo de transición ver "Construcción y características del orden jurídico penal (1824-1871)" en Speckman Guerra (2014, pp. 3-18); para el duelo ver Speckman Guerra (2018, 2005); y para peligrosidad (2024).

no solo aplicaban el derecho escrito. En general, respetaban nociones y prácticas compartidas (derecho común), atendían a las costumbres del lugar y consideraban las circunstancias particulares del caso. Podían partir de derechos escritos, doctrinas filosóficas o religiosas, interpretaciones de juristas, sentencias anteriores o costumbres.[5]

Se trata de un orden jurídico plural o de un pluralismo normativo, que respondía a la concepción, también plural, de la sociedad. A la justicia tocaba resolver posibles controversias y otorgar a cada persona lo que le correspondía en ese orden plural y al sentenciar los jueces atendían a las particularidades del lugar, el caso concreto y los involucrados en el juicio. La convivencia se basaba, entonces, en el reconocimiento de la diferencia (cuerpos y personas se consideraban como diferentes en calidad, pero no como superiores o inferiores en derechos).

Pluralismo legal y normativo en la etapa de transición

Con fundamento en la teoría del contrato social y en aras del respeto a la soberanía popular, los derechos individuales y la igualdad jurídica, el modelo liberal demanda la sustitución del pluralismo normativo por un monismo legal. La legislación se consideró como expresión de la voluntad general de la nación (cuerpo único) y como garante de sus derechos, por ello funcionarios y habitantes del territorio nacional debían someterse a ella. Se adoptó el principio de división de poderes y el Legislativo se impuso sobre el Ejecutivo y el Judicial. En lo tocante a la justicia, el nuevo modelo demandó sacrificar el arbitrio judicial y buscó el apego de los jueces a las leyes procesales y de fondo, se pensaba que así resultaría posible preservar la seguridad y el orden de la sociedad, pero, al mismo tiempo, evitar la arbitrariedad

[5] Para derecho y justicia en el Antiguo Régimen ver, entre otros trabajos, Agüero (2006) y Garriga (2004).

de los jueces (y otros funcionarios) y, con ello, dotar a los asociados de certeza jurídica y a los inculpados y procesados de garantías.

Al obtener la independencia, México adoptó este modelo. Sin embargo, no se implementó de un día para otro. Inició –de hecho, había arrancado antes, desde 1812 con la Constitución de Cádiz– un periodo de transición (González, 1988), caracterizado por la convivencia entre dos lógicas y órdenes jurídicos: tradicional o novohispano (que iba dejándose paulatinamente atrás) y moderno o liberal (que gradualmente se imponía).

Así, entre otros temas, se fue modelando una sociedad individualista y desdibujándose la existencia de corporaciones y fueros, pero mientras que la igualdad por nacimiento fue inmediata, la supresión de los fueros de la Iglesia y el Ejército, es decir, de dos grandes corporaciones, se dio hasta finales de la década de 1850. Por ende, se apostaba al individualismo, pero el corporativismo persistía.

Esta convivencia de lógicas se reforzó con una convivencia de "leyes" (también de derechos, pero ahora me centraré en cuerpos normativos expedidos por detentores del poder político). Como escribió Jaime del Arenal Fenochio (1998, p. 34), "la independencia política se anticipó en años a la jurídica". Las constituciones o códigos políticos (varios a lo largo del siglo XIX), precedieron, por décadas, a los códigos relativos a otras ramas del derecho. En ese lapso, se determinó que lagunas dejadas por los legisladores mexicanos se cubrirían con cuerpos hispanos redactados por representantes del poder temporal. Cabe enfatizar lo anterior: solo derecho expedido por monarcas o por autoridades políticas, es decir, en cierta forma equiparable a la legislación. Por ello me refiero a pluralismo de leyes y ya no a pluralismo normativo.

Como ejemplo, en los Tratados de Córdoba, que consumaron la separación política de España, se determinó que la naciente nación mexicana, mientras expidiera sus propias leyes, se gobernaría conforme a las entonces vigentes, es decir, las hispanas. Siguiendo con ejemplos de la misma época: en lo tocante al derecho y la justicia penales, en 1822 el Congreso Constituyente Mexicano decretó

que los tribunales seguirían operando con las leyes anteriores. Años después, en 1837, la Ley de Organización de Justicia ordenó que los jueces se ajustaran a dicha ley y a preceptos constitucionales, pero permitió que para los aspectos no cubiertos observaran normas previas a la consumación de la Independencia.

Sobra decir que los cuerpos hispanos respondían a la lógica tradicional o del Antiguo Régimen, al pluralismo normativo y al amplio arbitrio judicial y que, en cambio, constituciones y leyes mexicanas obedecían al modelo liberal y a premisas como división de poderes, igualdad de nacimiento, adopción de garantías procesales, regulación del proceso y apego de la justicia a la ley.

Cabe de nuevo aportar ejemplos. La Constitución de 1824, al igual que el resto de los documentos constitucionales decimonónicos, ordenó que los jueces se limitaran a aplicar leyes vigentes al momento de cometerse el delito:

> Ningún hombre será juzgado, en los estados o territorios de la federación sino por leyes dadas y tribunales establecidos antes del acto por el cual se le juzgue. En consecuencia, quedan para siempre prohibidos todo juicio por comisión especial y toda ley retroactiva. (Constitución, 1824, art. 148)

Normas y recursos judiciales se pusieron al servicio de un modelo de justicia basado en el respeto de leyes procesales y de fondo. Primero, el recurso de nulidad. Como lo describe el autor de la *Curia Filípica Mexicana*, la justicia "se llamará nula, cuando es dada contra la forma y solemnidad que prescriben las leyes" (Curia Filípica Mexicana, [1858] 1991, pp. 332-334); así, servía para controlar el respeto a los trámites y exigencias procesales.

Segundo, la fundamentación de la sentencia que, de acuerdo con Víctor Tau Anzoátegui (1962, p. 270), obliga al juez a exponer los motivos que determinan su decisión, por tanto, desplaza el mero criterio de autoridad en la solución de controversias. Por ello era novedoso exigirla, lo cual se hizo desde la década de 1830 en varias entidades federativas.

En tercer lugar, la responsabilidad de los jueces por inobservancia de la ley. En la Ley de Organización de Tribunales dictada en 1853, quedaba sujeto a responsabilidad el juez que a sabiendas dictara sentencia contra ley expresa; violara garantías del procesado; y que en sus procedimientos, autos o sentencias siguiera las doctrinas u opiniones de los autores, separándose de las disposiciones expresas de ley vigente.

Lo más importante y que marca un punto sin retorno: el mandato constitucional de legalidad. La Constitución de 1857 en su artículo 14 ordenó que "nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas á él". Otorgó la posibilidad al agraviado de recurrir a la Suprema Corte de Justicia, por vía del amparo, si se le juzgaba con una ley no exactamente ajustada al caso (arts. 100 y 101). Por último, el camino andado permitió que, en 1861, se exigiera a los jueces fundamentar con base en la ley y lo contrario daba lugar a un juicio de responsabilidad.

Por ende, al iniciar la década de 1860, los legisladores mexicanos ya habían exigido que los jueces se ciñeran exclusivamente a la ley (dejando atrás la posibilidad de guiarse por la costumbre u otros derechos) y adoptaron mecanismos para asegurar el mandato de legalidad. No obstante, el pluralismo legislativo lo impedía. Como se dijo, junto a estas normas constitucionales o legales, conservaban su vigencia los cuerpos hispanos. Estos cuerpos respondían a la lógica del pluralismo normativo (que contempla también la pluralidad de derechos, no solo de leyes). De hecho, la existencia misma de un pluralismo legislativo (normas mexicanas y cuerpos hispanos), impedía exigir el apego a la ley y hacían inviable el mandato de legalidad contemplado en la Constitución de 1857.

En términos más amplios, antes de la codificación, al dictar sentencia, los jueces, guiándose por un orden de prelación fijado por la doctrina, no por la ley, debían contemplar primero las leyes mexicanas, después las gaditanas y posteriormente el resto de los cuerpos hispanos, de los más recientes a los más antiguos, pudiendo llegar hasta las Siete Partidas de Alfonso X (que, por cierto, eran las más

aplicadas).[6] Su elección transitaba por diversos cuerpos y por cinco siglos de historia jurídica. Sobra decir que la posibilidad de elegir entre un amplio espectro de cuerpos normativos, no permitía limitar el arbitrio ni lograr el apego de la justicia a las leyes, y que, en este contexto, era imposible revisar en segunda instancia el apego a la norma "exactamente" ajustada al caso o responsabilizar al juez por haber elegido otra.

Este es el elemento más importante de la etapa de transición, pero no el único. Incluso las propias leyes mexicanas tenían un carácter mixto, pues además de las normas hispanas subsistían unas prácticas propias de la etapa novohispana o de la justicia tradicional. De nuevo incluyo algunos ejemplos. Primero, las decisiones judiciales no se revisaban en segunda o tercera instancia exclusivamente con el fin de controlar su legalidad. Constituciones y leyes de tribunales expedidas entre 1826 y 1853 establecieron que en todo juicio debían existir al menos dos instancias (pues las sentencias de pena corporal debían ser revisadas de oficio) y no más de tres (las partes podían interponer el recurso de apelación si consideraban que la sentencia era gravosa o demasiado benigna, y ante la resolución podían interponer el recurso de súplica). Pero, según las fuentes doctrinales de la época, el recurso de apelación tenía como finalidad lograr que "los tribunales superiores repararan las injusticias que [se hubieran cometido] por ignorancia, malicia, inadvertencia u opinión" de los jueces de primera instancia (Curia Filípica Mexicana, [1858] 1991, p. 321; Escriche, 1996, p. 181). En segundo lugar, la exigencia de motivación que habría realmente abonado a la legalidad en la justicia si se hubiera exigido que el juez motivara con base en la ley, no obstante, en los primeros decretos que la demandaban, se le permitía fundamentar con base en elementos tan tradicionales como doctrina o costumbre.

Retomando, convivían normas constitucionales y leyes mexicanas con cuerpos hispanos. En lo penal, pocos aspectos eran cubiertos por los primeros y no existía entre los segundos un orden de

[6] Para la práctica judicial en la Ciudad de México, ver Flores Flores (2019).

prelación, de ahí que tuvieran diferente origen (monarcas y autoridades delegadas por el monarca, constituyentes y legisladores mexicanos) y obedecieran a diferentes lógicas.

Entonces, el pluralismo normativo no fue sustituido por un monismo jurídico sino por un pluralismo legislativo. Adicionalmente, en la práctica pervivió la multinormatividad, pues los jueces podían elegir entre un amplio conjunto de normas y también recurrían a otros derechos o conjuntos normativos, como doctrina y costumbre. Una solución de compromiso y un panorama incierto, que respondía a la mentalidad de los legisladores y juzgadores, las lagunas legislativas y las exigencias cotidianas de justicia y orden, es decir, atendía a las fracturas de la convivencia social, sin comprometerse plenamente con la igualdad y, ya tampoco, con la equidad.

Multinormatividad en la etapa de la codificación

La codificación en México fue tardía. En el Distrito Federal el primer código penal se expidió en 1871 y el primer código procesal en 1880. Si bien hubo algunos intentos pioneros en otras entidades de la federación, el país se sumó a la oleada codificadora una vez que se expidieron los códigos en la capital. A partir de la codificación se puede hablar de monismo jurídico o de la época del "absolutismo jurídico" (Grossi, 2003), en la cual todo derecho debería emanar de órganos facultados para legislar por el Congreso Constituyente, estar regido por un orden de prelación y tener coherencia interna.

En este marco la multinormatividad tuvo menos alcances que en otras etapas de la historia del derecho, pero pervivió. Contrariamente al punto de partida del modelo liberal, la legislación no expresa la supuesta voluntad general o compartida de un cuerpo único pueblo-nación homogénea, pues las sociedades son heterogéneas social y culturalmente. Esta pluralidad social y cultural explica la coexistencia de ese código pretendidamente único (la legislación), con otros códigos normativos (extralegales o extraestatales). Los códigos

no estatales coexisten, en ocasiones de forma conflictiva con la legislación (como se observa en el primer caso que expondré, relativo al honor y al duelo); también podrían aprovechar espacios no cubiertos por el estatal; o, bien, podrían explicar la inobservancia de las leyes, la distancia entre ley y práctica, incluso, podría suponerse que concepciones alternativas podrían influir en los operadores jurídicos al momento de elegir la norma aplicable e interpretarla (como lo ilustraría el segundo caso, relativo a la sanción y persecución de los malvivientes).

Por tanto, la multinormatividad ahora comprendía ese derecho estatal y códigos regulatorios generados o compartidos por particulares, con límites más reducidos que en otras etapas, pero con diversas manifestaciones, como las dos que presentaré a continuación.

Honor y duelo en dos códigos normativos

El honor era un valor muy importante en el México del siglo XIX. En los varones se vinculaba con los atributos más valorados en la época, como valentía, fuerza, destreza, integridad u honradez. En las mujeres con la honra (virginidad previa al matrimonio, fidelidad en el matrimonio y castidad en la viudez). Se creía que la deshonra de los hombres no afectaba a las mujeres de su familia, pero que la deshonra de ellas sí afectaba a los varones. Por tanto, los hombres debían defender su honor y el de sus mujeres, pues ellas no podían participar de forma activa en su defensa.

Al honor le dieron cabida los redactores del código penal de 1871. Contemplaron sanciones para quienes causaban deshonra a otros (mediante injurias, difamación o calumnia), además, exculparon o disminuyeron la pena para quienes delinquían en defensa de su honor. En este caso entran los esposos o padres que mataban a su mujer y a su amante, o a su hija y su "corruptor", al momento de "sorprenderlos en el acto carnal o en uno próximo a él", pudiendo recibir por el homicidio cometido una pena de prisión de aproximadamente dos años y medio (el esposo engañado) y tres y medio (el padre

deshonrado). Algo similar sucedió con el duelo, entendido como un enfrentamiento originado por motivos de honor y que se desarrollaba de forma honorable (previamente pactada, con reglas y con padrinos), pues el duelista que mataba a su desafiador podía recibir la misma pena que el esposo engañado, a saber, menos de tres años de prisión.

Fue una solución de compromiso ante una disyuntiva: despenalizar el duelo y el conyugicidio por adulterio (equiparándolos con defensa legítima del honor, aunque no se tratara de acciones preventivas sino de reacciones posteriores a la deshonra y, por tanto, que estrictamente no podrían actualizarse bajo el supuesto de la defensa legítima) o penalizarlos con la misma sanción que a otros homicidios.

Me extenderé en el caso del duelo. A pesar de su propio código de valores o de que posiblemente otorgaban mucha importancia al honor, para los legisladores despenalizarlo no era posible, pues implicaba aceptar la justicia por mano propia y debilitar el monopolio estatal sobre la expedición del derecho y su aplicación. Sin embargo, la penalización plena tampoco era una opción pues, y esto es esencial para el tema tratado, los propios legisladores argumentaron que dicha solución habría chocado con otro código normativo, el código mexicano del duelo o, en general, el código de conducta y de valores aceptado por la élite y por sectores medios. Lo explicó claramente la comisión redactora del código penal de 1871 en la exposición de motivos: "Para algunos el duelo es una necesidad social, el legislador no debe estorbarlo, porque su ley se estrellará en la opinión pública". Y, de estrellarse con la opinión pública, la ley no se aplicaría. Citaron a un autor alemán, Carl Joseph Anton Mittermaier:

> cuando la ley sobre el homicidio cometido en duelo pasa de un nivel común no alcanza su objeto, pues la opinión universal acusará al legislador de error o de injusticia, los duelos no serán denunciados, los veredictos de los jurados serán absolutorios y los jueces burlarán la ley atribuyendo el homicidio a simple culpa.

Por ende, se refirieron a un asunto que mencioné al inicio: el impacto que en juzgadores y autoridades podían tener los códigos normativos alternativos o no estatales en la elección de la norma a aplicar o en la inobservancia de la ley.

¿Cuál era el sentido de la opinión pública o el código normativo extralegal relativo al honor y duelo? Lo primero que hay que decir es que se trata de un código escrito y explícito. En 1891 Antonio Tovar, con la sanción y la firma de militares, autoridades políticas, intelectuales y periodistas de la época, publicó el *Código nacional mexicano del duelo*, en el cual enlistaba las acciones que podían considerarse como ofensas al honor y la forma en que un caballero debía reaccionar ante la afrenta (regulaba cada uno de los pasos y respuestas, incluyendo el duelo). "Vale más morir por la honra que vivir deshonrado" (Tovar, 1891, p. 9), es decir, según el código, el honor debía defenderse incluso con la vida. Además, un hombre no podía defenderse en tribunales, hacerlo denotaba cobardía (a la deshonra original se sumaba otra), la deshonra se hacía pública (los juicios, con participación de jurados, eran abiertos al público) y cuestiones de honor se sometían a la consideración de sectores sociales que supuestamente no comprendían su valor (como dije, funcionaba el juicio por jurado).

Por ende, el honor como valor y la conducta que debía seguirse en caso de una afrenta estaban reguladas en un código normativo que chocaba con el estatal o la legislación y, por ello, se trata de un código de conducta paralelo, que da cuenta de la multinormatividad. En otras palabras, en torno al honor y su defensa existían al menos dos códigos normativos y ninguno de ellos era letra muerta: los miembros de la élite y las clases medias respetaban el código de honor y en ocasiones se enfrentaban en duelo o cometían conyugicidios en razón de adulterio, pero al hacerlo podían ser penados pues el código penal contemplaba una sanción. Sin embargo, también podían no ser penados pues, como lo advirtió Mittermaier y lo admitieron los legisladores mexicanos, en atención al código de honor, el duelo raramente se perseguía y, si un duelista llegaba a tribunales, ni éste ni los conyugicidas por adulterio eran necesariamente condenados.

Dos casos ejemplifican lo anterior: el juicio realizado en 1884 contra Joaquín Morales acusado por matar al amante de su esposa y madre de sus hijos; y el celebrado en 1897 contra el coronel y diputado Francisco Romero, quien en un duelo con pistolas había matado a José C. Verástegui pues, según la versión oficial, al llegar a una fiesta escuchó que el occiso lo tachaba de inepto y presagió que desprestigiaría al ejército. Cabe señalar que, dado que Francisco Romero era diputado, fue necesario que la Cámara de Diputados, erigida en Gran Jurado, determinara si perdería su fuero y podía ser juzgado, por lo que en realidad tuvo dos "juicios".

En los juicios, ambos procesados –y otros en similar situación– argumentaron, precisamente, que habían actuado en respeto al código social y que por atenerse a él habían contravenido al código penal y se enfrentaban al castigo, pero que de no haberlo hecho habrían sufrido otra sanción: la social.

Su argumento se divide en varios. Por una parte, ampararon sus acciones con base en el código de honor. En su juicio penal, para mostrar que había reaccionado y actuado como un caballero y según lo exigían las pautas del honor, Francisco Romero se apoyó en el *Código nacional mexicano del duelo* y sostuvo que al retar a Verástegui había actuado en defensa legítima de su honra, pues las frases que éste había pronunciado habían herido su honor.[7]

En segundo término, argumentaron la imposibilidad de dirimir los asuntos de honor en tribunales ordinarios, para lo cual resulta claro lo dicho durante el proceso de desafuero de Francisco Romero por el diputado Juan A. Mateos:

> si hay un alma templada que desdeña esta costumbre [el duelo], que se imponga sobre la ley social y lleve las iniquidades de la familia, el nombre inmaculado de la esposa, la honra de la hija, a despilfarrarlo todo en el acta de una comisaría, y se someta al punzante artesano de la prensa y a la vergonzosa silba de los juicios públicos, que se

[7] Ver "Jurado sensacional" (*El Diario del Hogar*, 21 de agosto de 1895).

> levante y arroje la primera piedra. (*Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, 1894, pp. 158-165)

Es decir, el diputado aseguró que quien desdeñara la costumbre del duelo y se impusiera sobre la ley social, solo lograría manchar aún más la reputación familiar. Por su parte, en defensa de Joaquín Morales, su abogado, Alberto Lombardo, aseguró que un marido engañado podía recurrir a tres caminos: el primero era llevar su caso ante el jurado, el cual rechazó pues, en sus palabras, abriría a "plaza pública acciones que merecen sepultarse en los dolores del alma" (Lombardo, 1884).

Por último, se refirieron a la insuperable contradicción entre ambos códigos y a la imposibilidad de salvar la sanción social de no actuar conforme al código del honor. Alberto Lombardo habló, como dije, de tres caminos. Los dos que no he mencionado eran: tolerar el engaño de la esposa y convertirse en un "desgraciado rufián que carece del valor necesario para matar y de la serenidad suficiente para comparecer en juicio pidiéndole a la ley remedio para los males que lo anonadan", o seguir el único camino aceptable, matar al adúltero (Lombardo, 1884). En su opinión, la sociedad solo permitía el conyugicidio de la mujer adúltera. En el mismo orden de ideas, las palabras del abogado defensor de uno de los padrinos del lance Verástegui-Romero, el abogado Alfonso Lancaster Jones, quien durante el juicio penal afirmó que, ante una ofensa al honor:

> La ley escrita nos dice: si te bates en duelo, aunque sea con todas las solemnidades y requisitos que normalizan los encuentros más leales y caballerosos, te privo de la libertad. La sociedad nos dice; si no te bates cuando en mi concepto debes hacerlo, te privo de la honra, te arrojo de mi seno para perseguirte aún fuera de él, bajo el látigo de mi censura ignominiosa [...]. (Rocha, 1895, p. 59)

Concluyó que al considerar que su honor estaba cuestionado "los hombres, por amor a sí mismos y a sus familias, debían alejarse de la

ley escrita e inclinarse ante la ley social o ante la tiranía de la sociedad" (Rocha, 1895, p. 59).

Cabe en este punto recordar la afirmación de Mittermaier: de existir una diferencia entre ley y opinión pública, "los duelos no serán denunciados, los veredictos de los jurados serán absolutorios y los jueces burlarán la ley atribuyendo el homicidio a simple culpa". Efectivamente los duelos no eran perseguidos. Fue otro de los argumentos de defensa del duelista Romero. El abogado que lo representó en el juicio de desafuero, Manuel Lombardo, alegó que hacía más de veinte años que los duelistas no eran procesados ni castigados, incluso cuando en ese lapso se habían registrado varios enfrentamientos (mencionó duelos tan notables como el de Ireneo Paz y Santiago Sierra, el de Valentín Garro y Eustaquio Barrón o el del general Díaz de la Vega y el general Piña (*Diario de los debates...*, 1894, pp. 144-148). En el mismo sentido intervino, en contra del desafuero, el diputado Juan A. Mateos, quien aseveró que los 42 casos de duelo celebrados antes y después de la promulgación del código probaban que el duelo era costumbre en la sociedad mexicana, y sostuvo que la costumbre debía estar por encima de la ley (*Diario de los debates...*, 1894, pp. 158-165). Afirmaban, entonces, que la costumbre, otra posible fuente de derecho, debía prevalecer sobre la legislación.

Agregaron que, cuando sí eran procesados, quienes mataban en nombre del honor mancillado resultaban absueltos. Joaquín Morales lo fue pues el jurado estimó que había actuado en defensa legítima de su honra. El caso de Francisco Romero es excepcional pero ilustrativo: los miembros del jurado lo consideraron como responsable de homicidio cometido en duelo, pero el condenado solo había pasado dos meses en prisión cuando se expidió una ley que amnistiaba a todos los condenados por el delito de duelo, es decir, a él. Esto es ilustrativo pues muestra las consecuencias de la multinormatividad, los legisladores y juzgadores debían respetar el código legal pero posiblemente simpatizaban con el social, por ello, debieron desaforarlo y condenarlo, pero, posteriormente, extrajudicialmente imperó el código social y el duelista fue indultado.

Peligrosidad y malvivencia en leyes y prácticas

El concepto de peligrosidad empezó a utilizarse a finales del siglo XVIII para referirse a la predisposición a delinquir por parte de sujetos que no lo habían hecho o que no habían reincidido. Durante las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del XX su uso se generalizó, e impactó tanto en la teoría como en la ley y las prácticas.

Se consideraban como peligrosos los sujetos con posibilidad de delinquir por primera vez (peligrosidad sin delito) o de reincidir, pues se creía que solo en ciertos delincuentes la peligrosidad subsistía (peligrosidad posdelictual). No se les catalogaba como peligrosos por acciones delictivas previas, sino por la posibilidad de que las cometieran a futuro por su amoralidad, forma de vida o características físico-psicológicas. Como lo explicó el penalista español Mariano Ruiz-Funes (1948, p. 17), el concepto de peligrosidad alude a un estado y una probabilidad.

Los listados incluyeron a reincidentes, vagos, mendigos, toxicómanos y ebrios consuetudinarios, e individuos que vivían de la mendicidad ajena, de la prostitución, del juego prohibido, de la estafa y el engaño (los últimos conocidos como rufianes). La posibilidad de identificarlos se acompañaba de propuestas de prevención, sea con políticas sociales o la aplicación de "medidas de seguridad". Se recomendó internarlos en establecimientos de corrección, también, excepcionalmente, la relegación o esterilización.

Los legisladores dieron cabida al concepto. Los redactores del código penal de 1929 para el Distrito Federal, criminalizaron formas de malvivencia, entre ellas la vagancia.[8] Penalizar la vagancia no era nuevo, pero sí lo era justificarlo con la lógica de la peligrosidad. Según el presidente de la comisión redactora del ordenamiento, José Almaraz, los vagos podían dividirse en dos categorías: peligrosos predelictuales (amenazantes para la sociedad pues "a gritos claman"

[8] Contemplaron para la vagancia pena de relegación por uno a tres años, adicionada con una especie de destierro, pues al compurgar la sentencia no podían regresar a su localidad (arts. 778-787).

que ejecutarán un delito) y peligrosos posdelictuales (Almaraz, 1931, pp. 102-103). Además, el código sancionó a otros "malvivientes", lenones, ebrios habituales escandalosos y toxicómanos.[9] En suma, no sancionaron la peligrosidad sin delito, pero convirtieron en delitos a más formas de malvivencia.

El código de 1929 fue sustituido en 1931. El ordenamiento siguió sancionando lenocinio y vagancia, pero con una diferencia importante, pues no se refirió a vagos y mendigos sino a vagos y malvivientes, y la penalización de los primeros (quienes no tenían trabajo honesto sin causa justificada) exigía que fueran lo segundo (malvivientes), es decir, solo podían ser sancionados, con relegación, los vagos que también tenían malos antecedentes comprobados por datos de archivos judiciales o policiales, considerando como mal antecedente "ser identificado como delincuente habitual o peligroso contra la propiedad o explotador de prostitutas, o traficante de drogas prohibidas, toxicómano o ebrio habitual, tahúr o mendigo simulador y sin licencia" (art. 255).

Un punto merece ser recalcado: a través de la vagancia fueron sancionados grupos considerados en la época como peligrosos o malvivientes. Otra cuestión importante: una reforma posterior suprimió una parte del artículo, la admisión de informes policiales. Pero no se cerró la posibilidad de valorarlos, pues el código procesal admitía, en general, documentos de policía como medio de prueba. Se dirimía el admitir consignaciones policiales o exclusivamente condenas judiciales para acreditar la malvivencia, pero, en el fondo, estaba en juego el margen de acción concedido a la policía en la identificación y control de sujetos percibidos como peligrosos y la policía para esa época tenía fama de abusiva y corrupta.

La admisión o rechazo de esas pruebas se prestó a controversia y los asuntos llegaban hasta la Suprema Corte de Justicia. La Primera

[9] Para rufianes o lenones se contemplaron desde arresto hasta relegación (arts. 547-555) y para ebrios habituales escandalosos y toxicómanos, reclusión indefinida en manicomios especiales con régimen de trabajo (arts. 128, 523 y 525).

Sala tendió a rechazar solicitudes de amparo presentadas por sentenciados cuyos malos antecedentes se habían comprobado con base en detenciones o consignaciones de la policía, argumentando que el juez podía valorar las pruebas que estimara conducentes.[10] Así le ocurrió a Carlos Cosío Vallados, condenado por vagancia y malvivencia a diez meses de relegación en sentencia confirmada en apelación, y quien argumentó que tenía trabajo (vendía mercancías oaxaqueñas) y que sus malos antecedentes se habían comprobado con datos de oficinas policiacas, no obstante, la justicia federal le negó su protección al considerar que no tenía ocupación y que los informes eran válidos.[11]

Más allá de eso, en los tribunales y en las prácticas, al artículo relativo a la vagancia y malvivencia se le concedió una extensión que rebasaba lo contemplado en el código, pues no solo se empleó para sancionar las malvivencias enlistadas, sino también otras. Lo anterior se observa en el caso de una prostituta, Carmen López Ortiz, quien fue detenida por robo, pero el delito no le fue comprobado, por tanto, no podría haber sido condenada por robo. ¿Podía serlo por vagancia y malvivencia? Debían sumarse ambas. En lo que toca a la malvivencia: tenía otras detenciones, no condenas, por robo, y aquí un primer punto en controversia, a saber, la acreditación de la malvivencia o los malos antecedentes únicamente con informes policiales. En lo relativo a la vagancia: ella argumentó que la prostitución era un trabajo permitido e incluso reglamentado por el Poder Público. En sus resoluciones, los jueces y ministros aceptaron informes policiales. Además, la Primera Sala consideró que la prostitución no podía considerarse como un trabajo honesto, con un argumento que

[10] Como ejemplo tesis aisladas de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación* [*SJF*]: Amparo en revisión 969/37 del 15 de julio de 1937 (*SJF*, t. 53, p. 634); Amparo en revisión 1387/37 del 4 de febrero de 1938, (*SJF*, t. 55, p. 1158); Amparo en revisión 4714/37 del 24 de febrero de 1938 (*SJF*, t. 55, p. 1812); Amparo directo 8095/37 del 4 de marzo de 1938 (*SJF*, t. 55, p. 2236; y Amparo directo, 4978/38 del 24 de septiembre de 1938 (*SJF*, t. 57, p. 2992).

[11] Amparo directo promovido por Carlos Cosío Vallados, publicado en el Archivo Histórico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (AHSCJN, exp. 4978/38).

vuelve a referirse a la contraposición entre código de conducta aceptado por la sociedad y la ley:

> la mujer que dedica sus actividades a la prostitución, ejerce actos que la ley permite y reglamenta; pero no es la ley la única regla debida dentro de las actividades humanas, las cuales se rigen, también, por los preceptos y costumbres que se involucran en el concepto de la moral y dentro de las cuales entra la honestidad; y no porque la ley admita y reglamente la prostitución, puede deducirse que es honesto el trabajo a que se dedica la acusada, dado que el círculo de la actividad de la ley, es más restringido que el de la moral y, por consiguiente, no se superponen los actos que se rigen por una y otra.[12]

Por tanto, se aceptaron informes policiales o detenciones para acreditar el robo y, aludiendo a la moral, la inexistencia de un trabajo o actividad para probar la vagancia, se impuso igualmente la condena por malvivencia.

Por último, cabe señalar que la persecución de sujetos vistos como "peligrosos" y, en realidad, antisociales o amorales, tuvo todavía mayor holgura en políticas administrativas o prácticas policiales. Se promovieron campañas contra el vicio y el alcohol, acompañadas por la estricta reglamentación y clausura de sitios considerados como semilleros (cantinas, pulquerías o cabarets) (Rojas Sosa, 2016). Según el reglamento de policía de 1922 y como parte de la prevención, los gendarmes debían remitir a la comisaría a aquellos de quienes "pudiera sospecharse" que cometerían un delito, entre ellos, vagos, escandalosos y consumidores de drogas o alcohol. Se encargó a inspectores la detección de sitios y a policías la detención de sujetos peligrosos, lo cual en la práctica dio lugar a abusos y corrupción; basta mencionar las detenciones de homosexuales y con ello la ampliación del catálogo de malvivientes perseguidos (pues no estaban contemplados dentro de los malvivientes en las leyes mexicanas) (Rodríguez Sánchez, 2018, pp. 119-125).

[12] Amparo en revisión promovido por Carmen López Ortiz (AHSCJN, exp. 2889/38); y Amparo en revisión 2889/38 del 18 de junio de 1940 (*SJF*, t. 64, p. 3199).

En suma, la legislación adoptó sanciones a los vagos que además fueran malvivientes, cabiendo en ello algunos grupos que en la época eran considerados como peligrosos o delincuentes en potencia, sea en leyes sobre vagos y malvivientes (como la española de 1933) o en estudios sobre la vagancia y la malvivencia (en México los de Antonio de Medina y Ormachea o bien, para varios países, obras tituladas como la mala vida en la ciudad en cuestión) (Medina y Ormachea, 1890). En la legislación se contempló a vagos, falsos mendigos, explotadores de la prostitución, tahúres, vendedores de drogas, toxicómanos u ebrios habituales. Se dejaron fuera prostitutas u homosexuales, que sí estuvieron contemplados en leyes de otros países (por ejemplo, en la ley española ampliada durante el franquismo), sin embargo, estos grupos y más (como las cabareteras), fueron percibidos como amenazantes por otros sectores de la sociedad (existiendo concepciones alternativas) y, en la práctica, fueron perseguidos y sancionados por inspectores y policías.

Concluyo: fue diferente el listado y la sanción concebida por legisladores y la reflejada en las sentencias, como lo fue el conjunto de personas que fue perseguido, maltratado y extorsionado por funcionarios y policías.

Como lo he referido en trabajos previos, considero que existen distancias entre "sanción legal" (pena media contemplada por el código penal para cada uno de los delitos), "sanción judicial" (sentencias) y "sanciones sociales" (reacciones y sanciones de la comunidad). Es decir, existe una diferencia entre el código de conducta plasmado en la ley y la sanción contemplada por los legisladores para quienes lo transgredían, las sanciones aplicadas por los jueces (quienes tienen un margen de elección e interpretación, en el cual pueden filtrarse concepciones propias y alternativas) y las reacciones de otros grupos sociales (no vinculadas con sanciones legales o judiciales). La existencia de concepciones alternativas da lugar a conductas diversas (reacciones, sentencias, sanciones), las cuales, a su vez, norman, trazan, permiten o determinan futuras acciones, pues las sentencias determinan sentencias subsiguientes (por la obligatoria observancia

de la jurisprudencia dictada por la Suprema Corte de Justicia) y las acciones de funcionarios y policías trazan conductas reiteradas. Bajo esta lógica, estamos en el terreno de la multinormatividad, no generada por códigos escritos (como en el ejemplo del honor), sino por prácticas y costumbres.

Por ende, tras la codificación subsistió la multinormatividad aunque, para ese momento, era ajena al orden jurídico formal que suponía que el orden social y la convivencia colectiva debían fundarse en una legislación única ante la cual todos los habitantes de la nación eran considerados y debían ser juzgados como iguales.

Ideas finales

En la Nueva España el pluralismo normativo era propio y característico del orden jurídico, en el México de las primeras décadas del siglo XIX persistió el pluralismo legal e incluso normativo, y, a partir de la codificación, se impuso la uniformidad legislativa, pero subsistieron manifestaciones de multinormatividad.

En cada uno de los incisos reflexioné sobre la vinculación de los modelos con la convivialidad, la igualdad y la equidad.

La convivialidad descansa sobre bases diferentes. En un pluralismo normativo el reconocimiento a la heterogeneidad social tenía mayor cabida, existían derechos diversos para realidades diferentes y se encargaba a la justicia preservar la armonía y el lugar que a cada grupo le correspondía en este orden plural. No era un orden que pretendiera ser igualitario, cada grupo poseía prerrogativas y derechos, por supuesto, variables según el cuerpo social, lo cual sacrifica la pretensión de igualdad y, en el mejor de los casos, apostaría por la equidad.

En la etapa del monismo legislativo, la convivialidad se basa en el respeto y apego a la legislación, expedida por representantes de la sociedad en su conjunto y, en teoría, expresión de los habitantes del territorio nacional. El monismo sacrifica el pluralismo social, cultural

y ético. Hay que considerar también que, en una sociedad que seguía siendo heterogénea, la igualdad jurídica podría resultar inequitativa e incluso abrir brechas a la desigualdad. Por ejemplo, constituye un privilegio ser normado y juzgado bajo la vara de una legislación construida a la medida de las ideas, valores, realidades y posibilidades del sector sociocultural del cual emanan las normas y, por ende, una desventaja serlo bajo códigos éticos y conductuales ajenos a los propios, como es patente en el caso de las comunidades indígenas durante la etapa estudiada. Otro ejemplo: la legislación penal abría resquicios a la desigualdad (como en el caso del duelo, pues la cultura y las herramientas del duelo eran un privilegio de las élites) y a un trato desigual en la práctica (pues el artículo que sancionaba la vagancia y malvivencia daba paso a abusos judiciales y policiales sobre grupos marginales). Es decir, las concesiones legislativas a los grupos de las élites y las laxas interpretaciones u inobservancias en tribunales afectaban, por lo general, a los sectores populares.

Bibliografía

Agüero, Alejandro (2006), Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional. En Marta Lorente Sariñena (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes. Hacia la España de 1870* (pp. 20-58). Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial.

Almaraz, José (1931). *Exposición de motivos del código penal promulgado en diciembre de 1929*. México: sin editorial

Archivo Histórico de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [AHSCJN]. (varios años). https://catalogo-sistema-bibliotecario-scjn.hosted.exlibrisgroup.com/primo-explore/search?vid=SCJN

Código Penal Federal [CP]. 7 de diciembre de 1871 (México).

Código Penal Federal [CP]. 17 de septiembre de 1931 (México).

Código Penal para el Distrito y Territorios Federales [CP]. 15 de diciembre de 1929 (México).

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos [Const.]. 4 de octubre de 1824 (México).

Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos [Const.]. 5 de febrero de 1857 (México).

Curia Filípica Mexicana (1991 [1858]). *Obra completa de práctica Forense conteniendo además un tratado íntegro de la jurisprudencia mercantil*. México: IIJ-UNAM/Porrúa.

Del Arenal Fenochio, Jaime (1998). Ciencia jurídica española en el México del siglo XIX. En Instituto de Investigaciones Jurídicas (coord.), *La supervivencia del derecho español en Hispanoamérica durante la época independiente* (pp. 3-47). México: IIJ-UNAM.

Diario de los debates de la Cámara de Diputados. (1894). México: Imprenta de "El Partido Liberal".

Duve, Thomas (2017). Was ist "Multinormativität"? Einführende Bemerkungen. *Rechtsgeschichte-Legal History*, (25), 88-101.

Escriche, Joaquín (1996 [1837]). *Diccionario razonado de legislación civil, penal, comercial y forense. O sea resumen de las leyes, usos, prácticas y costumbres, como asimismo de las doctrinas de los jurisconsultos, dispuesto por orden alfabético de materias, con la explicación de los términos del derecho. Con citas del derecho, notas y adiciones por el licenciado Juan Rodríguez de San Miguel.* México. IIJ-UNAM. [Edición facsimilar (Serie C, Estudios Históricos 36). Estudio introductorio de María del Refugio González].

Flores-Flores, Graciela (2019). *La justicia criminal ordinaria en tiempos de transición. La construcción de un nuevo orden judicial (Ciudad de México, 1824-1871)*. México: IIS-UNAM.

Garriga, Carlos (2004). Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen. *Istor*, *4*(16), 1-21.

González, María del Refugio (1988). Derecho de transición (1821-1871). En Beatriz Bernal (coord.), *Memoria del IV Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, tomo 1. México: IIJ-UNAM.

Grossi, Paolo (2003). *Mitología jurídica de la modernidad.* Madrid: Trotta.

Hespanha, António Manuel (2002). *Cultura jurídica europea, síntesis de un milenio*. Madrid: Tecnos.

Lombardo, Alberto (1884). *Defensa pronunciada por… en la causa instruida al teniente coronel Joaquín Morales…* México: Imprenta de Francisco Díaz de León.

Medina y Ormachea, Antonio de (1890). La vagancia y la mendicidad. *El Foro, 28*(99 y 100), 393-394 y 397-398.

Rocha, Sóstenes (1895). *El general Sóstenes Rocha ante el jurado popular con motivo del duelo verificado entre los señores Verástegui y Romero* (pp. 54-84). México: Tipografía del Hospicio de Pobres.

Rodríguez Sánchez, Nathaly (2018). De Cuauhtemotzin a las cervecerías. El control oficial del homoerotismo masculino y la construcción estratégica de la geografía disidente, ciudad de México 1930-1951. *Historia Mexicana*, *68*(1), 111-175.

Rojas Sosa, Odette (2016). "El bajo mundo del pecado". Vicio, crimen y bajos fondos en la ciudad de México, 1929-1944. En Elisa Speckman y Fabiola Bailón (coords.), *Vicio, prostitución y delito.*

Mujeres transgresoras en los siglos XIX y XX (pp. 49-84). México: IIH-UNAM.

Ruiz-Funes, Mariano (1948). *La peligrosidad y sus experiencias legales*. La Habana: Jesús Montero.

Semanario Judicial de la Federación. (1937-1938). México: Suprema Corte de Justicia.

Speckman Guerra, Elisa (2005). El último duelo. Opiniones y resoluciones en torno al lance Verástegui-Romero (Ciudad de México, 1894). En María Silvia di Liscia y Ernesto Bohoslavsky (coords.), *Instituciones y formas de control social en América Latina, 1840-1940* (pp. 167-197). Buenos Aires: Editorial Pegaso / Ed. UNGS / Ed. UNLPam.

Speckman Guerra, Elisa (2014). *Del Tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias. Sistema judicial, criminalidad y justicia en la Ciudad de México (siglos XIX y XX)*. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales/IIH-UNAM.

Speckman Guerra, Elisa (2018). "La obra del legislador y el peso de los hechos". El derecho ante el cambio social y la sociedad ante el cambio jurídico, algunos ejemplos (siglos XIX y XX). En José Ramón Cossío, Pablo Mijangos y Erika Pani (coords.), *Derecho y cambio social en la historia* (pp. 103-135). México: El Colegio de México.

Speckman Guerra, Elisa (2024). Malvivientes y otros sujetos temibles. Peligrosidad sin delito y defensa social preventiva (México, siglos XIX y XX). *Historia Mexicana*, LXXIII (3), 1081-1124.

Tau Anzoátegui, Víctor (1962). Acerca de la fundamentación de las sentencias en el derecho patrio. *Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene*, (13), 270-271.

Tovar, Antonio (1891). *Código nacional mexicano del duelo*. México: Imprenta de Ireneo Paz.

Multinormatividad, justicia criminal y orden policial en Buenos Aires durante las primeras décadas del siglo XIX

Osvaldo Barreneche
Universidad Nacional de La Plata / Mecila

Doi: 10.54871/mc24pd1h

Introducción

El concepto de pluralismo jurídico ha sido utilizado por la historiografía rioplatense del periodo colonial tardío e independiente temprano, para describir y analizar un escenario muy cambiante a nivel normativo y de las prácticas vinculadas a la administración de justicia (Sanjurjo de Driollet, 2015). En materia penal, el amplio abanico de leyes y disposiciones, amoldadas una y otra vez en ese momento de transición que estuvo signado por una gran inestabilidad política, tuvo como resultado una mayor injerencia de los gobernantes en los asuntos vinculados a la justicia. Tal pluralidad y versatilidad del marco legal permitió adaptarlo a situaciones cambiantes mientras se afianzó la finalidad del mantenimiento de un cierto orden social como objetivo al que las leyes y la justicia debían adecuarse.

Este escenario, que es objeto de debate historiográfico, podría continuar bajo estudio en los términos del pluralismo jurídico. ¿Para qué, entonces, introducir la multinormatividad? ¿Es que esta aporta algo novedoso o superador? A partir del análisis de algunos aspectos de la administración de justicia criminal en la ciudad de Buenos Aires durante las primeras décadas del siglo XIX, este trabajo intenta responder a tales interrogantes. Por empezar, y como señala Thomas Duve (2017), la multinormatividad es mucho más que la identificación de las diversas formas de normatividad. El concepto nos permite abordar, desde otra perspectiva, el territorio de las prácticas jurídicas, señalando las normas que están por detrás de dichas prácticas. Luego, y no menos importante, la multinormatividad arroja luz sobre el proceso de concretización de las normas y su aplicación.

Los estudios de la justicia criminal durante el periodo colonial rioplatense han servido para analizar su perdurabilidad, con múltiples adaptaciones, durante buena parte de la etapa independiente inicial (Barriera, 2018). Recién en la segunda mitad del siglo XIX se fue afianzando, lentamente, el proceso de codificación y cambio de encuadre normativo como superador del marco jurídico del Antiguo Régimen. A su vez, en cuanto a las prácticas, muchas de ellas se adaptaron y sobrevivieron más allá de la sanción de los nuevos códigos. Dada la complejidad de este proceso, que marcó algunos aspectos estructurales del sistema penal moderno de la Argentina, el concepto de pluralismo jurídico no es suficiente para explicar las características y alcances de este proceso.

Analizando tal recorrido en términos de pluralismo normativo y centrándose en su punto de llegada, a finales del siglo XX, Dewey y Míguez (2017) identifican un cierto orden a partir de normas "no oficiales". Estas resultaron ser diferentes y hasta contradictorias respecto del sistema legal vigente, aunque la policía de Buenos Aires logró imponerlas. Por circunstancias históricas y por vía de su aceptación social, dicen los autores, este orden normativo alternativo tuvo una de sus raíces históricas en la "traducción" de los distintos modelos de organización policial sobre los cuales se adaptó

el que finalmente prevaleció en la Argentina. Dado que el punto de partida de Dewey y Míguez es el último tramo del siglo XIX, resulta interesante retrotraernos a una etapa anterior, para indagar cómo la multinormatividad puede explicar mejor los entramados iniciales de todo esto.

Partiendo de un escenario plagado de variadas normas, este trabajo se centra en la conformación histórica de la administración de justicia criminal y del policiamiento de la ciudad de Buenos Aires en el periodo transicional ya indicado. En primer lugar, se recorren las circunstancias "experimentales" en la conformación de la justicia penal, analizando cómo algunos presupuestos normativos, tanto aquellos provenientes del orden jurídico colonial como otros de matriz republicana, fueron delineando algunas de las prácticas jurídicas que se pretendían plasmar en la conformación y perfiles de tribunales y magistrados. La intersección entre justicia lega y letrada aporta una clave de lectura, en términos de multinormatividad, que podría contribuir al propósito analítico de esta pieza.

Seguidamente se aborda el tema del sumario, como instancia judicial inicial de la administración de justicia penal. El rol de los comisarios de policía, "apropiándose" de tales competencias correspondientes a la justicia, ayuda a entender el proceso de concretización de normas del que habla Duve, a partir de este caso de aplicación donde las autoridades ejecutivas de turno retuvieron funciones del Poder Judicial en formación para, de este modo, tener una mayor injerencia en los asuntos propios de la justicia. Luego, se estudian algunos aspectos vinculados a la búsqueda de un orden social y político en aquellos años, que explica, en parte, el curso de acción histórica desarrollado en este periodo clave de la conformación de un nuevo orden jurídico en la Argentina independiente. Finalmente, el caso presentado permite, según se concluye, ir más allá de la comprobación de un pluralismo normativo que posibilitó un cierto desarrollo histórico, para analizar, en términos de multinormatividad, la articulación de modalidades y dinámicas que sentaron las bases de la constelación normativa que identificamos en la actualidad.

Justicia criminal

La justicia republicana naciente, en la Buenos Aires de las primeras décadas del siglo XIX, no pudo evitar la inicial dependencia de las autoridades ejecutivas. La Audiencia como institución sobrevivió hasta enero de 1812, en el que un reglamento de administración de justicia, aprobado por el Triunvirato, la reemplazó por una Cámara de Apelaciones (sucesivamente nombrada también como Tribunal de Justicia y Cámara de Justicia por distintas leyes).[1] Desde entonces, el nuevo tribunal criollo actuó como instancia de apelación en las causas civiles y criminales originadas en la ciudad de Buenos Aires y su campaña (convertida en provincia en 1820). La creación de otras provincias y la formación de cámaras de apelaciones en ellas redujo sustancialmente el campo de acción del tribunal porteño, que ya no tendría la jurisdicción territorial ni el poder de superintendencia judicial del que gozase su antecesora la Audiencia. La Suprema Corte de Justicia de la Argentina no fue establecida sino hasta 1862. Mientras tanto, la Primera Junta de 1810 y los gobiernos sucesivos se adjudicaron la retención del derecho de revisión judicial o instancia extraordinaria que en tiempos coloniales ejercía el Consejo de Indias en España. El primer reglamento que describió el procedimiento a seguir en estos casos y que transfirió ese poder de revisión extraordinario a las autoridades ejecutivas criollas data de 1811.

A pesar de proclamar el principio de división de poderes, la rama ejecutiva del gobierno revolucionario se adjudicó la intervención en asuntos judiciales, como sucedía en el período colonial. Durante las décadas siguientes, los sucesivos gobiernos crearon tribunales especiales para atender estos casos (Levene, 1951), pero todos ellos bajo directa supervisión del jefe ejecutivo de turno en la provincia

[1] "Reglamento de institución y administración de justicia del gobierno superior provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata" del 23 de enero de 1812 (Senado de la Nación, 1966, p. 16688).

de Buenos Aires.[2] Al no haber Corte Suprema de Justicia durante el período independiente temprano, la resolución final en muchos asuntos judiciales era tomada por el Poder Ejecutivo, siendo así no solo en las apelaciones extraordinarias sino también en casos ordinarios (Levaggi, 1987). Por su parte, la justicia penal ordinaria de primera instancia quedó en manos de los Alcaldes del Cabildo hasta 1821. Los Cabildos de Buenos Aires y Luján fueron abolidos ese año como parte de las reformas llevadas a cabo por Bernardino Rivadavia, ministro del gobernador Martín Rodríguez. Los alcaldes de primero y segundo voto fueron reemplazados por dos *jueces de primera instancia,* uno para casos civiles y el otro para asuntos criminales. Además, se nombró un *juez de paz* por cada jurisdicción parroquial de la ciudad.[3] También se asignaron dos jueces de primera instancia con jurisdicción en la campaña, pero en noviembre de 1824 el gobernador suspendió estos últimos cargos, quedando la justicia rural en manos de los jueces de paz locales.[4]

Paralelamente a esta organización judicial ordinaria y de orientación letrada, se fueron agregando instancias de actuación que abrían opciones de participación lega en los asuntos judiciales, especialmente de aquellos pertenecientes a la denominada "gente decente". Unos pocos meses después de aprobar el reglamento de 1812 sobre administración de justicia, el Triunvirato creó por decreto una *Comisión de Justicia*. Por un lado, el reglamento establecía procedimientos que garantizaban las libertades individuales y los derechos de los ciudadanos. Pero, por otra parte, la Comisión de Justicia se formaba

[2] Ver, por ejemplo, el "Reglamento provisorio sobre los recursos de segunda suplicación, nulidad, ó injusticia notoria, y otros extraordinarios, acordado con precedente dictamen del Ministerio Fiscal" del 21 de junio de 1811 (Prado y Rojas, 1877, v. 1, pp. 93-96). Un ejemplo de esos tribunales especiales es el "Tribunal de recursos extraordinarios por nulidad é injusticia notoria", establecido el 5 de diciembre de 1838 y compuesto por "tres representantes nombrados por el gobernador" (Prado y Rojas, 1878, v. 4, pp. 332-335).

[3] Artículos 1, 2, 3 y 5. Ley aprobada el 24 de diciembre de 1821 (Levene, 1985, pp. 320-321).

[4] "Decreto sobre la administración de la justicia en la provincia" del 22 de noviembre de 1824 (Prado y Rojas, 1877, v. 3, p. 55).

debido a "la escandalosa multitud de robos y asesinatos que a todas horas y diariamente se cometen en esta ciudad". Sus miembros no necesitaban contar con ninguna experiencia o conocimiento técnico-legal, aunque debían tratar las causas de robo pendientes y futuras para que las "substancien sumariamente y en el menor término posible, procediendo en este estado a juzgar, sentenciar y ejecutar sin demora, y de un modo que sea capaz de contener y escarmentar a los facinerosos, a cuyo fin se les delegan las facultades omnímodas de este gobierno".[5] Esta delegación explícita de poderes se refiere a la rama ejecutiva, encargada del mantenimiento del orden público, pero se le agregaba la función judicial de juzgar y condenar los quebrantamientos a ese orden. La vida institucional de esta comisión fue breve al ser abolida en 1817, pero otras comisiones especiales y jueces extraordinarios continuaron siendo nombrados por los sucesivos gobiernos para entender en casos criminales especiales. En febrero de 1830, por ejemplo, el Coronel D. Gervasio Rosas, hermano del gobernador Juan Manuel de Rosas, fue nombrado para juzgar mediante un procedimiento oral y abreviado, los casos de robo y homicidio.[6] Se trataba, en este caso, de un nombramiento específico para esa tarea.

Los problemas de inseguridad urbana, en la percepción de las autoridades, justificaban medidas extraordinarias que convivían e influían en las discusiones sobre la organización de la justicia criminal. Además, se advirtió que la justicia criminal colonial dejaba un legado difícil de modificar parcialmente, aun cuando las sucesivas normativas aprobadas sobre administración de justicia, como la de 1812, proclamasen la necesidad de hacerlo:

[5] "Decreto del Triunvirato designando una Comisión de Justicia" del 18 de abril de 1812 (Senado de la Nación, 1966, p. 16713). Ver también Archivo General de la Nación ([AGN], X.15.2.8, 1829).

[6] "Decreto autorizando al Coronel D. Gervacio Rosas para aplicar las penas correspondientes a los ladrones, salteadores, y asesinos" del 20 de febrero de 1830 (Prado y Rojas, 1877, v. 3, p. 449).

> Tribunales numerosos, complicados e instituidos para colocar y sostener en la mayor elevación a los agentes del despotismo, y a las provincias en una gravosa dependencia, no son ya los que convienen a unos pueblos libres y virtuosos. No hay felicidad pública sin una buena y sencilla administración de justicia.[7]

Por eso, el reglamento de 1812 proponía un marco legal ideal para restaurar el poder de la justicia ordinaria, proponiendo además la formación de "un tribunal de concordia compuesto de hombres buenos" (Senado de la Nación, 1966, pp. 16688, 16695).

Como primer experimento institucional de reforma a la administración de justicia, el reglamento de 1812 fue objeto de público debate. El argumento de que este tipo de normas "deben seguir a la constitución y no anticiparse a ella" fue, en esta instancia, esgrimido en el periódico *El Censor* (29 de enero de 1812), cuyo editor señaló que "instituir la administración de justicia antes de constituir el estado es poner los efectos antes que las causas".[8] Así ganaba terreno la idea de diseñar *para el futuro* una justicia republicana y vigorosa como objetivo a alcanzar y a poner en práctica cuando terminasen todos los tiempos políticamente inestables y socialmente agitados que se vivían, en lugar de percibirla como un *instrumento* que pudiese contribuir a lograr la tan ansiada estabilidad y progreso.

El artículo 35 del reglamento de 1812 "reinstalaba" el derecho de cada hombre de ejercer su propia defensa sin necesidad de contar con la representación de un abogado, con lo que se pretendía dar prioridad a los derechos y garantías procesales del individuo. El artículo 13 por su parte, integraba la Cámara de Apelaciones con tres letrados y dos vecinos. Sin embargo, Vicente Pazos Silva en *El Censor* (1812), como luego lo haría Manuel Antonio de Castro en *El Observador Americano* (1816) se opusieron a la participación ciudadana en los

[7] Introducción al "Reglamento de institución y administración de justicia del gobierno superior provisional de las Provincias Unidas del Río de la Plata" del 23 de enero de 1812 (Senado de la Nación, 1966, pp. 16687-16688).

[8] Ver "Reflexiones sobre el reglamento de institución y administración de justicia" (Senado de la Nación, 1960, pp. 5781-5782).

estrados judiciales; y lo interesante es que el argumento para hacerlo, esgrimido por Pazos Silva, se basada en que el reglamento contradecía la legislación colonial.[9]

La Asamblea de 1813, cuya actividad legislativa continuó durante los años siguientes, debatió un proyecto sobre organización del Supremo Poder Judicial. Concentrado en definir un perfil institucional para el poder judicial dentro del contexto republicano, el proyecto lo describía como "independiente" y el único con responsabilidad y jurisdicción para interpretar y aplicar las leyes. Además, el artículo 5 introducía el principio de inamovilidad de los jueces, quienes podían permanecer en sus cargos en forma vitalicia a menos que fuesen encontrados culpables de algún delito. Los miembros del tribunal, sin embargo, debían ser seleccionados y nombrados por el Poder Ejecutivo, lo que significaba una limitación a la anteriormente proclamada autonomía judicial.[10] Una vez más, la inestabilidad política del momento impidió la aprobación del proyecto, mientras que la Asamblea solo alcanzó a modificar algunos aspectos del reglamento de 1812 (Tau Anzoátegui, 1957, p. 153).

Otro reglamento provisional que incluía importantes precisiones sobre una participación amplia y lega en la justicia fue aprobado en 1817. Este reglamento provisional de 1817 reflejaba las contradicciones entre la legislación colonial, el discurso republicano y la realidad política y social. En el capítulo dedicado al Poder Judicial, establecía que la administración de justicia seguiría "los mismos principios, orden y método aplicados hasta ahora", marcando una continuidad con las normas españolas.[11] Al mismo tiempo, confirmaba las

[9] Ver el argumento señalando las contradicciones del artículo 35 del reglamento respecto de las Leyes de Indias (Ibid., p. 5820). Manuel Antonio de Castro se opuso al reglamento de 1812 en periódico *El Observador Americano* (agosto de 1816).

[10] "Reglamento formado de orden de la soberana Asamblea General Constituyente para el Supremo Poder Judicial, que debe organizarse, y administración de justicia en las Provincias Unidas del Río de la Plata", debatido en las sesiones del 30 de junio, 2 y 5 de julio de 1813. Reproducido en Tau Anzoátegui (1957, pp. 152-158).

[11] "Reglamento Provisorio dictado por el Congreso de Tucumán para las Provincias Unidas de Sudamérica" del 3 de diciembre de 1817 (Leiva, 1982, p. 168).

garantías individuales y procesales de los acusados. Ratificaba, por ejemplo, lo normado por la Asamblea de 1813 sobre la prohibición de exigir cualquier clase de juramento legal para con un procesado. El juramento era obligatorio en la legislación colonial, que definía la declaración del imputado como "confesión del reo". Pero el nuevo reglamento cambiaba ese proceder, reforzando los derechos de los imputados otorgándoles además la facultad de nombrar un *padrino*, aparte del abogado defensor, que podía estar presente durante la declaración del imputado y los testigos. Ante la imposibilidad de que los defensores oficiales pudiesen asistir adecuadamente a todos los procesados de escasos recursos, se autorizaba aquí la presencia de un asesor lego para ayudar al reo (Leiva, 1982, p. 169). El reglamento permitía entonces, por esta otra vía, la participación ciudadana en los asuntos judiciales. Sin embargo, se impusieron enseguida restricciones a la norma. Con el propósito de evitar que los tribunales pudiesen eventualmente transformarse en tribuna política, en 1818 se prohibió la posibilidad de nombrar padrinos en los casos criminales que incluían acusaciones de conspiración y otras "agresiones contra el orden público" (Leiva, 1982). Estos padrinos llegaron a intervenir en algunos expedientes criminales, pero posteriormente dicha figura desapareció de la legislación penal.

Sumario policial

Las discusiones sobre supuestas ineficiencias en la justicia criminal están relacionadas con la formación del *sumario*. Tal como ya había empezado a ocurrir durante los últimos años del período colonial, el incremento poblacional de la ciudad de Buenos Aires, que no se detuvo en 1810, hizo cada vez más difícil la tarea de los alcaldes capitulares en el seguimiento de todas las causas criminales. Por esta misma razón, con la creación de la policía de la ciudad en 1812 se delegó en su personal superior, los *comisarios*, la función de instruir las diligencias procesales iniciales de los sumarios. Lo que estaba restringido

al *auto cabeza de proceso* para los auxiliares de los alcaldes durante la época colonial, se amplió luego a otros aspectos del proceso penal hasta que, en la práctica y durante esa primera década independiente, estos funcionarios policiales comenzaron a instruir directamente todo el sumario. Cuando dos jueces en lo criminal reemplazaron a los alcaldes capitulares en 1821, estos letrados se involucraron aún menos en los sumarios que sus predecesores de la década anterior. Jueces de paz en la ciudad fueron nombrados para ocuparse de los asuntos penales y civiles de menor gravedad, debiendo elevar su trabajo al juez penal para la etapa plenaria y la sentencia. Sin embargo, estos jueces de paz comenzaron a tomar más casos relacionados con la justicia civil, puesto que era la policía la que se vinculaba primariamente a los hechos criminales, dejando entonces en manos de los comisarios la instrucción de sumarios penales. Decididos a ocupar ese espacio, estos funcionarios policiales no cooperaban demasiado si algún juez de paz quería intervenir en un caso criminal. El mismo gobierno provincial, en un decreto de 1822, reconoció el rol de la policía en la formación de sumarios, instruyendo a los comisarios acerca de los procedimientos a seguir y la forma de compilar las evidencias. Las autoridades ejecutivas encontraron muy conveniente esta modalidad, pues al controlar directamente la policía, podían tener información sobre los casos criminales aún antes de que estos llegasen a los tribunales.[12]

Los jueces en lo criminal permanecieron en teoría a cargo de todo el proceso penal, pero en la práctica se ocuparon más y más de completar el sumario, si hiciese falta, y sobre todo del plenario. Para el tiempo que recibían las actuaciones, sin embargo, ya el caso tenía casi siempre una orientación definida y era precisamente la que le había dado la policía instruyendo el sumario. Todavía los magistrados podían ordenar medidas ampliatorias, obtener otras evidencias, etc. pero la mayoría de las veces se debían basar en la información

[12] Decreto firmado el 31 de mayo de 1822 por el gobernador Rodríguez y su ministro Rivadavia (Prado y Rojas, 1877, v. 2, p. 307).

compilada en sede policial. No pasó mucho tiempo sin que el Tribunal de Justicia advirtiese la gravedad de este problema y notase la desventajosa situación en la que esta práctica dejaba a los jueces. Muchas veces, señaló el tribunal al Ministro de Gobierno en 1825, los comisarios "componen largos y meticulosos sumarios" que incluyen todos sus aspectos, "frustrando la efectividad de la confesión judicial y dilatando el proceso".[13] Insistiría el tribunal en estas razones para contrarrestar las frecuentes acusaciones de lentitud e indiferencia en la justicia criminal, que emergían cada vez que un crimen resonante captaba la atención de la gente. Así ocurrió con el asesinato de Francisco Alvarez en 1828, a manos de sus propios amigos, cuya instrucción sumarial recayó directamente en manos del juez. El gobierno quería esclarecer el caso rápidamente y así presionaba al juez penal para tal fin, lo que obligó al Tribunal de Justicia a replicarle que no había habido "sino la demora que es absolutamente necesaria al esclarecimiento de la verdad, primer objeto de los juicios, primer interés del público y único fundamento de la justicia".[14] El juez Bartolomé Cueto, a cargo del caso, agregaba que "el abreviar o dilatar un sumario no depende del anhelo y voluntad de los jueces, sino de la naturaleza de las causas las más veces"[15]

Eventualmente, las quejas del tribunal y los jueces sobre abusos, demoras e inconvenientes sobre la instrucción de los sumarios por parte de la policía motivó que se probasen alternativas.[16] Otro decreto de 1830 prohibía a los comisarios instruir sumarios en los delitos más graves.[17] Aunque el Tribunal de Justicia aprobó la medida, pro-

[13] Tribunal de Justicia al Ministro de Gobierno (AGN, X.13.8.6, 10 de mayo de 1825).
[14] Tribunal de Justicia al Ministerio de Gobierno (AGN, X.14.9.3, 1 de agosto de 1828).
[15] Juez en lo criminal Bartolomé Cueto al Tribunal de Justicia (AGN, X.14.9.3, 31 de julio de 1828).
[16] Otro ejemplo de problemas con los sumarios instruidos por los comisarios se puede consultar en: Juez de primera instancia en lo criminal Manuel Insiarte al Tribunal de Justicia (AGN, X.15.2.8, 9 de noviembre de 1829).
[17] Decreto del 18 de diciembre de 1830, Comisarios de Policía: se revoca el decreto que los facultaba para levantar sumarios por escrito sobre delitos cometidos en sus respectivas secciones (Prado y Rojas, 1877, v. 3, p. 480).

piciada en definitiva por ella, no tuvo aplicación práctica.[18] Los dos jueces en lo criminal, sin personal auxiliar ni procuradores ni escribientes, simplemente no podían manejar todos los casos, pues no solo eran los de la ciudad sino los que les enviaban los jueces de paz desde la campaña. A partir de ese decreto de 1830, se suponía que los comisarios solo escribirían lo ocurrido en el llamado *parte*, sucesor del *auto cabeza de proceso*, pero de hecho continuaron instruyendo el sumario en su totalidad. Mientras el gobierno continuaba pidiendo al tribunal que instruyese a los jueces de su jurisdicción para que "se simplifiquen sus trámites y aún defensas en los términos que correspondan a juicio del mismo tribunal", los magistrados cerraban filas culpando a la policía por demoras en la instrucción de los sumarios.[19]

Orden social

Durante esos años de lucha por la independencia, la militarización de la sociedad también afectó la formación de la justicia. Si bien no se mostraban como fervientes defensores de la participación ciudadana en la administración de justicia, los jefes militares criticaban a las autoridades judiciales ordinarias, a los abogados y a aquellos que reivindicaban la instauración de una justicia netamente letrada. Es que en la jurisdicción militar también se impulsaba una justicia propia como continuidad de los fueros coloniales. De allí el encontronazo con quienes representaban a la justicia letrada y ordinaria en formación. Tal fue el caso del presidente del Tribunal de Apelaciones durante la década de 1820, Manuel Antonio de Castro. Este se hizo eco de las quejas de los jueces criminales cuya autoridad era desconocida por los jefes militares en relación a sus subordinados. Castro expuso este problema al gobierno explicando que "si todos, o casi

[18] Cámara de Justicia acusa recibo de la nota del Ministerio de Gobierno revocando los decretos de 1822 y 1825 sobre sumarios (AGN, X.15.7.2, 20 de diciembre de 1830).
[19] Nota del Ministro de Gobierno a la Cámara de Justicia y Respuesta de la Cámara al Gobierno el 17 de septiembre de 1833 (AGN, X.16.3.3, 10 de septiembre de 1833).

todos los ciudadanos pertenecían ahora a la milicia, sería inútil tener una cárcel pública", concluyendo que las guarniciones militares se convertirían eventualmente en penitenciarías.[20] Quizás no fuese así, pero lo cierto es que especialmente la justicia criminal tenía serias dificultades para procesar y arrestar no solo a militares, sino también a civiles que participaban de sus actividades, los que también reclamaban la jurisdicción militar al ser acusados por algún delito. Si un sospechoso obtenía la protección del comandante, como señaló un juez, podía vivir dentro del cuartel en lugar de la cárcel esperando la resolución de su caso. Estos acusados podían incluso continuar prestando sus servicios al ejército y también "salir de noche".[21] Las limitaciones al fuero militar aprobadas en 1823 todavía tenían que recorrer un largo camino antes de que pudiese lograrse su aplicación efectiva.

Además de mantener procesados bajo "protección" militar mientras el juez trataba el caso, los jefes militares encontraron otras maneras de tomar ventajas del sistema legal en beneficio de sus pares y subordinados. Tal como lo hicieron los comisarios de policía, estos militares vieron en la formación e instrucción de los *sumarios* una buena oportunidad de manipular los casos en sus instancias iniciales. Es por eso que muchos de ellos actuaban como instructores de los sumarios por los delitos en los que se veían involucrados sus subordinados.[22] Revindicando su actuación en la justicia los jefes militares criticaban la actividad judicial ordinaria, junto con la profesión de abogado en general, al contrastarla con las responsabilidades que a ellos les tocaba en la era republicana. Aconsejaban de hecho a estos profesionales y funcionarios judiciales, llevar a cabo tareas

[20] Manuel Antonio de Castro al ministro de Gobierno (AGN, X.15.10.3, 15 de abril de 1831).

[21] Nota del Juez en lo Criminal Baldomero García. Las autoridades ejecutivas y judiciales utilizaron la asignación a una guarnición militar como castigo para los reos, tal como ocurría durante la época colonial (AGN, X.15.10.3, 6 de abril de 1831). Ver, por ejemplo, AGN (X.16.3.3, 1833) y Cámara de Justicia (AGN, 9.3.1.32, 1834).

[22] Por ejemplo, Cámara de Justicia, 6 de septiembre de 1834, Nota del ministro de Guerra adjuntando sumario (AGN, 9.3.1).

alternativas y más "prácticas" para servir a su ciudad y a las Provincias Unidas. Pero los hombres del derecho se negaban a participar en actividades militares y, como no podía ser de otra manera, utilizaban sus conocimientos jurídicos para presentar recursos por medio de los cuales procuraban evitar el reclutamiento o la participación en ejercicios militares de defensa, muy comunes en esas décadas. El Tribunal de Justicia dio lugar a uno de estos recursos presentados por los abogados porteños en 1821, lo que no hizo más que confirmar a ojos de los jefes militares, la visión de una justicia letrada cuya actuación complicaba siempre las cosas. El Comandante del *Cuerpo del Orden* recomendó al gobierno denegar esa posibilidad, preguntándose "qué clase de servicio público" prestaban estas personas para reclamar tal excepción, definiendo a quienes apoyaban esa moción como "criminales que no merecen ni la asistencia del gobierno ni el tipo de reconocimiento que la patria da a quienes la sirven bien".[23] Pero a pesar de tal aversión hacia los estudiosos de las leyes, los militares argentinos siempre tendrían cerca letrados y abogados para pulir sus discursos políticos, justificar legalmente sus actos y otros propósitos.

En un contexto de inestabilidad política y efervescencia social, las autoridades ejecutivas de Buenos Aires trataban de mantener el orden con el objeto de utilizar este logro para legitimar políticamente su autoridad. La aprobación de leyes y el debate sobre reformas en la administración de justicia no eran suficientes para los gobernantes de turno, quienes buscaban al mismo tiempo soluciones eficaces para un problema que inquietaba a la elite porteña. Es por eso que fue creciendo la presión de las autoridades ejecutivas sobre las judiciales para acelerar la resolución de las causas criminales pendientes. Un decreto del 1 de marzo de 1814, por ejemplo, recomendaba a la

[23] Carta del Tribunal de Justicia al ministro de Gobierno (AGN, X.12.2.1, 26 de febrero de 1821) y Respuesta del Comandante del Cuerpo del Orden (3 de marzo de 1821). Una propuesta similar presentada luego por "Escribanos de número" fue denegada por iguales razones. Carta de la Cámara de Justicia al ministro de Gobierno adjuntando petición de los escribanos de número para que se los exceptúe de ser convocados a las milicias urbanas de la capital, y respuesta del gobierno (AGN, X.15.2.8, 18 de mayo de 1829).

Cámara de Justicia resolver los expedientes judiciales en trámite trabajando la cantidad requerida de horas estipuladas en el reglamento sobre administración de justicia de 1813. Si los miembros de la Cámara estaban muy ocupados, decían las autoridades ejecutivas en el decreto, debían delegar funciones en otros magistrados o funcionarios para la solución de los casos concretos, incluyendo otras personas que no pertenecían formalmente al Poder Judicial, permitiendo que estos dirigieran todas las diligencias procesales hasta el momento en que se estuviese por dictar sentencia, en el cual el expediente pasaría a manos de la Cámara para tal fin.[24] La participación lega en la administración de la justicia criminal por delegación de funciones fue entonces otro camino propuesto por las autoridades ejecutivas durante estos años.

Aunque los gobernantes de turno propiciasen acortar y dinamizar los procesos criminales pendientes a través de propuestas de reformas o mediante acciones concretas, las autoridades judiciales no siempre eran receptivas a estas iniciativas. Los tiempos judiciales se iban diferenciando de las exigencias coyunturales de la política republicana. Pero era precisamente a estos últimos factores, y no a demoras en la justicia, a los que los magistrados atribuían la prolongación indebida en la resolución de los casos judiciales. Así, mucho después, las autoridades ejecutivas continuaban exigiendo al tribunal de alzada (como en este caso de 1833) que recomendase "a los jueces del crimen que en su formación [de causas penales] simplifiquen sus trámites y aún defensas, en los términos que correspondan a juicio del mismo Tribunal". Pero la Cámara de Justicia respondía que

> la demora que se nota en esta parte de la administración de justicia, no consiste en la substanciación de las causas, sino en el grande intervalo que pasa después de cometido el crimen hasta que se

[24] "Decreto sobre administración de justicia" del 1 de marzo de 1814 en la *Gaceta Ministerial Nº 4*. (Prado y Rojas, 1877, v. 1, pp. 243-244).

> pasan a los jueces los antecedentes relativos y se pone los reos a su disposición.[25]

La solución que proponían y que al mismo tiempo habían puesto en práctica las autoridades ejecutivas, al dejar la instrucción de cada causa criminal en manos de otros funcionarios pertenecientes en su mayoría a la policía o en personas que no tenían formación jurídica ni funciones en el Estado, era precisamente lo que los jueces veían a su vez como la principal razón de las demoras.

A la tarea policial de brindar seguridad se le sumaba la de administrar justicia criminal y esto también involucraba a los vecinos de Buenos Aires. La participación "no letrada" en la administración de justicia colonial era tan importante como la letrada. La primera prevalecía sobre la segunda a medida que uno se alejaba de los centros de poder. En el caso de Buenos Aires, los alcaldes de Barrio republicanos continuaron con sus funciones tal como habían sido definidas por las autoridades virreinales a finales del siglo XVIII. El proceso revolucionario iniciado en 1810, por su parte, abrió nuevas posibilidades políticas para estos auxiliares de la justicia. Las facciones políticas en disputa pronto advirtieron el rol importante de estos alcaldes, tanto para colaborar en el mantenimiento del orden público como en la tarea de movilización y apoyo político al gobierno de turno. Esto fue así, por ejemplo, en el episodio ocurrido el 6 de abril de 1811, en el cual las autoridades ejecutivas y el Cabildo debieron hacer lugar a las demandas de un grupo de porteños que, liderados por algunos alcaldes de Barrio, se concentraron en la Plaza de Mayo, sede del gobierno.[26]

Las instrucciones dadas a estos alcaldes de Barrio después de 1810 eran mayormente copias de las escritas para ellos por las autoridades

[25] Nota enviada por el Gobernador de la Provincia de Buenos Aries al Tribunal de Justicia (AGN, X.16.3.3, 10 de septiembre de 1833). Respuesta del presidente de turno del Tribunal de Justicia Doctor Miguel de Villegas al Gobernador (AGN, X.16.3.3, 17 de septiembre de 1833).

[26] Cabildo del 6 de abril de 1811, *Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires* (1927, s. 4, t. 4, l. 62, p. 446).

coloniales de Buenos Aires.[27] Algunas modificaciones incluidas que seguían la dinámica del proceso político abierto en esos años, sin embargo, constituyen ejemplos de adaptación de estas normativas a aquella cambiante realidad. La mayoría de los gobernantes criollos hicieron recomendaciones a los alcaldes de Barrio para que vigilasen "que no se formen corrillos sospechosos, ni se siembren especies capaces de fomentar la división o desconfianzas del Gobierno". Pero mientras que las funciones y obligaciones de los alcaldes de Barrio permanecieron casi idénticas a las de sus antecesores coloniales, su rol como auxiliares de la justicia cambió, al pasar a la órbita de la policía creada para la ciudad de Buenos Aires. Esto ocurrió con las reformas de 1820 cuando sus antiguos jefes, los alcaldes de primer y segundo voto del Cabildo, desaparecieron siendo reemplazados por dos jueces de primera instancia. Los alcaldes de Barrio fueron entonces puestos bajo las órdenes del *Jefe o Intendente de Policía* de Buenos Aires, nombrándose asimismo otros auxiliares de la policía, como los *Celadores, Serenos, Vigilantes de día de la ciudad*, etc., que colaboraron con la labor de seguridad urbana en esos años.[28]

Otro punto de debate entre distintas formas de concebir la administración de justicia criminal fue por los nombramientos para diversos cargos judiciales, especialmente las defensorías. Los roles de los defensores oficiales, escribanos o notarios públicos y otros fueron redefinidos varias veces después de la independencia. Pero estos cambios obedecieron más a los problemas presupuestarios

[27] Ver, por ejemplo, la "Instrucción circular de las obligaciones a que los alcaldes de barrio deben sujetarse y aplicar su celo y esmero para conseguir el mejor orden y gobierno de sus respectivos distritos" de 1812 (Prado y Rojas, 1877, v. 1, pp. 157-161).

[28] Ver "Alcaldes y tenientes de barrio, no sean nombrados para estos cargos individuos que deban ser enrolados en la milicia activa" del 1 mayo 1827 (Prado y Rojas, 1877, v. 3, p. 239); "Reglamento para los celadores de policía" del 10 de enero de 1824 (Prado y Rojas, 1877, v. 3, p. 7); "Celadores, se reglamenta sus funciones" del 24 de diciembre de 1830 (Prado y Rojas, 1877, v. 3, p. 483); "Serenos: obligaciones que deben llevar" del 20 de marzo de 1834 (Prado y Rojas, 1878, v. 4, p. 118); "Decreto adicionando el reglamento de serenos" del 7 de marzo de 1836 (Prado y Rojas, 1878, v. 4, p. 235); "Policía: deberes de los vigilantes (vigilantes de día de la ciudad)" del 3 de Junio de 1834 (Prado y Rojas, 1878, v. 4, p. 133).

que a la adecuación de esas funciones a esquemas judiciales republicanos. La fusión de varios cargos judiciales, e incluso su carácter de no rentados, eran concebidos por las autoridades ejecutivas que propiciaron esos cambios como medidas transitorias por la flaqueza de las finanzas públicas, haciendo también que estas funciones fueran temporarias para evitar reclamos remunerativos.[29] Los abogados porteños y otras personas ligadas a la tarea judicial no aceptaban estos puestos con entusiasmo, aun cuando fuesen temporarios. Por un lado, los cargos podían servir para estrechar lazos con la facción política gobernante y hacer carrera dentro de sus filas, pero por otro, implicaba una pesada tarea que no tenía más remuneración que, con suerte, algunos viáticos reconocidos. Se estableció entonces, como ocurrió con la Defensoría oficial de pobres y menores en la década de 1820 y luego en el año 1840, que algunas funciones judiciales no serían rentadas, pero se permitió a su vez que no fuese un letrado quien debiese asumir esa posición anualmente renovable. No parece que esta medida se adoptase para ensanchar los espacios institucionales de una justicia lega o simplemente por falta de abogados, sino más bien por la renuencia de estos últimos a aceptar cargos ad-honorem.[30] La nota del entrante defensor de menores Victorio García Zuñiga al ministro de gobierno del 18 de diciembre de 1829, por ejemplo, nos lo muestra ya reticente en aceptar el cargo. Por su parte, a los pocos días, el gobierno decidió unificar la defensoría de menores con la de pobres y la de naturales a partir del año 1830. García Zuñiga protestó, pues no quería ni imaginar lo que sería atender estas tres defensorías unificadas si ya "en los pocos días que he ocupado estos cargos", se lamentaba, "ha sido absolutamente imposible atender a tan diferentes casos".[31] Lo interesante, además, en estas circunstan-

[29] Ver, por ejemplo, Se reúnen los cargos de Defensoría de Menores y Pobres y de Asesor (AGN, X.15.10.3, 16 de marzo de 1831).
[30] Reglamento de los defensores oficiales aprobado el 1 de abril de 1840 (Prado y Rojas, 1878, v. 6, p. 361).
[31] Notas de Victorio García Zuñiga al ministro de Gobierno (AGN, X.15.2.8, 18 de diciembre de 1829 y 30 de diciembre de 1829).

cias, es que la correspondencia y las quejas estaban dirigidas a las autoridades ejecutivas, quienes manejaban todas las cuestiones de nombramientos. El tribunal de apelaciones no tenía mucha injerencia en estos trámites.

En otro caso de 1830, por ejemplo, se inició un sumario por el homicidio del teniente de alcalde Ignacio Refogo, quien había muerto en circunstancias que trataba de arrestar a unos sospechosos durante una fiesta. En este resonante caso, la policía detuvo a dichas personas, aunque no podía saberse quién de ellas había sido el autor del crimen. El juez extraordinario José de Ugarteche halló culpables a todos, sentenciándolos a la pena de muerte a algunos y a muchos años de prisión a otros. Aunque el Tribunal de Justicia ratificó tan severas penas, advirtió que los acusados casi no habían tenido oportunidad de defenderse. No solamente el procedimiento acotado y extraordinario había atentado contra esa posibilidad, sino también la falta de interés demostrada por el defensor de pobres Dr. Vicente Acha. Por ello, el tribunal lo apercibía por no haberse ocupado de analizar y exigir las medidas probatorias que el acusado Rafael Rojas requirió oportunamente a su favor, y que simplemente no habían sido tenidas en cuenta. Y de ahí en más, se le ordenaba "concurrir a la cárcel pública" para contactarse con los procesados en los casos en que Acha se desempeñaba como *procurador de pobres*, planeando con ellos estrategias defensivas "como es su obligación".[32]

Estas críticas a la actuación de funcionarios judiciales, propia de la instancia de apelación judicial, se intensificaban cuando se dirigían a actores legos encargados en general de instruir los denominados *juicios verbales*. En ellos, los jueces extraordinarios nombrados por el gobierno podían resolver casos criminales en un corto tiempo a través de procedimientos abreviados de los que solo quedaba

[32] Criminal contra Santos García, Juan Bautista Lazarde, Rafael Rojas, Simón Cárdenas, Espectación Sanzón y José Clemente Carvallo, sospechosos de haber muerto violentamente en mayor pandilla al teniente alcalde del cuartel número 13 don Ignacio Refogo con otros excesos (Archivo Histórico de la Provincia de Buenos Aires [AHPBA], Criminal provincial, 5.5.70.7, 1830, p. 31).

constancia escrita en la sentencia. Como estos juicios tenían una posibilidad de apelación, la justicia ordinaria hacía uso de ella para encauzar regularmente el proceso, especialmente en casos graves.[33] El tribunal revocaba muchas de las sentencias aprobadas en los juicios verbales. No siempre ordenaba la apertura de un expediente regular en estos casos, pero ciertamente aplicaba reducción de penas a los acusados, acercándose al menos a un criterio acorde con el principio de inocencia y otras garantías procesales vigentes.[34]

A pesar de representar un tipo de justicia lega a la que se oponían las autoridades judiciales de apelación, la justicia letrada también hacía uso frecuente de este tipo de juicios breves para resolver rápidamente ciertos casos, por lo que no eran solamente los tribunales extraordinarios ni los magistrados especiales quienes utilizaban este procedimiento propiciado por las autoridades ejecutivas. De hecho, el juez en lo criminal Eugenio Elías hasta encontró un antecedente colonial en tales prácticas, al citar en un caso de 1830 que el *espíritu* de este tipo de juicios abreviados había sido anticipado por una Real Cédula del 15 de mayo de 1788, "cuyo artículo 3 procuraba evitar en lo posible los juicios y procesos judiciales". Comenzaban a verse con estos ejemplos las bases constitutivas de un sistema penal que hallaría en ese amplio margen de interpretación una poderosa arma de supervivencia.[35]

Paralelamente, el Tribunal de Justicia recelaba de estos procedimientos extraordinarios pues debilitaba su poder de superintendencia sobre las otras autoridades judiciales. Por eso, cuando podía revisar alguno de estos juicios breves, lo hacía en detalle para resaltar las falencias procesales encontradas. En 1823, por ejemplo, el esclavo José Velarde fue arrestado por irrumpir en la casa de Juan Tomás

[33] Ver, por ejemplo, Criminal contra Cirilo Zamora por muerte a Andrés Pagola (AHPBA, Criminal provincial, 7.1.88.24, 1830).
[34] Por ejemplo, Contra Tomás Sánchez, por haber herido con una plomada a José María Ramos (AHPBA, Criminal provincial, 7.2.101.13, 1825).
[35] Mariano García contra Antonio Seoane; ver resolución del juez Elías denegando una apelación el 5 de mayo de 1830 (AHPBA, Criminal provincial, 7.1.89.32, 1830).

Bott e insultar a su esposa. El juez en lo criminal Bartolomé Cueto decidió, sin ningún otro trámite procesal, tomar los primeros datos del caso para condenar al esclavo con 25 azotes. El tribunal revisó esta sentencia "declarando ilegal el proceso seguido por el juez de primera instancia". Velarde fue puesto en libertad y el juez Cueto obligado a solventar las costas del caso, además de apercibirlo a "seguir lo que está establecido en los reglamentos patrióticos respecto de los juicios verbales".[36] El tribunal no estaba en desacuerdo con que Velarde debiese recibir un castigo, pero se opuso a la forma en que esto pretendía llevarse a cabo. A pesar de la naturaleza breve del caso y de la condición social del acusado, ninguna condena era aceptable sin al menos una mínima defensa en juicio. La instancia de apelación fue también importante en muchos otros casos, al definir la aplicación y preeminencia jurídica de normas y leyes contradictorias. En 1825, por ejemplo, Juan de la Cruz fue arrestado por portar una espada, y condenado por el juez en lo criminal a cuatro años de servicio militar, pero el tribunal revocó esa resolución. De la Cruz fue liberado de toda responsabilidad, pues el tribunal señaló que, si bien la Ley del 27 de noviembre de 1821 penaba el uso y portación de armas de fuego, "no prohibía el uso específico de sables". Pero así como este caso terminó siendo favorable al acusado, hubo muchos otros en donde los procesados recibieron condenas por conductas cuya criminalidad estaba más bien definida por las autoridades intervinientes que por lo que las leyes decían.[37] Aun cuando las leyes y reglamentos aprobados desde los inicios del proceso de independencia proclamaban la eliminación de los castigos corporales, la aplicación de las llamadas *penas accesorias e infamantes* permanecieron como prácticas cotidianas de la administración de justicia criminal republicana. Los *bandos*

[36] Criminal contra el moreno esclavo José Velarde, por insultos y atropellamiento a la casa de don Juan Tomás Bott (AHPBA, Criminal provincial, 1823, p. 7).

[37] Correccional contra Juan de la Cruz por haberle encontrado con un sable; resolución del tribunal del 11 de agosto de 1825 (AHPBA, Criminal provincial, 1825). Otro ejemplo de aplicación de un decreto aprobado el 5 de enero de 1830 en una sentencia por homicidio: Criminal contra José Larrosa (AHPBA, Criminal provincial, 7.1.89.9, 1832; ver la sentencia del 28 de junio de 1832, p. 16).

dictados por las autoridades ejecutivas criollas incluían *correcciones corporales*, con la diferencia respecto de sus antecesores coloniales que los aprobados después de 1810 no establecían diferencias de acuerdo al status social de los acusados.[38]

Consideraciones finales

En una primera mirada sobre todo lo antedicho, sobresale el pluralismo jurídico como explicación adecuada de lo ocurrido. Básicamente, dos sistemas legales colisionan en Buenos Aires a partir de 1810, el del Antiguo Régimen y aquel otro de matriz republicana y liberal que buscaba abrirse camino. Junto con ello, viejas y nuevas prácticas se superponen, mientras asistimos a un intenso periodo de experimentación institucional. En materia de justicia penal, que es donde hemos puesto el foco, el panorama se torna aún más complejo, por la intersección y disputas entre autoridades judiciales y ejecutivas en materia criminal. Si ahondamos en este periodo histórico, frente al debate conceptual que nos ocupa, podemos considerar que no se trata tanto de reemplazar una explicación basada en el pluralismo jurídico por otra centrada en la multinormatividad. Sin embargo, resulta evidente que existe un escenario normativo que podemos describir como de pluralismo jurídico, pero al profundizar en sus diversos aspectos, queda también claro que decir solo eso no es suficiente. Así es que al considerar la multinormatividad como clave interpretativa, las complejidades descriptas parecen integrarse mejor en una explicación general de lo que sucedía entonces.

Siguiendo el análisis de Duve en cuanto a las constelaciones, modalidades, interacciones y dinámicas de la multinormatividad, podemos decir que, efectivamente, en la Buenos Aires de los comienzos del siglo XIX, existían diversas constelaciones normativas. Estas no

[38] Por ejemplo, Bando dado en Buenos Aires el 19 de agosto de 1816 por el Director Supremo del Estado Juan Martín de Pueyrredón (Prado y Rojas, 1877, v. 1, pp. 342-343).

estaban simplemente superpuestas o en tensión, sino que formaban parte de un repertorio múltiple al que los diversos actores políticos y del ámbito de la justicia recurrieron para fundamentar sus decisiones. Para ello se valieron de modalidades propias de un entramado normativo versátil. Es interesante señalar que tales constelaciones y modalidades fueron variadas, pero se basaron en presupuestos legales sobre los cuales estos mismos actores procuraban construir y sostener sus argumentos. No se trataba, en suma, de disputas políticas o jurídicas "idiosincráticas". La búsqueda y el sostén de las normas que daban sentido a las prácticas eran piezas claves en todo este entramado. Por lo tanto, el pluralismo de las normas solo nos da el panorama de un "menú" de fundamentos, pero es a través de la multinormatividad que podemos ir más a fondo para estudiarlos "en acción".

Las interacciones surgidas de este escenario precedente, para el caso de aquella Buenos Aires, no fueron binarias. Es cierto que las autoridades ejecutivas le disputaron al Poder Judicial naciente una porción de decisiones y poder que las teorías vigentes le otorgaban. Pero no tratamos aquí con dos "bloques" sino con múltiples actores interactuando y defendiendo sus intereses, tanto en las teorías como en las prácticas jurídicas. Estos eran jueces, abogados, defensores, fiscales, autoridades ejecutivas, comisarios, jefes militares y alcaldes de Barrio, solo por nombrar algunos de los que fueron apareciendo en las páginas anteriores. Consideremos entonces una línea de pesquisa a la que denominaríamos como multinormatividad "con rostro humano", en un territorio conceptual donde hay que profundizar el diálogo entre la historia social y la historia del derecho.

Esto no se desarrolló en un universo estático. La cuarta y última característica presentada por Duve, la de las dinámicas, completa el cuadro de un devenir histórico volátil, cambiante y "peligroso", por lo que estaba en juego, que era la propia vida de todos los involucrados. Es por eso que algunas variables, como la del mantenimiento del orden, fueron significativas para delinear cierto curso de acción basado en tales dinámicas. La "apropiación" de la etapa sumarial por

parte de la policía se concreta, en este momento, por circunstancias históricas precisas que hemos procurado explicar. Pero este es un poder que no se arrebata solo por la fuerza de los hechos. Existen presupuestos normativos, detrás de las prácticas, que dieron fundamento legal a tales procederes. Es así que las interacciones y las dinámicas de la multinormatividad nos ayudan, según creemos, a precisar mejor el proceso de concretización de las normas en esta etapa histórica.

No ha sido objeto de este trabajo el indagar sobre la influencia, en todo esto, de ciertas conductas y procederes que estaban por fuera del "derecho estatal" y que, en términos de multinormatividad, también tuvieron su impacto en el proceso analizado. Si hablásemos solo de "costumbres" nos bastaría el concepto de pluralismo jurídico, pero entendemos que hay más. Las prácticas jurídicas que se establecieron en el periodo fundacional republicado tuvieron sus "fuentes" y sus propias lógicas, no solo basadas en cómo se hacían las cosas hasta entonces. Tampoco hemos ingresado en el territorio de las "traducciones", es decir de las interpretaciones a la bibliografía europea (y americana) que circulaba entonces. Y no se trata solo de libros. El nombrado ministro Bernardino Rivadavia mantenía correspondencia directa, por ejemplo, con Jeremy Bentham. Es por eso que la multinormatividad puede facilitarnos un espacio interpretativo para entender las complejidades de aquel momento y su impacto (si seguimos a Dewey & Míguez) hasta nuestros días.

Bibliografía

Acuerdos del Extinguido Cabildo de Buenos Aires. (1927). Buenos Aires: Kraft.

Barriera, Darío (2018). Del gobierno de los jueces a la desjudicialización del gobierno. Desenredos en la trenza de la cultura jurisdiccional en el Rio de la Plata (Santa Fe, 1780-1860). En Alejandro Agüero, Andrea Slemian y Diego Fernández Sotelo (coords.), *Jurisdicciones, soberanías, administraciones: Configuración de los espacios políticos en la construcción de los estados nacionales en Iberoamérica* (pp. 371-406). Córdoba/México: Ediciones de la UNC/El Colegio de México.

Dewey, Matías y Míguez, Daniel Pedro (2017). Translating Institutional Templates. A Historical Account of the Consequences of Importing Policing Models into Argentina. *Rechtsgeschichte-Legal History*, (25), 182-193.

Duve, Thomas (2017). Was ist "Multinormativität"? Einführende Bemerkungen [What is "Multinormativity"? Introductory Remarks]. *Rechtsgeschichte-Legal History*, (25), 88-101.

Leiva, Alberto David (coord.) (1982). *Fuentes para el estudio de la historia institucional argentina*. Buenos Aires: Editorial Universitaria.

Levaggi, Abelardo (1987). *Manual de historia del derecho argentino, tomo II. Judicial, civil, penal* (pp. 45-54). Buenos Aires: Depalma.

Levene, Ricardo (1951). Contribución a la historia del tribunal de recursos extraordinarios. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, *6*(26), 11-48.

Levene, Ricardo (1985). *Manual de historia del derecho argentino*. Buenos Aires: Depalma.

Sanjurjo de Driollet, Inés (2015). Justicias inferiores y gobierno en espacios rioplatenses (s. XVIII y primera mitad del XIX). *Nuevo Mundo Mundos Nuevos.* https://doi.org/10.4000/nuevomundo.67849.

Senado de la Nación (1960). *Biblioteca de Mayo. Colección de obras y documentos para la historia argentina,* v. 7 Periodismo. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Senado de la Nación (1966). *Biblioteca de Mayo. Colección de obras y documentos para la historia argentina,* v. 18. Buenos Aires: Imprenta del Congreso de la Nación.

Tau Anzoátegui, Víctor (1957). Un reglamento para el supremo poder judicial en 1813. *Revista del Instituto de Historia del Derecho*, (8), 152-158.

A repressão de conflitos políticos e suas multinormatividades

Brasil, 1889-1930

Raquel R. Sirotti
Max Planck Institute for Legal History and Legal Theory

Doi: 10.54871/mc24pd1i

Introdução

O dia 15 de novembro de 1889 foi uma data ambígua para a história nacional brasileira. Após uma sucessão de fracassos políticos e econômicos nos últimos anos do regime imperial, esse dia demarcou uma esperada (e disputada) proclamação da República. Por um lado, essa mudança significativa nos marcos do regime político levou a uma onda de medidas modernizadoras, indo do estabelecimento de uma nova ordem social baseada no trabalho assalariado a mudanças significativas nas leis e no sistema judiciário. Por outro, ela gerou uma atmosfera de intensos conflitos políticos e sociais motivados pelos próprios fracassos desse ambicioso projeto. Tanto nas zonas urbanas quanto no interior, a incapacidade das autoridades republicanas de garantir os níveis prometidos de mobilidade social,

participação política e melhores condições econômicas levou a dezenas de motins, rebeliões e greves.

Investigações sobre a história de revoltas, rebeliões, atentados políticos e movimentos sociais ocorridos durante a Primeira República desde muito vêm demonstrado que o governo brasileiro, como muitos outros nesse mesmo período, recorreu a medidas repressivas violentas e draconianas para suprimir e neutralizar focos de resistência e oposição política.[1] A criação de tribunais excepcionais, as sucessivas declarações de estado de sítio e a promulgação de leis de emergência destinadas à repressão e ao controle de dissidentes políticos tendem a aparecer nesses relatos como os elementos mais característicos das respostas jurídicas aos conflitos políticos. Embora o direito penal conforme previsto no código penal e outras leis federais seja geralmente mencionado como parte dessas respostas, ele é normalmente representado como um conjunto de diretrizes que foram constantemente desprezadas e distorcidas pelas autoridades estatais. É bastante comum encontrar relatos historiográficos sobre as medidas jurídicas empregadas na repressão de distintas revoltas, greves, atentados ou rebeliões populares seguidas de expressões como "ilegal" ou "ao arrepio da lei".[2] Dito de outro modo, a política estaria tomando conta, ou suprimindo, o poder do direito.

[1] A história das revoltas, rebeliões, movimentos sociais e sua repressão durante a Primeira República brasileira já foi (e tem sido) abordada em diversos estudos. Algumas referências essenciais (porém não exaustivas) são: Sevcenko, 1993; Guerra, 2012; Bretas, 1997; Holloway, 1997; Chalhoub, 2001; Cancelli, 2001; de Castro Gomes, 2015; Lopreato, 1996; Menezes, 1997; Moniz, 1987; Machado, 2004; Nascimento, 2015 e Alves, 1997.

[2] Ver nesse sentido a descrição feita por Menezes (1997, p. 11) das práticas que envolvem a expulsão de imigrantes no contexto da "ameaça anarquista" e da consolidação do Movimento Trabalhista Brasileiro: "É necessário pontuar que o decreto n. 1641 [de 7 de janeiro de 1907] não atingiu, apenas, os anarquistas, como tornou-se corrente considerá-lo, não se mostrando verdadeira a tese de que estes teriam sido expulsos sob outras qualificações, tendo em vista que, antes e depois da lei, muitos libertários foram expulsos sem processo, ao total 'arrepio da lei'". Nesse mesmo sentido, Chazkel (2009, pp. 713-15) fala sobre a forma arbitrária como indivíduos foram tratadas ao entrar na Casa de Detenção do Rio de Janeiro como uma "lacuna entre o código e a prática".

Uma análise aprofundada de processos judiciais, doutrina, legislação e cobertura jornalística sugerem uma versão alternativa para essa narrativa. Ao ler essas fontes em conjunto, é possível observar que muitas das dinâmicas de repressão jurídica de conflitos políticos nesse período eram escritas, porém não eram prescritivas. Não apareciam em forma de comando ou definição nos códigos, na legislação especial, na doutrina ou na jurisprudência. Não eram objetivo de reflexões sistematizadas, embora fossem resilientes e pervasivas. Elas sugerem, enfim, que o universo de atores e sistemas normativos operando na repressão de conflitos políticos era bastante amplo e variado. Ao invés de ir contra ou de ignorar o direito vigente, esses processos tensionavam e muitas vezes expandiam os limites do direito penal.

Conforme pretendo sugerir neste capítulo, a chave conceitual da multinormatividade permite ampliar e aprofundar a compreensão sobre as respostas jurídicas a conflitos políticos durante (mas não só) a Primeira República brasileira. Ela pode ajudar tanto a encontrar essas dinâmicas nas fontes históricas, quanto apresentá-las como uma forma de questionar duas dicotomias muito presentes em discussões sobre as formas de repressão da dissidência política –as dicotomias entre regra e exceção, e entre direito e política.

Um tribunal, muitas definições

Não é possível começar a abordar as respostas jurídicas a conflitos políticos no Brasil entre 1889 e 1930 sem antes falar da criação de uma instituição: o Supremo Tribunal Federal. Desde seus primeiros dias no poder, o governo republicano demonstrou um grande interesse por fundar e reformar leis e instituições judiciais. Uma das primeiras medidas alinhadas com essa lógica foi a criação de um braço do poder judiciário que centralizaria o julgamento de casos que tocassem as disposições da Constituição Federal, mediaria conflitos entre os estados federados e julgaria reclamações envolvendo

o governo federal e seus representantes. A chamada Justiça Federal foi criada em outubro de 1890 e tinha o Supremo Tribunal Federal como seu órgão de mais alta instância.[3] O papel central dessa instituição era a revisão jurídica de medidas tomadas por outros poderes estatais, o julgamento de recursos de decisões finais emitidas por tribunais locais e estaduais e o julgamento de procedimentos de *habeas corpus* tematizados por questões constitucionais.

Além de atender às exigências de uma nova ordem constitucional, essa nova estrutura judicial deveria marcar uma ruptura com a tradição judicial imperial. Ao atribuir aos juízes a competência para fazer uma avaliação crítica sobre a legislação, e deixá-los decidir se ela deveria ser aplicada ou não de acordo com sua compatibilidade com a constituição, a intenção era espelhar o modelo da Suprema Corte norte-americana e finalmente separar o judiciário dos poderes legislativo e executivo. Além disso, a substituição ou realocação de vários juízes e procuradores ativos durante o Império foi uma tentativa de compor uma elite jurídica mais alinhada com o regime republicano (Koerner, 1998, p. 168).

Esse contexto de reformas liberais serviu de oportunidade para que o habeas corpus se transformasse em uma característica central da cultura jurídica da Primeira República. Embora esse instrumento jurídico já existisse na legislação nacional desde o Império –sua criação data de 1832, quando foi promulgado o primeiro código de processo penal brasileiro– as reformas republicanas levaram à sua redefinição e impulsionaram sua aplicação (Koerner, 1999, pp. 163-165). Enquanto o código penal de 1832 e as posteriores regulamentações imperiais[4] limitavam o uso do *habeas corpus* a situações de

[3] Os tribunais federais tiveram sua competência e estrutura delimitadas pela lei de organização da Justiça Federal (Decreto n. 848 de 11/10/1890).

[4] O regulamento do *habeas corpus* foi reformado em 1841 (Lei n. 261 de 03/12/1841) e 1871 (Lei n. 2.033 de 20/09/1871). Em 1841, uma mudança no Código de Processo Penal de 1832 impôs alguns limites à jurisdição competente para julgar os casos de *habeas corpus*. Em 1871, uma ampla reforma do judiciário determinou um aumento nos casos em que o *habeas corpus* poderia ser impetrado: não apenas situações de detenção ilegal, mas também ameaças concretas de detenção ilegal. O *habeas corpus* se tornou

prisão ilegal ou restrição de liberdade (o que significava que ele era equivalente a um recurso criminal), a constituição de 1891 previa situações mais amplas para sua aplicação.

Ao declarar no artigo 72, parágrafo 22, que o *habeas corpus* seria concedido sempre que um indivíduo sofresse ou estivesse em perigo iminente de sofrer violência, coerção ou abuso de poder como resultado de ilegalidade[5], o texto constitucional aumentou consideravelmente o espaço para este recurso. Não apenas os casos que envolviam restrições de liberdade, mas também toda forma de violação dos direitos pessoais resultantes de abuso de poder do Estado tornou-se reversível através do *habeas corpus*. Além disso, o decreto de organização da Justiça Federal de 1890 determinava em seu artigo 47[6] que o julgamento de petições de *habeas corpus* deveria ter prioridade máxima tanto nos tribunais locais quanto nos tribunais estaduais e no Supremo Tribunal Federal, e declarava que todo juiz ativo em qualquer dessas cortes poderia apresentar um *habeas corpus ex officio* quando confrontado com provas de prisão ilegal. Essas medidas tornaram o procedimento de processo e julgamento de ações de *habeas corpus* mais rápido e direto do que um processo judicial padrão, convertendo-o numa importante ferramenta para a proteção jurídica de direitos individuais.

A relativa facilidade com que o *habeas corpus* poderia ser mobilizado –idealmente, qualquer cidadão poderia iniciar um processo sem auxílio de um advogado–, juntamente com as inúmeras medidas violentas e abusivas por trás do processo de modernização institucional imposto

---

tanto um "remédio", quanto um instrumento jurídico preventivo. Entretanto, ele era aplicado como remédio apenas em casos criminais, o que significava que era restrito a casos que tratavam de privação de liberdade (real ou potencial).

[5] "§22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém soffrer ou se achar em imminente perigo de soffrer violencia por meio de prisão ou constrangimento illegal em sua liberdade de locomoção". Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 24 de fevereiro de 1891. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm

[6] Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm

pelo governo republicano, estimulou grupos e indivíduos marginalizados a buscarem o poder judiciário como espaço para negociar seus direitos (Ribeiro, 2009; Cantisano, 2015; Schettini, 2006). Mais do que por meio de novas leis e doutrinas jurídicas, conflitos sociais trazidos à justiça por pessoas comuns teriam sido os verdadeiros responsáveis pela elaboração do enquadramento jurídico do *habeas corpus*.

Além disso, por ser uma ação jurídica destinada a atender necessidades preeminentes, as ações de *habeas corpus* encapsulavam intensos esforços de produção normativa feitos por uma ampla variedade de atores. Mais do que a decisão proferida pelos juízes, as lógicas e conceitos trazidos pelos envolvidos em cada caso são essenciais para entender como o direito penal foi utilizado como resposta jurídica a conflitos políticos durante a Primeira República. Por exemplo, conceitos como "crime político" e "preso político", que eram centrais para a tradução de um conflito político em um conflito jurídico, foram objeto de extensas disputas e debates provocados por ações de *habeas corpus* no plenário do Supremo Tribunal Federal.

Uma ação de *habeas corpus* impetrada no contexto da Revolta da Armada, um dos conflitos políticos que mais mobilizou a ação do STF durante a Primeira República (Sirotti, 2020, p. 45), ajuda a compreender como a construção de definições para essas categorias se dava no cotidiano do tribunal. O caso diz respeito a civis e militares que foram presos em Porto Alegre como apoiadores de um dos principais líderes da rebelião, o então senador e almirante Eduardo Wandenkolk. Com a falta de suporte popular, muitos oficiais rebeldes começaram a se deslocar para o sul do país após a Revolta da Armada, principalmente para os estados de Santa Catarina e Rio Grande do Sul, buscando apoio dos líderes da Revolta Federalista. Os suspeitos foram presos em 25 de julho de 1893 a bordo de uma pequena embarcação chamada "Helena", por estarem armados e "conspiraram contra as instituições do país" (1894,

p. 22).[7] Imediatamente após a apreensão, foi aberto um inquérito policial para investigar os acusados, mas nenhuma ação criminal foi iniciada.

A primeira tentativa de libertação dos presos ocorreu em setembro de 1894, quando o advogado Carlos Frederico de Moura apresentou um *habeas corpus* em um tribunal local do Estado do Rio Grande do Sul solicitando a imediata liberação dos suspeitos e pedindo mais explicações sobre os motivos de sua prisão. Eles estavam presos sem qualquer acusação formal por mais de um ano. A resposta do tribunal, por sua vez, foi baseada na natureza do crime em discussão e em uma declaração enviada pelo chefe da polícia. Os juízes argumentaram que, como o caso envolvia o potencial cometimento do crime de conspiração, a Justiça Federal era competente para realizar o processo e julgamento. Segundo o artigo 15, letra *i* do já citado decreto de organização da Justiça Federal, os tribunais federais seriam competentes para julgar "os crimes politicos classificados pelo Codigo Penal, no livro 2º, titulo 1º e seus capitulos, e titulo 2º, capitulo 1º".[8]

Durante toda a Primeira República, esse era o único diploma jurídico que tentava oferecer uma definição para a categoria dos crimes políticos. Outras referências a essa expressão – que não vinham acompanhadas de explicações sobre quais seriam esses crimes, ou em que peça legislativa eles poderiam ser encontrados –apareciam na Constituição de 1891 (art. 60) e na lei 2.416 de 28 de julho de 1911, que regulava a extradição de nacionais e estrangeiros vivendo no Brasil. De acordo com o chefe da polícia, no entanto, o atraso na investigação e acusação não tinha relações com a questão dos crimes políticos. Segundo ele, o "governo federal pretendia processar

[7] Arquivo Nacional, Acervo Judiciário, cód, BV.0.HCO.0120, (1894). Ofício do Chefe da Polícia A. Antunes Ribas em resposta ao pedido do Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Sul, 26/09/1893, p. 22.

[8] "Art. 15. Compete aos juízes de secção processar e julgar: i) os crimes políticos classificados pelo Codigo Penal, no livro 2o, titulo 1o e seus capitulos, e titulo 2o, capítulo 1º". Decreto n. 848, de 11 de outubro de 1890. Organiza a Justiça Federal. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d848.htm

militarmente os suspeitos".[9] O *habeas corpus* foi negado, os suspeitos permaneceram na prisão, e a natureza do crime –se comum, político ou militar– continuou aberta a disputas.

A demarcação dos limites e diferenças entre crime comum, crime militar e crime político foi uma questão que surgiu tanto na formulação do código penal de 1890, quanto na do código penal militar em suas versões de 1890 e 1891. Na tentativa de limitar a noção de crime militar aos crimes cometidos por militares, os legisladores no Congresso Nacional incorporaram ao código penal todos os crimes pelos quais civis poderiam ser julgados por tribunais militares: espionagem, deserção, rebelião contra superiores na administração ou no governo e entrada em fortificações por meios ilícitos. Os militares, por sua vez, insistiram em manter esses crimes no código penal militar, argumentando que eles eram de natureza militar e, portanto, poderiam ser aplicados a civis mesmo fora de um estado de guerra. O Supremo Tribunal Federal anulou essa disposição do código penal militar na sentença n. 410 de 16 de agosto de 1894, que determinava que civis não poderiam, sob nenhuma circunstância, ser processados por tribunais militares fora de um estado de guerra (Rodrigues, 1991, p. 37).

Os clientes de Frederico de Moura estavam no centro dessa controvérsia jurídica. Como explicarei mais adiante, as disputas sobre a definição de crimes militares em oposição aos crimes comuns e políticos permaneceram intensas mesmo após a implementação de mudanças legislativas e jurisprudenciais destinadas a controlá-las. Moura, entretanto, estava ciente de que essa indefinição poderia ser útil para seus clientes. Ele decidiu questionar a decisão emitida pelo tribunal do Rio Grande do Sul impetrando outro pedido de *habeas corpus*, desta vez endereçado ao Supremo Tribunal Federal. A petição enfocou-se nos efeitos do adiamento de uma decisão final a respeito

[9] "Ofício do Chefe da Polícia A. Antunes Ribas em resposta ao pedido do Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Sul" (1893, p. 22).

da natureza jurídica do crime e da jurisdição competente para processar e julgá-lo.

De acordo com Moura, esse atraso indefinido só teria sido interrompido quando o promotor federal tomou conhecimento de que Moura apresentaria um *habeas corpus* perante a Suprema Corte. Essa informação, de acordo com ele, levou o promotor a finalmente apresentar uma denúncia perante a justiça federal, mesmo depois de passado mais de um ano da prisão dos acusados. A reviravolta no caso seria uma indicação de que os suspeitos detidos foram vítimas de perseguição política por parte das autoridades judiciais do Estado do Rio Grande do Sul.

Mesclando argumentos técnicos e retórica política, a lógica jurídica apresentada por Frederico de Moura ilustra o impulso normativo gerado pelos conflitos políticos. A ausência de leis e referências doutrinárias (Sirotti, 2017) capazes de definir claramente quais eram as diferenças entre crimes comuns, políticos e militares fazia com que conceitos e lógicas legais fossem construídos em situações concretas. A definição da natureza jurídica do crime, uma questão diretamente dependente da definição da jurisdição, era essencial para a prossecução do processo judicial e para a forma como um conflito político seria legalmente enquadrado dentro dos limites de um sistema de justiça criminal recém-criado.

Da mesma forma, a decisão emitida pelos juízes da Suprema Corte sinalizou outra faceta desse processo empírico: a possibilidade de acomodar vazios legislativos e medidas contingentes estipuladas pelo poder executivo com regras de proteção de direitos individuais. Na decisão, os ministros do Supremo Tribunal Federal evitaram abordar a natureza jurídica do crime em discussão e o pedido do governo de processá-los em um tribunal militar, e em vez disso atacaram o atraso injustificado na acusação com o argumento de que ela violava "a liberdade individual, que a Constituição e as leis do país

garantiam" (1894, p. 55).[10] O mandado foi finalmente concedido em janeiro de 1895, quase dois anos após a prisão, e os suspeitos recuperaram sua liberdade.

Este *habeas corpus*, ao lado de muitos outros que foram processados e julgados em contextos semelhantes, indica que o conceito de crime político era constantemente (re)modelado de acordo com as inclinações dos atores envolvidos nos processos. Ele era mobilizado segundo interesses opostos, fundamentava conclusões divergentes e servia para determinar a extensão e os limites da interferência do direito penal em situações de conflito político. A produção de múltiplas definições para conceitos jurídicos dentro dos processos judiciais, por sua vez, foi algo que sobreviveu às mudanças nos governos e à promulgação de nova legislação. Os debates sobre jurisdição e sobre a natureza do crime em discussão em processos tematizados por conflitos políticos não foram algo limitado a alguns casos ou a um determinado período da Primeira República. Eles foram uma questão transversal, que caracterizou a persecução de conflitos políticos em diferentes tribunais e jurisdições.

Um presidente, um jornalista e um grupo de militares

Apesar de sua relevância na mediação e projeção de conflitos políticos durante a Primeira República, o Supremo Tribunal Federal não era a única arena onde tais conflitos chegavam à apreciação judicial, e nem o *habeas corpus* era a única forma de buscar e produzir respostas jurídicas. Outros tribunais dentro do sistema de justiça criminal também eram espaços onde definições para conceitos do direito penal relacionados a questões políticas eram produzidas.

No ano de 1897, quando um civil por primeira vez foi eleito chefe do poder executivo, os tribunais da então capital federal, a cidade do

[10] Arquivo Nacional, Acervo Judiciário, cód, BV.0.HCO.0120, (1894). Decisão colegiada dos juízes do Supremo Tribunal Federal, p. 55.

Rio de Janeiro, foram confrontados com um caso que escancararia as dimensões empíricas e políticas do processo de produção de definições para categorias do direito penal relacionadas à repressão de conflitos políticos (Sirotti, 2021). Naquele ano, o então presidente Prudente de Morais sofreu uma tentativa de assassinato quando recebia as tropas que regressavam vitoriosos de Canudos. O presidente escapou ileso, porém o ministro da guerra, Marechal Carlos Machado Bittencourt, acabou assassinado. Embora tenha sido executado por Marcelino Bispo de Mello, um soldado raso com pouco mais de vinte anos de idade, o plano por trás do atentado teria envolvido diversos políticos e opositores do governo reunidos sob a alcunha de "jacobinos". Deocleciano Martyr, capitão honorário do exército e principal idealizador do plano, era também editor-chefe de um ferrenho jornal de oposição intitulado *O Jacobino*.

Além de uma declaração de estado de sítio, a tentativa de assassinato do presidente estimulou intensos debates sobre a questão da criminalidade política, que tiveram início antes mesmo do processo criminal que iria punir os responsáveis pelo ataque. Após uma breve investigação policial[11], o delegado responsável pelo caso indiciou vinte suspeitos (incluindo senadores e o próprio vice-presidente da República) e declarou que as evidências apontavam para o cometimento do crime de conspiração, previsto no artigo 115 do código penal de 1890.[12] Como já mencionado, a lei de organização da justiça federal determinava que o crime de conspiração era um crime

[11] Arquivo Nacional, Tribunal Civil e Criminal do Rio de Janeiro [C4], n.1, cx. 267, v. I (1898). Relatório final do 1º chefe adjunto de polícia, Vicente Neiva, 10/01/1898.

[12] "Art. 115. É crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para:§ 1º Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional;§ 2º Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da Republica Federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por elles estabelecida;§ 3º Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal;§ 4º Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciario federal, ou dos Estados; § 5º Oppor-se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e a das assembléas legislativas dos Estados". Decreto n. 847, de 11 de outubro de 1890. Promulga o Codigo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d847.htm

político cujo julgamento estaria sob a alçada dos tribunais federais. O delegado de polícia, entretanto, enviou o relatório para apreciação de um juiz estadual, desencadeando uma longa e intricada discussão sobre a natureza jurídica do crime, e consequentemente sobre o tribunal que seria competente para julgar o caso. Assim como no caso dos civis e militares presos no contexto da Revolta da Armada, o conteúdo da legislação em muitos casos não era suficiente para entender as dinâmicas de repressão jurídica de conflitos políticos.

Zacharias do Rego Monteiro, o juiz estadual para quem a investigação policial foi enviada assim que concluída, negou ser a autoridade competente para analisar o caso por se tratar de um crime político. Seus argumentos fundaram-se em referências doutrinárias (Franz von Liszt) e em legislação comparada (código penal argentino e espanhol), que serviram para fundamentar a ideia de que uma tentativa de assassinato contra o chefe do poder executivo era um crime político. O procurador geral da República, Esmeraldino Bandeira, contestou Monteiro alegando que um atentado contra a vida do presidente e o assassinato de um de seus ministros não eram crimes que botavam em risco o funcionamento do poder executivo, legislativo ou judiciário, e por isso não poderiam ser considerados crime de conspiração. Pela primeira vez, ele levantou a tese de que os suspeitos deveriam ser enquadrados pelos crimes comuns de tentativa de homicídio e ferimentos graves.

O juiz federal Godofredo Xavier da Cunha, que atuaria no processo caso o crime fosse considerado político e caso a competência para julgamento desse crime político fosse considerada dos tribunais federais, apressou-se em contestar as afirmações de Bandeira. Segundo ele, era inegável que a Justiça Federal deveria assumir o caso pois uma série de leis nacionais e estrangeiras determinavam sua competência para lidar com os crimes políticos. Além disso, ele justificou sua opinião sobre a natureza política do crime na intenção política dos suspeitos, um argumento clássico no debate envolvendo as diferenças entre criminalidade comum e política (Colao, 1986; Loza, 1977).

Crime comum, crime político, conspiração, tentativa de assassinato, justiça federal, justiça local. Os debates entre as autoridades potencialmente envolvidas no processo e julgamento do caso demonstram que todas essas noções, por mais que tipificadas em legislação e comentadas por juristas em livros de direito penal, estavam sujeitas a negociações e definições contextuais. Ao discordarem e insistirem em suas posições, esses juízes e promotores não apenas atuavam pela satisfação de seus interesses dentro do processo; eles produziam, juntos, significados para conceitos do direito penal.

Em poucos dias, o conflito acabou chegando no Supremo Tribunal Federal. O fato de que autoridades judiciais federais e estaduais haviam sinalizado interesse em julgar o caso criava um conflito de competência envolvendo a Justiça Federal. Esse conflito, segundo disposição da lei de organização da Justiça Federal, deveria ser mediado pela corte suprema. Os ministros, entretanto, tampouco tinham uma percepção uniforme em relação ao assunto. Embora alguns tenham defendido a tese de que os crimes cometidos pelos suspeitos eram de natureza política, a decisão final foi pela competência da justiça estadual e pelo enquadramento das condutas como crimes comuns de assassinato, tentativa de assassinato e lesões corporais. No acórdão, além de reforçarem a tese levantada por Esmeraldino Bandeira de que o atentado não constituía uma ameaça ao funcionamento dos poderes estatais, os ministros trouxeram uma razão que poderia ser classificada como política, ou social, mas que analisada em conjunto com o conteúdo dos debates que a antecederam e com outros processos judiciais revela-se essencialmente jurídica, no sentido de que demonstra como diversas ordens ou referências normativas jogavam um papel nos processos de repressão jurídica de conflitos políticos.[13]

A decisão, segundo eles, seria contrária ao bom senso caso eles enquadrassem as condutas dos suspeitos como crime de conspiração.

[13] Arquivo Nacional, Tribunal Civil e Criminal do Rio de Janeiro [C4], n. 1, cx. 267, v. II (1898). Decisão colegiada dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, 03/03/1898, pp. 199–220.

Isso porque a pena prevista para esse crime era bastante inferior àquela dos crimes de homicídio e tentativa de homicídio. Enquanto a pena máxima para o crime de conspiração segundo o código penal de 1890 era de seis anos, a do crime de homicídio era de trinta anos. Seria, portanto, juridicamente ilógico que um atentado contra a vida do presidente fosse punido com uma pena inferior àquela que seria aplicada a um homicídio qualquer. A decisão, portanto, determinou o início do processo criminal em um tribunal local.

O julgamento do caso se estendeu por anos, e foi analisado por distintas composições de jurados por conta de apelações e outros recursos apresentados pelos advogados de defesa e pelo promotor. Marcelino Bispo, que no momento dos debates sobre jurisdição e natureza jurídica do crime ainda figurava como peça principal do processo, acabou não fazendo parte dos julgamentos. Ele foi encontrado morto na cela em que era mantido preso preventivamente no final de janeiro de 1898.[14]

É importante ressaltar que também não era somente nos tribunais –para além da legislação e de dos livros de direito penal– onde definições para conceitos relacionados à repressão de conflitos políticos eram apresentadas, debatidas e negociadas. Assim como não se pode tratar da repressão jurídica de conflitos políticos sem mencionar a criação do Supremo Tribunal Federal e as dinâmicas que se consolidaram dentro deste espaço, também é difícil não tomar em conta uma arena que geralmente não aparece como um ponto central em análises histórico-jurídicas sobre esse tema: a imprensa.

Durante a Primeira República, era bastante comum que jornais de grande circulação publicassem petições, decisões, acórdãos e que fornecessem uma cobertura detalhada dos desenvolvimentos e dos resultados de processos judiciais. Da mesma forma, a mídia popular era uma importante arena para criar e disputar narrativas legais sobre conflitos e crimes políticos. Além de divulgar informações e opiniões gerais sobre conflitos políticos em andamento para o público

[14] "Suicidio da Anspeçada Marcellino". Artigo de Jornal em *Cidade do Rio*, 26/01/1898.

em geral, os editores e colunistas de diversos jornais foram acusados, e por vezes condenados, pelo seu envolvimento em episódios de dissidência política. Ademais disso, advogados eram constantemente convidados a publicar suas opiniões sobre esses conflitos nos jornais, que muitas vezes acabavam sendo utilizados como provas em processos judiciais.

Um caso exemplar nesse sentido aconteceu em São Paulo no ano de 1917, quando Edgard Leuenroth, um consolidado editor e jornalista responsável pela criação do jornal de viés anarquista *A plebe* foi preso, processado e julgado. Após uma greve geral que se estendeu para cidades do interior do estado de São Paulo e para a então capital federal, Leuenroth foi detido sob a acusação de "autoria intelectual" de saques a galpões industriais ocorridos no contexto da greve. A industrialização nacional, a imigração contínua de europeus para as principais cidades brasileiras e a consolidação do movimento operário formaram o pano de fundo para um processo criminal que também atraiu grande atenção intelectual e midiática (Lopreato, 1996; Guerra, 2012).

Além de ser um dos poucos brasileiros natos capturados pela polícia, Leuenroth foi o único a ser alvo de uma resposta jurídica diferente daquela imposta à maioria dos líderes sindicais envolvidos na greve. Já que a deportação ou a extradição não eram medidas jurídicas aplicáveis em seu caso por conta de sua nacionalidade brasileira, Leuenroth foi processado e posteriormente julgado por um tribunal popular.

Desde o princípio, o caso foi constantemente atravessado por relações entre imprensa e direito. Os escritos e a militância anarquista no jornal *A plebe* foram uma das principais razões pela qual Leurenroth foi processado criminalmente. A sentença de pronúncia, ou seja, a decisão que determinou que o caso seria julgado por um tribunal do júri, foi fundamentada nos seguintes termos:

> O acusado, Edgard Leuenroth, em sua defesa confessou ser um anarquista e, como tal, certamente sentiu que tinha o direito de liderar

> os trabalhadores paulistas e orientar seus passos. Ele, portanto, seguiu um plano consciente e deliberado com um objetivo específico e determinado que cumpriria suas metas e para isso utilizou o braço executor dos trabalhadores, cujos sentimentos ele explorou, aproveitando o momento especial de crise terrível que nossa nação estava passando para incutir estas idéias subversivas em suas mentes.[15]

O jornal de oposição *O combate* realizou uma cobertura detalhada do caso, publicando petições, decisões e artigos de opinião sobre o desenvolvimento do processo. Os advogados do acusado, Benjamin Motta e posteriormente Marrey Júnior e Evaristo de Moraes adiantavam e testavam suas estratégias de defesa publicando comentários sobre o caso em jornais ou em livretos.[16] A imprensa, em outras palavras, funcionava como um espaço de produção normativa relacionada à repressão de conflitos políticos. Não era somente um instrumento de divulgação de informações ou de formação de opiniões. Era por ela e através dela que medidas legais eram tomadas e formuladas.

Outra questão importante exemplificada nesse caso é a maneira como o direito penal, aquele previsto nos códigos e na legislação especial, e cujo discurso se fundava em valores como proteção das garantias e direitos individuais, era um instrumento essencial de proteção do Estado. Na época do julgamento de Leuenroth, ainda não existia uma lei especificamente dedicada à repressão do anarquismo. Até 1921, ano em que uma lei nesse sentido foi aprovada,[17] os principais mecanismos jurídicos utilizados para controlar e reprimir o anarquismo no Brasil eram a expulsão, a deportação e a declaração de estado de sítio, que autorizava a prisão de indivíduos de maneira sumária (Guerra, 2012, p. 182).

[15] "O assalto ao moinho santista. Foram ontem pronunciadas as pessoas envolvidas no crime". Artigo de jornal em *Correio Paulistano*, 25/09/1917.

[16] Nesse sentido, ver: "O processo Leuenroth. Erro proposital". Artigo de jornal em *O Combate*, 26/09/1917; Moraes (1918).

[17] Trata-se do decreto n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921, que passou a regular a repressão contra o anarquismo. https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1920-1929/decreto-4269-17-janeiro-1921-776402-publicacaooriginal-140313-pl.html

Em um contexto no qual a repressão de movimentos e ideologias anarquistas, socialistas e comunistas progressivamente se tornava uma política governamental, a repressão criminal de um líder anarquista não era excepcional. Assim como a tentativa de assassinato de Prudente de Morais coincidiu com ataques a líderes políticos de outros países, reforçando o caráter global das dinâmicas de violência política, a greve geral de 1917 em São Paulo e a repressão de seus participantes também incorporou símbolos e estratégias que eram aplicadas em diferentes países ao redor do mundo. A Revolução Russa de 1917, a greve geral em Turim, na Itália, em agosto de 1917, e os ataques anarquistas a líderes políticos em várias partes do mundo foram acompanhados de perto tanto pelas autoridades brasileiras quanto pela imprensa operária, e certamente serviram de modelo para a forma como esses agentes agiram (Biondi, 2009, p. 270).

Mas se as medidas tomadas contra Leuenroth podem ser interpretadas como uma espécie de punição exemplar para alguém que desempenhou um papel de liderança em um movimento que representava uma ameaça à ordem e segurança nacionais, elas também reforçam a tese de que o direito penal era uma parte essencial das estratégia jurídicas para reprimir esses conflitos políticos. No caso das expulsões, as referências ao direito penal desempenharam um papel importante, pois ajudavam a transformar medidas supostamente contingentes e "excepcionais" em instrumentos compatíveis com a estrutura de uma ordem jurídica baseada no Estado de direito.

Entretanto, o uso do sistema de justiça criminal como principal arena para realizar a repressão de um proeminente militante anarquista indica que o direito penal não foi apenas um apoio ou estratégia ocasional. Ele demonstra que o sistema de justiça criminal também poderia responder diretamente ao anarquismo. Ao declarar que Leuenroth manipulou os trabalhadores e usou seus escritos para realizar um plano consciente e deliberado, o juiz transferiu a essência da conduta criminosa da suposta autoria intelectual de um roubo para o ativismo baseado em uma ideologia política. O acusado, em outras palavras, estava sendo criminalmente processado por incitar

os trabalhadores a assumirem uma postura rebelde e desafiadora inspirada pelo anarquismo. As referências à violação das leis penais não foram apenas elementos que ajudaram a conciliar os interesses políticos do governo com o Estado de direito; foram, ao invés disso, uma expressão do próprio Estado de direito.

Esse caráter central e pervasivo do direito penal nas dinâmicas de repressão jurídica de conflitos políticos durante a Primeira República brasileira, e sua compatibilidade com instituições e mecanismos jurídicos supostamente excepcionais, também aparece em um caso envolvendo uma outra importante inovação do governo republicano: a Justiça Militar.

Em julho de 1922, o Forte de Copacabana, uma fortaleza militar localizada no coração da cidade do Rio de Janeiro, foi tomada por soldados de diferentes postos e tropas que exigiram a renúncia de Arthur Bernardes, que havia acabado de ser eleito presidente do Brasil para um mandato de quatro anos. O movimento foi duramente reprimido por forças policiais estaduais, deixando dezenas de mortos e feridos. A revolta marcou o retorno dos militares ao cenário político, caracterizado por um descontentamento endêmico com a política institucional.

Embora a revolta não tenha durado mais de dois dias, ela causou profundas consequências sociais e jurídicas. A atmosfera na cidade do Rio de Janeiro mais uma vez se assemelhava a de uma guerra civil, com relatos de tiros e explosões.[18] Na tentativa de controlar a situação, o Presidente Epitácio Pessoa declarou estado de sítio na capital federal e em todo o estado do Rio de Janeiro. O decreto presidencial previa inicialmente uma duração de trinta dias, mas acabou sendo prorrogado pelo Congresso Nacional por mais quatro meses, até 31 de dezembro de 1922 (Pivatto, 2006, p.116). Arthur Bernardes, cuja posse estava marcada para 15 de novembro, tornou-se o primeiro presidente a assumir o cargo durante um estado de sítio. Além disso,

[18] "Os últimos acontecimentos. A revolta do Forte de Copacabana e o movimento da Escola Militar". Artigo do jornal em *Correio da Manhã*, 06/07/1922.

centenas de militares e civis, sobretudo jornalistas, foram detidos e posteriormente processados.

Tendo em conta o caráter marcadamente militar do movimento, a solução mais lógica do ponto de vista jurídico teria sido utilizar o aparato dos tribunais militares para processar os rebeldes. Embora os tribunais militares permanecessem fora da dimensão do judiciário, naquela época o funcionamento dos conselhos militares já era muito semelhante ao funcionamento dos tribunais comuns locais. A Suprema Corte Militar tinha uma estrutura ampla e funcional, o que permitia a seus juízes controlar e reformar as decisões tomadas nos conselhos militares (Souza e Silva, 2016).

De fato, foi seguindo este caminho mais lógico que o processo judicial iniciado após a Revolta do Forte de Copacabana começou. Um dos primeiros passos assim que os últimos rebeldes deixaram o Forte, em 7 de julho, foi o início de inquéritos militares presididos por membros de escalões superiores do Exército.[19]

Como a maioria dos suspeitos detidos estava ligada a uma das forças armadas, os casos seriam inicialmente analisados por um conselho de guerra. O juiz atuante no primeiro tribunal federal da capital federal presidiria o julgamento contra um grupo heterogêneo de civis composto por jornalistas e políticos da oposição. Tal curso dos acontecimentos seguia as disposições legislativas contidas no código de organização judicial e processo militar de 1920 e na consolidação das leis de organização da Justiça Federal, que foi lançada em 1898 a fim de reunir toda a legislação relacionada aos tribunais federais em um único decreto. Além disso, a Constituição Federal de 1891 declarava expressamente que, caso pessoal militar estivesse envolvido em crimes de rebelião ou sedição ao lado de civis, os tribunais militares seriam competentes para julgá-los.

Havia, entretanto, questões que escapavam ao que determinava a legislação. Em uma ação de *habeas corpus* impetrada em dezembro

[19] "Os últimos acontecimentos. O foro dos implicados". Artigo de jornal em *O Correio da Manhã*, 09/07/1922.

de 1922 em favor de alguns militares que permaneciam detidos preventivamente, o advogado Heitor Lima pediu que os ministros do Supremo Tribunal Federal mandassem que as autoridades da justiça militar apresentassem justificativas para a manutenção das prisões. O principal argumento era que não existia nenhuma acusação formal contra os suspeitos que justificasse a manutenção da detenção. Ao contrário do que havia acontecido com os civis, os militares ainda não haviam sido acusados por um promotor.

A resposta do auditor militar a este pedido foi o início de uma reviravolta no estabelecimento da responsabilidade dos suspeitos. Em linguagem simples e direta, ele explicou que a manutenção das prisões se devia ao fato de que "os tribunais militares são competentes para julgar este tipo de crime e, portanto, os suspeitos foram detidos legalmente em vista do Artigo 132 do Código de Organização Militar" (1923). [20] Mas a simplicidade da reação do auditor escondeu um nó que seria imediatamente desatado pelos juízes da Suprema Corte.

Seu ofício desencadeou um debate sobre a competência dos tribunais militares e, consequentemente, sobre a natureza dos crimes pelos quais os militares seriam acusados. Depois de uma longa discussão, a maioria dos membros do Supremo Tribunal Federal concordou que a Justiça Militar era incompetente para agir no caso. A opinião predominante era que os crimes cometidos durante a revolta eram de natureza política e, portanto, somente a Justiça Federal teria competência para julgá-los, fossem os suspeitos civis ou militares.[21]

Do ponto de vista jurídico, essa mudança repentina da Justiça Militar para a Justiça Federal era um movimento intrigante. Por um lado, os juízes do Supremo Tribunal Federal simplesmente seguiram uma decisão tomada por outras autoridades logo no início do caso –a de promover a responsabilização dos réus civis perante os tribunais federais. Mas, ainda assim, uma questão essencial permanecia sem

[20] "Os acontecimentos de julho. O julgamento de hontem, no Supremo Tribunal". Artigo de jornal em *Correio de Manhã*, 04/01/1923.
[21] *Ibidem.*

resposta: por que os tribunais federais? Os casos apresentados anteriormente mostraram que, embora várias leis determinassem que a acusação e o julgamento de crimes políticos devessem ser conduzidos pela jurisdição federal, era bastante comum que a articulação de lógicas e conceitos jurídicos dentro dos processos direcionasse o caso para a justiça comum estadual, ou, em algumas situações mais específicas, às instâncias administrativas.

Na maioria dos casos, essa manobra se dava através da negação de que a conduta em questão era um crime político, mesmo que a legislação em vigor e a forma como vários atores descreviam os atos criminosos levassem à conclusão oposta. Fosse porque as penas para muitos crimes considerados políticos eram inferiores às penas para crimes comuns, ou porque a expressão "crime político" por si só evocava um certo quadro moral que não era adequado para neutralizar movimentos de dissidência política, a questão é que a Justiça Federal era uma jurisdição muito discutida, mas pouco utilizada na repressão jurídica de conflitos políticos.

A resposta para essa questão aparece na denúncia oferecida pelo procurador geral da República em 26 de janeiro de 1923. O esforço para destacar a gravidade e a dimensão das ações criminais dos acusados é reconhecível desde os primeiros parágrafos da peça de acusação. A revolta foi apresentada explicitamente como uma conspiração entre a imprensa, os militares e grupos políticos de oposição com o objetivo de remover o Presidente da República e substituí-lo por uma junta militar[22]. Mais que na natureza jurídica dos crimes ou no status dos acusados, sua estratégia se concentrou em questões

[22] "A insurreição de uma parte das forças armadas desta capital, motivada principalmente pelos excessos cometidos pela imprensa na campanha política pela sucessão presidencial, induzindo alguns oficiais militares altamente graduados a serem insubordinados, obrigando o governo a reprimir vigorosamente suas ações e os atos premeditados acordados entre aqueles que participaram dela indicavam um verdadeiro plano revolucionário destinado a substituir o governo legal por uma ditadura militar". Museu da Justiça. Denúncia do Procurador Geral da República dirigida ao Sr. Dr. Juiz Federal substituto da 1ª Vara, em resposta à Revolta do Forte de Copacabana. 23 de janeiro de 1923. "Crime do Forte de Copacabana"; Reg.: 5873; Cx: 737; v. XII, 2.

de escala, tanto dos atos rebeldes, quanto de todo o movimento insurrecionista.

Dito de outra forma, os elementos para caracterizar as ações criminosas como crimes políticos não eram deduzidos de definições legais. Eles se encontravam na extensão e na forma da revolta, que tinha excedido a oposição política e evoluído para uma ameaça à segurança nacional. Dentro dessa narrativa, os militares deixaram definitivamente de ser vistos como um grupo de indivíduos que, devido a sua posição social e função profissional, deveriam ter uma jurisdição específica. Da mesma forma, o crime político deixou de ser um mero conceito jurídico para se tornar um indicador da escala da estabilidade/instabilidade política.

Como nos casos anteriores, a caracterização de um crime político na prática judicial não dependia necessariamente do cumprimento de requisitos relacionados ao bem jurídico ofendido, ao status jurídico dos infratores ou às intenções políticas dos réus. Sua definição era circunstancial, no sentido de que poderia ter seu significado alterado de acordo com o contexto em que ocorria. No processo penal gerado após a revolta do Forte de Copacabana, onde os tribunais militares representavam uma sombra que poderia eclipsar a extensão dos interesses políticos que precisavam ser abordados, a definição de crime político dependia da dimensão, real ou potencial, dos danos causados ao Estado.

Ao lado do *habeas corpus* impetrado no contexto da Revolta da Armada, esses três casos poderiam ser tomados como laboratórios onde se dava o processo de produção de medidas jurídicas voltadas à repressão de conflitos políticos. Dentro desses laboratórios, alguns equipamentos e soluções se repetiam. Por mais que nenhuma lei, ou nenhum jurista, tenha se aventurado a tipificá-los ou sistematizá-los, sem eles casos não se estruturavam e, portanto, resultados dificilmente eram alcançados.

Todos esses elementos, que só podem ser detectados e compreendidos através da análise detalhada de processos judiciais e de suas conexões com a mídia, com a legislação e com a doutrina, levam a

um melhor entendimento sobre quais eram as ordens normativas operantes na repressão de conflitos políticos. Mas o que caracteriza essas "ordens normativas" para além do direito estatal e do "direito dos juristas"? Por que chamá-las de ordens normativas, e não simplesmente fatores sociais, ou motivações políticas?

Ao arrepio da lei?

Em um artigo intitulado "O que é 'multinormatividade'? Observações introdutórias", Thomas Duve (2017) apresenta o que ele chama de uma interpretação praxeológica da História do Direito. Desde a década de setenta do século passado, debates envolvendo o conceito de pluralismo jurídico vem ressaltando as limitações de abordagens centradas exclusivamente no direito emanado por estados nacionais. A emergência de ordens supranacionais e transnacionais provocadas pela intensificação de processos de globalização e a diversidade de normas e jurisdições observável em contextos coloniais e/ou pré-modernos tornaram-se temas cada vez mais recorrentes entre sociólogos e sociólogas, antropólogos e antropólogas, mas também entre historiadores e historiadoras do direito. Ao questionar o discurso racional e sistemático característico do direito ocidental moderno, esses autores passaram a apresentar dimensões costumeiras ou extra-estatais não como uma exceção, ou como um desvirtuamento do direito, mas sim como evidências de que diversas ordens normativas podem funcionar paralelamente.

Para Duve, entretanto, a tradição historiográfica vinculada ao conceito de pluralismo jurídico deixa de considerar fatores importantes para entender e explicar dinâmicas de regulação social e resolução de conflitos. O enfoque nas alternativas ao direito estatal, segundo ele, termina por reproduzir a própria lógica do Estado moderno. Dito de outro modo, ao reconhecer legitimidade somente àquilo que se assemelha, que coexiste ou que antecede o direito ocidental moderno, o conceito de pluralismo jurídico impede que

outras formas de normatividades sejam consideradas parte dos processos de produção do direito. A ideia de multinormatividade, em contrapartida, busca dar visibilidade e conferir status jurídico às "pré-condições das práticas jurídicas" (Duve, 2017, p. 93)[23], ou seja, a todas as dinâmicas que geram padrões sistemáticos de regulação social e que geralmente não aparecem –ou irão aparecer muito tempo depois– em fontes jurídicas tradicionais.

Assim, mais que tornar visíveis ordens normativas não estatais ou supraestatais, o conceito de multinormatividade também "abre espaço para um outro nível importante: para as práticas jurídicas e as normas por trás da prática" (Duve, 2017, p. 91). Dessa forma, as circunstâncias empíricas de produção do direito, geralmente representadas como uma dimensão apartada de sua faceta prescritiva –basta lembrar da clássica separação entre "law in books" e "law in action"– passam a ser consideradas direito, justamente porque trazem em si uma alta carga sistemática e normativa. Embora os exemplos apresentados pelo autor remetam majoritariamente à Europa ocidental pré-moderna, sua abordagem permite questionar as maneiras de perceber o direito na história também em outros lugares e períodos históricos.

Seria, nos casos apresentados acima, possível traçar algum padrão, ou chegar a alguma conclusão sobre as dinâmicas de repressão jurídica de conflitos políticos em sentido mais amplo sem compreender as lógicas argumentativas dentro dos processos judicias, sem tomar em conta o papel da imprensa como agente de disseminação e produção normativa ou sem realizar uma análise conjunta de diversos casos? A resposta mais imediata é sim.

As pesquisas realizadas por Dal Ri Júnior (2013) e Nunes (2014) levantaram importantes hipóteses sobre a repressão de conflitos políticos no Brasil durante a Primeira República e a Era Vargas. Esses estudos, entretanto, enfocaram-se principalmente em conceitos e definições de leis e livros jurídicos e na ideia de "influência" ou

[23] As citações foram traduzidas do texto original em alemão pela autora.

"recepção" de modelos e doutrinas legislativas estrangeiras. Eles procuraram demonstrar que, como em muitos países europeus, os conflitos políticos no Brasil também geraram um grande volume de atividades legislativas e interpretações doutrinárias, que muitas vezes foram de encontro com princípios básicos do direito penal moderno. Essa perspectiva é essencial, pois fornece informações detalhadas sobre os discursos formulados por atores que foram centrais na arquitetura de modelos e políticas repressivas –juristas e legisladores. Mas ela também deixa de considerar uma grande parte da dimensão jurídica das dinâmicas de repressão política pois parte de um conceito reduzido do que é direito. Questões essenciais sobre como, quando e por que meios o direito penal foi empregado (ou não) como resposta jurídica a conflitos políticos permanecem sem resposta.

Essas limitações derivam de algumas premissas ainda bastante arraigadas na história do direito penal. Fundados em um discurso que pressupõe valores como a segurança jurídica, a proteção individual e o devido processo legal, os conceitos do direito penal moderno seguem sendo vistos como uma dimensão separada das contingências políticas e sociais. Da mesma forma, as respostas jurídicas que visavam reprimir e controlar grupos percebidos pelas autoridades estatais como "subversivos" são frequentemente apresentadas como medidas implementadas apesar das proteções e garantias do direito penal moderno.

O encontro entre estes dois discursos gera uma narrativa que tende a fragmentar a percepção sobre as respostas jurídicas aos conflitos políticos em duas dimensões: regra e exceção. Historiadores do direito que procuraram entender a formação de sistemas de justiça criminal na modernidade ocidental, como Sbriccoli (2009), Meccarelli (2009), Agüero (2013) e Martín (2007), oferecem algumas explicações que podem ser úteis para a compreensão de tal percepção.

A transição para a modernidade nos países da Europa Ocidental, como eles explicam, foi marcada por profundas mudanças na forma como as leis criminais eram percebidas e produzidas. Uma vez

centradas em um sistema jurisprudencial baseado em interpretações (o *ius commune*), onde a punição seria obtida através de negociações entre os indivíduos e/ou grupos envolvidos em um determinado conflito, as leis penais foram transformadas em um conjunto de diretrizes sistemáticas codificadas pelos Estados soberanos emergentes em nome de seus cidadãos.

O encontro entre certas vertentes da filosofia do Iluminismo, que desde o final do século XVIII vinha fazendo campanha pelo fim das punições físicas, contingentes e espetaculares, e os movimentos de codificação impulsionados pelo código penal francês a partir de 1810, inauguraram um discurso duradouro baseado na ideia de que as leis penais deveriam ser um escudo sólido e confiável contra a violência e a arbitrariedade de regimes políticos. A regulamentação da punição, que a partir de então deveria ser baseada em leis claras e gerais, aprisionou o direito penal em uma lógica que negava a possibilidade de encontros dialéticos, e, portanto, a própria legitimidade da exceção.

Um dos principais efeitos colaterais desse processo foi a criação de diversas esferas normativas dentro dos próprios sistemas jurídicos. Apesar dos discursos universalistas que guiaram processos legislativos e a produção doutrinária do direito penal, situações de emergência e de exceção, ou seja, situações em que as leis e princípios criminais deveriam ser suspensos para garantir a manutenção da ordem social e política, continuaram sendo um problema prático. Essas situações poderiam ocorrer por várias razões. Um desastre natural, uma guerra ou uma pandemia eram eventos que poderiam comprometer seriamente a ordem social e política e, portanto, poderiam exigir medidas jurídicas consideradas excepcionais.

Especialmente ao longo dos séculos XVIII e XIX, entretanto, outros eventos desestabilizadores passaram a ocorrer com maior frequência. Insurreições, rebeliões, atentados, greves e outras formas de dissidência política e protesto foram as principais causas para a ativação de medidas jurídicas excepcionais. Esses episódios teriam acionado as autoridades estatais a deixar de lado as leis penais

baseadas em princípios morais abstratos (princípio da legalidade, devido processo legal, etc.) para recorrer a medidas administrativas, policiais, e/ou de emergência que não eram ou eram apenas parcialmente regulamentadas por lei, a fim de proteger e manter a segurança do Estado. Para manter a coerência do sistema de justiça criminal e, ao mesmo tempo, fornecer os meios para lidar com conflitos políticos, o uso extensivo que agentes estatais fizeram destas medidas acabou por criar regimes jurídicos excepcionais aplicáveis a uma porção específica da população, ou seja, somente àqueles que ousaram criticar, lutar e/ou atacar o governo estabelecido e suas instituições.

Como na Primeira República brasileira, as declarações de estado de sítio, as prisões policiais sem acusação criminal, os tribunais excepcionais e as leis e decretos especiais destinados a controlar e punir a propagação do dissenso político teriam sido a impressão digital desses regimes. Embora esses autores adotem uma atitude bastante crítica em relação a narrativas teleológicas sobre a formação do direito penal ocidental moderno, ou seja, narrativas que não levam em conta as dimensões políticas, sociais e econômicas nas quais os princípios abstratos eram de fato aplicados, é bastante evidente que quando se trata da repressão de conflitos políticos, eles tendem a considerar o direito penal legislado e os regimes excepcionais ativados pela dissidência política como dimensões separadas.

As lentes oferecidas pela abordagem da multinormatividade abrem espaço para outras interpretações. Ao colocar práticas normativas em uma posição de protagonismo, ao assumir que elas são, também, direito, essas lentes terminam por simplesmente romper com essa lógica dicotômica. Não se trata de sugerir que ações repressivas não eram violentas e arbitrárias, ou que todos os atores envolvidos em um determinado conflito tinham igualdade de condições nos processos de produção do direito. Não se trata, tampouco, de sugerir que *tudo é direito,* ou de que direito e política *são a mesma coisa*. Trata-se de um esforço consciente por mapear e seguir as redes criadas e os agentes mobilizados em determinados tipos de conflito,

assumindo que, muitas vezes, elas não se encontram prescritas em textos jurídicos ou limitadas a locais solenes.

Conclusões

Enquanto finalizo a escrita deste capítulo, acompanho o desenrolar de um complexo e devastador atentado político. No dia 08 de janeiro de 2023, apoiadores do ex-presidente Jair Messias Bolsonaro invadiram os prédios do Congresso Nacional, do Palácio do Planalto e do Supremo Tribunal Federal, deixando infinitos rastros de destruição patrimonial e política.[24] Um dia após o atentado, o atual presidente, Luiz Inácio Lula da Silva, decretou intervenção federal. O governador do Distrito Federal, Ibaneis Rocha, foi afastado por uma ordem emitida pelo ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Morais. Milhares de pessoas foram detidas, e no presente momento estão sendo investigadas pelo cometimento de crimes.

Mas que crimes são esses? Por que tribunal os suspeitos devem ser julgados? Seriam eles criminosos comuns ou políticos? Ou seriam terroristas? Enquanto juristas, jornalistas e políticos debatiam essas e outras questões, páginas no aplicativo Instagram foram criadas com o objetivo de identificar os invasores.[25] No aplicativo Twitter, conhecido por amalgamar intensos debates políticos, acadêmicos ensaiavam teorias sobre como costurar um processo de responsabilização criminal.[26] Em delegacias de polícia, no Congresso Nacional, em tribunais, na mídia tradicional e em redes sociais, de maneira

[24] Para um breve resumo dos acontecimentos e circunstâncias da invasão, ver: https://www.nexojornal.com.br/extra/2023/01/08/Golpistas-invadem-Congresso-Pal%C3%A1cio-do-Planalto-e-Supremo

[25] Trata-se do perfil @contragolpebrasil. Em 13 de fevereiro de 2023, o perfil contava com mais de 1 milhão de seguidores e continha 289 publicações com imagens de pessoas que participaram das invasões em 9 de janeiro.

[26] Nesse sentido, ver as publicações nos perfis de Conrado Hubber (@conradohubner), Rafael Mafei (@RMafei) e do portal de notícias jurídicas JOTA (@JotaInfo) entre os dias 8 e 13 de janeiro de 2023.

sistemática e interconectada, ações e informações de caráter normativo sobre como responder juridicamente a um conflito político de magnitude nacional vão sendo cotidianamente produzidas.

Para uma historiadora social ou política, pode parecer difícil, e até desaconselhável, estabelecer continuidades entre a Primeira República e o que acontece, atualmente, no Brasil. Para uma historiadora do direito, entretanto, é impossível não refletir sobre as semelhanças entre um contexto e outro. Mas essas semelhanças, apesar de facilmente identificáveis, não são resultado de um processo linear, de dinâmicas que permaneceram estanques desde a Proclamação da República. Elas aparecem por conta de uma maneira específica de observar e compreender os processos de produção do direito penal.

Como busquei demonstrar neste capítulo, as respostas jurídicas a conflitos políticos ocorridos durante um período de profundas transformações políticas e sociais no Brasil são um observatório que serve para questionar e revisitar alguns cânones do direito penal moderno. Analisadas sob a perspectiva da multinormatividade, essas respostas revelam atores, espaços e dinâmicas que põe em xeque a ideia de que existia um campo de proteção de direitos individuais que funcionava em oposição a um outro onde imperavam razões de estado e interesses políticos. Entre a regra e a exceção, ou seja, entre o direito codificado, legislado, e o decisionismo político, existe uma ampla zona cinzenta que só pode ser conhecida (e, portanto, combatida e alterada) se tomada como parte integrante de um universo multinormativo.

Bibliografia

Agüero, Alejandro (2013). Law and criminal justice in the Spanish Colonial Order: the problematic enforcement of the legality principle in the early criminal law in Argentina. Em George Martyn, Anthony Musson e Heikki Pihlajamaki (orgs.). *From the judge's arbitrium to the legality principle. Legislation as a source of law in criminal trials* (pp. 229-252). Berlim: Duncker & Humblot.

Alves, Paulo (1997). *A verdade da repressão: práticas penais e outras estratégias na ordem republicana (1890-1921).* São Paulo: Arte & Ciência.

Arquivo Nacional, Acervo Judiciário (26 de setembro de 1893). Ofício do Chefe da Polícia A. Antunes Ribas em resposta ao pedido do Procurador Geral do Estado do Rio Grande do Sul, cód, BV.0.HCO.0120, p. 22.

Arquivo Nacional, Acervo Judiciário (1894). Decisão colegiada dos juízes do Supremo Tribunal Federal, cód, BV.0.HCO.0120, p. 55.

Arquivo Nacional, Tribunal Civil e Criminal do Rio de Janeiro (10 de janeiro de 1898). Relatório final do 1º chefe adjunto de polícia, Vicente Neiva, [C4], n.1, cx. 267, v. I.

Arquivo Nacional, Tribunal Civil e Criminal do Rio de Janeiro (3 de março de 1898). Decisão colegiada dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, [C4], n. 1, cx. 267, v. II, pp. 199-220.

Biondi, Luigi (2009). A greve geral de 1917 em São Paulo e a imigração italiana: novas perspectivas. *Cadernos AEL*, *15*(27), 261-308.

Bretas, Marcos Luis (1997). *Ordem na cidade: o exercício cotidiano da autoridade policial no Rio de Janeiro, 1907-1930.* Rio de Janeiro: Rocco.

Cancelli, Elizabeth (2001). *A cultura do crime e da lei, 1889-1930*. Brasília: UnB.

Cantisano, Pedro (2015). Lares, tribunais e ruas: a inviolabilidade de domicílio e a Revolta da Vacina. *Revista Direito e Práxis*, *6*(2), 294-325.

Castro Gomes, Angela de (2015). *A invenção do trabalhismo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

Chalhoub, Sidney (2001). *Trabalho, lar e botequim: o cotidiano dos trabalhadores no Rio de Janeiro da belle époque*. Campinas: Unicamp.

Chazkel, Amy (2009). Social life and civic education in the Rio de Janeiro City Jail. *Journal of Social History*, *42*(3), 697-731.

Cidade do Rio (26 de janeiro de 1898). Suicidio da Anspeçada Marcellino.

Colao, Floriana (1986). *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento: da "delitto fittizio" a "nemico dello Stato"*. Milão: Giuffrè.

Correio da Manhã (6 de julho de 1922). Os últimos acontecimentos. A revolta do Forte de Copacabana e o movimento da Escola Militar

Correio da Manhã (9 de julho de 1922). Os últimos acontecimentos. O foro dos implicados

Correio da Manhã (4 de janeiro de 1923). O julgamento de hontem, no Supremo Tribunal.

Correio Paulistano (25 de setembro de 1917). O assalto ao moinho santista. Foram ontem pronunciadas as pessoas envolvidas no crime

Duve, Thomas (2017). Was ist "Multinormativität"?: Einführende Bemerkungen. *Rechtsgeschichte – Legal History*, *25*, 88-101.

Guerra, Maria Pia (2012). *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: a construção do constitucionalismo brasileiro na primeira república.* Curitiba: Prismas.

Holloway, Thomas e Azevedo, Francisco de Castro. (1997). *Polícia no Rio de Janeiro: repressão e resistência numa cidade do século XIX*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

Dal Ri Júnior, Arno (2006). *O Estado e seus inimigos: a repressão política na história do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan.

Koerner, Andrei (1998). *Judiciário e cidadania na constituição da república brasileira*. São Paulo: Hucitec.

Koerner, Andrei (1999). *Habeas-corpus, prática judicial e controle social no Brasil:(1841-1920)*. São Paulo: IBCCrim.

Lopreato, Christina R. (1996). *O espírito da revolta: a greve geral anarquista de 1917. São Paulo: Universidade Estadual de Campinas* [Tese de Doutorado em História]. Campinas: Unicamp.

Loza, Alicia Fiestas (1977). *Los delitos políticos:(1808-1936)* (Tese de doutorado Universidad de Salamanca).

Machado, Paulo Pinheiro (2004). *Lideranças do Contestado: a formação e a atuação das chefias caboclas (1912-1916)*. Campinas: Unicamp.

Martín, Sebastián (2007). Penalística y penalistas españoles a la luz del principio de legalidad (1874-1944). *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, *36*, 503-610.

Meccarelli, Massimo (2009). Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale. Una prospettiva storico-giuridica. *Quaderni storici*, *44*(2), 493-522.

Menezes, Lená Medeiros de (1997). *Indesejáveis: desclassificados da modernidade. Protesto, crime e expulsão na Capital Federal.* Rio de Janeiro: Funtevê.

Moniz, Edmundo (1987). *Canudos: a guerra social*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira.

Moraes, Evaristo de (1918). *Anarquismo no tribunal do júri, (O processo de Edgard Leuenroth)*. Rio de Janeiro: Grupo Editor La Vero.

Nascimento, Herivelto Paiano (2015). *O regicida Marcelino Bispo: uma reflexão sobre a história do Brasil, do final do Império ao atentado de cinco de novembro de 1897*. Brasília: UnB.

Nunes, Diego (2014). *Le "irriquetas leis de segurança nacional". Sistema penale e repressione del dissenso politico nel Brasile dell'Estado Novo (1937-1945).* Macerata: Università degli Studi di Macerata.

O Combate. 26 de setembro de 1917. O processo Leuenroth. Erro proposital.

Pivatto, Priscila M. (2006). *Discursos sobre o estado de sítio na primeira república brasileira: uma abordagem a partir das teorias de linguagem de Mikhail Bakhtin e Pierre Bourdieu* [Dissertação de Mestrado em Teoria do Estado e Direito Constitucional]. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica.

Ribeiro, Gladys S. (2009). Cidadania e luta por direitos na Primeira República: analisando processos da Justiça Federal e do Supremo Tribunal Federal. *Tempo*, *13*, 101-117.

Rodrigues, Leda Boechat. (1991). *História do Supremo Tribunal Federal:(1891-1898). Defesa das liberdades civis*. Civilização Brasileira.

Sbriccoli, Mario (2009). Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1900). En Mario Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia* (pp. 589-668). Firenze: Giuffrè.

Schettini, Cristina (2006). *"Que tenhas teu corpo": uma história social da prostituição no Rio de Janeiro das primeiras décadas republicanas*. Rio de Janeiro: Arquivo Nacional.

Sevcenko, Nicolau. (1993). *A revolta da vacina: mentes insanas em corpos rebeldes*. São Paulo: Scipione.

Sirotti, Raquel (2017). Os crimes políticos na doutrina penal brasileira da Primeira República (1889–1930). *Revista brasileira de Ciências Criminais*, *131*, 263-298.

Sirotti, Raquel (2020). Within the Law: Criminal Law and Political Repression in Brazil (1889-1930). No prelo.

Sirotti, Raquel (2021). Direito penal e política na Primeira República: uma análise dos processos judiciais relacionados à tentativa de assassinato de Prudente de Morais em 1897. *Varia Historia*, *37*(74), 429-462.

Souza, Adriana Barreto e Silva; Angela Moreira Domingues da (2016). A organização da justiça militar no Brasil: Império e República. *Estudos Históricos (Rio de Janeiro)*, *29*(58), 361-380.

Multinormativity in the everyday

How migrant newcomers navigate rules and values in Rio de Janeiro in the twenty-first century

Tilmann Heil
Universität zu Köln / Mecila

Doi: 10.54871/mc24pd1j

Introduction

Not least since the renewed recognition of the globalization and transnationalization of lifeworlds in the 1990s, the social sciences and humanities have studied the plurality of normative frameworks within which our lives take place. Responding to some shortfalls of legal pluralism, multinormativity has been introduced as a concept to address various ills of previous debates (Duve, 2017; Vesting, 2018). Addressing conviviality and the question how people navigate norms and values in the everyday, three aspects seem to be particularly pertinent: 1) to avoid the bias privileging codified law, multinormativity stresses the plural sources and formats of normative frameworks; 2) to recognise that normative frameworks are not discrete but overlap and influence one another so that multinormativity could be described as a field of entangled forces and frameworks; and, 3) to

show, in line with the praxeological turn, an analytical interest in the processes of norms in the making that stresses the circumstances and contexts under which normative outlooks are formulated. Multinormativity seems apt to account for the dynamism of the normative aspects of our lives. This dynamism is centrally animated by the distinctly qualified encounters that happen in hierarchies; an empirical condition that conviviality analytically addresses. Here, I discuss how normative questions are an integral part of everyday conviviality, not just of law makers but also of ordinary people. Ordinary people are authors and agents of normativity.

These aspects gel with the debates regarding ordinary ethics in the last ten years in social and cultural anthropology (e.g. Lambek et al., 2015). Lambek (2010a, p. 9) considers "[...] ethics as a cover term for recognizing the complexity and perhaps inconsistency of human action and intention, a complexity that we think is neglected in much social theory". As there is no coherent differentiation into the use of "ethical" and "moral", he argues, they can be used interchangeably. Anthropology has become increasingly concerned with an adjectival definition of the ethical that zooms in on people's talk and action, rather than being concerned with the cataloguing of rules and norms. Hereby, this recent debate is quite distinct from that of the debates of legal pluralism (Duve, 2017). It adopts some of the concerns of multinormativity, despite not using the term to frame the debate. Zooming in on the praxeological turn underlying ordinary ethics, Mattingly (2012, p. 164) specifies: "[...] The moral in any society is dependent upon the cultivation of virtues that are developed in and through social practices". More than a theoretical exercise, the possible synergies between multinormativity and ordinary ethics can serve to better understand ethical questions of complex and unequal urban situations, such as the ones that unfold in metropolitan spaces in the Global South. I draw from my multi-year ethnographic research with newcomers from West Africa and Southern Europe in Rio de Janeiro (Heil, 2021a, 2020d). To advance the conversation between ordinary ethics and multinormativity, I ask how

ordinary people, such as migrant newcomers, navigate and thereby give meaning to norms and values in the transnational and relational lifeworlds they inhabit. This argument mainly grounds in the lives of young Senegalese men who work in street vending in Rio de Janeiro and who belong to the Murid Muslim brotherhood of Senegal. I only discuss the experience of young Spaniards when it comes to the everyday ethical evaluation of the migrant situation and their often irregular legal status.

The article unfolds in six moments; the first three broaden the debate, while the latter three offer concrete ethnographic analyses. To destabilise some of the underlying assumptions of legal pluralism, I will show how the debates of transnationalism and sociality in relation to mobility and relationality provide two cornerstones and conceptual inspirations to my thinking on multinormativity and ordinary ethics. They are followed by insights into ordinary ethics, judgement, and self-formation that are central to the subsequent ethnographic vignettes from Rio de Janeiro: the navigating of the normative everyday, the possibilities to invert hierarchies through ethical self-making, and the resulting conundrums of living together. In situations of deeply unequal urban relations, the normative dimension of conviviality provides a space in which inhabitants can carve out their space.

Transnationalism and mobility

Starting from the 1990s, the social sciences increasingly engaged with the multiple faces of globalization, stressing its effects on the cultural and social dimensions of life, from the global to the local. The seminal book *Nations unbound* by Basch, Glick Schiller and Szanton Blanc (1994) initiated the anthropological interest in the transnational lives of migrant communities, deeply challenging the national container view of modern states and the concurrent methodological nationalism of the social sciences (Wimmer and Glick Schiller, 2002,

2003). The taken for granted social categories such as nationalities and the hegemony of nation state institutions in structuring lives of mobile subject had to be critically reviewed. Other spatial and temporal contextualizations as well as further social and political institutions—emergent from above and below—had lasting effects on individuals, communities, and large-scale collective formations and their becoming. In a local turn, some authors proposed to speak of translocalities as this seemed the more meaningful dimension of locally lived lives than any reference to the world of static nation states (McFarlane, 2009; Lambert, 2002).

In contrast, numerous scholars held onto the idea of transnationalism to recognise that, while the world was interconnected through the mobility of good, people, and services, national governments had remained a major force in the administrative and normative regimes enforcing and controlling such mobilities. States regulated border regimes, defined categories of mobility and imposed regimes of immobility, as well as granted citizenship or made people and their movements illegal (Glick Schiller, 2018, p. 203). If nothing else, these debates show how in studies of migration and mobility, the role of the state as a main force of regularisation was debated, increasingly seeing it as one institution among many. Yet, the extent to which states exercise power over a national territory or a (trans) national community and their normative frameworks has remained a central concern.

As a concept, transnationalism exemplified the challenges that had led to the mobility turn (Urry, 2007, 2000; Cresswell, 2006). What initially seemed a celebration of a world freed from thinking in blocks and nation states, soon saw troublesome dialectics reintroduced: between mobility and immobility, flow and closure, movement/migration and sedentarism (e.g. Geschiere and Meyer, 1998; Glick Schiller and Salazar, 2013; Freemantle and Landau, 2022). These binaries have remained important in structuring our lives. Apart from conceptualising the role of nation states in governing im/mobilities, the ways in which mobility and stasis are part of

lives and their meanings, including normativities, move into sight. Judging from the debate of transnationalism, it becomes clear that the interplay of normativities is neither neutral or free in practice, nor is the way in which they are addressed by social science analysis. Rather than starting from stasis and stability, an analysis that takes mobility as a constant possibility, is by far more apt to address the uncertainties, cross-fertilizations, and changes that become meaningful in personal and institutional lives, also regarding their normative and ethical foundations.

Relational selves

Apart from challenging the methodological nationalism and advocating awareness for the uncertainties derived from postulating mobility, critiques of the modern conception of the individual that stresses relational selves equally questions the idea of bounded entities and identities and the stability they suggest. While this applies to concepts and norms, it also applies to the very idea of the human person and their sociality, once more stressing the processual constitution of life.

Following Strathern's (2020, p. 11) thorough discussion of the anthropology of relations, the dynamic between entities and relations is at stake. stressing relationality "is frequently understood as confronting assumptions about the intrinsic nature or self-identity of things" (and people). Individuals are imagined having fixed identities with, at best, extrinsic relations that leave their essence untouched. Rather than giving priority to the discrete nature of entities, which remain unaffected by their relations, entities only come into being through their very relations. The social processes of relating inform the meanings, judgements, and frameworks within which life unfolds. Rather than seeing the social as extrinsic to entities, as the modern notion of the individual suggest, relations are intrinsic to what constitutes the self. Barad (2006) has called attention to how

entities are *intra*-related, rather than only inter-related. While interrelations presuppose a plurality of discrete units, such as in legal pluralism, intra-relation describes fractal bodies which allow other bodies in, yet precluding that they would be fully subsumed. Intra-related or fractal bodies describe irregularities that are objected to kaleidoscopic permutations, continuous changes, and alternating forms. These bodies change in dependence of the scale chosen and the angle under which they are approached (cf. De la Cadena, 2015, p. 32).

Such a conceptualization of the social constituted by relational selves introduces a powerful framework to analyse how mobile people live in transnational social fields, connected to numerous spaces and their respective normative frameworks, themselves constituting normativities through their relations. At the same time, understanding selves as relational also sheds light onto the very challenges addressed by multinormativity: the nested existence of normativities and their constitution in processes in which different normative frameworks are partially connected, overlap, mutually influence one another, stand in contradiction, and remain distinct, all at the same time. These dynamics constitute the everyday of (the making of) ordinary ethics and multinormativity. Next, I introduce some of the ethical dilemmas that result from such multiplicity.

Ordinary ethics

The debate of ordinary ethics grounds in the assumption that the ethical or moral is immanent to interaction and to our being in the world, the existential condition of what Heidegger termed human thrownness (Mattingly, 2012, p. 169; Lambek et al., 2015, pp. 16-17).[1]

[1] Such a view is foundational for both an ordinary ethics from a first-person perspective (Lambek et al., 2015; Lambek, 2010b), as well as of a poststructuralist Foucauldian conceptualisation. Both strike a balance between moral freedom and creativity and moral unfreedom caused by structures and discourses. Mattingly states that the

Considering contexts of migration and arrival of newcomers to heterogeneous urban fields in Brazil, I want to debate this *thrown-togetherness* (Massey, 2007) in two steps. Inspired by the focus on how normativity is constituted, I firstly ask how newcomers judge actions of the people around them as good or bad, right and wrong, respectful or not. Secondly, I ask how they form themselves as ethical subjects in this field of endless tensions and contestation. Both practices —judgement and self-formation— are best described as contentious processes. My interlocutors' biographies exemplify lives in which countless conflicting perceptions and positions situationally become available given the multiple, local, and transnational worlds within which social actions become embedded.

Judgement and self-formation as debated in ordinary ethics sharpen the understanding of the everyday of multinormativity. In ordinary ethics, "the 'ordinary' implies an ethics that is relatively tacit, grounded in agreement rather than rule, in practice rather than knowledge or belief, and happening without calling undue attention to itself" (Lambek, 2010a, p. 2). For newcomers, unmarked practices and agreements at times seem extraordinary and therefore become marked. At the same time, the values of newcomers can become marked in their difference and therefore questioned. Accessing new spaces and experiencing different encounters, the quest to reconcile one's own normative frameworks with those frameworks within which one becomes embedded unfolds as a process in which dilemmas claim centre stage. Rather than being exceptions, ethical dilemmas become everyday. These dilemmas demand those who experience them to judge and thereby mediate between obligation and convention, on the one hand, and creativity and freedom, on the

---

major reason why in philosophy both approaches, the person-centred and the post-structural virtue ethics, cannot be combined, is the different conceptions of the self. While the self in the former maintains a humanist approach, the latter constructs the self mainly as the effect of collective practices and structures, the latter allowing things, that in a humanist logic are perceived as objects, to be subjects as well and thus occupy an ethical location (cf. Mattingly, 2012, p. 175).

other (cf. Lambek, 2010a, p. 25-26; Fassin, 2015, p. 176). In the act of judging, the tensions present in relational self-making become clearly apparent as people oscillate between feeling bound by the power of existing moral frameworks and their ability to deliberate and decide.

Judgement is effectively social, and "non-individualistic" as Hannah Arendt had put it (Benhabib, 2003, p. 189). As a relational and social practice,

> Judgment requires the moral-cognitive capacities for worldliness, that is, an interest in the world and in the human beings who constitute the world, and a firm grasp of where one's own boundaries lie and where those of others begin. [...] Whereas thinking requires autonomy, consistency, tenacity, independence, and steadfastness. [... Judgement requires the] capacity to appreciate the standpoint of others without projection, idealization, and distortion. (Benhabib, 2003, p. 191)

In a multinormative context, it is crucial to consider numerous standpoints and think of judging as relational, yet projection, idealization, and distortion regularly interfere in this process, which can cause conflict. These processes and the known impossibility to run away from the world in which one is embedded create the tense context in which judgement takes place.

While dilemmas arise due to individual trajectories and the potentiality of individual freedom, relational practices also highlight the training practices of Foucauldian self-formation in collective contexts, for example, religious or cultural groups, in which character is cultivated and selves (trans)formed (Mahmood, 2005). Here, an individualist, strong first-person position is lacking or at least continuously curtailed. Still, such collective training practices function more as a horizon of potentiality than an everyday imposition. The process of self-formation is one during which inconsistencies and struggles are fought (Foucault, 1997; cf. Lambek, 2015; Mattingly, 2013). Again, the power of a highly institutionalised normative

systems, such as of religion, remains juxtaposed to the potentiality of judgement derived from the processual constitution of selves within the multiplicity constituent of multinormativity. In the everyday, these contradictions can be articulated, explained, or remain unaddressed and camouflaged. As moral predicaments, contradictions are constitutive of the human relational condition.

The case of migrant newcomers exemplifies the situation of having to deal with being thrown into a different world. The potential for struggles, insecure judgements, and contradictions in talk and action are multiplied. Newcomers cannot but engage with the different moral orders or discourses that co-occur in the situations of encounter and co-presence. In the presence of others, the realisation of moral ideas "rather envisions a moral striving that in its uncertainty and its attention to the concrete specificity of the other is simply a dimension of everyday life" (Das, 2010, p. 377). Debating Hindu-Muslim relations, Das extrapolates on this uncertainty in the presence of the other: "For all our worldliness, then, we might never be fully at home in any particular world" (Das, 2015, p. 80). Therefore, the uncertainty, contradictions, and attempts to juggle variously in/compatible normative approaches characterises the ethics of newcomers as an ethics of mobile travellers. In the omnipresence of constraints, challenges, and adverse forces, a fruitful understanding of the everyday ethical navigations or strivings grounds in people's active reactions to, and handlings of, the divergent histories of people and places that become part of newcomers' life trajectories, if only temporarily.

Such an approach to an ordinary ethics in a mobile world with a focus on relational self-formation is clearly distinct from legal pluralism with which it engages at best as a backdrop or one of countless normative orders that coincide (Duve, 2017). Ordinary ethics, instead, shares an interest with multinormativity; both pay close attention to the messiness of social life of which the normative is part. Ordinary ethics in a mobile world provides an exemplary framework to understand how people continuously navigate through dilemmas, inconsistencies, and contradictions of multinormativity, how they

contest and invert existing hierarchies, and, finally, how living together becomes at once commonplace and highly disturbing.

Navigating the normative everyday

The three foregone sections on mobility, relationality, and ethics underpin a comparative analysis of the normative everyday of mobile subjects. They are, at the same time, directly related to the ethnographic work with African (and European) newcomers that I have performed since 2015 in Rio de Janeiro. I have conducted participant observation and semi-structured interviews with around 70 newcomers, who arrived within the last twenty years from Spain and Senegal (Heil, 2020d, 2021a). We discussed the hopes, aspirations, struggles, and setbacks newcomers experience in their place-making practices in Rio de Janeiro that are embedded in local and transnational life trajectories. Most insights into normative processes derive from informal commentary and group debates that I documented in fieldnotes. The struggles, dilemmas, and nuances did not seem to easily fit within the interview format of question and answer. Rather, in the process of co-labouring (De la Cadena 2015), we produced an understanding of the complex moral frameworks within which we were all embedded, even if to different extents and in distinctive ways.

Such constant movement through uncertain and multi-layered terrain is aptly described as navigation (Vigh, 2006) of which judgement, dilemmas, mobility, and relational self-formation is part. To navigate in Rio de Janeiro meant to judge and take an ethical stance, only to revise it when the overall net of relations appeared in a different light, demanding a re-evaluation, or simply provided new influences. The language applied oftentimes was far from philosophical jargon and their everyday ethics came coated in at least three domains. The normative reasoning and self-fashioning happened in terms otherwise vaguely related to the state, to religion and origin,

as well as to family and neighbourliness. I will take these three domains as examples, the first in this and the other two in the remaining sections.

Newcomers and migrants interact with the state at first when they cross state borders. Responsible for a territory that, in global comparison, has been receiving relatively few newcomers, the Brazilian institutions have reworked their legal texts that define the normative framework under which newcomers can come and remain on the territory (Ribeiro de Oliveira, 2017). This process culminated in the implementation of the new migration law in 2017. Under the lens of multinormativity, two institutional analyses show impressive results to which I can only hint: first, the interaction between the Ministries of the Exterior, of the Interior, and of Labour and their respective organs have struggled to forge new procedures while maintaining existing best practice (Ribeiro de Oliveira, 2017; Camineiro Baggio and Madrid Sartoretto, 2019); and second, the national Brazilian law has been influenced in varying degrees by distinctive restrictive and facilitating legal developments from different parts of the world, while also maintaining distinctive principles, such as that of strict reciprocity of treatment at the borders (Feldman-Bianco, 2018). All these dimensions became part of the everyday, when my interlocutors had to act within these changing frameworks, which happened both in interactions with state representatives and in the everyday of trying to maintain a sense of legitimate local permanence.

To remain in the national territory, both Senegalese and Spanish newcomers navigated this legal framework that became part of the active normative landscape within which their ethical self-formation took place. Their interactions with the state and its representatives were formative, as well as their national and transnational experiences and justifications. Throughout the 2010s, Senegalese collectively achieved to walk their claim to legitimate residency from the local Caritas Offices (in charge of administering refugees and asylum seeker) and the Senegalese Consulate to the ministries in Brasilia. In 2019, their efforts materialised in a specific regulation that

organised their regularisation and guaranteed their permanence in Brazil. Until then, they had been dependent on the precarious documentation of continuously extended protocols documenting their initial asylum claims (Heil, 2021a, 2018).

In contrast, countless Spaniards, who during the same period were simply barred from obtaining legal residency, struggled how to act upon their irregularity and frequently performed tactical manoeuvres before the state institutions and the public (Heil, 2020d). While Spaniards expounded their ethical dilemma linked to illegality, Senegalese never suffered the same fate. Eduardo[2] confessed the distress in crossing the triple border to Paraguay and Argentina as well as getting a new Spanish passport every so often. In contrast, El Hadji, like many others, affirmed "C'est tranquille ici" [It is peaceful here] when it came to legal status. Senegalese encountered a national framework in Brazil that in their case has been in relative sync with their own ethical claim to freedom of movement. My interlocutors were very aware how this contrasted with other Senegalese who had attempted immigration in Europe, where they were objected to illegalization, precarity, and—frequently—forced return. Nonetheless, some of my Senegalese sensed that public discourse in Brazil was slowly changing, influenced by hegemonic normative orders that increasingly criminalise the mobility of the poor and residents from the global south. In 2019, Moustapha analysed how Brazil had *not yet* a problem of xenophobia, but clearly one with racism. From passing unnoticed in 2014, Senegalese more recently had become a category in the emerging public debates on migration. With growing public knowledge of their origins, the legitimacy of their claim to asylum and the legitimacy of permanence in Brazil on humanitarian grounds had started to be questioned.

[2] All names are pseudonyms to respect my interlocutors' privacy and safety.

Invert hierarchies through ethics

The plural normative relationalities in the regulation and justification of migration describe only one meaningful terrain which newcomers to Rio de Janeiro navigate. For the Senegalese, this terrain did not even seem particularly relevant since it was rather easy to adhere to the norms, to which they moreover maintained a pragmatic stance. More taxing ethical dilemmas were fought in relation to what it meant to be a good person. They struggled in countless encounters in Rio de Janeiro, in which they identified ethical outlooks that caused them pain, with which they disagreed, or which outright devalued their lives. Two spheres of contention might serve as examples: origin and religion.

Until Senegalese became a category in the public discourses on recent migration, my interlocutors were often addressed by more generic terms—*negão, angolano, africano*—which frequently had a negative connotation (Heil, under review). In an urban fabric characterised by racism, inequality, and steep social hierarchies, my interlocutors were troubled by the fact that they had been slotted into categories that prejudicated their lives. As a result, though, Kalidou and others experimented with ways to ethically maintain a distance to these categories as well as to the people who locally stood for them more than they themselves. The superficially identarian character of these categories referenced deep ethical concerns of self-understanding and formation. For example, Angolans had been a significant, if not the predominant, group of African newcomers to Rio de Janeiro, nowadays concentrated in the Maré district of favelas. Over decades, Angolans had restricted access to the neighbourhood; they experienced tensions and suffered from negative stereotyping by Brazilians, also Black ones (Toledo de Souza, 2012; Petrus, 2001). Broadly, the accusations against them were based on the unproven involvement in drug and arm trafficking with Angola (Petrus, 2001, pp. 9-13). Independent of its truth value and somewhat familiar with

these accusations of practices that they themselves judged negatively, my interlocutors made every effort to distance themselves from what "Angolan" signified.

Furthermore, the relationship with Brazilian Blackness was equally tense (Heil, 2020a; under review).[3] Being called *negão* or *africano* indexed Blackness and Africanness, which both stood for ethical positions that had the potential to bring the Senegalese close to Black Brazilians in positive ways, resisting racial and colonial logics. In specific instances this was starting to happen, such as when the local circle of the Murid brotherhood performed prayers at the Pretos Novos memorial in Gamboa during a shared commemoration of enslaved African Muslims whose remains were buried there. At the same time, both *negão* and *angolano* caused a dilemma for my interlocutors as they locally stood for practices and subject positions that left them uneasy. Blackness—in particular being called a *negão*—invoked practices which many of the Senegalese judged as bad. My interlocutors much relied on hegemonic and media discourses in which hyper sexualization, crime, poverty, and dysfunctional family and gender relations negatively define blackness.

Africanness, on the other hand, came with its own set of derogatory prejudice. My interlocutors saw themselves locally confronted with a global imaginary of Africa as the world's eternal heart of darkness, poor, underdeveloped, dangerous, and violent due to permanent warfare. In a long conversation at his stall on a street market, Kalidou first shared his indignation about the prejudice against Africa that he encountered on a daily basis before seeking relief in laughter. The instances in which Senegalese and Black Brazilians used both, Blackness and Africanness, to show solidarity grounded in a different ethics that only slowly grew into a counterweight to the still hegemonic colonial logics active in Brazil. These logics, which had started to consume many of my Senegalese interlocutors,

[3] This and the following paragraphs provide a condensed version of the arguments more fully developed in the referenced papers.

reproduced normative frameworks of judging people and practices through which my interlocutors found themselves at the bottom end.

In contrast, Senegalese frequently continued to form their lives according to an ethics rooted in the transnational space of their religious and national diasporic networks. For a large number, it implied to meet to pray on a weekly basis. Within these religious and diasporic networks, Blackness and Africanness was linked to an ethical self-fashioning little to do with the continuous reproduction of colonial hierarchies encountered in Brazil. Peacefulness, respect, and equality within the family, the neighbourhood, and the state were portrayed as some of the key values according to which my interlocutors forged their relations. Without exception, my interlocutors remembered one of the main religious leaders, Cheikh Ahmadou Bamba, and the first president of independent Senegal, Léopold Sédar Senghor, as famous examples of peaceful resistance against colonial oppression and successful decolonization. Alongside such illustrious examples, they invested in hard work to achieve their goals. While the tenacious vending activities at the beaches under the burning sun were a deeply individual affair and economic strategies kept to oneself, the support to carry on came from those around them, friends, flatmates, and co-nationals and co-believers.

The lived solidarity in their diasporic networks, the continuous responsibility to contribute to their family's expenses through remittances, a hard work ethics, and a reluctance to judge others—including their Brazilian surroundings (Heil, 2021b)—were significant instances of these ethics in their everyday. Sometimes this was referred to positively as Africanness, sometimes as the true struggle of decolonization of Blacks, and sometimes—as both had ambiguous connotations in the Brazilian discursive field—they tried to shape up the image of the good Senegalese and Muslim migrant. Such ethical self-formation that gave meaning to a national label and reclaimed the honourable conduct of Muslims globally was a continuous undertaking situated within the dense net of references and practices,

locally and transnationally. Some parts of this relational net were extremely strenuous, while others were supportive to their undertaking. As each dimension of this relational net referred to particular norms and values, my interlocutors were apt to combat extreme discrimination. At least subjectively, they managed to challenge and even invert socially meaningful hierarchies. It seemed to pay off to maintain a sense of relative superiority, never getting tired to reassure themselves that they were and remained good ethical persons.

Conundrums of living together

Apart from the direct interactions with the state regarding migration regulation and the specific struggles of ethical self-making and the judgement of others, newcomers join a collective of urban dwellers that is posed with the challenge of having to inhabit the same everyday spaces (Landau, 2014; Saunders, 2010). In my previous ethnography of Senegal and Spain, I had traced the diasporic knowledges of conviviality put into practice by Senegalese at home and abroad in contexts of religious and ethnic diversity (Heil, 2020b). The process of conviviality meant both cooperative and conflictive encounters on the basis of sufficient equality and a recognition of a shared humanity grounded in the practices of interaction, negotiation, and translation. Such conviviality was strained under the conditions in Rio de Janeiro and continuously pushed to the edge, questioning the feasibility of its existence (Heil, 2020c). In face of enhanced inequality and the resulting social stress under which these urban fabrics exist, the already uncertain outcomes of living together were further enhanced. Which role does the ethical practice of newcomers play in this?

As the last section in particular has shown, coalition and friction with those around them came awkwardly close and produced ethical dilemmas which newcomers faced since their arrival in Brazil and Rio de Janeiro. Coalition and friction produced turbulent sequences

as they followed each other closely. To arrive at temporarily stabilising judgements, reaffirm norms, or accept difference in what was perceived right and wrong or good and bad turned out to be a strenuous process which depended much on the in/actions people took. These in/actions shaped and reconfigured the relational webs which ultimately altered how any one of its members—local, newcomer, or other—constituted themselves. The cultivation of selves-in-relation to others moved centre stage.

In actual urban spaces, the co-existence of newcomers and long-term urban settlers was most of the time inconspicuous. While selling at the beaches, Senegalese vendors humbly offered their merchandise, readily moving on unasked, hardly insisting. Once at the beach, Bourama came close to me, set down his case with sunglasses, exposed chargers and power banks in his hand, small loudspeakers dangling from his wrist. Quickly realising that none of us would buy today, he straightened his back to move on. Taking off my sunglasses interrupted the routine, and Bourama, recognizing me, accepted a welcome short break of teasing, introductions, and laughter. These peaceful scenes only turned into trouble if my interlocutors were directly attacked, for example, in the form of a racist slur. While selling at Copacabana beach, Fallou had taken a man he identified as French to task after he overheard him complaining that Senegalese had come to pollute the city's finest beaches. While calling out such racism, Fallou also proclaimed their equal rights to be at this beach.

Moving through the city, most Senegalese abstained from greeting, something that had remained a key sign of respect in Senegal, especially when moving through uncrowded terrains (Heil, 2020b, pp. 113-124). In Rio, my interlocutors kept to themselves, unless they had created rapport. Such rapport, they even established with people, whose way of life or particular practices they did not share. Spending long days at his street market stall, Kalidou maintained good relations with some neighbours, looking out for one another, with others he kept a distance only hesitantly explaining why. He engaged in joking relations with regular passers-by and clearly identified those

with malevolent intentions. Apart from the dynamics on temporary or permanent markets, conviviality was maintained with a diversity of neighbours in their often precarious or underprivileged housing, the regular clients or passers-by of vendors of African art, or work colleagues for those who worked in construction.[4] Maintaining relations was an ethical practice, despite the challenges that arose by the acts of those involved.

As a rule, my interlocutors did not share their opinion of what they thought of these encounters. First and foremost, they explained that they acted in ways to stay out of trouble and remain true to themselves (Heil, 2021b). The latter was deeply grounded in respectful relations, something that relied on reciprocity. The lack of a response or simply other ways of relating in public explained why in Rio de Janeiro many Senegalese had quickly stopped greeting. Only with time, I learned about further ethical underpinnings of their acts. In an effort to think along with my research, Moustapha put it outright: For many, their faith as Muslims of a Sufi brotherhood indicated that judgement was reserved for God alone. As humans, the challenge was to cultivate one's own, inner virtues.

When loosening up, most of my interlocutors took issue and shared the horror they felt when witnessing some of the family and neighbourhood relations in Rio. Ndeye reiterated a recurrent example: "C'est pas normal qu'ils ne protègent pas leurs filles et leurs sœurs" ["It is not normal that they do not look out for their daughters and sisters"]. My interlocutors, both men and women, identified a deep lack of respect and care for female family members which they perceived in teenage pregnancies, casual dating involving loose sexual relations, or the objectifying dress of women they found both vulgar and seducing. More often than a patriarchal logic outright, care and protection were foregrounded. Everyday violence, extreme

[4] I here leave out the experiences of highly qualified Senegalese who had come to Brazil to study a master or doctorate, with whom I spent less time in participant observation and who—in general—were more outspoken about their surroundings.

individualism, and the excess of poverty and homelessness furthermore served as examples for defunct neighbourly relations. The trouble such practices caused my interlocutors explained their refraining from generous interactions. Despite all, they still had to do justice to their own moral compass, which they said was grounded in their upbringing, their religion, and their worldliness as global travellers. Part of this self-formation demanded the effort to maintain cooperative, if fleeting, relations whenever possible. It exemplified their continuous struggle to reconcile their own ethics, themselves dynamic and in the process of change, with the acts around them which, taken together, are constitutive of multinormativity.

The conundrums of living together discussed in no way refer to conviviality as a normative state of affairs of how living together should be. Rather, conviviality means the process of engaging and relating to the multiple hierarchies understood in complex, intersectional ways. Some speak of the co-constitution of conviviality and inequality and suggest marrying them into conviviality-inequality (Nobre and Costa, 2019; Costa, 2019). In Rio de Janeiro, I have been able to highlight modes in which people in the everyday draw from heterogeneous and intersecting normative repertoires to carry on, most of the time trying to comfort themselves in an otherwise discomforting and unpredictable middle ground between stability and crisis, coalition and friction. Multinormativity draws attention to how not only the everyday of contemporary unequal cities is about living with ethical contradictions. For those not in the position to impose their way, it is also about having to find equivalence where there seems to be none, obliged, willing and used to staying with the trouble. This changes the conception of the ethical and the normative. Instead of conceiving them as defined by stable constellations of rules, the ethical is always in process, intrinsically contradictory and unstable. Stable norms and values remain, if at all, as an aspiration for some, while for others they always present a coercive force, mainly there to exclude them.

Conclusions

Analysing how migrant newcomers understand and navigate the norms and values in the lifeworlds they inhabit, I have advanced in six moments. The first three moments contextualised the move from legal pluralism to multinormativity in pertinent conceptual developments that happened in parallel: Contextualising transnationalization within the debate about im/mobility, I firstly stressed that multinormativity should be conceived of as in-process. Taking mobility as a constant possibility, opens an analytical awareness for the uncertainties, cross-fertilizations, and changes occurring in everyday multinormativities. Secondly, it seems opportune for the debate of multinormativity, to recognise the constitution of selves-in-relation. As our lives are constituted at the confluences of a fractal web of relations, so is multinormativity. Thirdly, briefly reviewing some of the pertinent debate about ordinary ethics, in particular the challenges of judgement and self-formation, I made the case to include the ethical struggles of "ordinary" people into a broad conception of multinormativity. These debates are pivotal to understand the richness of the making and unmaking of ethical or normative lives.

The second three elements have intertwined the foregone conceptual considerations with some of my ethnographic findings from Rio de Janeiro to provide examples of how to unfold multinormativity that is confronted with the challenges of inequality and conviviality: Juxtaposing the experiences of Spaniards and Senegalese, the fourth moment has highlighted the plurality of the complex and changing navigations of normative frameworks imposed by the state. It has exemplified the most conventional way of addressing multinormativity in contexts of migration. The fifth moment has dived into the potential to challenge some of the worst inequalities manifest in contemporary urban hierarchies. Relying on religious and national idioms, my interlocutors from Senegal engaged in a delicate balancing act of solidarity and boundary making to revise

the least favourable relative positions attributed to them through ethical self-making. Finally, the conundrums of conviviality derive from living within a context of multinormativity in which ethical contradictions and discrepancies are omnipresent but still succumb the attempt to avoid utter social breakdown.

Bibliography

Barad, Karen (ed.) (2006). *Meeting the Universe Halfway*. Cambridge: Duke University Press.

Basch, Linda G.; Glick Schiller, Nina and Szanton Blanc, Cristina (1994). *Nations Unbound. Transnational Projects, Postcolonial Predicaments, and Deterritorialized Nation-states.* Amsterdam: Gordon and Breach.

Benhabib, Seyla (2003). *The Reluctant Modernism of Hannah Arendt*. Lanham: Rowman & Littlefield.

Camineiro Baggio, Roberta and Madrid Sartoretto, Laura (2019). O processo de construção do novo marco legal migratório no Brasil. Entre a ideologia da segurança nacional e o direito humano a migrar. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia, 24*(3), 27-59. https://doi.org/10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v24i31299

Costa, Sérgio (2019). The Neglected Nexus between Conviviality and Inequality. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 15-32. https://doi.org/10.25091/s01013300201900010003

Cresswell, Tim (2006). *On the Move. Mobility in the Modern Western World.* New York: Routledge.

Das, Veena (2010). Engaging the Life of the Other. Love and Everyday Life. In Michael Lambek (ed.), *Ordinary Ethics. Anthropology, Language, and Action* (pp. 376-399). New York: Fordham University Press.

Das, Veena (2015). What does Ordinary Ethics Look Like? In *Four Lectures on Ethics: Anthropological Perspectives* (pp. 53-126). Chicago: HAU Books.

De la Cadena, Marisol (2015). *Earth Beings. Ecologies of Practice across Andean Worlds*. Durham: Duke University Press.

Duve, Thomas (2017). Was ist "Multinormativität"? - Einführende Bemerkungen. *Rechtsgeschichte—Legal History*, *25*, 88-101. https://doi.org/10.12946/rg25/088-101

Fassin, Didier (2015). Troubled Waters. At the Confluence of Ethics and Politics. In *Four Lectures on Ethics: Anthropological Perspectives* (pp. 175-210). Chicago: HAU Books.

Feldman-Bianco, Bela (2018). O Brasil frente ao regime global de controle das migrações. Direitos humanos, securitização e violências. *TRAVESSIA — revista do migrante*, (83), 11-36.

Foucault, Michel (1997). *Ethics, Subjectivity and Truth. The Essential Works of Michel Foucault, 1954-1984.* New York: New Press.

Freemantle, Iriann y Landau, Loren B. (2022). Migration and the African Timespace Trap. More Europe for the World, Less World for Europe. *Geopolitics, 27*(3), 791-810. https://doi.org/10.1080/14650045.2020.1859479

Geschiere, Peter and Meyer, Birgit (1998). Globalization and Identity. Dialectics of Flow and Closure. *Development & Change*, *29*(4), 601-615.

Glick Schiller, Nina (2018). Theorising Transnational Migration in Our Times. *Nordic Journal of Migration Research, 8*(4), 201-212. https://doi.org/10.2478/njmr-2018-0032

Glick Schiller, Nina and Salazar, Noel B. (2013). Regimes of Mobility across the Globe. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, *39*(2), 183-200. https://doi.org/10.1080/1369183X.2013.723253

Heil, Tilmann (under review). Negão, angolano, africano? Sou senegalês, porra! Challenges to Senegalese Migration Ethics in Rio de Janeiro.

Heil, Tilmann (2018). Uma infraestrutura muçulmana de chegada no Rio de Janeiro. *REMHU: Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, *26*(52), 111-129. https://doi.org/10.1590/1980-85852503880005207

Heil, Tilmann (2020a). Alteridades migratórias atuais. Africanidade e europeidade em questão no Rio de Janeiro. *Brésil(s),* (3). https://doi.org/10.4000/bresils.8918.

Heil, Tilmann (2020b). *Comparing Conviviality. Living with Difference in Casamance and Catalonia*. Global Diversities. Basingstoke: Palgrave.

Heil, Tilmann (2020c). Conviviality on the Brink: Blackness, Africanness and Marginality in Rio de Janeiro. In Luciane Scarato, Fernando Baldraia y Maya Manzi (ed.), *Convivial Constellations in Latin America: From Colonial to Contemporary Times* (pp. 115-129). London: Routledge.

Heil, Tilmann (2020d). Post/colonial Reconfigurations. The Disregarded, Renewed Arrival of Spaniards in Rio de Janeiro. *Journal of Immigrant and Refugee Studies, 18*(3), 326-340. https://doi.org/10.1080/15562948.2020.1754994

Heil, Tilmann (2021a). Interweaving the Fabric of Urban Infrastructure. The Emergence of a Senegalese Presence in Rio de Janeiro. *International Journal of Urban and Regional Research, 45*(1), 133-149. https://doi.org/10.1111/1468-2427.12963.

Heil, Tilmann (2021b). Muslim-queer Encounters in Rio de Janeiro. Making Sense of Relative Positionalities. *Ethnography*, *22*(1), 31-50. https://doi.org/10.1177/1466138119859601

Lambek, Michael (2010a). Introduction. In Michael Lambek (ed.), *Ordinary Ethics: Anthropology, Language, and Action* (pp. 1-36). New York: Fordham University Press.

Lambek, Michael (ed.) (2010b). *Ordinary Ethics. Anthropology, Language, and Action.* New York: Fordham University Press.

Lambek, Michael (2015). Living as if it Mattered. En *Four lectures on ethics. Anthropological perspectives* (pp. 5-52). Chicago: HAU Books.

Lambek, Michael et al. (2015). *Four Lectures on Ethics. Anthropological Perspectives*. Chicago: HAU Books.

Lambert, Michael (2002). *Longing for Exile. Migration and the Making of a Translocal Community in Senegal, West Africa.* Portsmouth: Heinemann.

Landau, Loren B. (2014). Conviviality, Rights, and Conflict in Africa's Urban Estuaries. *Politics & Society, 42*(3), 359-380. https://doi.org/10.1177/0032329214543258

Mahmood, Saba (2005). *Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject.* Princeton: Princeton University Press.

Massey, Doreen B. (2007). *For Space.* Los Angeles: Sage.

Mattingly, Cheryl (2012). Two Virtue Ethics and the Anthropology of Morality. *Anthropological Theory*, *12*(2), 161-184.

Mattingly, Cheryl (2013). Moral Selves and Moral Scenes. Narrative Experiments in Everyday Life. *Ethnos*, *78*(3), 301-327. https://doi.org/10.1080/00141844.2012.691523

McFarlane, Colin (2009). Translocal Assemblages. Space, Power and Social Movements. *Geoforum*, *40*(4), 561-567. https://doi.org/10.1016/j.geoforum.2009.05.003.

Nobre, Marcos and Costa, Sérgio (2019). Introduction. Conviviality in Unequal Societies. A Proposal for Interdisciplinary Collaboration. *Novos Estudos Cebrap*, *38*(1), 9-13. https://doi.org/10.25091/s01013300201900010001

Petrus, Maria Regina (2001). *Emigrar de Angola e imigrar no Brasil. Jovens imigrantes angolanos no Rio de Janeiro. História(s), trajetórias e redes sociais* [Master thesis]. Universidade Federal do Rio de Janeiro, Brazil.

Ribeiro de Oliveira, Antonio Tadeu (2017). Nova lei brasileira de migração. Avanços, desafios e ameaças. *Revista Brasileira de Estudos de População, 34*(1), 171-179. https://doi.org/10.20947/S0102-3098a0010

Saunders, Doug (2010). *Arrival City. How the Largest Migration in History is Reshaping our World.* London: Windmill Books.

Strathern, Marilyn (2020). *Relations. An Anthropological Account.* Durham: Duke University Press.

Toledo de Souza, Fabrício (2012). Fuga como resistência. A pobreza criado excedentes. *Lugar comum*, (31), 103-111.

Urry, John (2000). *Sociology beyond Societies. Mobilities for the Twenty-first Century*. London: Routledge.

Urry, John (2007). *Mobilities.* Cambridge: Polity.

Vesting, Thomas (2018). Instituierte und konstituierte Normativität. Prozeduralisierung und multi-normative Systeme. In Tatjana Sheplyakova (ed.), *Prozeduralisierung des Rechts* (pp. 101-122). Tübingen: Mohr Siebeck.

Vigh, Henrik (2006). *Navigating Terrains of War. Youth and Soldiering in Guinea Bissau*. New York: Berghahn.

Wimmer, Andreas and Glick Schiller, Nina (2002). Methodological Nationalism and beyond. Nation-state Building, Migration and the Social Sciences. *Global Networks: A Journal of Transnational Affairs*, *2*(4), 301-334. https://doi.org/10.1111/1471-0374.00043

Wimmer, Andreas and Glick Schiller, Nina (2003). Methodological Nationalism, the Social Sciences, and the Study of Migration. An Essay in Historical Epistemology. *International Migration Review*, *37*(3), 576-610.

Conclusión / Conclusion

Multinormatividad
Más allá de la historia y del derecho

Agustín Casagrande
Universidad Nacional de La Plata

Doi: 10.54871/mc24pd1k

"En el fundamento de las ciencias humanas
hay una articulación con lo que ellas silencian".
(Michel de Certeau, *La debilidad de creer*)

Las cosas y las palabras: una disputa significante

La reflexión sobre la multinormatividad, la convivalidad, el pluralismo jurídico, pareciera derivar por momentos en una angustia que puede leerse en la traza de los diversos autores, quienes seleccionan estos significantes para intentar dar sentido al acontecimiento normativo del presente y del pasado. Dichos significantes funcionan, también, como un punto de sutura en torno a aquello que no se dice o que no termina de decirse-bien. Es decir, los diversos constructos lingüísticos, coinciden en el intento de rellenar un vacío conceptual ante experiencias que parecieran rehuir a su aprehensión por parte de la materia jurídica. Ese sentimiento de falta, pareciera convocar

una angustia significante. Ello se evidencia en los desacuerdos acerca de cómo llamar a ese *excedente* de acontecimientos normativos que no alcanzan a ser atrapados bajo la gramática del dispositivo del "derecho estatal formal-legal".

Esta experiencia exorbitante a los desfiladeros significantes que trazaban los caminos regios para comprender la materia jurídica, produjo un cruce renovado entre el derecho y las ciencias humanas. Es decir, ante esta fenomenología que asalta la mirada del otrora tranquilizador discurso jurídico-estatal, se ha buscado refugio en las ciencias sociales, recuperando para el derecho categorías tales como diversidad, singularidad, informalidad normativa, polifonía, autorregulación, etc. Esta pretensión, no obstante, dista de ser pacífica, observándose en las categorías epistemológicas una relación política, tanto al interior del campo jurídico universitario –en la disputa por el poder catedrático–, como en la gestión de las instituciones constitucionales. En ese contexto, el "derecho" de juristas pareciera resistirse a la torsión de sus sentidos comunes, que resultaría de la ampliación del campo significante. Por lo cual, pareciera continuar anclado en el concepto redondo de "Estado" (Schaub, 2004).

Esta disputa sociológica-jurídica se condensa en la duda que abrigan las palabras de Merry: "Why is it so difficult to find a Word for nonstate law? It is crearly difficult to define and circumscribe these forms of ordering" (Merry, 1988, pp. 878-879). Y, también, ya desde otra perspectiva, y frente a los casos de experiencias de países multiétnicos, multireligiosos y federalistas, José Rodríguez insiste en la necesidad de hallar un nombre para el "reconhecimento de que o que chamamos de "direito" tem natureza policêntrica e se desenvolve de acordo com gramáticas e centros de poder próprios, ou seja, jurisdiçôes próprias, diferentes do Poder Judiciário estatal" (Rodriguez, 2024). En ambos casos, el excedente de regulaciones se desmarca de las sombras que proyecta un concepto de derecho que funciona como expresión del dispositivo político de la modernidad: legalidad-estatalidad-soberanía (Duso, 1999).

A su vez, esa incertidumbre actual ha alentado, por otra parte, la búsqueda de experiencias pasadas donde esa anomalía era normalidad. Así, la historia ha sido materia privilegiada para recuperar otros modos de hacer justicia, en el intento por llenar ese vacío regulatorio. La historia del derecho, entonces, recupera un perfil crítico por su relación con el presente. Es que estas discusiones histórico-categoriales, refuerzan la hipótesis crítica que presenta a la historia jurídica como "política del derecho, historia mediante" (Vallejo, 2014, p. 83).

La cuestión posee sus agravantes, si se supera la mirada local del historiador jurídico y se incorpora la historia social de la justicia y de las instituciones de seguridad, para cuyos autores, la pregunta por saber ¿Qué "derecho" era aquel del pasado? ha sido siempre problemática. Ello, tal vez, porque a la hora de revisitar las fuentes del archivo se produce un *vuelo al ras*, que denota que, más allá de la declarada existencia de una sanción legislativa y punitiva monista (cuya frase por antonomasia es el monopolio legítimo de la violencia), la praxis remite a diversas normatividades: códigos de honor, preconceptos sociales, legislaciones del pasado, reglamentos policiales, doctrinas eclesiásticas, etc. Emerge un sistema que tiende a llamarse *informal* –por la traducción que opera el punto de capitón estatalista– pero que, a la hora de mirar las prácticas, se tornaba tanto o más operativo que una ley o una sentencia. Pero eso no solo se observa para la descripción del antiguo régimen sino, también, en el pasado reciente, que describe esta inercia jurídica bajo la categoría analítica de "pervivencia". Categoría esta, que respondería más eficientemente a una mirada historiográfica pretendidamente inerte a la teoría, que a una sociología jurídica más sensible a las respuestas rutinizadas de la praxis institucional. Sabiendo que estas respuestas operan también como un modo de hallar un lugar en ese otro judicial-administrativo. En una palabra, de pertenecer por el transcurso del tiempo, como una irónica prescripción adquisitiva de la subjetividad moldeada al calor institucional.

De allí, el encuentro de juristas e historiadores en torno a la multinormatividad, que no deja de operar dicotómicamente como "un concepto amplio e históricamente elástico" opuesto "al derecho" visto como rígido y estrecho (Speckman, 2024). Este cruce posee una dimensión sociológica para los investigadores, porque en dichos trazos se definen límites que definen elementos tribales de pertenencia académica (Barriera, 2019). Pero más allá de dicha tensión, articulada por el deseo de reconocimiento, la ganancia epistémica es destacada. Ello así, porque en la búsqueda de aquellos discursos –no menos normativos– que daban sentido a las prácticas, se disloca otra oposición que servía a los intereses tribales, pero que era menos profunda y que se articulaba como: "discursos vs. prácticas". De manera que, con la reflexión sobre la multinormatividad y el pluralismo jurídico, los hallazgos archiveros eluden la mera constatación de la inoperatividad de la norma que justificaba una tarea historiográfica reducida a una sentencia que rezaba "vean aquí el desvío de la práctica". En su lugar, se reclama ir un paso más allá de la constatación para moverse hacia la reconstrucción de esas normatividades alternativas que operaban detrás de las prácticas. Se desnaturaliza, así, el carácter arbitrario o convenientes –en términos económicos de estas últimas–, para renviarlas, en tanto que comportamientos de los actores, a otras dimensiones estructurantes: ya sea como *habitus* o como "mandato" de autoridad ya sea divina, moral, patriótica o fantástica, a un código social que implica también ilegalidades que estructuran la pertenencia a una comunidad, etc.

Ahora bien, el cruce entre historiadores y juristas, con puntos de encuentro antropológicos o sociológicos devuelve un cuestionamiento, que habita al debate categorial. Es que pareciera que no hay aún acuerdo acerca de cómo nombrar esas experiencias del pasado y del presente, y tampoco como controlar los efectos hacia el futuro que provoque la toma de partido. Aquí emerge una cuestión de niveles analíticos dependientes de los intereses de los campos: historia o derecho. Mientras que para la historiografía social el problema central se inscribe en las ventajas/desventajas del uso de una categoría

de multinormatividad, pluralismo, etc. –opuesta al derecho estatal-formal– con fines heurísticos de descripción; para los juristas y filósofos del derecho la inquietud los lleva a indagar sobre los efectos prácticos de reconocimiento de una normatividad extra-estatal, con efectos vinculantes, ante los usos distorsivos de aquellas "buenas intenciones" que abrigaron su militancia, mayormente centradas en el reconocimiento antropológico de una otredad. En la mira está, por ejemplo, la posibilidad de recurrir a un pluralismo jurídico no estatal por parte de las grandes empresas extractivas para eludir el límite de un derecho estatal (Krahmann, 2017). Es decir, sobreviene un sentimiento de culpa latente ante las evidencias que devuelve la historia en torno a los usos distorsivos de principios jurídicos operados por otras versiones, casi *per*versiones, que invierten los intereses que tuvo en miras el reclamo por una normatividad más allá del Estado.

Ley nocturna y obscena: códigos sociales y convivialidad

Retengamos un instante la reflexión de Thomas Duve (2024) y de Samuel Barbosa (2024) sobre el concepto de multinormatividad. En los dos primeros capítulos de este libro se aportan variadas explicaciones por las cuales se prefiere esta categoría analítica a la de "pluralismo jurídico". La primera es que, más allá de una difusión extendida del pluralismo jurídico y a su indeterminación semántica, pareciera que el mismo se mueve al interior de una crítica al monismo estatal, lo cual introduce una reflexión más concentrada sobre las fuentes jurídicas que sobre las prácticas. Esto reduciría la capacidad heurística sobre el quehacer de las instituciones en su regulación social, en su intento de gobernar o de producir una convivencia pacífica entre los hombres. No es gratuita, entonces, la destacada oposición –cara a la perspectiva del pluralismo– entre Kelsen y Ehrlich, quienes parecieran encarnar en la experiencia histórica, la cuestión teórico-jurídica. Consecuentemente, la apuesta por la multinormatividad permite radicalizar la dimensión regulatoria de

lo social, allende dicha pre-comprensión de la teoría jurídica. Con una ganancia, también, que involucra pensar en espacios oscuros, no menos convocantes para modelar las acciones de los hombres, que las declaraciones positivas de algunas almas bellas. Es que, en última instancia, en espacios de *conviviality/convivialidad* –es decir, sociabilidades en contexto de diferencias culturales de sociedades desiguales y con estructuras de poder asimétrica–, existen consensos frágiles que trascienden las leyes públicas, las costumbres ancestrales o las modas pasajeras.

En segundo lugar, si se toma a la letra su escrito cabe atender a un punto clave que reza que la multinormatividad "abre a un nivel más importante: las prácticas jurídicas y las normas detrás de las prácticas" (Duve, 2024). Este nivel, en esta lectura, es determinante. Ello, porque da lugar al estudio de regulaciones no explicitadas –pero no menos estructurantes de las prácticas que aquellas declaradas a viva voz. Estas normas, precisamente, por su opacidad, tienen mayor impacto regulador que el derecho en su dimensión pública– ya sea en su producción de costumbre, de reglamentos, etc. La multinormatividad abre, así, la puerta al estudio de los códigos sociales estructurantes de la convivialidad de los grupos, que incluyen normas grupales que soportan incluso las transgresiones de aquellas llamadas públicas, tanto por los actores jurídicos como por los actores en general. Se trata de traer a cuento unas reglas que por "ilegales" quedarían por fuera de la concepción del pluralismo jurídico –que busca traer a luz otras reglas, publicitarlas, darles un estatuto jurídico, reconocerlas–, pero que funcionan en la experiencia como sostén de un consenso social mínimo. Mucho más que las declaraciones justicieras basadas en un ideal humano.

Se lograría de este modo tocar los bordes oscuros, reprimidos, de la regulación social, la cual se compone de "la ley *nocturna*, obscena, que dobla y acompaña necesariamente, como una sombra, a la ley pública" (Zizek, 2021, p. 75). La propuesta de Duve permitiría, de ser radicalizada, postular que aquello que sostiene a las instituciones jurídico-políticas y sociales son códigos no explicitados que guían las

prácticas y condonan, incluso, la transgresión de la ley pública. Zizek lo pone en claros términos, a partir de la película *Cuestión de Honor* de Rob Reiner al decir, en referencia al "Código Rojo":

> Tal código debe permanecer oculto en la protección de la noche, irreconocido, innombrable –en público todos fingen no saber nada al respecto, o incluso niegan activamente su existencia. Representa el "espíritu de la comunidade" en su forma más pura, ejerciendo la máxima presión para que el individuo siga el mandato de la identificación con el grupo. (Zizek, 2021, p. 75)

Como bien lo advierte Duve, a partir de un trabajo sobre la policía de Dewey y Miguens, no se trata solo de interacción entre derecho y normas informales sino también de la convivencia con las prácticas "ilegales" (Duve, 2024). Esta lectura pretende llevar a los límites dicha aseveración, dado que no es solo en cuanto ilegales, sino que, precisamente, es por ser ilegales que son normativas y estructurantes. Esto lo demuestra muy bien el trabajo de Elisa Speckman, contenido en este libro, donde el código de honor en la prohibida práctica del duelo es el sostén de una comunidad de elite. No es en la alteridad normativa, en su convivencia, sino en el desafío al derecho formal donde se impone la mirada de mundo, que sostiene otra normatividad, y que, para decirlo todo, da lugar a la *distinción* que los enuclea. A partir de estas ideas que decantan del uso radical del concepto de multinormatividad cabe preguntar ¿hasta qué punto puede la historia del derecho ingresar en esos otros regímenes prácticos –oscuramente fundados en una transgresión– que sostienen los códigos sociales? Si, es claro que puede referirse a las prácticas, por ejemplo, de la *Maffia*, ¿cuál sería el nivel de implicación en el auto-análisis de las prácticas de los actores jurídicos?, En fin, ¿cuáles serían las transgresiones que hacen al oscuro "código de conducta" que enuclea a los jueces, ministros, policías, profesores de derecho, etc.? Esta sería una versión no "light", como bien tematiza Armando Guevara Gil (2024), sino tomar la radicalidad de la multinormatividad más allá del deber ser, tocando *aquello* que organiza los modos de goce de una

comunidad, lo cual involucra por reflejo la denigración, la agresividad, el asco. De allí, que más allá de la historia o la sociología, el psicoanálisis puede mostrar el lado coagulante que posee el odio a los modos de goce de otras comunidades, etc. (Miller, 2017, pp. 48, 53-54). La perspectiva *strong* de la multinormatividad permite comprender que la vida social, también, está basada en normas que vehiculan la agresividad y el odio, la paranoia y la oscuridad de los códigos y que, en última instancia, también son guías de las prácticas.

Pensar la multinormatividad desde esta perspectiva también impacta en la temporalización histórica, dado que el presente parece devolver en la mirada sin velos de sujetos sin identificación, sin ideales de yo o superyó, que modulen su consumo, la imposibilidad de habitar un código transgresor sin volverlo explícito por las redes sociales. Esa confusión ¿es sintomática de una desaparición de convivencias comunitarias basadas en la lógica del código? ¿Cómo se puede pensar dicho "guiño" a la transgresión en sociedades pre-modernas? ¿Es tan solo un efecto de sentido de la modernidad jurídico-política y la idea de la transparencia legal? Llegado a este punto, también, cabe pensar en la tendencia a la transgresión como voluntad de pertenencia a un espacio institucional o a una comunidad política.[1]

Estas dimensiones multifacéticas se pueden encontrar en la experiencia antropológica en tanto los diferentes modos de adaptación, de construcción-de-sí, que introduce Tilmann Heil (2024). En su texto no solo se invoca una relación entre la inmigración senegalesa y española en Río de Janeiro con respecto a la estatalidad. Más bien, se dibujan las inconsistencias entre los prejuzgamientos sociales en la rotulación de los inmigrantes y los rechazos a las prácticas locales

[1] Podría pensarse que esta hipótesis es una inversión del estudio de Carlos S. Nino, "Un país al margen de la ley" (Nino, 2023) que utiliza la teoría de Durkheim de la anomia para explicar las conductas sin anclaje en la ley pública. Esto implica desconocer el mundo del "guiño" argentino en una sociedad construida mediante prácticas de transgresión, como manera de inserción en la comunidad. No sería anomia, sino una *alternomia* –para construir un neologismo–, aquello que moviliza los comportamientos sociales. Es que solo al conocer el código secreto y participardel mismo, se lograría la plena incorporación a las instituciones jurídico-políticas.

por parte de la práctica ética de quienes arriban a Brasil. No se trata allí de una ética fundada en un problema del bien, porque como expresa el autor, de lo que se trata es de comprender los marcos praxeológicos que reconocen las complejidades e inconsistencias de las intenciones y acciones humanas. Inconsistencias que hacen norma y que desplazan la relación con un saber separado de la experiencia, donde cada actor encuentra marcos para errar, de manera singular, en la vida –por más comunitaria que se plantee.

En el mismo sentido puede leerse la interpretación de Samuel Barbosa, en torno a la forma de producir derecho, la cual tiene en mira a la práctica jurídica que reúne saberes múltiples –no exclusivamente letrados, universitarios. Ese gesto lo lleva a proponer una lectura de multinormatividad que va más allá de la constatación de fuentes jurídicas, proponiendo, en su lugar, a la normatividad como una composición efectuada mediante un saber hacer con los textos con capacidad impositiva. Esto se observa en el uso pragmático de herramientas jurídicas que van desde brocardos hasta los usos del pasado para legitimar y *performar* las soluciones jurídicas (Barbosa, 2024). Esto lo lleva a postular una historia de los saberes normativos que ejemplifica con casos que no solo responden al antiguo régimen sino también al siglo XIX y a la actualidad.

Forclusión, represión, historia: entre huellas y borramientos

Que los autores de teoría jurídica que intervienen en el debate internacional discutan sobre el mejor neologismo para enfrentar el excedente estatalista –"pluralismo jurídico" o "multinormatividad"– no es un dato menor. Por un lado, la motivación por producir un neologismo ha sido vista por los historiadores jurídicos como la consecuencia de la oclusión de una experiencia proveniente del pasado, que no obstante no ser tematizada o presentada como una desviación de la norma, seguía pujante en las prácticas sociales. De manera que el efecto de censura que resulta de la instauración del proyecto

jurídico de la modernidad, no alcanzó a cubrir suficientemente los modos de regulación de las sociedades –sobre todo de los espacios periféricos. Por otra parte, los neologismos intentan desbaratar las miradas políticas que ven en estos fenómenos –excedentes de la matriz estatalista– *una novedad* que debe ser extirpada rotulándola como criminal. De allí, que las formas de autorregulación, de multinormatividad, de convivencia extra-estatal buscan reconocer experiencias más allá de su condición exceso novedoso, pasible de ser borrado, controlado, reprimido. La consecuencia ha sido el rescate de aquellas "presencias olvidadas" que atravesaron –invisibilizadas– la peripecia gubernamental del Estado (De Certeau, 2006, p. 208).

Por lo tanto, la condición de posibilidad para la emergencia del neologismo –y su disputa actual– es una oclusión de las experiencias del pasado y el deseo de su rescate. La pregunta, entonces, se dirige no solamente a encontrar el significante que mejor sintetice la apuesta epistémica. Cabe también, y previamente, sustentar una hipótesis en torno al fenómeno mismo de invisibilización de las alteridades que motiva políticamente el uso de la categoría. En tanto que se estaría ante un vacío aparentemente no tematizable, puede preguntarse si la operación de invisibilización de la modernidad jurídica-estatal implicó una represión o una forclusión de la historia pasada. El recurso a categorías psicoanalíticas no es exclusivo del campo freudiano, también es patrimonio de la historiografía en su rol epistémico. Y se vuelve fundamental para pensar la segunda parte de este libro que implica el rescate de [*Hi*]*storias*.

Del lado de la represión como dispositivo de invisibilización, la propuesta de Michel de Certeau es por demás interesante. No se trataría de un ocultamiento de tópicos, de sujetos, de comunidades, sino más bien de un proceso que ocurre a nivel discursivo. En ese sentido, se trata de comprender las "evidencias" que resultan de "una lenta estructuración" de los universos simbólicos que cuadran lo real. Esta dimensión se ve claramente expresada en los estudios clásicos del derecho que reenvían a la dimensión de la "excepción", de la "violência", de la "ilegalidade", aquellas prácticas que se guiaban,

por normas diferentes de las naturalizadas por el saber jurídico-político. De esta forma, no se trata de un silencio, de un agujero en el orden simbólico, sino más bien de un desplazamiento a otros discursos –externos a lo jurídico, y que suturaban el vacío legal. Ese desborde narrativo externo a lo jurídico, y como tal inexistente para el derecho, construía las bases de prácticas regulatorias no menos normativas que el derecho mismo. Locos, niños, razas, anarquistas, extranjeros, mujeres se reprimían –en el sentido de olvido– por el derecho cuanto más se hablaba de dichos grupos por otros discursos no jurídicos: "al parecer, es tanto más introducido en el lenguaje como un objeto cuanto más excluido está de la ciudad como sujeto" (De Certeau, 2006, p. 209).

En esta tónica puede comprenderse la lectura de la represión política en Brasil propuesta por Raquel Sirotti (2024), quien critica los reduccionismos historiográficos que observan las normas que guían las prácticas represivas como excepciones, o simplemente fuera de la ley, sin considerar que es en el cruce de límites entre jurisdicciones, casos, conceptos donde se produce la regulación social. Así, se atiende tanto a la producción normativa policial como también al rol de la prensa como vehículo de debate jurídico. Estos discursos normativos no reconocibles por la mirada estatalista-jurídica son también materiales para el estudio de Osvaldo Barreneche. En el trabajo sobre la justicia criminal en el período de transición de la primera mitad del siglo XIX argentino, se propone ir más allá de las normas expresas, o la cita de las costumbres, en disputa entre el antiguo régimen y el nuevo lenguaje liberal que afloraba en el Río de la Plata. En su lugar, reconstruye una multinormatividad "con rostro humano", donde la constelación de soluciones posibles, que provenían tanto del palimpsesto tradicional como de los recursos particulares de los actores, componiendo el universo de soluciones posibles más allá de la normativa. Es decir, trascendiendo lo que bajo la categoría de pluralismo jurídico se podría atender (Barreneche, 2024). Lo que tienen en común estos aportes es la búsqueda de otros repertorios normativos, que superan la mirada jurídica tradicional. Encuentran huellas que

sirven al rescate de experiencias pasadas, sin juzgarlas con categorías del presente, evitando no solo el anacronismo sino también la rotulación excepcional mediante su integración en las prácticas de los actores.

La multinormativad en la historia permite canalizar las demandas que surgen de un "retorno de lo reprimido" por el discurso jurídico-estatal. Así, más allá de los colectivos que retoman su voz se encuentra la barrera que levanta el presupuesto del juzgamiento de prácticas como meramente ilegales sin rescatar esa estructura última que las sostenía. Pero esta conciencia del vacío producido por el discurso jurídico estatal o pluralista –basado en la función normativa del bien– da lugar a una radicalización de la multinormatividad que extiende su campo no solo a los acontecimientos que han dejado sus huellas, sino también al rescate de las experiencias que buscan ser borradas radicalmente. Se está aquí en el campo de la *forclusión*.

En este punto, puede guiarnos la extrapolación del concepto lacaniano de *forclusión* al campo de lo social-histórico, realizada por Gérard Wajcman. En *El objeto del siglo* recurre a dicho concepto para explicar el proceso de *borramiento* –su intento al menos– en las políticas de la historia. En el trabajo sobre los campos de concentración indica que el siglo XX produjo un intento de alcanzar un "crimen perfecto"; no siendo este el que queda impune, sino "aquel del que nadie sabrá jamás que tuvo lugar" (Wajcman, 2001, p. 20).[2] Sin huellas. La cita extensa se justifica por la riqueza del contenido:

> Para orientarse en semejante mecanismo de borradura absoluto podría apelarse a la noción de *forclusión*, tomada de Lacan. Distinguida de la represión, olvido que deja huellas, olvido del tiempo de las ruinas, esto nombra una "abolición" radical, la negatividad absoluta de "lo que no surgió a la luz de lo simbólico", de lo que "sale al cruce de toda manifestación del orden simbólico". Sin palabra. Lo que sale,

[2] Se trata, en sus propias palabras, de "forjar una memoria que no dice 'ya no me acuerdo', sino impecable, sin mancha, sin sombra, que por el contrario se acuerda sin cesar de todo: que 'nada tuvo lugar nunca'. 'Allí nunca hubo nada'. Invención de la memoria virgen. Sin huella" (Wajcman, 2001, p. 20).

> pues, al cruce de toda reminiscencia, porque no deja, en lugar de huella, más que una "hiancia". Un agujero. (Wajcman, 2001, p. 20)

La categoría de multinormatividad –*in strong sense*– puede alcanzar incluso a aquellas normatividades que vehicularon prácticas de eliminación radical, borramiento de acontecimientos, de los agujeros planificados, de la borradura sistemática que deja un agujero en lo simbólico, sin posibilidad de reminiscencia. Con la forclusión se retoma, el sentido fuerte de multinormatividad en el campo de la práctica historiográfica, pudiendo mirar no solo a las fuentes sino, también, y, sobre todo, a los dispositivos de borramiento que fungen como una normatividad de una comunidad, un código oscuro de grupo. Esta dimensión valdría como objeto de estudio en sí, incluso antes de acceder al evento que se intentó abolir radicalmente. Este sentido fuerte puede incluso tocar críticamente la práctica historiográfica en su función normativo-selectiva más allá del derecho.[3] Si bien, los artículos historiográficos de este volumen se enuclean bajo la práctica de recuperación de experiencias que dejaron sus huellas, no es banal inquirir sobre aquello que "*fail to figure*" en las reconstrucciones historiográficas.[4] Sobre todo teniendo en miras los intentos de borradura de los crímenes cometidos por las dictaduras latinoamericanas y europeas, los delitos de guerra, el exterminio de los pueblos originarios, ya sea mediante silencios o narrativas delirantes; estas últimas indicios de un malestar ante el retorno de lo forcluído en lo real.[5]

[3] Un ejemplo de la forclusión en la historia se presenta en las preguntas que se realiza Jan Gross en su reconstrucción de la masacre de Jedwabne al preguntarse: "How did this event figure (or, rather, fail to figure) in the consciousness of historians of the war period — myself included? How did the population of Jedwabne live for three generations with the knowledge of these murders?" (Gross, 2000, p. 22). En la interjección "fail to figure" se dibuja un agujero, resultado de la borradura radical, que supone la forclusión en la historia.

[4] En la primera parte del texto de José Rodriguez (2024) a partir de una reconstrucción de memoria familiar puede leerse una demanda ante eventos "violentos" que fueron precisamente "negligenciados" por la historiografía brasilera.

[5] Un ejemplo reciente de un delirio colectivo se observó en la discusión mediática sobre si los mapuches en la Argentina contemporánea que involucró a empresarios,

Tal vez, la multinormatividad permita ver que la práctica de la borradura compone una normatividad que guía a los actores tanto en el ocultamiento, en los silencios, etc. ¿Qué discursos guían las prácticas de ocultamiento en las instituciones –ya sean científicas, políticas, policiales, judiciales, privadas? Finalmente, esta pregunta por su radicalidad resuena en una forma de forclusión contemporánea que ha cobrado un nombre paradójico: "cultura de cancelación". Esta praxis social-policial, que busca una desaparición radical del otro mediante un silencio sobre su existencia, puede ser investigada en tanto que es una forma de normatividad social. En vista de ser más potente, más limitadora, en su rasgo de ferocidad y obscenidad, que las normas públicas estatales o privadas, merece un estudio sistemático, de los nuevos modos de regulación de la convivialidad totalitaria.

Multinormatividad y convivialidad: de la historia a la filosofía jurídica

Para comprender los vasos conectores entre historia y filosofía jurídica, resulta de utilidad permanecer con el concepto de *forclusión*. La *forclusión* fue elaborada por Lacan a partir de un concepto jurídico. Fue, en sus inicios, pensada en referencia a la *perclusión* de instancia que desestimaba, en la decisión judicial, el ingreso en el "asunto jurídico" en sí, por el paso del tiempo. De este modo, mediante una analogía jurídica, se revitalizaba el uso de *Verwerfung*, proveniente de Freud, como una desestimación de los significantes por el sujeto, los cuales, al no llegar a simbolizarse, retornaban de lo real a la manera de un delirio. Pero, dicha apropiación conceptual no fue

políticos y periodistas –dejando afuera a los académicos, pueblos originarios y miembros de organizaciones civiles: son argentinos o chilenos (¿?), o si son terroristas miembros de la ETA (¿?). En ese sentido, cabe preguntarse ¿Cuáles fueron las normas que movilizaron al borramiento radical de la experiencia de los pueblos originarios en la Patagonia argentina?

exclusiva del psicoanálisis. El verbo puede, también, hallarse en la teoría político-jurídica de principios del siglo XX. La referencia que aquí interesa refiere a un pasaje de Carl Schmitt, mediante el cual se intentaba caracterizar la *operación* instauradora de la modernidad. Decía Carl Schmitt en la *Teología Política:* "Der Rationalismus der Aufklärung verwarf den Ausnahmefall in jeder Form" (Schmitt, 2015, p. 43). El verbo en cuestión *verwarf* –en pasado– fue traducido como "no admisión". Así, la traducción española de dicha sentencia fue: "el racionalismo de la época de la ilustración *no admite* el caso excepcional en ninguna de sus formas" (Schmitt, 2009, p. 37). La operación verbal del alemán merece una modalización negativa en castellano. Esa operación de *Verwerfung* interesaba a Schmitt por el impedimento de pensar "el caso excepcional", pero también puede servir para comprender la instauración del derecho moderno con una pretensión de borramiento de toda otra forma jurídica que no se adaptase sus principios. Lo que aquí interesa, entonces, es el modo en que la institución de un orden de saber produce una "mitología jurídica" –para utilizar la caracterización de Paolo Grossi– que explica una fisiología lógica del derecho, al tiempo que ocluye experiencias que quedan por fuera de dicho radar pre-comprensivo. Un agujero plenamente jurídico.

Este agujero jurídico, que compone el derecho moderno, es una operación forclusiva de historia –*una no admisión*– que se produce mediante la institución de la lógica del derecho: la racionalidad jurídica moderna. Los efectos son una oclusión de la violencia inaugural que está a la base de su institución originaria –tarea de la historia exaltadora del derecho; pero que no logra erradicar una violencia que se actualiza en cada acto jurídico. En cuanto a la multinormatividad, el derecho moderno ha caracterizado a los modos de regulación y convivencia previos como un *Nichtrecht (no-derecho)*, y, por lo tanto, reenviados a una dimensión de vacío. De allí, que todo lo que no sea reconocido por el derecho puede ser rotulado como "arbitrário". Desconocimiento radical. No-admisión/Forclusión. Este punto puede destacarse en el trabajo de José Rodriguez en la caracterización

de regiones –la Amazonia– que son tenidas como *vacías* por parte del Estado brasilero. Precisamente, por no ser admitidas como integrantes del derecho vigente instaurado por el dispositivo jurídico político de la modernidad las experiencias de los actores se borran consolidando agujeros en lo simbólico. No por nada se recurre al concepto de "desierto", "vacío", etc. Esta vacancia a su vez, es el presupuesto para reclamar un "llenado" de contenido moderno, es decir: una condición de posibilidad para el despliegue de las formas de expropiación de las comunidades originarias por inexistentes. Modernización, universalización, etc. se vuelven significantes de una oscura racionalidad más allá de su semantización pro-positiva.

Pero el razonamiento permite ir más allá. No se trata de una mera experiencia histórica, es la operación de sentido que bordea al *Kern* de la ciencia jurídica moderna. Siguiendo una propuesta de Rodriguez (2024) puede señalarse que la no tematización de la dimensión colonial del derecho en Latinoamérica hace que la demanda de una pluralidad de normas muchas veces caiga más por el lado de un reforzamiento de las dimensiones de violencia originaria que del lado de "interacciones democráticas". En esta línea, prefiero recorrer un camino diverso de análisis. Creo oportuno, entonces, recordar lo señalado por Christoph Menke: "en cada acto de conservación del derecho se produce una repetición [*Wiederholung*] de la violencia original" (Menke, 2015, p. 404). En esta apuesta de una multinormatividad radical, la crítica del derecho descansa en que es en la lógica del razonamiento jurídico –abstracción y demarcación entre Derecho y no-derecho– donde se esconde la dimensión violenta. De allí que la *Selbstreflexion* del derecho puede ser caracterizada como una actualización de la operación de forclusión de otras experiencias normativas, que son borradas por la desestimación en tanto que los actores con poder de decisión las rotula como no-jurídicas.

Atendiendo a la praxis de nuestros juristas contemporáneos: ¿Hasta dónde puede llegar el razonamiento jurídico –fundado en la seguridad propia– para aprehender otros modos de organizar la convivencia? ¿Puede fundarse un derecho de convivialidad

multinormativo desde las fauces del derecho moderno estatal? Estas dudas se desprenden de un endurecimiento de la formalización jurídica. La función conservadora del derecho, materializada en el razonamiento jurídico, se autoimpone una limitación para la aprehensión de un objeto que exorbita a su propia definición material. De allí que la violencia sea la misma *forma* del derecho y no su contenido. A la forma de derecho se suma que el sostén de esta abstracción termina siendo el *semblante* del jurista contemporáneo; quien, ante el vacío estructural a su disciplina, invierte su trabajo una degradación de lo simbólico a lo imaginario, que refuerza la agresividad de *sus formas*.

Bibliografía

Barbosa, Samuel (2024). A diferença da multinormatividade. En Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (Eds.), *Multiplicidad normativa*. Buenos Aires: Mecila/CLACSO. [En este volumen].

Barreneche, Osvaldo (2024). Multinormatividad, justicia criminal y orden policial en Buenos Aires durante las primeras décadas del siglo XIX. En Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (Eds.), *Multiplicidad normativa*. Buenos Aires: Mecila/CLACSO. [En este volumen].

Barriera, Darío (2019). *Historia y justicia. Cultura, política y sociedad en el Río de la Plata (siglos XVI-XIX)*. Buenos Aires: Prometeo.

De Certeau, Michel (2006). *La debilidad de creer*. Buenos Aires: Katz.

Duso, Giuseppe (1999). *La lógica del potere. Storia concettuale come filosofía política*. Bari: Laterza.

Duve, Thomas (2024). O que é "multinormatividade"? – Observações introdutórias. En Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (Eds.), *Multiplicidad normativa*. Buenos Aires: Mecila/CLACSO. [En este volumen].

Guevara Gil, Armando (2024). Multinormatividad y pluralismo legal: vasos comunicantes. En Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (Eds.), *Multiplicidad normativa*. Buenos Aires: Mecila/CLACSO. [En este volumen].

Gross, Jan (2000). *Neighbors. The Destruction of the Jewish Community in Jedwabne, Poland*. New Jersey: Princeton University Press.

Heil, Tilmann (2024). Multinormatividad en la vida cotidiana. Cómo los inmigrantes recién llegados navegan entre normas y valores en Río de Janeiro en el siglo XXI. En Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (Eds.), *Multiplicidad normativa*. Buenos Aires: Mecila/CLACSO. [En este volumen].

Krahmann, Elke (2017). Legitimizing Private Actors in Global Governance: From Performance to Performativity. *Politics and Governance*, *5*(1), 54-62.

Menke, Christoph (2015). *Kritik der Rechte*. Berlín: Suhrkamp.

Merry, Sally E. (1988). Legal Pluralism. *Law & Society Review*, *22*(5), 869-896.

Miller, Jacques-Alain (2017). *Extimidad.* Buenos Aires: Paidós.

Nino, Carlos (2023). *Un país al margen de la ley*. Buenos Aires: Siglo XXI.

Rodriguez, José Rodrigo (2024). Para uma filosofia do direito multinormativa e convivial. En Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (Eds.), *Multiplicidad normativa*. Buenos Aires: Mecila/CLACSO. [En este volumen].

Schaub, Jean-Fréderic (2004). Sobre el concepto de estado. *Historia Contemporánea*, (28), 47-51.

Schmitt, Carl (2009). *Teología Política*. Madrid: Trotta.

Schmitt, Carl (2015). *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Berlín: Duncker y Humboldt.

Sirotti, Raquel (2024). A repressão de conflitos políticos e suas multinormatividades. Brasil, 1889-1930. En Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (Eds.), *Multiplicidad normativa*. Buenos Aires: Mecila/CLACSO. [En este volumen].

Speckman Guerra, Elisa (2024). Manifestaciones de la multinormatividad en la historia de México. En Samuel Barbosa, Osvaldo Barreneche y Tilmann Heil (Eds.), *Multiplicidad normativa*. Buenos Aires: Mecila/CLACSO. [En este volumen].

Vallejo, Jesús (2014). *Maneras y motivos en la historia del derecho*. Madrid: Universidad Carlos III.

Wajcman, Gérard (2001). *El objeto del siglo*. Buenos Aires: Amorrortu.

Zizek, Slavoj (2021). *El acoso de las fantasías*. Ciudad de México: Siglo XXI.

Sobre las autoras y los autores

Agustín Casagrande es doctor y magister en ciencias sociales por la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata. Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la misma universidad. Profesor ordinario de sociología jurídica de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Investigador asociado del Instituto Max Planck de Historia y Teoría del Derecho (2018-2023). Profesor de historia del derecho occidental de la carrera de historia (UNSAM). Entre sus últimas publicaciones se encuentran: *Gobierno de justicia, poder de policía. La construcción económica del orden social en Buenos Aires (1776-1829)* (Tirant lo Blanch, 2019); "The Concept of Estado de Derecho in the History of Argentinean Constitutionalism (1860-2015)" (*Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 2018).

Armando Guevara Gil. Abogado (PUCP, Lima), magíster en antropología cultural (UW-Madison) y doctor en derecho (Universiteit van Amsterdam). Es rector de la Universidad para el Desarrollo Andino, profesor de la Universidad de Ciencias Aplicadas (Lima), investigador asociado, Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie (2021-2023) e investigador visitante, Käte Hamburger Kolleg, Legal Unity and Pluralism (Universität Münster, 2023). Libros publicados: *Propiedad agraria y derecho colonial* (Fondo Editorial PUCP, 1993); *Diversidad y complejidad legal* (Fondo Editorial PUCP, 2009);

Out of the Mainstream: Water Rights, Politics and Identity (Routledge, 2010, coeditor); *El derecho y la gestión local del agua en Santa Rosa de Ocopa, Junín, Perú* (Autoridad Nacional del Agua, 2013); y *El derecho de aguas en el Perú* (5 volúmenes, 2014-2019, coeditor). Artículos recientes: "Anthropological Expertise in the Peruvian Intercultural Justice Project" (en Katayoun Alidadi et al. (ed.), *Redesigning Justice for Plural Societies: Case Studies of Minority Accommodation from around the Globe*, Routledge, 2023, coautor); "Indigenous Peoples, Identity and Free, Prior, and Informed Consultation in Latin America" (en Marie-Claire Foblets et al. (ed.), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, 2022); y "Mineralizing the Right to Prior Consultation" (*Global Jurist*, 2019, coautor). En prensa: "Monist or Pluralist Legal Tradition in 19th Century Peru?" (2024).

Elisa Speckman-Guerra, doctora en derecho por la UNAM y doctora en historia por el Colegio de México, es directora e investigadora del Instituto de Investigaciones Históricas de la UNAM, así como miembro del Sistema Nacional de Investigadores, la Academia Mexicana de la Historia, la Academia Mexicana de Ciencias Penales y la Academia Mexicana de Ciencias e investigadora asociada de Mecila. Se ha especializado en la historia del derecho penal, la cultura jurídica y la impartición de justicia. Entre sus obras destacan *En tela de juicio. Justicia penal, homicidios célebres y opinión pública (México, siglo XX)* (Tirant lo Blanch, 2020); *"El derecho a vivir como una mujer amante y amada". Nydia Camargo, su crimen y su juicio (México, década de 1920)"* (El Colegio de México, 2019); *Del Tigre de Santa Julia, la princesa italiana y otras historias* (UNAM, 2014); y *Crimen y castigo. Legislacion penal, interpertaciones de la criminalidad y administration de justicia, Ciudad De Mexico, 1872-1910* (El Colegio de México, 2007). Ha coordinado varios libros, el más reciente es *Horrorosísimos crímenes y ejemplares castigos. Una historia sociocultural del crimen, la justicia y el castigo (México, siglos XIX y XX)* (Editorial UAA, 2018). Ha recibido premios, entre ellos, dos otorgados por la Academia Mexicana de Ciencias (a la investigación en humanidades y la tesis de doctorado),

reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz otorgado por la UNAM, premio Mauss a la tesis de maestría y dos menciones del Comité Mexicano de Ciencias Históricas por artículos en revistas.

José Rodrigo Rodriguez posee un máster en derecho por la Universidade de São Paulo (USP) y un doctorado en filosofía por la Universidade de Campinas (UNICAMP), ambas en Brasil. Es profesor de derecho en la Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS), investigador en el Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP) e investigador asociado de Mecila. Fue investigador visitante en el Instituto Latinoamericano de la Freie Universität Berlin y profesor invitado en teoría jurídica en el departamento de derecho de la Goethe Universität Frankfurt. Es autor de *Páginas livres* (Liber Ars, 2022), *Direito das lutas* (Liber Ars, 2019), *Como decidem as cortes* (FGV, 2013), libro que ganó el Prêmio Jabuti, y *Fuga do direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann* (Saraiva, 2009).

Osvaldo Barreneche es profesor de historia por la Universidad Nacional de La Plata, magíster y doctor en historia por la Universidad de Arizona. Profesor titular ordinario de historia de América Latina en la Facultad de Humanidades y Ciencias de la Educación de la Universidad Nacional de La Plata, investigador principal del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas de la Argentina) e investigador asociado de Mecila. Ha sido becario de JICA (Japan International Cooperation Agency) en 1999 y 2000 y de la Comisión Fulbright como Scholar in Residence (St. Phillip´s College) en 2002-2003, investigador visitante en el Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie en 2018 e investigador visitante en la Universidad La Sapienza y la Universität zu Köln en 2022. Sus líneas de investigación y publicaciones se centran en la historia de la justicia criminal y las instituciones de seguridad en Argentina y América Latina.

Raquel R. Sirotti es investigadora posdoctoral en el Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie y coordinadora del grupo de investigación "Dependencias mutuas y producción normativa en África" en el Centro de Estudios de Dependencia y Esclavitud de Bonn. Es licenciada en derecho por la Universidade Estadual de Maringá, máster en teoría e historia del derecho por la Universidade Federal de Santa Catarina y doctora en derecho por la Goethe Universität. Sus investigaciones cubren la historia del derecho penal entre los siglos XIX y XX, con especial enfoque en la criminalización de los conflictos políticos en Brasil. En su proyecto de investigación actual, aborda la relación entre trabajo, castigo y gobernanza en Mozambique en la era post-Berlín.

Samuel Barbosa es profesor de derecho en la Facultad de Derecho de la Universidade de São Paulo (USP) e investigador principal de Mecila. Fue presidente del Instituto Brasileiro de História do Direito (IBHD) entre 2016 y 2019. Es uno de los coordinadores de la Rede de História do Direito, con sede en el Instituto de Estudios Brasileiros (IEB-USP). Tiene un doctorado por la Facultad de Derecho de la USP y un máster en ciencias de la religión y Antiguo Testamento por la Universidad Metodista de São Paulo. Realizó el posdoctorado y fue investigador visitante en diversas ocasiones en el Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie. Sus investigaciones se centran en la formación multisituada de órdenes normativas y sus conflictos. Publicó, entre otros trabajos, *Direitos dos povos indígenas em disputa* (con Manuela Carneiro da Cunha, Editora Unesp, 2018).

Tilmann Heil es doctor en antropología social y cultural y máster (de investigación) por la University of Oxford. Es docente universitário del departamento de historia ibérica y latinoamericana de la Universität zu Köln, e investigador postdoctoral en Mecila. Es investigador principal del Centro de Estudios del Sur Global de la Universität zu Köln, y docente asociado del departamento de antropología. Hasta 2020, fue becario FWO Marie Sklodowska-Curie en

la Katholieke Universiteit Leuven. Su actual proyecto de investigación "Alianzas urbanas" trata de las aproximaciones políticas y las luchas compartidas entre residentes de Río de Janeiro y São Paulo. Entre sus publicaciones más recientes figuran *Comparing conviviality. Living with difference in Casamance and Catalonia* (Palgrave, 2020), "Interweaving the fabric of urban infrastructure" (*IJURR*, 2021), y "Deromanticising Integration" (con Fran Meissner, *Migration Studies*, 2021).

Thomas Duve. Desde 2010, ha sido director en el Max-Planck-Institut für Rechtsgeschichte und Rechtstheorie, así como profesor de historia jurídica comparada en la Facultad de Derecho de la Goethe-Universität Frankfurt. Estudió en las universidades de Heidelberg, Buenos Aires y Múnich. Obtuvo su doctorado en 1997 y en 2005 obtuvo su habilitación para enseñar derecho civil, historia del derecho alemán, derecho comparado histórico, derecho canónico y filosofía del derecho. Entre 2005 y 2009, fue profesor de historia del derecho en la Facultad de Derecho y profesor de historia del derecho canónico en la Facultad de Derecho Canónico de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), además de ser miembro del consejo directivo del Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho, Buenos Aires. Thomas Duve es editor (o coeditor) de numerosas revistas académicas y series de publicaciones, y miembro de muchas asociaciones académicas, academias científicas y cooperaciones de investigación.

Dentro de un campo interdisciplinario preocupado por la constitución histórica y presente de los fundamentos normativos y legales de las sociedades en América Latina, las contribuciones a este libro abordan un doble desafío: uno, la relación de la multinormatividad con su contraparte conceptual más extendida del pluralismo jurídico, y dos, las posibilidades de la interacción conceptual entre la multinormatividad y la convivialidad. ¿Contribuye la multinormatividad genuinamente con algo nuevo en comparación con el concepto más extendido de pluralismo jurídico? ¿Cómo interviene la multinormatividad en el debate sobre la convivialidad, el vivir con la diferencia y la desigualdad, u ofrece la convivencia medios para profundizar la comprensión de la multinormatividad?

ISBN 978-987-813-812-1

9 789878 138121

CLACSO Mecila: