

JACKSON DA SILVA LEAL
LUCAS MACHADO FAGUNDES
Organizadores

DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

ISBN 978-85-8443-097-0



Nueva Democracia. David Alfaro Siqueiros Palacio de Bellas Artes - México



Multideia Editora Ltda.
Rua Desembargador Otávio do Amaral, 1.553
80710-620 - Curitiba – PR
+55 (41) 3339-1412
editorial@multideiaeditora.com.br

Conselho Editorial

Marli Marlene M. da Costa (Unisc)	Luiz Otávio Pimentel (UFSC)
André Viana Custódio (Unisc)	Orides Mezzaroba (UFSC)
Fabiana Marion Spengler (Unisc)	Sandra Negro (UBA/Argentina)
Salete Oro Boff (Unisc/IESA/IMED)	Nuria Belloso Martín (Burgos/Espanha)
Carlos Lunelli (UCS)	Denise Fincato (PUC/RS)
Liton Lanes Pilau (Univalli)	Wilson Engelmann (Unisinós)
Danielle Annoni (UFPR)	Neuro José Zambam (IMED)

Coordenação editorial e revisão: Fátima Beghetto

Projeto gráfico e capa: Sônia Maria Borba

Diagramação: Bruno Santhiago Di Mônaco Rabelo

Imagem da capa: Nueva Democracia. David Alfaro Siqueros Palacio de Bellas Artes - México

CPI-BRASIL. Catalogação na fonte

D598 Direitos humanos na América Latina [recurso eletrônico] /
organização Jackson da Silva Leal, Lucas Machado Fagundes
- Curitiba: Multideia, 2016.

366p.; 23cm (Coleção Pensar Direito, v. 4)

ISBN 978-85-8443-097-0

1. Direitos humanos – América Latina. I. Leal, Jackson da Silva (org.).

II. Fagundes, Lucas Machado (org.). III. Título.

CDD 340.1 (22.ed.)
CDU 340

Jackson da Silva Leal
Lucas Machado Fagundes
Organizadores

DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA



AUTORES

Alejandro Medici	Gladstone Leonel Júnior
Alejandro Rosillo Martínez	Ivone Fernandes Morcilo Lixa
Antonio Carlos Wolkmer	Jackson da Silva Leal
César Augusto Baldi	Jesús Antonio de la Torre Rangel
David Sánchez Rubio	Lucas Machado Fagundes
Diego Augusto Diehl	Oscar Arnulfo de la Torre de Lara
Efendy Emiliano Maldonado Bravo	Roberta Camineiro Baggio:
Fernanda Frizzo Bragato	Jorge Enrique Carvajal Martínez

Curitiba

 **MULTIDEIA**
editora

2016

APRESENTAÇÃO

A presente obra sobre os Direitos Humanos na América Latina vem abarcar uma área do direito com enfoque nas reflexões sobre o contexto sociopolítico regional. Afinal, as matrizes reflexivas no continente visualizam a cotidianidade dos povos daqui, os quais, atravessados por mazelas econômico-sociais, sofrem a iniquidade do sistema jurídico e visualizam um horizonte de esperança e transformação como bálsamo para seus infortúnios, ao mesmo tempo em que esta serve de sustento para os seus sonhos suprimidos.

Sendo assim, a presente obra se apresenta como uma perspectiva ético-política, oferecendo novos temas para os estudos na área dos direitos humanos, problematizando aspectos de fundamentação, mas sem perder o enfoque em temas concretos que fazem parte da realidade histórica de *Nuestra América*. Logo, este estudo comporta uma comunhão de textos tratando de temas diversos que encontram uma similitude comum: pensar os direitos humanos desde a realidade continental em sua historicidade filosófica, em sua construção teórica e também na capacidade reflexiva frente ao contexto de violência.

O presente livro, espera-se, servirá para abrir o horizonte em outras perspectivas nos estudos e nas investigações que guardam característica de ruptura com os arquétipos *standard* na área, afastando-se das tradicionais temáticas que visualizam os direitos humanos como ferramentas jurídicas catalogadas em declarações e acordos internacionais e, sistematizadas em aparelhos institucionais de proteção e promoção; observando uma leitura e pesquisa somente do âmbito da juridicidade (declaração e sistemática processual de proteção), olvidando que os direitos humanos na América Latina, antes de se tornarem documentos jurídicos, são lutas sociopolíticas atravessadas pela descontinuidade de lutas históricas de sujeitos encobertos pelas matrizes de fundamentação e teorização da modernidade.

Dessa maneira, a presente obra vem oferecer elementos críticos aos estudantes e pesquisadores interessados em expandir sua perspectiva reflexiva na área dos direitos humanos, abordando outros enfoques e temas; ela convida a pensar a temática desde um pensamento situado, uma realidade concreta e uma necessidade histórica de libertação.

Dentro do viés delineado acima, o presente estudo se apresenta dividido em três partes: na primeira, é possível encontrar textos com enfoque na fundamentação filosófica e na busca de compreensão hermenêutica, momento que possibilita verificar quais são as bases que sedimentam uma abordagem crítica e filosófica do tema; na sequência, a segunda parte prioriza temas que envolvem um denso desenvolvimento teórico; trata-se de construções elaboradas por “categorias teóricas” de suma relevância para a reflexão sobre a nossa realidade regional; por fim, o terceiro e último momento da obra revela uma pontual abordagem sobre a questão da violência, cujo tópico estabelece elementos críticos para pensar a situação das práticas de brutalidade contra os direitos humanos. Assim, a obra fica dividida em: *Parte 1 - O horizonte crítico filosófico dos direitos humanos na América Latina; Parte 2 - Teoria crítica dos direitos humanos na América Latina e; Parte 3 - Faces da violência institucional latino-americana.*

Na parte 1, aparece no capítulo inaugural um texto elaborado pelo pesquisador mexicano Alejandro Rosillo Martínez, que trata da inversão ideológica dos direitos humanos no pensamento de Franz Hinkelammert, obra de teor filosófico que observa nas reflexões críticas do autor alemão/costa-riquenho uma possibilidade de desmistificar as falácias da modernidade sobre o tema e estabelecer um horizonte de libertação a partir da desideologização aos direitos humanos.

No capítulo segundo, o artigo apresentado pelos brasileiros Antonio Carlos Wolkmer e Efendy Emiliano Maldonado Bravo representa uma reflexão que busca fundamentar os direitos humanos em matrizes do pensamento crítico de libertação, criticando as vertentes liberais e tradicionais da temática, ao mesmo tempo que observa uma perspectiva a partir dos movimentos sociais como produtores de direitos.

No capítulo terceiro, o pesquisador argentino Alejandro Medici apresenta uma contextualização hermenêutica dos direitos humanos no constitucionalismo regional, refletindo sobre o tema da ponderação e a da hermenêutica analógica como ferramentas de interpretação das novas cartas constituintes que apareceram no início do século XXI no Equador e na Bolívia.

O capítulo quarto apresenta uma dimensão filosófica da libertação (e ao mesmo tempo teológica) que busca resgatar uma tradição ibero-americana de direitos humanos. Trata-se de um apanhado histórico-filosófico das matrizes de pensamento e prática dos direitos humanos que vem desenvolvendo o autor mexicano Jesús Antonio de la Torre Rangel.

O quinto capítulo, último da primeira parte do livro, traz um texto da pesquisadora brasileira Ivone Fernandes Morcilo Lixa, com uma perspectiva crítica sobre o univocismo e o relativismo na hermenêutica jurídica brasileira, problematizando os métodos de interpretação a partir de uma crítica aos modelos desenvolvidos no território nacional, principalmente os de matriz formalista.

Já a segunda parte da obra, que apresenta textos de elaboração teórica, visualiza inicialmente a contribuição do autor espanhol David Sánchez Rubio em uma contribuição fundamental para as construções categoriais da teoria crítica dos direitos humanos na região, pois afirma um pensamento considerando a colonialidade como estrutura teórico-hegemônica do tema, refletindo e destacando as potencialidades de libertação nas categorias críticas como decolonial, anti-heterárquicas e interculturais.

Com o capítulo sétimo, os autores Diego Augusto Diehl e Gladstone Leonel Júnior contribuem ao pensamento teórico-crítico dos direitos humanos redigindo um texto que privilegia, como marco reflexivo, a questão da dialética social no Direito, esboçada como um método para superação da colonialidade epistêmica regional, que estabelece um riquíssimo diálogo entre as categorias dialéticas elaboradas por Roberto Lyra Filho e o método analético criado pelo filósofo Enrique Dussel.

No capítulo oitavo, a pesquisadora Fernanda Frizzo Bragato se dedica a explorar os limites das teorias da modernidade em contextos sociais plurais, utilizando-se do marco teórico da descolonização como instrumento de crítica ao Direito na modernidade.

O capítulo nono vem com a contribuição do professor mexicano Oscar Arnulfo de la Torre de Lara, em que destaca o significado do milho para os saberes e práticas de direitos humanos no contexto mexicano, explorando o campo cultural, as relações político-econômicas e as questões sociojurídicas; um marco teórico contextualizado de lutas por direitos humanos a partir da produção na agricultura como reprodução da vida.

Com o capítulo dez, é encerrada essa segunda parte do livro, e seguindo a lógica descolonizadora que permeou esta etapa, o autor Cesar Augusto Baldi resgata um pensamento crítico do ativista de Direitos Humanos Zapata Olivella, personagem pouco conhecido nas academias de *Nuestra América*, mas que deixou um legado de luta significativo para o campo político e cultural dos direitos humanos, tratando-se de um artigo que conecta o campo teórico com a práxis de direitos humanos.

Na terceira parte, o livro é direcionado para um problema concreto, a questão da violência na realidade periférica regional, e o capítulo onze inaugura com uma reflexão desde o marco teórico da criminologia crítica com um texto da pesquisadora Vera Regina Pereira de Andrade, em que apresenta sua teoria como utopia.

No capítulo doze, os organizadores também dão ênfase ao contexto de violência na região, delimitado pelo pensamento crítico criminológico de libertação, em que o viés é a análise acerca dos caminhos e necessidades de uma práxis criminológica que se pautela pela contenção do Estado no monopólio da violência; aparecendo como uma necessidade urgente dado o contexto de violência institucional e estrutural que vivencia a região latino-americana.

O capítulo treze trata-se de uma contribuição da pesquisadora Roberta Caminero Baggio, que destaca o tema da justiça de transição no horizonte de afirmação democrática da sociedade brasileira, com especial enfoque na questão do constitucionalismo.

Encerrando a obra, o sociólogo colombiano Jorge Enrique Carvajal Martínez contribui com uma reflexão sobre a violência na Colômbia ao longo das últimas décadas, e como o conflito armado transformou a sociedade colombiana e a luta pela afirmação dos direitos humanos.

Portanto, chega ao leitor uma obra diferenciada em seu conteúdo, pois não se limita a refletir o tema dos direitos humanos a partir das declarações ou sistemas de proteção, busca pensar (criticamente) assuntos concretos a partir das renovadas categorias e teorias que dão fundamento a outros vieses, possibilidades interpretativas e construções reflexivas para o avanço e afirmação dos direitos humanos como lutas por transformação da realidade dos povos em *Nuestra América*.

Criciúma, SC, outono de 2016.

Os Organizadores.

SUMÁRIO

PARTE 1

O HORIZONTE CRÍTICO FILOSÓFICO DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

LA INVERSIÓN IDEOLÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN
EL PENSAMIENTO DE FRANZ HINKELAMMERT..... 13

Alejandro Rosillo Martínez

HORIZONTES PARA SE REPENSAR OS DIREITOS HUMANOS
NUMA PERSPECTIVA LIBERTADORA 39

Antonio Carlos Wolkmer

Efendy Emiliano Maldonado Bravo

PLURALISMO E INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL NUEVO
CONSTITUCIONALISMO ANDINO: MÁS ALLÁ DE PONDERACIÓN Y SUBSUNCIÓN 65

Alejandro Medici

DESDE LA FILOSOFÍA Y LA TEOLOGÍA DE LA LIBERACIÓN:
LA CRÍTICA JURÍDICA DE PORFIRIO MIRANDA, APORTE A LA TRADICIÓN
IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS 97

Jesús Antonio de la Torre Rangel

ENTRE UNIVOCISMOS E RELATIVISMOS:
DESAFIOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA 109

Ivone Fernandes Morcilo Lixa

PARTE 2

TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

DERECHOS HUMANOS, NO COLONIALIDAD Y OTRAS LUCHAS POR LA DIGNIDAD:
UNA MIRADA PARCIAL Y SITUADA..... 135

David Sánchez Rubio

A DIALÉTICA SOCIAL DO DIREITO COMO MÉTODO DESCOLONIZADOR DO
SABER JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA 163

Diego Augusto Diehl

Gladstone Leonel Júnior

A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO EM SOCIEDADES PLURAIS E A CRÍTICA DESCOLONIAL	183
<i>Fernanda Frizzo Bragato</i>	
EL MAÍZ: ENTRE NUEVOS ÁMBITOS DE COMUNALIDAD Y NUEVAS ALAMBRADAS DEL SABER	197
<i>Oscar Arnulfo de la Torre de Lara</i>	
DIREITOS HUMANOS E INTERCULTURALIDADE, A PARTIR DO PENSAMENTO DE ZAPATA OLIVELLA.....	239
<i>César Augusto Baldi</i>	

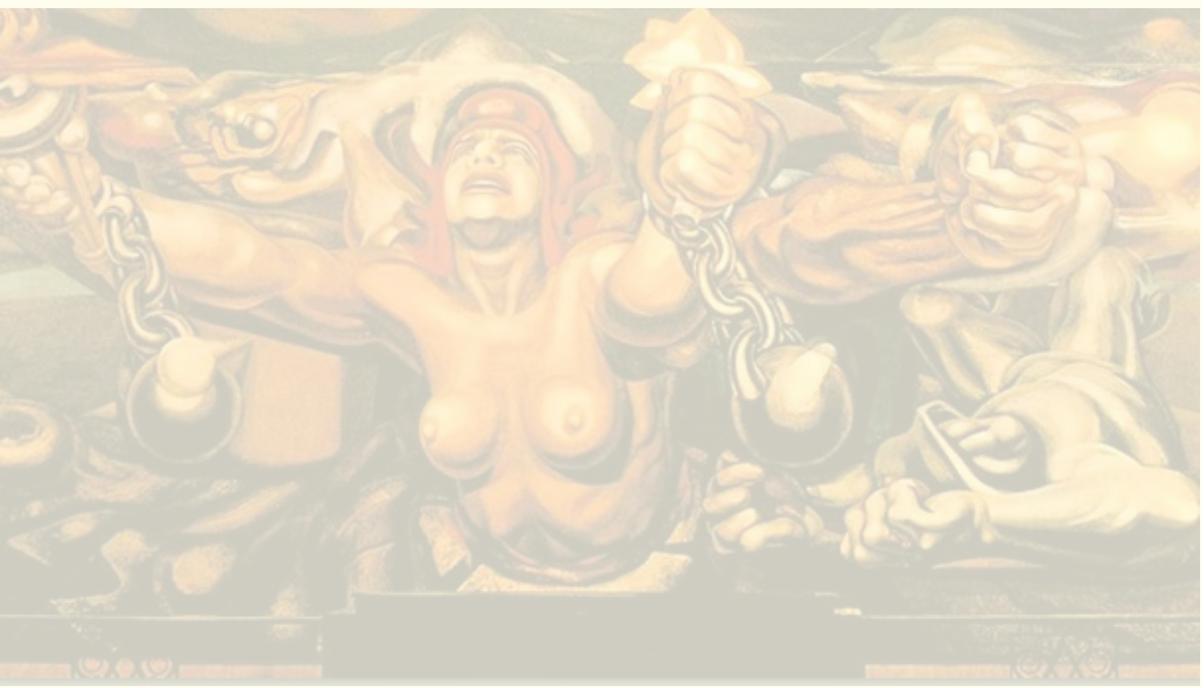
PARTE 3

FACES DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL LATINO-AMERICANA

A CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL: EM BUSCA DA UTOPIA ADORMECIDA.....	255
<i>Vera Regina Pereira de Andrade</i>	
OS DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTATAL.....	291
<i>Jackson da Silva Leal</i> <i>Lucas Machado Fagundes</i>	
TENSIONAMENTOS SOCIAIS E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: CONTRIBUIÇÕES AO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	319
<i>Roberta Camineiro Baggio</i>	
EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO: EVOLUCIÓN, DEGRADACIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA.....	351
<i>Jorge Enrique Carvajal Martínez</i>	

PARTE 1

**O HORIZONTE CRÍTICO FILOSÓFICO
DOS DIREITOS HUMANOS
NA AMÉRICA LATINA**



LA INVERSIÓN IDEOLÓGICA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL PENSAMIENTO DE FRANZ HINKELAMMERT

Alejandro Rosillo Martínez

Doctor en Derechos Humanos en la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
alejandro.rosillo@uaslp.mx

1 INTRODUCCIÓN

La crítica de la ideología de derechos humanos ha sido desarrollada desde diversas posturas del pensamiento crítico. Como bien se sabe, gran parte de estas posturas tiene una referencia a la crítica que realiza Marx a los “derechos burgueses”, a los derechos del hombre egoísta, a los del hombre centrado en sí mismo (MARX, 2004, p. 19). Para Manuel Atienza, la postura de Marx en sus obras juveniles y en *La cuestión judía* acerca de los derechos humanos podría resumirse de la siguiente forma: ante la contradicción existente entre la sociedad civil (el hombre burgués) y el estado político (ciudadano abstracto), se debe superar a través de la emancipación humana; así, los derechos humanos son un momento importante en el proceso total de realización del hombre, de superación de la alienación, aunque su momento de libertad real no necesita ya asumir formas jurídicas y políticas (ATIENZA, 2008, p. 44-45). En otras obras, como en *La ideología alemana*, Marx ve el *carácter ideológico* de los derechos humanos en que son ideas que aparecen como independientes de la práctica material y, por eso, tienen un carácter ilusorio, pues plantean la emancipación del hombre en el mundo de las ideas y no en el de la praxis material.

En este capítulo analizaremos una de las propuestas en que la Filosofía de la Liberación (FL) –desarrollada en y desde América Latina– realiza la crítica de los derechos humanos cuando estos se convierten en un instrumento ideológico de opresión. Esto responde a la función liberadora de la filosofía que señala Ignacio Ellacuría: el horizonte propio de la FL es una liberación integral que, entre otras dimensiones, busca la *liberación de las ideologías y de las instituciones jurídico-políticas deshumanizan-*

tes (ELLACURÍA, 1993; 2000). Pues bien, para la FL, los derechos humanos pueden llegar a ser parte de esas ideologías e instituciones que niegan *humanidades*. No obstante, es importante comprender el objetivo de esta crítica para la FL.

Ante el uso ideológico de los derechos humanos pueden darse diversas reacciones. Una es la actitud de la postmodernidad que rechaza la noción de “derechos humanos” por considerarla uno de los “metarelatos” modernos que se deben desechar. Otra es la proveniente de una tradición marxista (dogmática), que continúa viendo a derechos humanos exclusivamente como expresión de la ideología de la burguesía. Para esta postura se trataría de un discurso a eliminar, pues no responde a los auténticos intereses de las masas populares. No obstante, sin negar la razón que pueden tener los argumentos de estas reacciones, suelen quedarse por lo general en el ámbito de la denuncia, y carecen de una reflexión profunda sobre la posibilidad de que derechos humanos sean una herramienta para la liberación integral. Para la FL, como hemos insistido en otros escritos, es posible esta función de los derechos humanos (ROSILLO, 2013). Por eso, su crítica es sólo un paso, una etapa del proceso, pues comprende que es mala estrategia política y un dejar pasar una forma de hacerse cargo de la realidad, que los sujetos de la praxis, comprometidos con la producción, reproducción y desarrollo de la vida de los pueblos, entreguen ingenua y acríticamente la materialidad y el discurso de los derechos humanos al pensamiento hegemónico y funcional del colonialismo neoliberal. Para la FL es claro que una cosa es el uso ideologizado y perverso que se hace de los derechos humanos y otra cosa es que derechos humanos sean tal uso. La FL apuesta, como hemos insistido, por el uso de derechos humanos por parte del sujeto vivo, práxico e intersubjetivo, y cuando esto no se da, entra en escena la dimensión crítica de la función liberadora de la filosofía. En efecto, de las diversas propuestas para abordar este tema por parte de la FL, abordaremos el análisis que de la “inversión ideológica” de los derechos humanos realiza Franz Hinkelammert.

2 LA INVERSIÓN IDEOLÓGICA DE DERECHOS HUMANOS

El análisis de la inversión ideológica que propone el filósofo Franz Hinkelammert denuncia el uso ideologizado que se le da a derechos humanos. Descubre en este uso un carácter estructural, es decir, que dicho uso responde a una estructura propia del dominio y la explotación de un grupo de seres humanos sobre otros. Es utilizada para abordar la perversión que

esconden los discursos y prácticas hegemónicas, y también forma parte de un discurso que ha acompañado el proceso de dominio capitalista. Como una noción básica y general de esta propuesta podría enunciarse así: “Los derechos humanos son utilizados para violentar derechos humanos”. De ahí que se dé una inversión en función de un uso ideologizado de derechos humanos. El proceso de esta inversión es el siguiente:

- a) Se generan ciertas reivindicaciones de parte de un sujeto corporal y vivo, desde su contexto e identidad.
- b) Al lograr el cumplimiento de esas reivindicaciones, y si además asume una posición hegemónica, defiende sus logros a través de invisibilizar las tramas sociales y de poder que les dieron origen.
- c) Entonces el sujeto vivo y concreto desaparece, y se abstrae de la historia; se señala que sus reivindicaciones son valores universales, racionales, aptos para todo tiempo y lugar.
- d) No obstante al contenido que se predica como universal, esos valores no se desprenden de las tramas sociales y de poder que las generaron, y son funcionales a ellas.
- e) Esos valores universales se asumen como el criterio único de acción racional que debe guiar el proceso de la historia; desde ellos se juzga la praxis humana, abstrayéndola de la historia, de los contextos propios y de las identidades específicas.
- f) El grupo que ha logrado establecer sus valores como hegemónicos, los institucionaliza y se asume defensor de ellos; en efecto, aunque los reconoce como universales, en defensa de ellos se justifica negarlos a quienes se les oponen.
- g) Unos “valores” van teniendo mayor peso e importancia que otros, no tanto por su esencia o racionalidad, sino en razón de las relaciones sociales, políticas y económicas instauradas y hegemónicas.
- h) Así, se da una inversión ideológica, pues el hecho de afirmar y defender valores universales justifica al mismo tiempo su defensa, al grado de negar esos mismos valores a aquéllos que los cuestionan.

En su *Crítica de la imaginación jurídica*, Norman Solórzano señala que la inversión ideológica no es una noción dogmática, no se desprende del mero análisis de la legislación, según un método de exégesis positiva y sincrónica; tampoco es una categoría aristotélica, ya que no refiere a ninguna cualidad del ser, ni en sentido kantiano pues no se trata de ninguna de las formas del pensamiento o del acto cognoscitivo. En cambio, en términos epistemológicos, la inversión ideológica adquiere un perfil más preciso, según este autor, en la medida que se refiere a una condición del mismo proceso de categorización. Los efectos que produce la inversión ideológica son un real obstáculo epistemológico. También señala que se trata de una manera de explicar la dinámica de los procesos sociales en el tiempo, pues considera que es la forma que mejor explica cómo se van asentando, anquilosando, en el proceso de normalización las instituciones, valores, normas, etc. Como parte de esa comprensión de la inversión ideológica, considera que *elucidarla* resulta como: *elemento hermenéutico*, en tanto cierra la cisura entre teoría y práctica; *factor crítico*, por cuanto las exigencias para la superación de la crisis del derecho y de la razón jurídica pasan por la *superación* de los métodos positivistas exegéticos y dogmáticos; y *medio para una mejor comprensión* de los problemas reales o la condición misma del derecho, que es su “reversibilidad” o condición paradójica (SOLÓRZANO, 2007, p. 129-132). Como señalamos, la inversión ideológica tiene que ver con el proceso de normalización de instituciones y valores. Pero va más allá de la noción de “institucionalización”, pues no se queda en el momento de normalización, sino asume la crítica.

3 UNA LECTURA DE JOHN LOCKE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA INVERSIÓN IDEOLÓGICA

Hinkelammert señala que, entre las diversas tradiciones de derechos humanos, es la inaugurada por John Locke la que muestra y pone en operación la inversión ideológica. Se trata del relato fundante de la Modernidad capitalista en cuanto derechos humanos, y que aún se encuentra como sustento de las políticas neocoloniales de los Estados Unidos y de algunos países europeos. Haremos un breve repaso de esta lectura del *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*, ya que ejemplifica la *elucidación* del proceso de inversión ideológica¹.

¹ Enrique Dussel realiza una lectura sobre el “estado de guerra” en el pensamiento de Locke que guarda estrecha relación con la propuesta de Hinkelammert (Cf. DUSSEL, 2007, p. 275-292).

Para Hinkelammert existe un método que ha guiado esta inversión del mundo; como su resultado, las víctimas son los culpables y los victimarios se autoproclaman jueces universales. En el caso que nos ocupa, a John Locke más que verlo como “padre de los derechos humanos”, como suele ser caracterizado por la filosofía dominante, lo ve como quien elaboró conceptualmente una interpretación de derecho humanos en un momento clave del proceso de colonización del mundo. El mundo anglosajón comenzaba su hegemonía por medio del Imperio inglés que nació principalmente en virtud de la piratería y la esclavitud (HINKELAMMERT, 2000, p. 93).

La situación a la que se enfrenta Locke está marcada, según nuestro autor, por la búsqueda de legitimidad de las acciones imperiales de Inglaterra, pues las líneas de expansión de esta nación ya estaban claramente dibujadas en su tiempo, es decir, ya en 1690, cuando aparece el *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil*. Bajo esta perspectiva, ese es un texto “fundante sobre todo para la tradición anglosajona, y define hasta hoy la política imperial primero de Inglaterra y, posteriormente, de EE.UU.” (HINKELAMMERT, 2000, p. 82). Además, fue la formulación entonces de la teoría política correspondiente a hechos como la Revolución Gloriosa de 1688, y la declaración de derechos en el *Habeas corpus* (1679) y la *Bill of rights* (1689). Si por un lado se declaraba la igualdad humana frente a la ley y la protección de la libertad y la propiedad privada, por otro lado, Inglaterra se encontraba en un periodo fundante y en expansión de su imperio. Un crecimiento que se realizaba hacia las tierras de América del Norte, hacia el oriente para entrar en conflicto con Francia por la India, y la lucha por el control del mercado de tráfico de esclavos². Es decir, la teoría de Locke respondió a las necesidades de la expansión del Imperio inglés, no sólo en sus conflictos con los imperios existentes entonces, España y Holanda, sino también en su ocupación de las tierras de América del Norte y en el Lejano Oriente. Además, era necesaria una teoría que fuera apta para que Inglaterra consiguiera el control del comercio de esclavos³.

² Conquistas que va logrando en el siglo XVIII. Enrique Dussel afirma que en el *Segundo ensayo sobre el gobierno civil*, John Locke, “opuesto a la Iglesia anglicana y al absolutismo monárquico del partido *torv*, expresó de manera secularizada y agresiva la nueva posición burguesa de los *whigs*. La trata de esclavos era un comercio en auge, lo mismo que el establecimiento de colonias en América, donde Inglaterra competía con Portugal y España, e igualmente con Holanda” (DUSSEL, 2007, p. 279).

³ Hinkelammert recuerda que John Locke había invertido su fortuna en el comercio de esclavos (Cf. CRANSTON, 1985).

El Imperialismo español en América era justificado por el derecho divino de los reyes o por la concesión papal, pero después de una revolución burguesa antimonárquica, esa clase de títulos perdían legitimidad para los nuevos conquistadores. Se requería de una nueva ideología que justificara el colonialismo, pero ya no basada en el derecho divino de los reyes, pues ésta había sido la ideología que la misma burguesía había combatido. Por otro lado, la burguesía no podía renunciar a los derechos fundamentales establecidos en el *Habeas corpus* y en el *Bill of rights*, pues eran la respuesta antagónica al derecho divino. En este sentido, y siendo congruentes, la universalidad de los derechos de libertad, seguridad y propiedad debía excluir la posibilidad del trabajo forzado por esclavitud y de la expropiación de tierras de los indígenas de América del Norte.

Para Hinkelammert, Locke encontró una solución ante la disyuntiva entre la declaración de la igualdad humana frente a la ley y el poder de la burguesía. No buscó una solución aplicable a excepciones, sino que “invirtió por completo el concepto mismo del derecho humano tal como había estado presente en la primera revolución inglesa” (HINKELAMMERT, 2000, p. 84). Locke reconoce la igualdad natural de todo hombre en los siguientes términos: “[...] la igualdad de la que todos los hombres participan respecto de la jurisdicción o dominio de uno sobre el otro, [...], es decir del derecho que todo hombre tiene de disfrutar de su libertad natural, sin estar sometido a la voluntad o la autoridad de ningún hombre” (LOCKE, 2004, p. 41). No obstante, la inversión ideológica aparece cuando esta declaración de igualdad incluye las prácticas imperiales; es decir, que afirmar la igualdad es lo mismo que legitimar la esclavitud; y respetar la propiedad privada conlleva expropiar las tierras a los pueblos indígenas de Norteamérica.

Como bien se sabe, Locke desarrolla su argumentación a partir del estado natural que subyace en el estado civil. Por eso, el estado natural existe ahí donde el estado civil no se ha constituido, como es el caso de América del Norte. El estado natural es un estado de libertad y de igualdad, pero no “lo es de licencia”, y por lo tanto existe una “ética” que obliga a todos a procurar preservar a toda la humanidad ante lo que le cause daño (LOCKE, 2004, p. 11). Esta es para Locke la ley de la naturaleza que se preocupa por la paz y la preservación de toda la humanidad. Para que la ley natural sea efectiva, los medios para ejecutarla están en manos de todos los hombres, “de modo que todos y cada uno tienen el derecho de castigar a quienes transgreden la ley en la medida en que ésta sea violada” (LOCKE, 2004, p. 11). Esto porque el estado de naturaleza es un estado de perfecta

igualdad, donde no hay superioridad ni jurisdicción de uno sobre otro. Así, no sólo la víctima a la que le fue transgredido su derecho puede colocarse en calidad de juez, sino cualquier hombre.

Si cada hombre tiene calidad de juez, entonces habría que determinar al culpable. Éste será quien violente la ley de la naturaleza, quien actúe de manera irracional y, por tanto, se convierte en una amenaza para “la humanidad”. En este contexto, el culpable se convierte en un verdadero monstruo que debe ser eliminado:

Al transgredir la ley de la naturaleza, el ofensor declara que vive según otra regla que la de la razón y la equidad común, que son las medidas que Dios ha establecido para regular las acciones de los hombres, en beneficio de su mutua seguridad. Y así, el ofensor se vuelve peligroso para **la humanidad**, pues ha ignorado y roto las ataduras que protegían a los hombres del daño y la violencia. Lo cual, al ser una transgresión contra **toda la especie** y la paz y la seguridad garantizadas por la **ley de la naturaleza**, permitirá que cada hombre, según esta medida y en virtud del derecho que tiene de preservar al **género humano** en general, pueda poner límites o, cuando sea necesario, **destruir cosas dañinas para la humanidad**, y así castigar a cualquiera que haya transgredido esa ley, de modo que se arrepienta de haberlo hecho y se abstenga de cometerlo nuevamente y, mediante su ejemplo, disuada a otros de cometer el mismo delito. Y en este caso y sobre este fundamento, todo hombre tiene derecho de castigar al ofensor y de ser ejecutor de la ley de la naturaleza. (LOCKE, 2004, p. 12)

El culpable de violentar la ley de la naturaleza se convierte en algo semejante a un animal. Aquí no interesa si Locke está simplemente señalando la necesidad de establecer penas –y en concreto la pena de muerte– como consecuencia de un delito. Lo que se constituye como parte del proceso de inversión ideológica está en que el delito se comete “contra toda la humanidad”, se instituye una guerra contra la humanidad (LOCKE, 2004, p. 14). No se habla de una relación concreta, con seres humanos vivos y tramas sociales específicas, sino de “la humanidad”, y a la vez, se les comienza a negar como parte de esa “humanidad” al culpable. Se le excluye de quienes pueden legítimamente disfrutar de los derechos que concede la ley de la naturaleza. De hecho, Locke señala que el último juez es Dios; lo que para Hinkelammert “no es nada más que transformar a la burguesía en el último juez, la cual en nombre de la anticipación del último juicio condena y casti-

ga al mundo en nombre de la ley de la naturaleza, que es género humano y ley de la razón a la vez” (HINKELAMMERT, 2000, p. 91).

No obstante, para poder atacar al culpable de actuar contra la racionalidad es necesario pasar del mero “estado de naturaleza” al “estado de guerra”, que para Hobbes se daba simultáneamente; pero para Locke, el “estado de naturaleza” no es el “estado de guerra”; se entra a éste cuando hay alguien que se opone a la ley natural u odia a “nosotros” sin motivo. El estado de naturaleza es en realidad, para Locke, el estado de guerra. La “humanidad” debe sentirse constantemente bajo amenaza de aquellos seres que continúan sin constituir el estado civil y, por tanto, continuamente pueden caer en la violación de la ley de la naturaleza. Por eso, hay que luchar para “civilizar” el mundo, y donde no haya estado político ahí establecerlo.

Dicho estado de guerra significa para los que defienden a la “humanidad”, un derecho de guerra, la facultad de realizar una guerra justa. Para Hinkelammert, el “nosotros” de Locke son explícitamente “la humanidad”, pero en realidad es la nueva clase dominante en Inglaterra, los burgueses, con tendencias de expansión colonialista. Los enemigos con quienes se está en “estado de guerra” son, por un lado, las monarquías absolutas de su tiempo fundamentadas en el derecho divino de los reyes, y también aquellos que viven en el estado natural, pero se defienden de la transformación al estado civil. En efecto, la abstracción de Locke, y uno de sus pasos en la inversión ideológica que realiza, está en que el “nosotros” no son para él los burgueses ingleses, sino “todos aquellas que defienden el género humano, la ley de la razón que Dios ha puesto en el corazón humano; en fin, aquellos que imponen la ley de la naturaleza” (HINKELAMMERT, 2000, p. 89).

La ley de la naturaleza que contiene la igualdad, la libertad y la propiedad como derechos del género humano es invertida en el pensamiento de Locke, según Hinkelammert, para negarle esos mismos derechos a quienes violen esa ley. El estado de guerra conlleva una serie de consecuencias que benefician a quien sale victorioso de la batalla, siempre y cuando su guerra sea justa. ¿Y cuándo es justa esa guerra? Pues básicamente, como ya hemos apuntado, cuando se realiza para castigar a quien violenta la ley de la naturaleza o actúa en contra de ella. Quien es derrotado en una guerra justa pierde su derecho a la libertad, a la vida, y a la propiedad, pero *no por haber sido derrotado* sino porque es una amenaza a la humanidad por violentar la ley de la naturaleza y, por lo tanto, actuar de manera irracional.

La colonialidad del poder de la ley de la naturaleza en la argumentación de Locke aparece claramente en el siguiente párrafo:

Aquellos que tienen el poder supremo de hacer leyes en Inglaterra, Francia u Holanda son, para un indio o un nativo de cualquier parte del mundo, hombres sin autoridad. Y, por lo tanto, si no fuera que por la ley de la naturaleza todo hombre tiene el poder de castigar las ofensas cometidas contra ella, tal como serenamente juzgue que lo requiere el caso, no veo cómo los magistrados de cualquier comunidad podrían castigar a un extranjero, nativo de otro país, dado que, en lo que a él se refiere, no tienen más poder que el que, por naturaleza, cualquier hombre puede tener sobre otro hombre. (LOCKE, 2004, p. 13)

Locke piensa en los poderes europeos en relación con los indios o nativos, muy probablemente de América pues son referidos varias veces durante el texto. Sería incongruente que pretendiese otorgar autoridad sobre los nativos a esos poderes políticos, debido a que aquellos no habían participado en ningún contrato o acuerdo para constituir el estado civil, y tampoco podría argumentar el derecho divino de los reyes que era la ideología que combatió la burguesía. La solución era la ley de la naturaleza, cuya sanción no requiere de ningún pacto o acuerdo que constituya al poder político, y donde cualquier hombre puede establecerse de juez. Si los indios violan la ley de la naturaleza, cualquier hombre puede castigarlos *por naturaleza*.

En este contexto, Locke buscaría una manera de comprender la esclavitud no sólo como una expresión de la violación a la ley de la naturaleza (como sería la violación de la libertad en las monarquías absolutas que combatían los burgueses) sino también como consecuencia del cumplimiento y de la defensa de esa ley contra quienes la violaran o pretendieran hacerlo (como el tráfico de esclavos que dominaría comercialmente la burguesía triunfante). Así, el filósofo inglés reconoce el derecho humano de no ser esclavo de nadie, afirmando que “[e]l hecho de estar libre del poder absoluto y arbitrario es tan necesario y está tan estrechamente vinculado con la preservación del hombre, que nadie puede renunciar a él sino renunciando a su preservación y vida” (LOCKE, 2004, p. 23). El poder despótico no es otorgado por la naturaleza, pues no está permitido que ningún ser humano atente contra la vida de otro. Tampoco puede constituirse por pacto o contrato alguno, porque el hombre no tiene arbitrio sobre su pro-

pia vida y no puede darla a otro hombre este poder sobre ella. No obstante, a partir de esto, Locke concluye exactamente lo contrario, es decir, que el poder despótico sólo puede generarse cuando el agresor haya renunciado a su propia vida poniéndose en estado de guerra con otro. Y esto trae como consecuencia lo siguiente:

Pues, habiendo renunciado a la razón, que Dios nos ha dado para que sea la regla entre los hombres, y a los caminos pacíficos que ella enseña, y habiendo hecho uso de la fuerza para imponerle sus fines injustos a otro hombre, sobre el cual no tiene derecho, se convierte en susceptible de ser destruido por su adversario cuando éste pueda, como cualquier otra criatura dañina y brutal que es destructiva para su ser. Y así los cautivos tomados en una guerra justa y legítima, y sólo ellos, están sometidos a un poder despótico, el cual, como no surge del pacto no es capaz tampoco de establecer ninguno, sino que es el estado de guerra continua. Pues, ¿qué pacto puede hacerse con un hombre que no es amo de su propia vida? ¿Qué condición puede cumplir? Y si alguna vez se le permitiera ser amo de su propia vida, el poder despótico y arbitrario de su amo cesa. Aquél que es amo de sí mismo y de su propia vida tiene derecho, también, a usar los medios para preservarla; de manera que apenas hay pacto, cesa la esclavitud, y aquel que pacta con su cautivo, abandona su poder absoluto y pone fin al estado de guerra. (LOCKE, 2004, p. 125)

El ser humano no sólo es libre sino que está obligado a serlo, pues por su voluntad no puede hacerse esclavo. No obstante, si no se puede renunciar a la libertad, se puede perderla por entablar una guerra injusta contra “la humanidad”. Es decir, nadie le quita su derecho humano a la libertad, sino que él mismo se lo quita por hacer una guerra injusta (LOCKE, 2004, p. 23). Pero además, para Locke, la esclavitud puede interpretarse como un beneficio para quien, por violar la ley de la naturaleza, merece la muerte:

[...] cuando un hombre ha renunciado a su propia vida por causa de algún acto que merece la muerte, aquél que lo tiene en su poder puede demorarse en quitársela y emplearlo en su propio servicio, con lo cual no le causa ningún daño. Pues, si el hombre encuentra que la penuria de su esclavitud supera el valor de su vida, está en su poder, resistiéndose a la voluntad de su amo, acarrearle la muerte que desea. (LOCKE, 2004, p. 23)

El poder despótico, que es el ejercido sobre el esclavo, no es dado por la naturaleza, pues ésta sólo permite el poder paternal, y por medio del acuerdo o pacto, se genera el poder político. En cambio, el poder despótico es generado por el triunfo de quien en guerra justa defiende la ley natural (LOCKE, 2004, p. 124-131). Salta a la vista que el poder despótico justifica, hasta este punto, la privación de la vida y la libertad, pero no de las posesiones. ¿Entonces el derecho de propiedad no se pierde por rebelarse a la ley de la naturaleza? En cuanto a este derecho, ¿no se da la inversión ideológica en Locke? Sí, se da, pero se requería de otra argumentación, debido a que no se podría justificar el pillaje común en las prácticas de las monarquías absolutas. Locke señala:

No dudo de que esto [que el derecho de las posesiones se conserve en el conquistado], a primera vista, parecerá una doctrina extraña, al ser tan contraria a la práctica del mundo, pues no hay nada más familiar, cuando se habla de dominar países, que decir que alguien conquista una nación y ello le da, sin más, derecho de posesión. Pero las cosas cambian cuando consideramos que la práctica de los fuertes y poderosos, por universal que sea, pocas veces se ajusta al derecho, y lo que de hecho sucede es que a los conquistados se les impone, como parte de su sujeción, no discutir las condiciones estipuladas por las armas conquistadas. (LOCKE, 2004, p. 131)

En esta afirmación, comienza a verse uno de los elementos de la inversión ideológica en Locke: los derechos humanos dejan de ser del ser vivo, corporal y necesitado para convertirse en derechos del “propietario”. Sorprende ver cómo la vida y la libertad pueden perderse con mayor facilidad que la propiedad (LOCKE; 2004, p. 132). Ésta ocupa un lugar especial en el pensamiento de Locke, jerárquicamente por encima de la vida y la libertad. Tiene que asegurar el respeto a la propiedad privada aún contra el poder despótico que nace de la conquista, pero por otro lado debe dejar la posibilidad para que la nueva clase hegemónica pueda expropiar las tierras de los pueblos sujetos al colonialismo. El argumento irá en dos sentidos. El primero es lógico y consecuencia de la guerra justa: el derecho a la reparación de los daños. Para Locke, existe este derecho en los siguientes términos:

De manera que quien, por conquista, tiene derecho sobre la persona de un hombre, no tiene por ello derecho a poseer y disfrutar de sus propiedades. Pues es la fuerza bruta que el agresor ha utilizado lo que le da a su adversario el derecho de quitarle la vida y destruirlo,

si así le place, como criatura dañina. **Pero es sólo el daño inferido lo que le da derecho a los bienes de otro hombre; pues, aunque puedo matar a un ladrón que me ataca en el camino, sin embargo, no puedo –cosa que parece menor– sacarle su dinero y dejarlo en libertad, pues sería robo de mi parte. Su agresión y el estado de guerra, en el que se pone hacen que renuncie a su vida, pero no me dan a mí ningún derecho de apoderarme de sus bienes.** (LOCKE, 2004, p. 132-133)

Sigue,

[...] el conquistador, si su causa es justa, tiene un derecho despótico sobre las personas de todos los que ayudaron y participaron en la guerra contra él, y el derecho de reparar sus gastos y daños con el trabajo y las propiedades de los vencidos de manera que no afecte los derechos de ningún otro. (LOCKE, 2004, p. 139)

El conquistador no roba, sino cobra los costos en los cuales ha incurrido por conquistar, por defenderse del agresor, por convertirse en un defensor de la humanidad a través de proteger la ley de la naturaleza. Entonces, a final de cuentas, en la práctica se le niega el derecho a su propiedad a aquéllos que actúan contra lo racional.

El segundo argumento muestra con mayor claridad la “inversión ideológica” en cuanto al derecho de propiedad. En primer lugar, Locke señala que Dios “ha dado la tierra a la humanidad en común”. Lo que no significa que Dios haya dado la tierra en común a todos los hombres, sino que pertenece en común a la “humanidad”. El detalle no es menor, pues en esta abstracción del sujeto se fincará la inversión ideológica. A partir de esto, busca “demostrar cómo los hombres pueden llegar a tener en propiedad varias parcelas de lo que Dios dio a la humanidad en común, y eso sin que haya ningún pacto expreso entre los miembros de la comunidad” (LOCKE, 2004, p. 24).

Locke señala que Dios dio la razón al hombre para que haga uso de ella para mayor ventaja y beneficio de la vida. La tierra y todo lo que hay en ella fueron dados a los hombres para sustento y comodidad de su existencia. Al ser común a la humanidad, pero también para ser aprovechados, entonces necesariamente debe haber algún medio de apropiarse de ellos antes de que puedan ser utilizados, o resulten beneficiosos para algún hombre en particular. Así, para Locke, en un inicio, el hombre es propie-

tario de tanta tierra labre, plante, mejore, cultive, y cuyo producto pueda usar. No sería lícito que un hombre poseyera más tierra de la que puede utilizar pues los frutos que de ella obtiene se desperdiciarían. Pero, con la invención del dinero, es posible y viable acumular tierras:

Pues mediante voluntario consentimiento, han establecido la forma en que un hombre, rectamente y sin injuria, puede poseer más tierra de la que puede utilizar, recibiendo oro y plato a cambio de la sobrante. Pues el oro y la plata pueden permanecer largo tiempo en posesión de su propietario, sin echarse a perder. Esta distribución realizada al margen de las reglas de la sociedad y del pacto, se ha logrado acordando que esos metales deben tener valor. (LOCKE, 2004, p. 39)

Ahora bien, estos argumentos a favor al derecho de la propiedad privada son, a su vez, la base para violentar el derecho de propiedad de quienes no acatan la ley de la naturaleza; y en concreto, se trata de los pueblos indígenas de América del Norte. Para estos pueblos no es lícito que acumulen más tierras de la que pueden cultivar; el resto “es común a la humanidad” y, por lo tanto, ingleses y franceses pueden ir a utilizarlas. Además, al estar los pueblos indígenas en un estado de naturaleza, sin haber constituido ningún acuerdo o pacto para el uso del dinero, la acumulación de más tierra que la que ellos pueden cultivar no es justificable (LOCKE, 2004, p. 36-39). Bajo esta perspectiva, los conquistadores tienen el mismo derecho que los indígenas de ocupar las tierras no cultivables en América, y si estos las defienden, desconocen que la tierra ha sido dada en común a la humanidad. Pero, además, violentan la ley de la naturaleza pues no aprovechan de la mejor manera la propiedad. En diversos textos, Locke hace ver que el burgués europeo tiene mayor derecho sobre la tierra que las culturas americanas, ya que las explota mejor (LOCKE, 2004, p. 34-35). En efecto, la propiedad común no logra el uso efectivo de los bienes y la tierra, según la perspectiva de Locke. Entonces lo que está en concordancia con la ley de la naturaleza es la propiedad privada que permite obtener el mayor beneficio: “[...] cada uno considere cuál es la diferencia entre un acre de tierra plantado con tabaco o azúcar, sembrado de maíz o avena, y un acre de la misma tierra pero comunal, sin labranza alguna, y encontrará que la mejora introducida por el trabajo es lo que constituye la mayor parte del valor.” (LOCKE, 2004, p. 33). Los pueblos indígenas actúan contra la ley de la naturaleza al no producir de la manera en que produce el burgués inglés, ya que no benefician de igual manera “a la humanidad”.

Por tanto, esta argumentación le permite “por un lado, argumentar el derecho del conquistador derivado del estado natural –toda tierra pertenece al género humano– con el otro derecho de romper los límites de este mismo estado natural. Por el estado natural, todo es común. Sin embargo, ocupa la tierra, deja de serlo gracias a este acuerdo sobre el uso del dinero. El conquistador puede aprovechar el estado natural, pero no está limitado por él, aunque no se haya formado un estado civil. Pero los indígenas no pueden rechazar este acuerdo y están ahora sometidos a él. Si no se someten, están otra vez levantados en contra del género humano y son tratados como fieras salvajes” (HINKELAMMERT, 2000, p. 102).

La argumentación de Locke produce una inversión ideológica que oculta la realidad. Su silogismo puede resumirse de la siguiente manera:

- a) En el “estado de naturaleza” todos son iguales y libres.
- b) Si alguien incumple la ley de la naturaleza se transforma en un irracional, en el enemigo que puede ser muerto como animal, por ser peligroso para la humanidad. Por tanto, deja de ser sujeto de igualdad y libertad.
- c) Sólo en el estado civil existe el juez con autoridad. En la relación entre los estados (y especialmente referido al mundo colonial), no hay autoridad suprema, y, por lo tanto, nos encontramos en un estado de guerra.
- d) Cuando un estado juzga que otro lo ha agredido, lo haya tratado con injusticia, o simplemente lo odia, y entonces considera a dicho estado como agresor y por ello lo define como enemigo fuera de la ley y la razón, puede declararle una guerra justa. Sólo Dios puede juzgar sobre este juicio.
- e) El vencedor –que será el más fuerte, el más armado, y no el que “tenga la razón”– puede entonces esclavizar al vencido, pues hay derecho de constituir un poder despótico sobre él. Además, los bienes de los vencidos que participaron en la guerra pasarán a propiedad del vencedor para resarcir las pérdidas de la guerra.

Hinkelammert no niega los logros contra el absolutismo y la sensibilidad de derechos humanos que hubo en las revoluciones burguesas; como bien señala la utopía de Locke “era una sociedad de pequeños productores, en la cual cada uno tendría acceso a la propiedad independiente. Por eso en el centro de su reivindicación de la igualdad estaba el ser humano concreto

y necesitado, que aspiraba a una sociedad, en la cual todos podían vivir dignamente y satisfacer sus necesidades por igual, basándose en el derecho de propiedad privada” (HINKELAMMERT, 2000, p. 103). No obstante, la inversión ideológica aparece a través de un proceso de normalización y de su uso ideologizado. El ser humano concreto y vivo se abstrae de la historia (“la humanidad”), se sustituye por un sujeto abstracto (“propietario”) y sus intereses se establecen como valores universales. Se predica de forma universal y natural el derecho a la vida, a la libertad y a la propiedad, pero su ejercicio se vincula con una expresión concreta de ser humano: el propietario capitalista. Por eso, para Locke, a final de cuentas, la sociedad civil está para proteger la propiedad privada (LOCKE, 2004, p. 61). Con eso los derechos humanos como medios de dignificación de la persona humana como sujeto vivo con necesidades concretas, es sustituido por la sacralización de la propiedad. Pero no de cualquier propiedad, sino de la propiedad como sistema de competencia y eficacia. Por eso, la propiedad de los indios no podía ser protegida por la ley de la naturaleza, como lo debía ser, efectivamente, la propiedad privada del burgués inglés.

La inversión ideológica presente en la obra de Locke funcionó para que la nueva clase hegemónica pudiera realizar conquistas en nombre de los derechos naturales, y pudiera realizar guerras por defender a la humanidad y la ley de la naturaleza. Se podía entonces violentar los derechos naturales sin negarlos; muy al contrario, se podían violentarlos en nombre de la defensa de esos mismos derechos.⁴ Se podía negar la propiedad de los pueblos indígenas a sus tierras, en nombre de defender el derecho de propiedad de los burgueses, pues aquella propiedad no cumplía con los beneficios que establecía la ley de la naturaleza. En otras palabras, los derechos naturales defendidos por Locke estaban institucionalizados por la formación capitalista que estaba en formación. Al respecto, sintetiza Hinkelammert:

Esta es la inversión de los derechos humanos, en cuyo nombre se aniquilan a los propios derechos humanos. Ella tiene una larga historia. De hecho, la historia de los derechos humanos modernos es, a la vez, la historia de su inversión, la cual transforma la violación de estos

⁴ Dussel habla de una razón cínica, donde no se tiene una pretensión de verdad, sino que se tiene la verdad y sólo se exige su aceptación: la guerra justa de John Locke, por ejemplo. La razón cínica usa siempre un pseudo-argumento tautológico, señala este autor, pues es la razón que se da a sí mismo el que ostenta el poder, y por la que no necesita ingresar jamás en una auténtica discusión (la de la “razón discursiva”), porque no está en la disposición, desde el punto de partida, a dejarse juzgar por ningún otro poder (DUSSEL, 2007, p. 288).

mismos derechos humanos en un imperativo categórico de la acción política. La conquista española de América se basó en la denuncia de los sacrificios humanos que cometían las civilizaciones aborígenes americanas. Más tarde, la conquista de América del Norte se argumentó por las violaciones de los derechos humanos por parte de los aborígenes. La conquista de África por la denuncia de canibalismo, la conquista de la India por la denuncia de la quema de las viudas y la destrucción de China por las guerras del opio se basó igualmente en la denuncia de la violación de los derechos humanos. Occidente conquistó el mundo, destruyó culturas y civilizaciones, cometió genocidios nunca vistos, sin embargo, lo hizo para salvar los derechos humanos. (HINKELAMMERT, 2000, p. 78-79)

Además de la tenencia colonialista de Occidente, la inversión de los derechos humanos comienza desde los orígenes de la tradición europea en su propio territorio. Por ejemplo, en la Revolución Francesa no sólo se mata al rey y a los aristócratas, sino también a los primeros representantes de los derechos humanos del ser vivo: Olympe de Gouges, la mujer feminista, y François Babeuf, el hombre de la igualdad obrera.

Se puede estar o no de acuerdo con la lectura que de Locke realiza Hinkelammert, pero no es nuestro objetivo en este momento entrar a esta disputa. Valoramos la lectura en cuanto una *propedéutica* para comprender el discernimiento de la “inversión” como un método de crítica de los derechos humanos. Si las intenciones del filósofo inglés eran o no las que establece esta lectura no es nuestro punto a discusión, sino cómo este tipo de discursos muestran la inversión ideológica en los derechos humanos. Por eso, nosotros hemos destacado la lectura en función de presentar con mayor claridad esta crítica de derechos humanos. Una crítica que señala que “[l]os derechos humanos se transforman en una agresividad humanitaria: violar los derechos humanos de aquellos que los violan” (HINKELAMMERT, 2000, p. 78).

3 DERECHOS HUMANOS COMO ASESINATO FUNDANTE

Hinkelammert también ha presentado su crítica de los derechos humanos desde la perspectiva del “asesinato fundante”. Se trata de un uso ideologizado de un asesinato, al cual se le otorga un carácter general o global para justificar todas las acciones que un poder realice para tomar “venganza”, para “llevar a cuentas” al asesino, o para evitar nuevos acontecimientos que significaran la repetición de aquél. Así, los derechos humanos usados

de manera ideologizada se convierten en un criterio para ir contra quienes son considerados como continuadores del asesinato fundante, pues son opositores del poder que se considera “protector de la humanidad y de los derechos humanos”.

El “asesinato fundante” consiste en un constructo producido por el poder que se legitima a través de él. Lo hace frente a los dominados, pero también ante quienes ejercen el poder. En la base hay un asesinato común, como cualquier otro. Pero el poder, al transformarlo en asesinato fundante lo hace especial, único, jamás visto, inusitado, parteaguas de la historia, etc. Los enemigos del poder entonces se vuelven encarnación de los asesinos que cometieron el asesinato fundante.

[...] ningún asesinato es de por sí un asesinato fundante. Un determinado asesinato se convierte en asesinato fundante mediante decisiones y procesos sociales. Aparecen en determinadas crisis del poder y son constructos para enfrentarlas. El asesinato usado como asesinato fundante, es siempre un asesinato como muchos otros. Pero en determinadas circunstancias, es transformado en nombre del orden, la ley y la autoridad en asesinato fundante. (HINKELAMMERT, 2003, p. 192)

Entonces el poder que asesina se presenta como un vengador continuo. En efecto, el asesinato fundante tiene un carácter universal, es expansivo y crea una corriente de asesinatos sin cesar; alcanza con su perspectiva al mundo entero por todos los tiempos. Para nuestro autor, este tipo de asesinato se encuentra en la base de la modernidad, si bien ya aparece en los antiguos griegos y en la Edad Media europea está formulado de manera completa.

El asesinato fundante no es el asesinato de un chivo expiatorio. Éste suele ser una persona insignificante, marginada o deformada, mientras que en el asesinato fundante quien muere es un héroe que encarna los más altos valores de la sociedad. Puede ser igualmente una referencia abstracta como el género humano, pero siempre es el lugar destacado de los valores más altos vigentes o que deben serlo. Además, en la muerte del chivo expiatorio, el grupo asesino termina siendo el grupo santificado; en cambio, en el asesinato fundante, aparece el asesino de los asesinos, y éste es el que se convierte en grupo santificado. Y esto porque, como señala Hinkelammert: “Hay asesinos. No obstante, en el caso del asesinato fundante, los asesinos son execrados, son detestables. En el curso de la historia de los asesinatos

fundantes son basura, peste, cánceres, parásitos. Se trata de eliminarlos, de aniquilarlos, de exterminarlos, de liquidarlos." (HINKELAMMERT, 2003, p. 191). El grupo de vengadores se transforma en el grupo de los santificados y salvados. El otro es un grupo de asesinos. Aquéllos al ser asesinos de asesinos, no se consideran asesinos sino vengadores en nombre del héroe cuya muerte ha desatado el proceso. Esta acción y este orden se justifica en función del castigo de los asesinos que han cometido un crimen inmenso.

El orden que legitima el asesinato fundante es universalista, sin límites en el espacio ni en el tiempo. El grupo de vengadores se absolutiza y está siempre al pendiente de volver a actuar, de volver a eliminar a aquellos que reproduzcan la conducta del asesino del héroe. Hinkelammert nos señala que antes del asesinato fundante que establece el Imperio cristiano, encontramos antecedentes en Sófocles, tanto en *Edipo rey* como en *Antígona*. De esto señala:

El asesinato del rey estaría al mismo nivel que el de un albañil. Rey sería la profesión del asesinado. Lo que transforma el regicidio en magnicidio, es justamente la tesis de que el rey es padre del asesino, aun cuando de manera natural no lo sea. En la sociedad patriarcal que se está formando, el asesinato del padre es el magnicidio de por sí. Sófocles hace pasar esta dignidad patriarcal del padre como señor de la casa al rey, quien es por todo el reino lo que el padre para la casa. (HINKELAMMERT, 2003, p. 200)

El asesinato de Layo se vuelve fundante por la acción de Creonte, el sustituto de Edipo. En adelante, podrá tratar a todos los que se le opongan como repetidores de ese asesinato, nuevos Édipos que deben ser castigados, siendo ahora Creonte el rey y el padre que se quiere asesinar.

Otro nivel del asesinato fundante se da con la Cristiandad, pues ahí el asesinato de un hombre es convertido en el asesinato del rey-padre-Dios. La crucifixión de Cristo como asesinato fundante del imperio cristiano se constituye en el primero asesinato fundamente universal. El cristianismo se vuelve contra sus orígenes judíos, a quienes acusa de asesinos. Pero no se trata de la persecución de una minoría, sino que el judío es sólo un puente para generar enemigos universales. La historia se vuelve la lucha entre Dios y el demonio, cristianos e infieles (HINKELAMMERT, 2003, p. 208).

El asesinato fundante también aparece en la Modernidad. El asesinato de Dios del Cristianismo no desapareció, sino que se secularizó. John Locke lo sustituye por el género humano, por la humanidad, que es ofen-

dido por todos quienes no aceptan el nuevo régimen burgués. Se trata de un género humano que es la propiedad privada y su libertad. La ley natural es el centro, como hemos visto, del argumento de Locke. Es lo que nuestro autor llama el “circuito sacrificial en su forma burguesa”, y que describe de la siguiente forma:

La sociedad burguesa obedece a un sacrificio original realizado por todas las despotías de la historia, considerando a todas las sociedades no burguesas como despotías. Se trata de un sacrificio original, no realizado por la sociedad burguesa, sino por las sociedades en contra de las cuales aquélla lucha y a las cuales considera despotías. Sigue al mito medieval de un sacrificio original de la crucifixión de Jesús, que es un sacrificio cristiano, pero que no ha sido realizado por los cristianos, sino por aquellos que rechazaron a Cristo. La sociedad burguesa se ofrece como la sociedad que potencialmente, por medio del mercado, es una sociedad sin sacrificios. Todos los sacrificios de la historia han sido realizados para recibir su sentido de la sociedad burguesa. En cuanto haya amenaza de vuelta de la despotía, también la sociedad burguesa es despótica, sólo que en forma de un poder despótico que lucha de manera despótica en contra de la despotía. Después de su victoria definitiva, no habrá ya ninguna despotía. Por ende, realiza sacrificios que son necesarios para que finalmente ya no haya sacrificios. Se trata de sacrificios que, en última instancia, se derivan del hecho de que ha habido despotía, y que todavía amenaza la despotía. (HINKELAMMERT, 1998, p. 34)

Mientras el imperio cristiano sale para universalizar el cristianismo, la sociedad burguesa sale a universalizar la ley burguesa y con ella el mercado en nombre de la libertad. Desde entonces, el poder hegemónico sigue construyendo asesinatos fundantes que atentan contra la humanidad. Por eso, como señala Hinkelammert:

La construcción de los asesinatos fundantes hace aparecer las violaciones de derechos humanos como actos de servicio a la humanidad y su destino. Luego, lo que como hecho hace presente una violación, en el contexto de estas interpretaciones es, al contrario, un servicio a la humanidad y para la vigencia de los derechos humanos. A la luz de la construcción del asesinato fundante, el llamado al respeto por los derechos humanos significa un llamado a violarlos. La construcción del asesinato fundante invierte la realidad y la relación con los derechos humanos: la guerra es paz, la tortura es amor, la explotación es camino hacia un mundo mejor. (HINKELAMMERT, 2003, p. 248)

Como puede observarse, el mito del asesinato fundante es otra perspectiva desde la que se muestra la inversión ideológica de los derechos humanos. Una manera de discernir cómo derechos humanos son ideologizados y utilizados para fines que niegan derechos humanos. De cómo derechos humanos en lugar de ser herramientas para que los sujetos vivos se defiendan de los poderes abusivos, se convierten en instrumentos de legitimización de la opresión.

4 DERECHOS HUMANOS, NORMALIZACIÓN Y UTOPISMO

Por último, deseamos comentar sobre dos elementos que componen la inversión ideológica de los derechos humanos: la normalización y el utopismo. De cierta forma estos elementos los hemos mostrado a través de la lectura que realizamos del pensamiento de John Locke, pero ahora deseamos explicitarlos. Ambos son esenciales para comprender el uso opresor de los derechos humanos que muestra la inversión ideológica, cuando son utilizados para cerrar el paso a nuevas praxis de liberación y emancipación.

Una vez que una lucha específica de emancipación se ha convertido en un “poder instituido” y ha conformado un orden socio-político que busca preservar unas determinadas relaciones de producción y acceso a bienes, éstas tienden a absolutizarse y pretenden clausurar cualquier vía para la emergencia de nuevos poderes. Esto expresa una tendencia de la praxis humana de fijar de manera definitiva las diversas expresiones históricas, tales como normas, instituciones, costumbres, estructuras sociales, etc. A través de la descontextualización se busca fijar de forma permanente particulares órdenes de relaciones de producción y acceso de bienes para la producción y reproducción de la vida; se pretende absolutizar el resultado de praxis humanas concretas y contextualizadas. Es decir, la inversión ideológica “es la forma que adquiere la contingencia histórica cuando una de las concreciones o realizaciones de la acción humana se ha estabilizado o institucionalizado y tiende a absolutizarse frente a otras posibles concreciones a las cuales declara inválidas o, más radicalmente, ‘imposibles’” (SOLÓRZANO, 2007, p. 146). Y, además, es una manera de negar la complejidad de derechos humanos (ROSILLO, 2013).

Una lucha de emancipación se normaliza y se absolutiza, y al institucionalizarse termina por crear una nueva forma de dominación; entonces

desde el nuevo poder instituido todas las nuevas luchas de emancipación se convierten en enemigas de la emancipación original, y por eso deben ser reprimidas o castigadas, inclusive con su aniquilación total. Esta dinámica funciona como un cierre de la historia, como una negación de la novedad que se da en la realidad histórica. Esto genera que el contenido utópico de las emancipaciones se convierta en utopismo; se da entonces la inversión ideológica, pues el *utopismo*⁵ se encarga de matar a la utopía.

Derechos humanos deben entenderse como “horizonte utópico”, y se debe evitar la ilusión de creer que se “realizan” y “cumplen” derechos humanos en su totalidad y generalidad. En cambio, derechos humanos son una guía de la praxis humana, pero lo que acontece en la realidad histórica son praxis concretas, específicas y múltiples, que deben ser juzgadas utilizando derechos humanos como elemento crítico. Es decir, que por sí mismas estas praxis no son derechos humanos. Por eso, actuar bajo la ilusión de que nuestras acciones son o realizan en su totalidad derechos humanos es coartar o inhibir el carácter crítico que tiene una sensibilidad de derechos humanos. Consiste en desplazar el fundamento de derechos humanos de la praxis del sujeto vivo e intersubjetivo, a una acción del sujeto abstracto. Este *utopismo* es convertido por el poder en discurso de su propia legitimación.

Al estar las democracias y los estados de derecho de Occidente vinculados a un sistema económico específico –el capitalismo neoliberal y globalizado– el interés fundamental que garantiza el discurso de derechos humanos son las relaciones capitalistas de producción y las leyes del libre mercado. En efecto, el sujeto vivo, intersubjetivo y práxico⁶ que fundamenta derechos humanos es desplazado por un sujeto abstracto, que no tiene necesidades concretas para producir y reproducir la vida, y que goza de una igualdad en abstracto con otros sujetos de derecho.

La praxis humana se enfrenta en sus realizaciones al principio de imposibilidad –debido a la finitud de la condición humana–, pues hay que atender a las *condiciones materiales de posibilidad* y de *factibilidad*. En términos de Hinkelammert:

⁵ *Utopismo* entendido como la idea moderna de la razón y el mito sobre progreso infinito, que creyó posible domesticar la realidad social aún más allá de sus propios límites. En el campo del derecho, el utopismo jurídico se da cuando los operadores jurídicos creen que la realidad es cómo se enuncia en las normas, y, por lo tanto, al establecer y obedecer normas se “están realizando” derechos humanos.

⁶ Sobre este sujeto, ver ROSILLO, 2013.

[...] todos los fines posibles tienen condiciones materiales de posibilidad, y el producto social es el universo en el cual los fines por realizarse se disputan sus condiciones materiales. Independientemente de la voluntad humana y de las capacidades subjetivas de realización, las condiciones materiales de la posibilidad, cuyo conjunto es el producto social, obligan a una selección de los fines efectivamente enfocados y realizados. [...] Aparece, entonces, el límite de los proyectos materialmente posibles que es más estrecho que el límite de los proyectos técnicamente posibles. Ningún proyecto puede realizarse si no es materialmente posible, y la voluntad no puede sustituir jamás las condiciones materiales de posibilidad. (HINKELAMMERT, 2002, p. 318)

Ahora bien, los derechos humanos describen, como parte de su complejidad, “un horizonte utópico de la convivencia humana en relación con el cual sólo permiten aproximaciones” (HINKELAMMERT, 1990, p. 137). Debido a los criterios arriba señalados, en ningún tiempo y en ningún lugar cada uno de los derechos puede ser protegido ni cumplido plena y totalmente. Además, la apertura a la novedad histórica de la praxis del sujeto vivo e intersubjetivo nos imposibilita conocer de antemano el contenido de los nuevos derechos.

Cuando se invisibilizan las condiciones de posibilidad y de factibilidad en cuanto a derechos humanos, se niega la *relación transversal* que existe entre el horizonte utópico y la realización histórica. Soslayar estas condicionantes de la praxis, conlleva la negación de su dinamicidad.

La imposibilidad del cumplimiento de todos los derechos humanos –y la existencia constante de víctimas– conlleva a que los sistemas políticos y jurídicos establezcan un conjunto organizado jerárquicamente. Entonces un derecho o un grupo de derechos se considera de manera *a priori* como derechos fundamentales que relativizan a los otros. Su superioridad les protege de ser sacrificados por los demás derechos, pero en sentido contrario el resto, al ser relativizados, sí son sacrificables. Esto, que parecería hasta cierto punto lógico y admisible desde el punto de vista de los derechos humanos como momentos utópicos de la praxis humana, genera una inversión ideológica cuando se presenta que esa jerarquización está indisolublemente ligada a las formas de regulación del acceso a la producción y distribución de los bienes materiales y sociales.

Derechos humanos deben entenderse como la juridificación de las necesidades humanas para producir, reproducir y desarrollar la vida. Esto otorga gran importancia a las formas de acceso a los bienes. En efecto, la je-

rarquización de los derechos viene condicionada por determinada forma de regulación del acceso a la producción, distribución y disfrute de los bienes. Pero sucede que en las “democracias avanzadas” (FERRAJOLI, 1999) de la Modernidad hegemónica, derechos humanos se han convertido en un *discurso de legitimación* de determinadas relaciones sociales de producción y acceso a los bienes y de un determinado orden social y político.

Los poderes instituidos que basan su legitimidad en el cumplimiento de derechos humanos no pueden, entonces, soportar la crítica del incumplimiento de estos. Se crea la ilusión de contemplar a derechos humanos no como “medios” sino como “fines”, lo que reduce su carácter crítico. Lo importante es cumplir “los derechos” y el “estado de derecho” que son “fines absolutos”, sin admitir que “como medios” se puedan desvirtuar o abusar de ellos (se les puede dar un uso ideologizado), al grado de desconocer o aniquilar a los sujetos vivos que, ahora, en lugar de fines se les ha convertido en los medios. Enrique Dussel señala que Marx llama “‘fetichismo’ a esta *inversión*: se toma las cosas (mediaciones de factibilidad) como fines, y a las personas (la vida del sujeto y su autónoma participación libre) como mediaciones” (DUSSEL, 1998, p. 264). Lo que tiene como consecuencia la negación de la alteridad, que hemos comentado en varias ocasiones:

La totalidad, el sistema, tiende a totalizarse, a auto centrarse, y a pretender, temporalmente, eternizar su estructura presente; espacialmente, a incluir intra sistemáticamente a toda exterioridad posible. Como portador de un hambre infinita, el fetiche pretende instalarse para siempre en una insaciable antropofagia. La proximidad del cara-acara desaparece porque el fetiche se come a su madre, a sus hijos, a sus hermanos [...] La totalidad totalizada, cíclope o Leviathan en la tierra, mata a cuantos rostros ajenos le interpelan hasta que al fin, después de larga y espantosa agonía, desaparecerá tristemente de la historia no sin antes sellar con injusticias sin número sus últimos días. (DUSSEL, 1996, p. 66-67)

En efecto, cuando la praxis de liberación del sujeto vivo e intersubjetivo está denunciando la ilegitimidad de los poderes instituidos, estos fundan su legitimidad en la pretensión de realizar esos derechos humanos; entonces, se argumenta que el sujeto vivo que demanda el cumplimiento de (nuevos) derechos humanos está en contra de la “garantía” de realización de derechos humanos –que descansa en esos poderes instituidos que han sido deslegitimados por no proveer el acceso a los bienes para la satis-

facción de necesidades de vida-. El interés general objetivo y la oposición al principio de jerarquización imperante se transforman en una polarización entre quienes lo aceptan y entre quienes no lo hacen. De ahí que derechos humanos, señala Hinkelammert, esté delimitado en función de estas formas de acceso de la propiedad: “De esta manera se puede explicar por qué en la tradición burguesa la producción privada aparece como principio de jerarquización de los derechos humanos, y en la tradición socialista la satisfacción de necesidades como referencia de la determinación de los sistemas de propiedad” (HINKELAMMERT, 1990, p. 138).

Hinkelammert sostiene que la actual insistencia del Imperio en los derechos humanos se refiere casi exclusivamente a derechos del propietario; en cambio, son los perdedores de la estrategia de globalización quienes siguen insistiendo en derechos humanos del ser humano mismo, como ser corporal y vivo (HINKELAMMERT, 2010, p. 21). Los derechos humanos formulados en el siglo XVII son derechos de colectivos y no tienen nada de específicamente humano. Son derechos del propietario, que valen tanto para los colectivos con personalidad jurídica (empresas privadas) como para personas “naturales” que son reducidas a propietarios. Los cambios estructurales realizados por la estrategia de globalización neoliberal han borrado al sujeto vivo del ámbito de los derechos humanos, pues ha sido sustituido por la empresa. Los derechos humanos se sustituyen por los derechos de la empresa, los derechos de la propiedad privada, aunque se continúe con el mismo discurso. Hinkelammert sostiene que ha existido un proceso de sustitución de las grandes burocracias privadas que se han impuesto a las burocracias públicas. Las empresas de producción mundial exigen una fluidez del mercado, de tal forma que se oponen a políticas intervencionistas del estado. Esto conlleva a ajustes estructurales especialmente a tres dimensiones de la sociedad:

- a) La apertura con tendencia ilimitada para el capital financiero y las corrientes de divisas y mercancías.
- b) La reestructuración del estado en la dirección de un estado policial y militar.
- c) La flexibilización de la fuerza de trabajo, que trae consigo la anulación de derecho de importancia decisiva, producto del contrato de trabajo, como la protección frente al despido, el seguro social y la protección de la mujer, etc.

Se hace creer, entonces, que el estado policial significa libertad y el estado social es opresión. Se le quitan al estado las funciones de la política de desarrollo y de la política referente a la infraestructura económica y social. En efecto, se privatiza la propiedad pública, que resulta en una nueva acumulación originaria. Las seguridades sociales son disueltas y los sindicatos debilitados. En este contexto, para las empresas transnacionales, los derechos humanos como derechos del sujeto vivo no son más que distorsiones del mercado (HINKELAMMERT, 2004, p. 99).

Por la inversión ideológica de derechos humanos, quien cuestiona el orden, deja de ser sujeto de derechos y como consecuencia de su rebeldía, se le pueden suspender sus derechos humanos. Frente al enemigo de todo lo humano se suspende toda humanidad. Pero en realidad, como señala Sánchez Rubio, “[l]a vida humana, por tanto, no es lo inviolable, sino esa forma de acceso a la producción y distribución de los bienes predominante” (SÁNCHEZ RUBIO, 1999, p. 257).

REFERENCIAS

ATIENZA, Manuel. *Marx y los derechos humanos*. Lima: Palestra Editores, 2008.

CRANSTON, Maurice. *John Locke, a biography*. New York: Oxford University Press, 1985.

DUSSEL, Enrique. “Estado de guerra permanente y razón cínica: John Locke” en *Materiales para una política de la liberación*. México: Plaza y Valdés Editores, 2007.

_____. *Ética de la liberación*. En la edad de la globalización y de la exclusión. Madrid: Trotta, 1998.

DUSSEL, Enrique. *Filosofía de la liberación*. Bogotá: Nueva América, 1996.

ELLACURÍA, Ignacio. “En torno al concepto y a la idea de liberación”, en *Escritos Teológicos*. San Salvador: UCA Editores, 2000. Tomo I.

_____. “Función liberadora de la filosofía”, en *Veinte años de historia en El Salvador (1969-1989)*: Escritos políticos. San Salvador: UCA Editores, 1993. Tomo I.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías*. La ley del más débil. Madrid: Trotta, 1999.

HINKELAMMERT, Franz. *Crítica de la razón utópica*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2002.

HINKELAMMERT, Franz. *Democracia y totalitarismo*. San José de Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigaciones, 1990.

_____. *El asalto al Poder Mundial y la violencia sagrada del Imperio*. San José de Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigaciones, 2003.

_____. “El socavamiento de los derechos humanos en la globalización actual: la crisis del poder de las burocracias privadas” en Raúl Fornet-Betancourt y Juan Antonio Senent, *Filosofía para la convivencia*. Caminos de diálogos norte-sur, MAD, Sevilla, 2004.

_____. “La inversión de los derechos humanos: el caso de John Locke” en Joaquín Herrera (Ed.), *El vuelo de Anteo*. Derechos humanos y crítica de la razón liberal. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

_____. *Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la bestia*. San José de Costa Rica: Departamento Ecuménico de Investigaciones, 1998.

_____. *Yo soy, si tú eres*. El sujeto de los derechos humanos. México: Dríada, 2010.

LOCKE, John. *Segundo tratado del gobierno civil*. Trad. Cristina Piña. Buenos Aires: Losada, 2004.

MARX, Karl. *Sobre la cuestión judía*. Buenos Aires: Prometeo, 2004.

ROSILLO, Alejandro, “Pensamiento complejo y pensamiento simplificador en la comprensión de derechos humanos” en *Revista Dike*, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2013, p. 49-76.

ROSILLO, Alejandro. *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*. México: Ítaca, 2013.

SÁNCHEZ RUBIO, David. *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 1999.

SOLÓRZANO, Norman. *Crítica de la imaginación jurídica: Una mirada desde la epistemología y la historia al derecho moderno y su ciencia*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2007.

HORIZONTES PARA SE REPENSAR OS DIREITOS HUMANOS NUMA PERSPECTIVA LIBERTADORA

Antonio Carlos Wolkmer

Professor dos Programas de Pós-graduação em Direito da UNILASALLE-RS e da UFSC, onde coordena o Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE/UFSC). Doutor em Direito. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros (RJ). É pesquisador nível 1-A do CNPq, e consultor *Ad Hoc* da CAPES. Membro da Sociedad Argentina de Sociología Jurídica. Igualmente integrante de GTs da CLACSO (Buenos Aires/México). Autor de diversos livros, dentre os quais: *Constitucionalismo Latino-americano. Tendências Contemporâneas*. (Co-organizador). Curitiba: Juruá, 2013; *História do Direito no Brasil*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015; *Pluralismo Jurídico*. Fundamentos para uma Nova Cultura no Direito. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015; *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. Professor visitante de Cursos de Pós-graduação em várias universidades do Brasil e do exterior (Argentina, Peru, Colômbia, Chile, Venezuela, Costa Rica, México, Espanha e Itália). acwolkmer@gmail.com.

Currículo Lattes acessível em: <http://lattes.cnpq.br/2828972498980275>

Efendy Emiliano Maldonado Bravo

Doutorando em Direito, Política e Sociedade no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina. Bolsista do CNPq. Mestre em Teoria, Filosofia e História do Direito pelo PPGD/UFSC. Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade do Vale do Rio do Sino (UNISINOS-RS). Integrante do Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias (NEPE/UFSC) e do Instituto de Pesquisa em Direitos e Movimentos Sociais – IPDMS, onde coordena o Grupo Temático Teorias Críticas do Direito, América Latina e Epistemologias do Sul. Membro da Rede Nacional de Advogados e Advogadas Populares (RENAP). Tem experiência na área do Direito, com ênfase em Direito Constitucional, Teoria da Constituição, Teorias Críticas do Direito, Direitos Humanos, Filosofia Política, Movimentos Sociais e América Latina. eemilianomb@gmail.com.

Currículo Lattes acessível em: <http://lattes.cnpq.br/6668935345927364>

Desde que la espada y la cruz desembarcaron en tierras americanas, la conquista europea castigó la adoración de la naturaleza, que era pecado de idolatría, con penas de azote, horca o fuego. La comunión entre la naturaleza y la gente, costumbre pagana, fue abolida en nombre de Dios y después en nombre de la Civilización. En toda América, y en el mundo, seguimos pagando las consecuencias de ese divorcio obligatorio. (GALEANO, 2008)

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho examina as possibilidades para uma perspectiva libertadora dos direitos humanos na América Latina. A partir da sistematização de algumas reflexões que vêm se realizando nos últimos anos em nosso grupo de pesquisa (Núcleo de Estudos e Práticas Emancipatórias, no PPGD/UFSC), originadas nos aportes de alguns pensadores críticos e atentas às especificidades dos processos de lutas sociais ocorridas em nossa região, pretende-se fortalecer uma matriz de pensamento de libertação que já vem sendo gestado e aprimorado em diversos países latino-americanos, mas que infelizmente permanece marginal em terras brasileiras.

A temática dos direitos humanos permite uma série de discussões e delineamentos teóricos, contudo, no Brasil, há uma hegemonia das matrizes formalistas, liberais universalistas ou, quando muito, multiculturalistas. Em contraposição a essas tendências, a perspectiva aqui assumida seguirá por outros caminhos, talvez mais difíceis de realização, mas comprometidos com processos verdadeiramente transformadores, pois a opção é que a produção do conhecimento deve ter relevância social e aportar nos processos de superação das injustiças.

Desse modo, inicia-se por uma perspectiva histórica que compreende que os direitos humanos têm sido uma resposta aos conflitos de relacionamento, às multiplicidades de necessidades humanas e às lutas de libertação de determinadas formas de sociabilidade. A historicidade dos direitos humanos reflete a aquisição, a transformação e a efetividade de questões concretas da vida, como, por exemplo, a cultura, a religião, o trabalho, a raça, o gênero, a crença, a condição socioeconômica, etc. Por conseguinte, o núcleo privilegiado, ou melhor, o eixo central em termos de opção teórica e prática é a imperiosa obrigatoriedade de se contrapor ao mundo da normatividade e das formas de controle social, uma concepção crítica e contextualizada, que aporte aos processos de luta por libertação promovidos pelas classes subalternas, isto é, pelos oprimidos do sistema dominante.

Nesse sentido, as formulações teóricas sobre os direitos humanos têm simbolizado valores, exigências e conflitualidades sociais em momentos culturais distintos na historicidade da sociedade moderna ocidental. Por isso, há que se reconhecer certos matizes originários sobre os direitos humanos, nos processos de luta por reconhecimento dos direitos indígenas ao longo da colonização hispânica dos séculos XV e XVI. Deve-se reconhecer, também, os avanços e os limites das formulações processuais específi-

cas da concepção dos direitos humanos liberal-burguesa dos séculos XVIII e XIX, as peculiaridades da construção socioeconômica do século XX, e da configuração descolonizadora e intercultural dos primórdios do século XXI.

Em tempos de transições paradigmáticas e de novos horizontes abertos pelos inúmeros processos de luta contra o globalismo neoliberal e contra a lógica opressora do sistema-mundo capitalista, com destaque às recentes experiências vivenciadas na América Latina nas últimas décadas, importa avançar na direção de uma concepção de direitos humanos não mais meramente formalista, estatista, monocultural e antropocêntrica. Por isso, a adesão e o compromisso com um referencial crítico dos direitos humanos em sua dimensão de resistência, de libertação, de descolonização e de interculturalidade.

Mas, afinal, o que compreende e o que expressa uma perspectiva crítica? E, acima de tudo, o que representa o instrumental crítico que sustenta o discurso acerca dos direitos humanos enquanto prática de resistência e de libertação em espaços societários periféricos e em processos de descolonização? Qual a razão e o porquê de se agregar ao conceito de direitos humanos a especificidade de uma natureza crítica e libertadora? Essas questões não possuem respostas simples, por isso o presente trabalho, consciente dos seus limites, buscará apenas problematizar essas inquietações e, a partir disso, privilegiar e fortalecer o conhecimento de valorizações distintas e antagônicas à proposta tradicional – liberal-positivista, de forte cunho formalista, universalista e monocultural – por meio do fortalecimento de uma matriz teórico-crítica libertadora dos direitos humanos.

2 CRÍTICA E LIBERTAÇÃO

Primeiramente, é importante retomar, minimamente, o que se compreende enquanto “crítica” e “libertação”. Em busca disso, faz-se necessário assinalar os diversos sentidos desprendidos da expressão “crítica”, termo que não deixa de ser ambíguo e abrangente, pois representa inúmeros significados, sendo interpretado e utilizado de formas diversas no espaço e no tempo. Comprovam essa diversidade de significações as diferenças latentes entre uma leitura crítica baseada em Kant, Marx, Horkheimer, Habermas ou até mesmo Popper. Infelizmente, não há agora que se aprofundar nessa rica discussão filosófica e nessa trajetória histórica sobre as diferentes perspectivas e escolas críticas que podem ser adotadas numa pesquisa científica.

Parte-se, *grosso modo*, de uma concepção que compreende que a “crítica” emerge como elaboração instrumental e dinâmica que transpõe os limites naturais das teorias tradicionais, não se atendo apenas a descrever o que está estabelecido ou a contemplar, equidistantemente, os fenômenos sociais e reais. Como processo histórico identificado ao “utópico”, ao radical e ao desmistificador, a “crítica” assume a “função de abrir alternativas de ação e margem de possibilidades que se projetam sobre as continuidades históricas” (WOLKMER, 1999, p. 102). Na síntese de Paulo Freire (1994, p. 44), uma visão crítica da realidade partiria da seguinte:

[...] conhecimento que não é dogmático, nem permanente, mas que existe num contínuo processo de fazer-se a si próprio. E, seguindo a posição de que não existe conhecimento sem práxis, o conhecimento ‘crítico’ seria aquele relacionado com um certo tipo de ação que resulta na transformação da realidade. Somente uma teoria ‘crítica’ pode resultar na libertação do ser humano, pois não existe transformação da realidade sem a libertação do ser humano.

Uma posição “crítica” há que ser vista, por conseguinte, não só como uma avaliação teórica, mas, sobretudo, a partir da práxis, ou seja, da ação e da reflexão transformadora da realidade, pois a humanidade é constituída de seres históricos, que criam e fazem a sua história, isto é, de seres que se constituem na *práxis* (FREIRE, 2005, p. 141). Para a *teoria crítica*, portanto, os *direitos humanos* passam a fundamentar-se na própria *práxis de libertação dos oprimidos*, como se depreende da seguinte citação:

Los derechos humanos tienen como uno de sus fundamentos la praxis histórica de liberación, en cuanto ésta se realiza por una comunidad de víctimas –que se constituye en un sujeto intersubjetivo– que busca, al ejercer el derecho a generar derechos, subvertir el sistema que le niega la satisfacción de necesidades para la producción y reproducción de vida, y dar paso a un nuevo sistema. Esto conlleva el colocar a la praxis como el hecho más radical, que antecede al Estado o a la “naturaleza humana”, en cuanto a la búsqueda de fundamentos de derechos humanos. Es un fundamento no-dogmático, ni etnocéntrico, ni historicista; defiende la necesidad del sujeto, pero no del sujeto individual y abstracto de la Modernidad hegemónica, sino el sujeto intersubjetivo que se constituye a través de la voluntad de liberación de las víctimas reunidas y organizadas en comunidad. (ROSSILLO, 2015, p. 290)

Portanto, partindo da *práxis histórica de libertação da comunidade de vítimas*, o que se propõe é viabilizar uma “visão crítica e dinâmica” da nossa realidade, inserida na historicidade da sociedade e das culturas latino-americana e brasileira, capaz de desvelar, desmascarar e desmitificar os processos de dominação e, assim, compreender a realidade como um processo permanente de transformação da realidade para a libertação dos homens (FREIRE, 2005, p. 108).

Nesse sentido, pode-se conceituar *teoria crítica* como o “instrumento pedagógico operante (teórico-prático) que permite a sujeitos inertes e mitificados uma tomada histórica de consciência, desencadeando processos que conduzem à formação de agentes sociais possuidores de uma concepção de mundo racionalizada, antidogmática, participativa e transformadora”. Trata-se de proposta que não parte de abstrações, de um *a priori* dado, da elaboração mental pura e simples, mas da experiência histórico-concreta, da prática cotidiana insurgente, dos conflitos e das interações sociais e das necessidades humanas essenciais (WOLKMER, 2015, p. 29-30).

Brevemente, pode-se afirmar que o pensamento crítico latino-americano seria aquele que, a partir da nossa realidade regional, verificando o nosso processo histórico sob a ótica dos oprimidos, propôs reflexões e projetos transformadores, capazes de alterar as injustiças das nossas sociedades periféricas e dependentes (MALDONADO, 2015, p. 68). Compartilha-se, portanto, a perspectiva de que uma teoria crítica alternativa/descolonial implica, hoje, ir além dos marcos emancipatórios de tradição moderna, essencialista, racionalista e eurocêntrica; é direcionar-se para uma construção realista, contextualizada e transformadora de espaços societários, políticos e culturais subalternos. Daí a defesa de um saber liminar e de uma prática liberadora que irrompa do “paradigma outro”, do “alternativo sul” e do “descolonial”. Trata-se de superar a condição de subordinação, exploração e violência, criando um pensamento insurgente que parta de nossas tradições intelectuais e de nossa própria experiência histórica (WOLKMER, 2015, p. 42).

Ainda que gestada historicamente por discontinuidades, defendemos a existência de um legado do pensamento crítico que parte do “sul global”, da experiência das regiões excluídas e subordinadas ao “sistema-mundo” moderno. Certamente, uma proposta contra-hegemônica de resistência que surge para materializar a força de uma crítica inconformista e transgressora no sentido de contribuir na desconstrução das práticas convencionais de saber e de poder dominantes.

Igualmente, ao examinar criticamente a historicidade dos direitos humanos em sua trajetória tradicional, essencialista e formalista, particularmente no âmbito dos valores e das práticas da modernidade hegemônica ocidental, há de se fazer um esforço para reconhecer e deixar expressa uma outra história interpretativa dos direitos humanos, de direitos provenientes dos marginalizados, dos subalternos, dos negados, dos injustiçados, isto é, dos oprimidos. Trata-se de um ponto de partida ético que identifica a criticidade como expressão do conhecimento desmistificador e como transição do instituído opressor, ou seja, compreende os direitos humanos enquanto processos histórico-políticos que abrem ou consolidam espaços de luta pela libertação.

Resta ainda explicitar o que se compreende como *libertação*. Ora, a base epistemológica para as nossas pesquisas utiliza o legado das reflexões propostas pela(s) Filosofia(s) da Libertação, motivo pelo qual, para estudar a nossa região periférica, o conceito de libertação é de fundamental importância. Nesse aspecto, Euclides Mance (2000, p. 26) aduz que:

Diferentes conceitos de *libertação* aparecem na história da filosofia associados a conceitos de *emancipação* e *liberdade*. É, geralmente, no campo da ética e da filosofia política que emergem determinados problemas em que tais conceitos – especialmente os dois últimos – são considerados no desenvolvimento de reflexões sobre a convivência humana, suas possibilidades e limites. Embora não seja possível isolar cabalmente a noção de *liberdade* da noção de *libertação*, conquanto se possa distingui-las, apenas recentemente – nos últimos trinta anos – o conceito de *libertação* tem sido filosoficamente tematizado em sua complexidade. Em tal processo de tematização acabou por emergir as, assim chamadas, *Filosofias da Libertação*, que não apenas consideram a libertação em seu aspecto negativo, isto é, a *libertação de* impedimentos ou cerceamentos ao exercício satisfatório da liberdade, quanto positivamente, isto é, a *libertação para* a realização das valiosas singularidades humanas em sua criativa diversidade.

Nesse aspecto, partindo de uma perspectiva influenciada pelo materialismo-histórico e pela dialética, há que se reconhecer a importância da categoria de emancipação para a filosofia política crítica. Entretanto, tem-se consciência de que a ideia de libertação abrange, corrobora e se adequa melhor à realidade latino-americana, sobretudo se forem analisadas as principais tendências revolucionárias do continente no século XX, como, por exemplo, as ocorridas em Cuba, Nicarágua, México, Colômbia,

etc. (DUSSEL, 2007, p. 482-551). Nessa linha, com base em Negri e Hart, Enrique Dussel (2014, p. 13) propõe a seguinte distinção:

La distinción terminológica entre emancipación y liberación tiene aquí un valor crucial: mientras que la emancipación lucha por la libertad de la identidad: la libertad de ser lo que realmente [ya] eres, la liberación apunta a la libertad de auto-determinación y auto-transformación: la libertad de determinar lo que [nunca había sido y] puede devenir. (NEGRI; HART, 2009, p. 331)

Certamente, a ideia de libertação assume um viés utópico e revolucionário de transformação da realidade, vinculado aos processos de autodeterminação que, inserido num contexto sócio-histórico determinado como o latino-americano, permite a construção original e criativa de “outros mundos” por meio de um projeto próprio e autêntico para a região, ou seja:

*Esta utopía es un “más allá” del horizonte ontológico, del ser del capital. La totalidad del capital es superada por un ámbito que trasciende su fundamento. [...] La utopía futura (flecha 4) es así el polo afectivo, tendencial (**triebende**, diría Marx) que moviliza la acción. El oprimido, alienado, subsumido en el capital, tiene así un “proyecto de liberación” que crea el fundamento para una praxis revolucionaria de liberación. Este, hombre, que hoy es oprimido, pero que hoy espera (el **Prinziphoffnung** de Bloch) una nueva sociedad, y por ello lucha, ya se transforma, desde el presente, en un “Hombre nuevo”. (DUSSEL, 1991, p. 359. Grifos do original.)*

Assim, para além de uma perspectiva filosófica, a *libertação* deve ser vista como processo histórico revolucionário de ruptura com a ordem vigente no sistema capitalista, construída pelas próprias classes subalternas, nas especificidades de suas culturas e na concretude das suas lutas pela superação das necessidades fundamentais, e deve primar pela construção de uma nova sociedade que favoreça a ampliação dos nexos comunitários existentes, que permita a tão sonhada associação de produtores livres. A perspectiva de libertação, portanto, resgata um legado muitas vezes esquecido de Karl Marx (2007, p. 29 e ss.), que desde a sua juventude defendia essa terminologia e que foi desenvolvida por parte do marxismo latino-americano e pela(s) Filosofia(s) da Libertação em nossa região.

Portanto, a proposta deste trabalho se insere na tarefa, já assumida há algum tempo, de fortalecer “a existência de um pensamento liber-

tador latino-americano que se define por uma luta teórico-prática contra uma situação sociopolítica de dominação, opressão, exploração e injustiça” (WOLKMER, 2003, p. 24).

3 APORTES PARA UMA COMPREENSÃO DESCOLONIAL E INTERCULTURAL DOS DIREITOS HUMANOS

Na análise da história convencional, os direitos humanos, enquanto exaltação da pessoa humana como indivíduo, têm sua formação na tradição ocidental entre os séculos XVII e XVIII, “proveniente da cultura burguesa e liberal”. Essa construção de direitos individuais, centrada na concepção de um sujeito de direito, não considera que os primórdios desses direitos emergiram nas lutas pelos direitos das populações indígenas do século XV, como demonstram autores como Bartolomé de las Casas e Antonio de Montesinos, e os debates dos teólogo-juristas espanhóis do século XVI, dentre os quais Francisco de Vitória, Francisco Suarez e Domingo de Soto¹.

Partem de uma concepção de direitos humanos cunhada primeiramente pela tradição francesa de “direitos do homem”, expressão maior de uma filosofia individualista, que alcança positividade e difusão nas primeiras cartas-declaratórias, como as do Estado da Virgínia (1776), incorporado na Constituição dos Estados Unidos de 1787, e a da França, acerca dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Formou-se, deste modo, no âmbito, da cultura moderna eurocêntrica, a categoria de um sujeito racional capaz de direitos, de direitos positivados engendrados por circunstâncias valorativas específicas, como a emergência do sistema produtivo capitalista, a formação dos Estados-nacionais, as crescentes demandas políticas de novos segmentos sociais (a burguesia) por liberdade, igualdade e segurança, e a defesa pelo direito natural à propriedade privada.

Essas clássicas declarações que projetavam direitos como universais e gerais para todos os homens (os homens são livres e iguais) representavam os interesses e os privilégios de segmentos sociais ascendentes economicamente que buscavam instrumentos de proteção ao livre mercado e garantia de sua propriedade privada. Por trás destas enunciações solenes,

¹ Observar, neste aspecto: ROSILLO MARTÍNEZ, Alejandro. *Los Inicios de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos*. San Luis Potosí: UASLP / CENEJUS, 2011; BEUCHOT, Mauricio. *Los fundamentos de los Derechos Humanos en Bartolomé de las Casas*. México: Anthropos, 1994.

gerais e humanistas de direitos, ocultavam-se discursivamente conceituações estreitas, abstratas e contraditórias. Constituiu-se, assim, de direitos idealizados para um homem burguês, racional e individualista.

No interior dessa perspectiva se projeta, igualmente, a tradição retórica dualista de “civilização e barbárie” ou “Ocidente e Oriente”, mantidas por intérpretes acadêmicos tanto dos países centrais quanto daqueles periféricos. A palavra barbárie origina-se na *pólis* grega para designar aqueles que *balbuciavam* o grego, os quais não eram considerados *cidadãos*. No entanto, “Bárbaro será, também, sinônimo de selvagem, inculto, isto é, não cultivado em conformidade com o que parece ser do homem mesmo por excelência, o grego.” (ZEA, 2005, p. 57-58). A ideia de barbárie contraposta à ideia de civilização – que a partir de Aristóteles será constantemente retomada pelos defensores dos sistemas de dominação colonial –, abarcava todos os âmbitos da existência desses povos, negando assim a sua própria humanidade, e também os seus modos de vida comunitários e, por conseguinte, as suas cosmovisões.

Nesse aspecto, uma das características “bárbaras” desses povos seria a sua relação integrada à natureza e aos seus processos de (re)produção da vida, que não se baseavam na mercantilização dos bens naturais e na propriedade privada da terra, mas em modos de vida completamente distintos da ontologia ocidental hegemônica. Desse modo, a negação da humanidade de certas “raças”, sintetizada no conceito de bárbaro, tem servido ao longo da história para justificar uma série de opressões e injustiças.

No entanto, será a partir da invasão da América em 1492 que há de se ter em mente a relação umbilical entre modernidade-colonialidade e a formação capitalista nos países dependentes. Essa relação constituinte do sistema capitalista atual tem como premissa, portanto, o reconhecimento de que racismo é um eixo estrutural da nossa ordem social. Sendo que, no plano histórico-cultural, sobretudo nos países latino-americanos e africanos, significou o genocídio físico, material e espiritual de uma diversidade de cosmovisões e modelos de organização alternativos ao vigente na atualidade, e principalmente direta e indiretamente o extermínio de milhões de seres humanos. No plano econômico, significou o saque incansável das nossas riquezas naturais por meio da exploração do trabalho, seja escravocrata e/ou servil de grandes massas populacionais subjugadas aos interesses de uma pequena casta de proprietários. Permitiu, também, o processo de acumulação originária do capital, na qual a exploração, em especial de minérios e matérias-primas, sustentou

a formação dos países “desenvolvidos” anglo-americanos e parte dos países europeus (MALDONADO, 2015, p. 141-142).

Partindo dessa premissa, o marco histórico dessa nova época (modernidade) é a chegada à América, “des-coberta” que “en-cobriu” a cultura e a existência dos “Outros” aqui presentes, os quais foram genericamente denominados de índios e aniquilados violentamente pelo desenfreado lucro das metrópoles. A partir desse momento, segundo Dussel (1993, p. 15), a Europa deixa de ser periferia do mundo oriental para torna-se o “centro” global da humanidade. Para além do aspecto positivo que teria a Era Moderna, Dussel desvela a existência de um verdadeiro “mito”, que se funda na “falácia desenvolvimentista” que gera o “eurocentrismo”. O mito poderia ser descrito assim:

a) A civilização moderna se autocompreende como a mais desenvolvida, superior (o que significará sustentar sem consciência uma posição ideologicamente eurocêntrica); b) A superioridade obriga, como exigência moral, a desenvolver os mais primitivos, rudes, bárbaros; c) O caminho do referido processo educativo de desenvolvimento deve ser o seguido pela Europa [...]; d) Como o bárbaro se opõe ao processo civilizador, a práxis moderna deve exercer em último caso a violência, se for necessário, para destruir os obstáculos de tal modernização (a Guerra justa colonial); e) Esta dominação produz vítimas (de muitas variadas maneiras), violência que é interpretada como um ato inevitável, e com sentido quase ritual de sacrifício; o herói civilizador investe suas próprias vítimas do caráter de ser holocaustos de um sacrifício salvador (do colonizado, escravo africano, mulher, da destruição ecológica da terra, etc.); f) Para o moderno, o bárbaro tem uma “culpa” (o fato de se opor ao processo civilizador) que permite que a “Modernidade” se apresente não só como inocente, mas também como “emancipadora” dessa “culpa” de suas próprias vítimas; g) Por último, e pelo caráter “civilizatório” da “Modernidade”, são interpretados como inevitáveis os sofrimentos ou sacrifícios (os custos) da “modernização” dos outros povos “atrasados” (“imatuross”, das outras raças escravizáveis, do outro sexo por ser fraco, etc.). (DUSSEL, 1993, p. 185-186)

O eurocentrismo assume a característica de uma categoria filosófica fundamental, pois explicita uma posição ontológica que engloba o modelo de desenvolvimento que historicamente foi seguido pela Europa, e que implica ser o modelo a ser alcançado por toda a humanidade e suas respectivas culturas. No plano filosófico, tal característica pode ser observa-

da, por exemplo, em dois dos pilares da ilustração filosófica: Kant e Hegel. Ambos, à sua maneira e com as respectivas diferenças, explicitam claramente a perspectiva eurocêntrica plasmada na modernidade, bem como seu racismo inerente, o qual destruiu violentamente a riqueza e a diversidade sociocultural dos povos de suas colônias e a vasta gama de riquezas naturais existentes. Portanto, deve-se explicitar o “mito moderno”, a fim de visualizar a face oculta da modernidade, qual seja, a irracionalidade da sua violência constitutiva para com as demais culturas (MALDONADO, 2015, p. 142). Descoberto o “mito moderno”, outra categoria a ser observada é a ideia de “colonização do mundo da vida”, inserida e vista a partir do violento e sanguinário processo histórico de conquista da famigerada civilização ocidental europeia. Sobre isso, o seguinte trecho é esclarecedor:

Colonização (*Kolonisierung*) do mundo da vida (*Lebenswelt*) não é aqui uma metáfora. A palavra tem o sentido forte, histórico, real; [...] Era uma figura econômico-política. A América Latina foi a primeira colônia da Europa Moderna [...] A colonização da vida cotidiana do índio, do escravo africano pouco depois, foi o primeiro processo “europeu” de “modernização”, de civilização, de “subsumir” (ou alienar) o Outro como “si-mesmo”; mas agora não mais como objeto de uma práxis guerreira, de violência pura – como no caso de Cortês contra os exércitos astecas, ou de Pizarro contra os Incas –, e sim de uma práxis erótica, pedagógica, cultural, política, econômica, quer dizer, de domínio dos corpos pelo machismo sexual, da cultura, de tipos de trabalho, de instituições criadas por uma nova burocracia política, etc., dominação do Outro. É o começo da domesticação, estruturação, colonização do “modo” como aquelas pessoas viviam e reproduziam sua vida humana. (DUSSEL, 1993, p. 50-51)

Assim, os direitos humanos devem ser compreendidos a partir das lutas contra os diversos modos de “colonização do mundo da vida” promovida pelo “processo civilizatório”, marcado principalmente por uma colonialidade expropriatória, implantada pelas metrópoles europeias na América Latina, o qual serviu de “motor” para o desenvolvimento econômico-político do sistema capitalista – e que negou e violou os direitos dos povos “bárbaros” da nossa região e, por conseguinte, da Natureza.

Imprescindível é repensar os direitos humanos, sem confundi-los com os direitos estatais positivados, mas que sejam, descoloniais, interculturais e libertadores. De direitos que sejam interpretados em uma perspectiva integral, sócio-histórica, pluralista e intercultural.

Para isso, ao contrário do discurso hegemônico, que tende a mime-tizar a linearidade histórica da teoria jurídica liberal-conservadora e a sua visão estatalista da ampliação de direitos, dois elementos são cruciais para um salto qualitativo no debate e nas reflexões sobre a atuação dos movimentos sociais latino-americanos na sua luta insurgente por direitos; são eles: a “descolonização” e a “interculturalidade”.

A descolonização seria o processo de superação do “eurocentrismo” e da “falácia desenvolvimentista”, já desenvolvidos anteriormente, os quais têm servido há mais de 500 anos para encobrir, por trás do lado emancipador da Modernidade, o mito sacrificial, violento e opressor do chamado: “processo civilizatório” (DUSSEL, 1993). Em busca disso, antes de mais nada, é necessário superar a crença de que os modelos produzidos no Norte global são universais e adequados à nossa realidade e, assim, passar a construir alternativas a partir da história, dos saberes e das lutas promovidas pelo e no Sul global, o qual deve ser compreendido da seguinte forma:

Sur global no es entonces un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones vive en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y antiimperialista. (SANTOS, 2010, p. 43)

Por isso, a descolonização é crucial para a interpretação dos processos jurídico-políticos ocorridos em sociedades periféricas, como as da América latina. Essa nova lente hermenêutica, portanto, é uma questão candente que deve ser suscitada por aqueles que buscam realizar pesquisas no campo do Direito, da política e da sociologia de forma engajada na luta contra-hegemônica ao “sistema-mundo capitalista”. O segundo “elemento crucial” que deve ser incorporado ao debate seria a perspectiva da interculturalidade. Mas, para isso, antes de qualquer coisa, parece importante definir o que se entende por cultura:

Desde uma leitura cuidadosa e arqueológica de Marx (desde suas obras juvenis de 1835 a 1882), indicávamos que toda cultura é um *modo* ou um sistema de ‘tipos de *trabalho*’. Não em vão a ‘agri-cultura’ era estritamente o ‘*trabalho* da terra’ – já que a ‘cultura’ vem etimologicamente em latim de ‘cultus’, em seu sentido de consagração sagrada. A *poiética material* (fruto físico do trabalho) e *mítica* (criação simbólica) são

produção cultural (um por *fora*, objetivamente, o subjetivo, ou melhor, intersubjetivo, comunitário). Desse modo o econômico (sem cair no economicismo) era resgatado. (DUSSEL, 2004, p. 173-174)

Ou seja, ao contrário de boa parte das correntes culturalistas e pós-modernas, sendo a dimensão econômica constitutiva da dimensão cultural, não há como entender uma cultura sem entender a sua economia-política. Isso, por outro lado, também não leva ao economicismo, que reduz todos os problemas à dimensão econômica. Outro aspecto, que também deve ser esclarecido sobre o entendimento adotado de “Cultura” é o fato de que não se deve partir de uma visão essencialista e homogeneizadora dos fatores culturais, uma vez que:

Culturas são “horizontes históricos de compreensão e ação que devem ser concretizados, no dia a dia, por seres humanos concretos, os quais não interpretam unitariamente nem traduzem uniformemente aquilo que em cada caso nomeiam a sua própria cultura. Com isso também se diz que a dinâmica interna de uma cultura pertence não só à confirmação de sua tradição, mas também à sua modificação, portanto, a dialética de tradição e inovação. (BECKA, 2010, p. 38)

Feitas essas considerações conceituais sobre a definição de “Cultura”, resta saber o porquê do “inter” constitutivo do segundo elemento que se considera fundamental para o debate:

[...] o diálogo intercultural necessita acima de tudo de paciência: no encontro intercultural se requer suficiente tempo para perceber, entender e valorar o diverso. O espaço para isso designa o *inter*, aquele espaço aberto do encontro no qual o diverso permanece primariamente indeterminado e no qual a gente se abstém do juízo e da definição. (DUSSEL, 2004, p. 176)

Nos últimos anos, a interculturalidade vem sendo abordada por diversas disciplinas das ciências humanas e pelas várias concepções científicas que as compõem. Nesse sentido, para além do frutífero debate acadêmico filosófico sobre a interculturalidade, na presente discussão utiliza-se a perspectiva dos movimentos sociais equatorianos, os quais recordam que “*la interculturalidad crítica tiene sus raíces y antecedentes en las discusiones políticas puestas en escena por los movimientos sociales, hace resaltar su sentido contra-hegemónico, su orientación con relación al problema*

estructural-colonial-capitalista y su acción de transformación y creación” (WALSH, 2012, p. 172). Faz-se, portanto, alusão por uma perspectiva que compreende que:

[...] *la interculturalidad crítica debe ser entendida como herramienta pedagógica. La que pone en cuestionamiento continuo la racialización, deshumanización, subalternización, inferiorización y sus patrones de poder, visibiliza maneras distintas de ser, vivir y saber, y busca el desarrollo y creación de comprensiones y condiciones que no solo articulan y hacen dialogar las diferencias en un marco de legitimidad, dignidad, igualdad, equidad y respeto, sino que también – y a la vez – alientan la creación de modo “otros” - de pensar, ser, estar, aprender, enseñar, soñar, y vivir que cruzan fronteras. La interculturalidad crítica y decolonial, en este sentido, son proyectos, procesos y luchas – políticas, sociales, epistémicas y éticas – que se entretajan conceptualmente y pedagógicamente, alentando una fuerza, iniciativa y agencia ético-moral que hacen cuestionar, trastornar, sacudir, rearmar y construir. Esta fuerza, iniciativa, agencia y sus prácticas dan base para lo que he llamado de **pedagogia decolonial**.* (WALSH, 2012, p. 176)

Assim, será nesse espaço de diálogo intercultural, que tem em conta uma *teoria dos direitos humanos* contextual e concreta, preocupada com a historicidade cotidiana do povo pobre, índio, negro, quer dizer, uma teoria que colabore organicamente com o “bloco social dos oprimidos” (DUSSEL, 2006, p. 64-65), que se poderá superar o paradigma jurídico-político moderno e fortalecer a construção, lenta e gradual, de modelos de organização social alternativos ao capitalismo.

4 AS LUTAS DOS MOVIMENTOS POPULARES COMO FONTE PLURALISTA E INSURGENTE DOS DIREITOS HUMANOS²

A concepção jurídica pluralista latino-americana adotada neste artigo pretende “refletir sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos, numa opção teórica e política de questionamento do monopólio estatal de produção e circulação do direito, valorizando o pluralismo jurídico” (SOUSA JÚNIOR, 2002, p. 65). Ou seja, desde essa concepção teórica, a emergência

² Para uma análise aprofundada destas reflexões, que compõem parte da nossa dissertação de mestrado, ver: MALDONADO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e campesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. Florianópolis: Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2015. p. 123-140.

dos sujeitos coletivos, aqui designados como movimentos populares e/ou movimentos sociais contra-hegemônicos em suas lutas por justiça, é a expressão concreta da existência do pluralismo jurídico.

Se analisarmos os movimentos sociais contra-hegemônicos, nas suas lutas por satisfação das necessidades materiais fundamentais, vemos que a sua insurgência choca frontalmente com a concepção liberal-individualista do monismo jurídico e permite alargar as fontes de direito a tal ponto de se ter que reconhecer a sua capacidade de criação de novos direitos e, sobretudo, a sua própria Justiça, nos marcos de um pluralismo jurídico-comunitário de libertação. Sobre isso, José Geraldo de Sousa Júnior (2008, p. 270), em sua tese doutoral, aduz que

[...] o conjunto das formas de mobilização e organização das classes populares e das configurações de classes constituídas nesses movimentos instaurava, efetivamente, práticas políticas novas em condições de abrir espaços sociais inéditos e de revelar novos atores na cena política capazes de criar direitos.

A perspectiva jurídica pluralista, portanto, vem construindo e consolidando uma perspectiva crucial no interior do pensamento jurídico crítico, pois, ao ampliar o leque de fontes normativas, dando especial atenção às lutas dos movimentos populares em busca das suas necessidades humanas fundamentais, compreende o fenômeno jurídico a partir de uma sociologia do conflito e o reinsere numa perspectiva histórico-dialética. Nessa questão, como bem recorda J. G. Sousa Júnior (2008, p. 289), Roberto Lyra Filho defendia que:

[...] “o Direito não é; ele se faz, nesse processo histórico de libertação – enquanto desvenda progressivamente os impedimentos da liberdade não lesiva aos demais. Nasce na rua, no clamor dos espoliados e oprimidos”, até se consumir, pela mediação dos Direitos Humanos, na “enunciação dos princípios de uma legítima organização social da liberdade”.

No caso específico dos povos indígenas e das suas comunidades originárias, o pluralismo jurídico toma proporções ainda mais importantes, uma vez que, além do reconhecimento e da criação de novos direitos, as suas organizações – que resistem a séculos – pautam e reivindicam a existência de juridicidades alternativas à estatal, ou melhor, de um *outro*

Direito, um direito próprio, em verdade, um outro modo de compreender o fenômeno jurídico através da chamada: Justiça Indígena. Sobre essa questão, J. A. de la Torre Rangel (2005, p. 125), profundo conhecedor das lutas dos movimentos indígenas mexicanos, refere que:

Las luchas reivindicatorias de los indios anteponen para defensa de sus derechos su ser distinto, su ser otro, frente al dominador y su juridicidad. El apelar a un derecho ancestral y a un Derecho que rompa con la lógica de la juridicidad, provoca una legalidad de la justicia. El ser humano desde su plena dignidad reclama por sí mismo el trato justo. La juridicidad moderna, así como cualquier otra juridicidad alienante, será superada, cuando el otro sea reconocido como otro. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de ahí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual sino del distinto portador de la justicia en cuanto otro. El Derecho perderá así su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. El rostro del otro como clase alienada que provoca a la justicia, romperá la generalidad al manifestarse como distinto, desplazará la abstracción por la justicia concreta que reclama y superará la impersonalidad porque su manifestación es revelación del hombre con toda su dignidad personal que le otorga ser precisamente el otro.

Los indígenas, en sus luchas jurídico-políticas por la defensa de sus derechos, defienden ante todo su identidad, su ser otro. Por esa razón cuestionan y ponen en crisis el Derecho de la modernidad.

Diante disso, vislumbra-se que as lutas dos movimentos populares (movimentos sociais contra-hegemônicos), em especial as lutas promovidas pelos movimentos indígenas e camponeses, apresentam uma característica revolucionária, uma vez que põem em xeque a própria estrutura estatal moderna e exigem o seu reconhecimento, enquanto *outros*, não mais bárbaros, mas, sim, como *caliban*³, sujeitos rebeldes e insurgentes que lutam por sua autodeterminação (MALDONADO, 2015, p. 129-132).

Sobre a relevância dos movimentos populares na América Latina, M. Baldez (2010, p. 204) afirma:

Cabe aqui anotar a importância dos movimentos sociais e a vitalidade que trouxeram para as lutas de libertação da classe trabalhadora na América Latina, irrompendo na sociedade civil e explicitando, por torná-las agudas, suas contradições. Os movimentos sociais popula-

³ Usamos essa terminologia a partir das reflexões de: RETAMAR, Roberto Fernández. *Todo Caliban*. Buenos Aires: CLACSO, 2004.

res, como observa Pablo Richard, dos mais notáveis representantes da Teologia da Libertação (AGEN, 18.1.1990) “não buscam diretamente tomar o poder político, mas procuram transformar radicalmente a sociedade civil. Buscam criar um novo consenso social popular que integre todos os sentidos da vida: o sentido econômico, social, político, cultural e espiritual. Os motivos sociais criam uma nova identidade popular, onde se identificam todas as identidades sociais”. E, mais adiante: “O povo coloca-se em movimento e se identifica a si mesmo como sujeito de sua história.”

Portanto, será a partir dessa concepção concreta sobre o “povo” em luta, isto é, através da sua insurgência, organizada e em movimento, que criativamente transformam a realidade injusta a que estão submetidos e se constrói um *outro direito “desde abajo y a la izquierda”*⁴. Ou seja, desde essa concepção, o Direito se reinsere no bojo da realidade social, assume um caráter processual, mediado pelas relações sociais, em especial pela luta de classes, pelos conflitos entre opressores e oprimidos, para assim ir sendo construído e reconstruído dialeticamente, já que, recordando Roberto Lyra Filho (1990, p. 56),

Direito é processo, dentro do processo histórico: não é uma coisa feita, perfeita e acabada; é aquele vir-a-ser que se enriquece nos movimentos de libertação das classes e grupos ascendentes e que define nas explorações e opressões que o contradizem, mas de cujas próprias contradições brotarão as novas conquistas.

Roberto Lyra Filho (1990, p. 57) compreende o Direito numa visão histórico-dialética, com base numa proposta humanista de libertação, pois, para o fundador do “Direito Achado na Rua”,

O Direito, em resumo, se apresenta como posituação da liberdade conscientizada e conquistada nas lutas sociais e formula os princípios supremos da Justiça Social que nelas se desvenda. Por isso, é importante não o confundir com as normas em que venha a ser vazado, com nenhuma das séries contraditórias de normas que aparecem na dialética social. Estas últimas pretendem concretizar o Direito, realizar a Justiça, mas nelas pode estar a oposição entre a Justiça mesma, a Justiça Social atualizada na História, e a “justiça” de classes e grupos dominadores, cuja ilegitimidade então desvirtua o “direito” que invocam.

⁴ Retomando o ditado dos zapatistas mexicanos.

Essa perspectiva parte de uma leitura heterodoxa do marxismo, baseada em Gramsci, já que ao mesmo tempo que reconhece o Direito como parte da superestrutura da sociedade capitalista, ou seja, como um elemento de dominação da classe dominante, percebe que na práxis ocorre uma relação dialética com a infraestrutura dessa sociedade, motivo pelo qual, por meio das lutas sociais promovidas pelos oprimidos, são abertas fissuras e possibilidades de utilização do jurídico pelas classes subalternas para a transformação da ordem vigente (MALDONADO, 2015, p. 135-136).

Será a partir dessas concepções pluralistas e insurgentes sobre o fenômeno jurídico, em especial na dimensão aqui proposta para os direitos humanos, que se apresentará a seguir algumas exemplificações mais prático-concretas, as quais buscarão demonstrar que os movimentos indígenas e camponeses do nosso continente, por meio de suas lutas por esses direitos, compreendidas como *práxis de libertação*, promoveram verdadeiras mudanças paradigmáticas na compreensão sobre a relação do Ser Humano e a Natureza, e geraram a conquista de novos direitos.

5 PROCESSOS CONSTITUINTES E DIREITOS DA NATUREZA: EXPRESSÕES DE LUTAS PELOS DIREITOS HUMANOS

Repensar os direitos humanos a partir do “Sul”, isto é, desde uma crítica descolonizadora e intercultural, possibilita introduzir a discussão sobre os processos de luta em defesa e pela constitucionalização dos direitos da natureza e do direito humano à água, como ocorreu nas experiências constituintes ocorridas nas últimas décadas na América Latina, em especial, na Venezuela, Equador e Bolívia.

Nesse sentido, no intuito de esboçar indicações sobre as teorizações realizadas, buscando trazer um mínimo de concretude, por meio de relatos de alguns acontecimentos históricos, a fim de dar início a algumas observações sobre os processos constituintes latino-americanos, privilegia-se determinadas lutas promovidas pelos movimentos indígenas e camponeses boliviano e equatoriano, especialmente as lutas pela água e a sua defesa como bem comum da humanidade. Igualmente a luta em defesa dos *direitos da natureza*, bem como a luta por reconhecimento da plurinacionalidade, como forma de exercer a sua autodeterminação sobre seus territórios. Sobre o tema, Esperanza Martínez (*apud*, GUDYNAS, 2009, p. 8) menciona:

Reconocerle a la naturaleza derechos propios, es un paso ético, moral y político que inaugura y legitima un debate sobre los valores

del ambiente más allá del capital o de su funcionalidad al mercado. Adicionalmente, al otorgarle una identidad equivalente a la de la Pachamama, sintetiza la visión indígena de las culturas americanas, que miran a la naturaleza como una madre.

Nesse aspecto, cumpre recordar que esses processos constituintes estão marcados pela intensificação das lutas e pautas antissistêmicas e/ou contra-hegemônicas dos movimentos sociais. Tal aspecto decorre principalmente da excessiva e violenta acumulação originária dos bens naturais e, por conseguinte, do capital, por parte de setores da burguesia nacional e dos conglomerados transnacionais, que nos últimos anos aprimoram a implementação do projeto econômico-político expropriatório neoliberal. Desse modo, as transformações levadas a cabo nos últimos anos nesses países são fruto de um elevado número de necessidades sociais insatisfeitas ao longo dos anos, decorrentes da ampliação das desigualdades sociais e de mecanismos de exclusão que propiciaram um ambiente de profunda instabilidade sociopolítica nesses países. Esses fatores, no entanto, não são recentes, pois materializam uma tradição política autoritária centenária típica do colonialismo, marcada pelo genocídio, aculturação e pela expropriação territorial (MALDONADO, 2015, p. 35).

Portanto, os atuais processos constituintes latino-americanos devem ser observados no marco de uma superação de toda uma tradição jurídico-política colonial historicamente marcada pela violência, exclusão e dominação de grupos populacionais, em especial os povos originários dessas regiões, e a expropriação sem limites da Natureza. Diante disso, as lutas dos movimentos sociais indígenas e camponeses se constituem de um componente étnico-cultural de caráter anticapitalista, ou seja, são profundamente transformadoras, que trazem à tona um verdadeiro debate civilizacional que pode ser observado, por exemplo, na incorporação da concepção ecologicamente sustentável e solidária de *sumak kawsay* (*buen vivir*) dos povos indígenas andinos, em oposição à perspectiva econômica exploratória e mercantilista de desenvolvimento, marcada pela ideia de progresso conformadora do sistema capitalista.

*Las movilizaciones y rebeliones populares, especialmente desde el mundo indígena en Ecuador y Bolivia, asoman con la fragua de procesos históricos, culturales y sociales de larga data, conforman la base del Buen Vivir o **sumak kawsay** (kichwa) o **suma qamaña** (aymara). En esos países andinos estas propuestas revolucionarias cobraron*

fuerza en sus debates constituyentes y se plasmaron en sus constituciones, sin que por esto se cristalicen aún en políticas concretas. (ACOSTA, 2012, p. 19)

Será a partir da perspectiva do *sumak kawsay*, por exemplo, que o debate e as lutas reivindicatórias dos movimentos indígenas e camponeses sobre os bens comuns da humanidade passam a ganhar centralidade, por meio da sistematização de uma proposta alternativa concreta ao modelo de desenvolvimento capitalista. Nos marcos das propostas dos movimentos indígenas e camponeses, está uma temática que sintetiza as teorizações destacadas neste texto, ou seja, a luta desses povos por defender a água como direito humano fundamental.

A questão do direito humano à água tornou-se relevante em nosso continente, no último século, por ser uma das “mercadorias” mais disputadas no mercado capitalista mundial. Ora, além de ser elementar para a sobrevivência da humanidade, é indispensável para garantir os ciclos produtivos de setores cruciais, como, por exemplo, a exploração do petróleo, a mineração, as hidrelétricas, etc.

Naturalmente, ao longo da década de 90, com a implantação do neoliberalismo e sua sede expropriatória e privatizante, esse bem comum foi leiloadado às transnacionais, as quais estão comprando inúmeras fontes desse líquido precioso. Será exatamente contra esses processos de mercantilização e privatização da água (ex: Guerra da Água) que se insurgirão os movimentos sociais, seja para defender as suas fontes, seja, para reverter os processos de privatização e ou até mesmo para denunciar a sua contaminação por parte de empresas internacionais. Sobre a importância desses processos de luta em nossa região, Ricardo Buitrón menciona:

Latinoamérica se ha convertido en el referente mundial al conseguir importantes logros en la defensa del agua como derecho humano y patrimonio público. Estos cambios se han dado como resultado de un largo proceso de movilización de sindicatos, organizaciones sociales, indígenas, de derechos humanos u organizaciones comunitarias que manejan sistemas de agua; ecologistas y pobladores urbanos que han empujado estos procesos de transformación durante años de lucha [...] Estas luchas han provocado cambios políticos en países de la región logrando modificar los marcos jurídicos nacionales mediante reformas constitucionales, de leyes o de la institucionalidad pública, provocando inclusive la reversión de procesos privatizadores. (ACOSTA, 2010, p. 124)

A série de revoltas populares contra a privatização da água, buscando reverter os processos de privatização em curso na região, e as inúmeras manifestações contra as contaminações provocadas pelas transnacionais petrolíferas, isto é, as diversas lutas dos movimentos sociais contra-hegemônicos, pautaram a insurgência de um novo direito, isto é, o direito humano fundamental à água, inserido nos marcos das lutas pelos *direitos da natureza*. Será a partir dessas lutas concretas que, por exemplo, no Equador, na Constituinte de Montecristi, se conseguiu incorporar essa outra perspectiva sobre o líquido vital, visto e reconhecido como um bem comum da humanidade:

Para conseguir este logro se contó con una alta participación y movilización de la sociedad. Esa presencia y ese aporte fueron sustantivos. Sin minimizar el trabajo de muchos asambleístas, cabe resaltar que la contribución de las organizaciones de la sociedad civil comprometidas desde hace muchos años con la defensa del agua, como Ecuarunari, Conaie, Foro de los Recursos Hídricos, entre otra, permitió consolidar una posición vigorosa. Sus aportes sirvieron incluso para la redacción misma de los textos constitucionales. (ACOSTA, 2010, p. 14-15)

Nessa linha, dentre os diversos aspectos transformadores observados, verificamos, por exemplo, no processo constituinte equatoriano, a inédita proteção dos *direitos da natureza* pela incorporação constitucional da cosmovisão indígena expressa na mítica *Pachamama*⁵, que incorpora uma perspectiva diferente da relação entre ser humano/natureza, ou seja, que, em síntese, reconhece e garante a defesa dos bens comuns a partir dos marcos de uma ontologia distinta à da civilização ocidental.

Assim, esses processos constituintes retratam possíveis metamorfoses da tradição jurídico-política moderna, já que esta foi imposta durante o processo colonial de forma unilateral e violenta, sempre privilegiando a centralização do poder político e partindo de uma concepção jurídica monista, marcada pela necessidade de manter a exclusão de grandes setores da população, sobretudo para manter os interesses de determinada classe em segurança e garantir a acumulação capitalista. Nesse sentido, a confrontação da lógica monolítica homogeneizadora, típica ao Estado-Nação, também pode ser observada no reconhecimento constitucional da plurina-

⁵ Nesse sentido, a Constituição equatoriana afirma: “**Art. 71.** La Naturaleza, o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”.

cionalidade, única forma capaz de garantir a autodeterminação dos povos originários sobre seus territórios nos marcos das suas formas de organização sociopolítica. Contudo, o economista e ex-presidente da Constituinte de Montecristi alerta:

La plurinacionalidad no es sólo reconocimiento pasivo a la diversidad de pueblos y nacionalidades, es fundamentalmente una declaración pública del deseo de incorporar perspectivas diferentes con relación a la sociedad y a la Naturaleza. El Estado plurinacional coloca en la agenda no solamente la soberanía nacional sino incluye también la soberanía patrimonial. Es justo reconocer que han sido los pueblos indígenas y afro ecuatorianos los que en mayor medida han evitado la apropiación y destrucción de las riquezas de la naturaleza [...] desde una tradición democrática de no tolerancia al abuso y a la corrupción, las organizaciones que de tiempo en tiempo han salido a las calles a protestar contra los gobiernos neoliberales propusieron, y con éxito, definir el estado como plurinacional [...] El reconocimiento del Estado plurinacional es un paso importante, pero insuficiente, ahora toca construirlo. (ACOSTA, 2009, p. 20-21)

6 CONCLUSÃO

Há de se ter em conta que os direitos humanos, engendrados no bojo de uma tradição liberal-burguesa, não estão mais centrados meramente em necessidades corporalizadas nos direitos individuais, mas inclui direitos sociais, econômicos, culturais, transindividuais, etc. As lutas dos movimentos sociais têm sido um importante catalizador de demandas e reivindicações que vêm transformando profundamente os sistemas jurídicos de nossa região. Exemplo privilegiado dessa questão são as lutas em defesa dos bens comuns da humanidade, visto que o legado de anos de mobilizações e lutas sociais tem possibilitado o reconhecimento do *direito humano fundamental à água*, nos marcos dos *direitos da natureza*, que, para além de uma visão mercadológica, vem pautando a importância de superar o utilitarismo e o antropocentrismo e assumir o legado das cosmovisões indígenas e sua ontologia integrada ser humano/natureza.

A prática de uma educação conscientizadora, crítica e intercultural deve estimular e sustentar a luta autêntica pelos direitos humanos, impulsionando, como esforço compartilhado, “o reconhecimento por parte do Estado e do sistema jurídico, [...] das identidades grupais de populações minoritárias tradicionalmente marginalizadas e excluídas” (STAVENHAGEN,

1998, p. 92). Por certo, há que instrumentalizar processos de educação enquanto prática da alteridade e libertação, objetivando “a superação do conceito individualista, monocultural e positivista dos direitos humanos para, sobre a base da igual dignidade das culturas, abrir caminho para uma definição e interpretação intercultural dos direitos humanos” (STAVENHAGEN, 1998, p. 105).

Sem dúvida, o contexto mundializado vivenciado na contemporaneidade – marcado por emergentes impasses de convivência e complexos procedimentos de controle social, por diversos conflitos sociais e por novas necessidades humanas – impõe-se buscar uma práxis crítica, intercultural e liberadora, voltada para a aprendizagem e para a prática dos direitos humanos como esforço de “luta contra qualquer espécie de dominação e de opressão”, bem como “critério comum de defesa da dignidade e da autonomia do ser humano” (FARIÑAS DULCE, 1997, p. 6).

Em suma, a potencialidade dessas lutas sociais, em especial aquelas marcadas pela cosmovisão indígena e a (re)definição do “controle” e “uso” dos bens comuns da humanidade, promovidas pelas organizações indígenas e camponesas, ou seja, em defesa da *Madre Tierra*, sintetizada na ideia de *direitos da natureza*, permite vislumbrar algumas incidências das perspectivas dos movimentos sociais contra-hegemônicos, gerando proposições criativas para a cultura jurídico-política latino-americana, sob o prisma de uma perspectiva dos direitos humanos insurgente e libertadora, isto é, construída na *práxis de libertação dos oprimidos*.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. *Plurinacionalidad. Democracia en la Diversidad*. Quito: Abya-Yala, 2009.

_____. *Agua. Un derecho humano fundamental*. Quito: Abya-Yala, 2010.

_____. *Buen Vivir – Sumak Kawsay. Una oportunidad para imaginar otros mundos*. Quito: Abya-Yala, 2012.

BALDEZ, M. L. Anotações sobre direito insurgente. *Captura crítica: direito, política, atualidade*, Florianópolis, CPGD/UFSC, v. 1, n. 3, jul./dez. 2010.

BECKA, Michelle. *Interculturalidade no pensamento de Raúl Fornet-Betancourt*. Trad. Benno Dischinger. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2010.

DUSSEL, Enrique. *1492: O Encobrimento do Outro. A Origem do Mito da Modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *16 tesis de economía-política: interpretación filosófica*. México: Siglo XXI, 2014.

_____. *20 tesis de Política*. México: Siglo XXI: Centro de Cooperación Regional para la Educación de adultos en América Latina y el Caribe, 2006. p. 64-65.

_____. *La producción teórica de Marx: un comentario a los Grundrisse*. 2. ed. México: Siglo XXI, 1991.

_____. *Política de la Liberación. Historia Mundial y Crítica*. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

_____. Transmodernidade e Interculturalidade. Interpretação desde a filosofia da libertação. In: FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Interculturalidade: críticas, diálogos e perspectivas*. Trad. Angela Tereza Sperb. São Leopoldo: Nova Harmonia, 2004. p. 159-209.

FARIÑAS DULCE, Maria Jose. *Los derechos humanos desde la perspectiva sociológico-jurídica a la "actitud postmoderna"*. Madrid: Dykinson, 1997.

FREIRE, Paulo. In: PELUSO, Luis. *O Projeto da Modernidade no Brasil*. Campinas: Papirus, 1994.

_____. *Pedagogia do oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2005.

GALLARDO, Helio. *Teoría Crítica: matriz y posibilidades de derechos humanos*. Murcia: Gráficas F. Gómez, 2008.

GALEANO, Eduardo H. *La naturaleza no es muda*. Semanário Brecha. Montevideo, 08 abril de 2008.

GUDYNAS, Eduardo. *El Mandato Ecológico. Derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Quito: Abya-Yala, 2009.

HERRERA FLORES, Joaquín. *El vuelo de Anteo: Derechos Humanos y Crítica de la Razón Liberal*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.

_____. Los Derechos en el Contexto de la Globalización: tres precisiones conceptuales. In: SÁNCHEZ RUBIO, David; HERRERA FLORES, Joaquín; CARVALHO, Salo de (Orgs.). *Direitos Humanos e Globalização: Fundamentos e Possibilidade desde a Teoria Crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *A (Re)Invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Funjab, 2009.

LYRA FILHO, Roberto. *O que é Direito*. 11. ed. São Paulo: Brasiliense, 1990.

MALDONADO BRAVO, Efendy Emiliano. *Histórias da insurgência indígena e cam-pesina: o processo constituinte equatoriano desde o pensamento crítico latino-americano*. Florianópolis: Curso de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

MANCE, Euclides André. Uma introdução conceitual às Filosofias da Libertação. *Revista Libertação – Liberación*, Curitiba, Instituto de Filosofia da Libertação. ano I, n. 1, p. 25-80, 2000.

MARX, Karl. *Sobre a questão judaica*. Apresentação e posfácio Daniel Bensaïd; tradução Nélio Schneider, Daniel Bensaïd, Wanda Caldeira Brant. São Paulo: Boitempo, 2010.

_____; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas (1845-1846)*. Supervisão editorial, Leandro Konder; tradução, Rubens Enderle, Nélio Schneider, Luciano Cavini Martorano. São Paulo: Boitempo, 2007.

MIGNOLO, Walter. *La Idea de América Latina*. Barcelona: Gedisa, 2007.

PANIKKA, Raimundo. Seria a noção de direitos humanos uma concepção ocidental? In: BALDI, Cesar A. (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

PELUSO, Luís Alberto. *O Projeto da Modernidade no Brasil*. Campinas: Papyrus, 1994.

PIOVESAN, Flávia. Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e Direito Civis e Políticos. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, SUR, n. 1, 1º sem., 2004.

RETAMAR, Roberto Fernández. *Todo Caliban*. Buenos Aires: CLACSO, 2004.

ROSILLO, M. Alejandro. *Fundamentación de Derechos Humanos desde la Filosofía de la Liberación*. In: VI CONFERENCIA LATINOAMERICANA DE CRÍTICA JURÍDICA. La Plata, 2011.

_____. Verbete: Direitos Humanos e Libertação. p. 281-290. In: WOLKMER, Antonio C. et al. (Org.). *Enciclopédia Latino-Americana de Direitos Humanos*. Blumenau: EDIFURB, 2015. [no prelo]

SANTOS, Boaventura de Sousa. Os Direitos Humanos na Pós-Modernidade. *Direito e Sociedade*, Coimbra, n. 4, mar. 1989.

_____. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. *Direito como Liberdade: O Direito Achado na Rua. Experiências Populares Emancipatórias de Criação do Direito*. Tese (Doutorado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

_____. *Sociologia Jurídica: Condições Sociais e Possibilidades Teóricas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

STAVENHAGEN, Rodolfo. Derechos Humanos y Ciudadanía Multicultural: los pueblos indígenas". In: MARTÍN DÍAZ, E.; OBRA SIERRA, Sebastián (Eds.). *Repensando la Ciudadana*. Sevilla: El Monte, 1998.

TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la. *El Derecho que Nace del Pueblo*. México/DF: Porrúa, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*, Bauru, ITE, n. 25, abr./jul. 1999.

_____. *História do Direito no Brasil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. Pluralismo Jurídico, Direitos Humanos e Interculturalidade. *Revista Seqüência*, Florianópolis, CPGD/UFSC, n. 53, dez. 2006.

_____. *Síntese de uma História das Ideias Jurídicas: da Antiguidade Clássica à Modernidade*. 2. ed. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

_____. O que a História tem a dizer sobre a Educação em Direitos Humanos. In: BITTAR, Eduardo C. B. (Coord.). *Educação e Metodologia para os Direitos Humanos*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Prefácio. In: HERRERA FLORES, Joaquín. *Teoria Crítica dos Direitos Humanos. Os direitos como produtos culturais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. XVIII – XIV.

_____. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 9. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2015.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad crítica y (de)colonialidad*. Ensayos desde Abya-Yala. Quito: Abya-Yala, 2012.

ZEA, Leopoldo. *Discurso sobre a marginalização e a barbárie; seguido de A filosofia latino-americana como filosofia pura e simplesmente*. Trad. Maurício Delamaro e outros. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

PLURALISMO E INTERPRETACIÓN ANALÓGICA EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO ANDINO: MÁS ALLÁ DE PONDERACIÓN Y SUBSUNCIÓN

Alejandro Medici

Profesor de Direito Político na Universidad Nacional de La Plata. Doutor en Derechos Humanos y Desarrollo (UPO/ESP). Mestre en Teorías Críticas del Derecho y la Democracia (UPO/ESP).

1 INTRODUCCIÓN

En este capítulo reflexionamos sobre las prácticas de concretización constitucional en el contexto del nuevo constitucionalismo sudamericano, desde la centralidad de las prácticas de garantía de los derechos constitucionales y algunos ejemplos tomados de las experiencias de Ecuador y Bolivia.

Lo hacemos teniendo en cuenta aquellos casos que ejemplifican la apertura de nuevas tendencias en la interpretación constitucional, como la aplicación de los derechos de la naturaleza y el control plural de constitucionalidad, en circunstancias en que concurren derechos fundamentales de las personas con los derechos colectivos de los pueblos originarios. Los casos que seleccionamos abren líneas de innovación jurisprudencial. No obstante, como veremos, se recortan o contrastan frente a un escenario de obstáculos e inercias para el desarrollo y eficacia de los nuevos marcos constitucionales de Bolivia y Ecuador en lo que hace al estado plurinacional, al pluralismo jurídico y a la autonomía de los pueblos originarios.

A partir del análisis de dichos contextos y casos, reflexionamos sobre los límites de la teoría constitucional regional que recepta acríticamente las discusiones “eurousamericanas” entre neoconstitucionalistas y garantistas, abusando a veces los primeros, del recurso a la ponderación constitucional que se realiza a la defensiva en contextos de ofensiva neoliberal frente al constitucionalismo social. En el diálogo crítico con dicho estado de cosas y dichas tendencias de la teoría constitucional, proponemos un modelo de concretización constitucional que estimamos más adecuado a la complejidad regional. Para ello entendemos resulta central la hermenéutica analógica en varios momentos del proceso de concretización de los derechos constitucionales, y es más, como intentaremos argumentar, como

vía para superar las discusiones cerradas entre garantistas y neoconstitucionalistas.

2 LA PONDERACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO TRANSFORMADOR.

Lo que en la teoría constitucional se denomina como “casos difíciles”, “colisiones” de principios constitucionales en la actividad interpretativa, para nosotros son discernibles, en una primera mirada que hay todavía que concretar, en dos ámbitos: una conflictividad inherente al constitucionalismo moderno/colonial de los estados capitalistas, que depende en su forma de resolución tanto de los cauces positivos e institucionalizados, como también de factores histórico políticos contextuales que hacen el criterio implícito de priorización de la constitución material; y un segundo ámbito, donde poniendo entre paréntesis el conflicto estructural, este es encauzado y se concretizan efectivamente por medio de la función judicial y del control de constitucionalidad, las normas de derechos en los casos en que se producen subsunciones e incluso casos de colisiones de principios que no ponen en riesgo la capacidad del estado constitucional para procesarlos y “reducir la complejidad”. La teoría neoconstitucional, receptada frecuentemente en forma acrítica en nuestra región, sólo tiende a visualizar y a darle centralidad a este segundo ámbito y a expulsar al campo político, filosófico o sociológico al primero.

Nos parece que esta distinción es importante ya que el conflicto constitucional no siempre se soluciona desde la arquitectónica constitucional, a veces se produce, o se presiona la transformación o mutación del sistema constitucional en forma conservadora o reaccionaria desde los grupos sociales cuyos intereses conforman verdaderos poderes sociales salvajes, que tienden a colonizar los fines y funciones del estado, para los que la constitución existente se transforma en un obstáculo parcial o total, y por lo tanto pueden promover procesos de desconstitucionalización por medio de la hermenéutica conservadora en la interpretación judicial, o influenciando a los legisladores para beneficiar sus intereses, o generando golpes de estado al estilo tradicional, o al estilo de los neogolpes que se intentaron en Venezuela, en Ecuador y en Bolivia, o los que tuvieron éxito en Honduras y Paraguay; o al revés, como sucedió en los casos que derivaron en los procesos constituyentes en Venezuela, Bolivia y Ecuador, por las

alteridades articuladoras del bloque social de los oprimidos que consigue articular un proceso reconstituyente popular.

Es importante ver que los procesos de cambio sociopolítico que impulsaron la irrupción del “nuevo constitucionalismo transformador” en Sudamérica, provienen de este primer nivel de conflictividad estructural de los sistemas constitucionales, pasible de ser comprendido y reconstruido desde el tipo de juicios críticos de racionalidad reproductiva consensual y factible acerca de la “constitución material”.

De ahí, nos parece, la perplejidad y/o balbuceos de la mayor parte de la teoría constitucional regional acostumbrada a la “unidimensión neoconstitucionalista”, de la que, no obstante, no renegamos, sino que pretendemos ubicar en su relevancia relativa dentro de una recuperación de la consideración compleja de la constitución y del análisis crítico de los sistemas constitucionales. En ese marco los avances de las nuevas constituciones han sido precedidos sin duda por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana en una serie de precedentes de la segunda mitad de los años 90 que sentaron criterios en la garantía y el deslinde de los derechos de los pueblos originarios, que merecen ser tenidos en cuenta en las experiencias de otros países como Perú, Ecuador y Bolivia y el resto de la región en general. Ni hablar donde existen formas constitucionales que muestran no una homogeneidad propia de la sistemática del neoconstitucionalismo, o del constitucionalismo social, sino un constitucionalismo hecho de retazos y enmiendas que representan “capas geológicas” expresivas de distintas fases de la historia constitucional, como en Argentina, Honduras, sobrepuestas a una fuerte matriz liberal o que son el producto de condiciones impuestas por regímenes militares, como en Chile. Donde la vetustez constitucional se corresponde con un refuerzo del fetichismo y por ende, de la encriptación constitucional, los debates generados por la necesidad de comprensión crítica del nuevo constitucionalismo transformador son absolutamente minoritarios y casi invisibles.

Dicho esto, es importante retener que nuestra crítica apunta a que, a diferencia de lo que sucede con la teoría neoconstitucionalista adoptada en nuestra región, en el caso de una teoría crítica comprensiva del nuevo constitucionalismo transformador sudamericano, la ponderación no es que no sea importante, sino que tendrá el “peso”, no central como en aquella, sino el que le corresponde en los marcos y conflictos por el desarrollo de las nuevas constituciones. Correlativamente, la teoría de la ponderación dentro de la interpretación constitucional, ocupará un lugar proporcional

también en una teoría constitucional crítica. De ser la panacea para todos los problemas, pasa a ocuparse de los casos difíciles de concretización de derechos en la arquitectónica constitucional.

Los valores y principios constitucionales son, desde nuestra perspectiva, mediaciones jurídicas, institucionales, culturales, para la dignidad. Desde la dignidad humana es posible tener criterios de valorización jerarquizada. La manera en que ellos son incluidos en las constituciones depende de los procesos de lucha por la apertura de los espacios de dignidad humana, de las relaciones entre los grupos sociales que participan y/o son re presentados efectivamente en el momento constituyente formal y de las decisiones que desde allí se tomen para organizar la convivencia consensual y factible. Es decir, las condiciones del instituir en conjunto quedan inscriptas en el derecho y tienen consecuencias varias para la práctica constitucional. Ahora mismo nos interesa entonces comprender cómo se establecen principios y valores constitucionales desde una cierta concepción de la dignidad humana que actúa como criterio de jerarquización, y en el grado de indeterminación y apertura de esa jerarquización.

Entre poder constituyente formal en sus condiciones históricas, materiales, sociales, de despliegue y concretización constitucional (que implica la actividad interpretativa más o menos democrática, abierta) hay una relación que queda disponible para todos los peligros o para los potenciales liberadores. Puede ser, si tomamos a la constitución y a su proceso de desarrollo y concretización como un aspecto del proceso cultural, como decía Herrera Flores, de apertura a nuevas formas de relación con nosotros, con los otros y con la naturaleza tomando como insumo la creatividad y riqueza humanas, o puede ser, como lamentablemente ha sido y es predominantemente en el constitucionalismo regional, de bloqueo de esas relaciones (FLORES, 2005). El bloqueo trae consigo la necesidad de analizar la congruencia entre la dimensión o función simbólica del derecho constitucional y la dimensión normativa/regulativa del mismo. Es decir, el bloqueo es ideológico y tiene funciones de legitimación a través de fetichismo y encriptación constitucional, para usar las expresiones de Dussel (2009, p. 259) y de Sanín (RESTREPO; HINCAPÍE, 2012, p. 97), que vienen al caso.

La simbólica constitucional siempre consagra de una forma u otra la producción, reproducción y desarrollo de la vida de forma consensual y factible (aquí la ideología constitucional puede ser liberal, social, democrática, pluralista o combinaciones diversas), construye imágenes rectoras acerca del ser humano, sus relaciones, su mundo y la naturaleza. Pero la

forma de la concretización constitucional, mostrará desde un juicio crítico acerca de la racionalidad reproductiva consensual y factible, en qué medida la constitución es código encriptado para el beneficio de intereses y poderes de grupos sociales privilegiados sobre ciudadanos, correa de transmisión de la matriz de colonialidad global, o herramienta popular abierta a la mutación y reconstituyencia popular.

Los derechos, cuando concretizados en el plano del derecho constitucional positivo y en el bloque de constitucionalidad cuando se trata del reconocimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos, pasan a integrarse en una dimensión normativa y principiología, pero no por ello pierden su carácter también de valores y de instituciones productos de procesos de luchas por las plurales formas de entender la dignidad humana que los reenuncian en forma instituyente.

El criterio de racionalidad reproductiva que las normas de derechos constitucionales, como reglas y principios establecen en los casos de las nuevas constituciones sudamericanas, ponen un marco que, como dijimos reduce los “casos difíciles” y por lo tanto establece límites a la actividad ponderativa judicial en que hay colisión de derechos constitucionales.

En especial cuando están en juego derechos constitucionales vinculados por su contenido y modulación a lo que hemos denominado en el apartado anterior “bienes públicos relacionales” y ello en función de su priorización constitucional vinculada al principio de producción, reproducción del circuito natural de la vida, en forma consensual y factible.

En ese sentido es pertinente citar aquí el ejemplo de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Loja, Ecuador (Juicio nro. 11121-2011-0010) en el marco de una acción constitucional de protección de derechos, impetrada por vecinos ribereños del Río Vilcabamba, en nombre de los derechos de la naturaleza, tutelados, como vimos por el art. 71 de la Constitución de Ecuador. El estado provincial procedió a ampliar la carretera ribereña arrojando la tierra y escombros removidos, sin estudio de impacto ambiental previo, ni licencia ambiental, afectando el curso del río y provocando daños por desborde del curso fluvial durante la estación lluviosa. La representación del gobierno provincial alegó como justificación el interés público y derecho de los vecinos y la región en contar con mejores vías de comunicación. En su considerando 12 esta sentencia establece la no necesidad de utilizar un método de ponderación en el caso, dada la importancia del bien público relacional y los derechos constitucionales en juego, los derechos de la naturaleza y a un medio ambiente sano, que justi-

fican la aplicación del principio de precaución ambiental y la inversión de la carga de la prueba que recae sobre el estado provincial: *“En este caso no hay que ponderar...En todo caso el interés de esas poblaciones en una carretera resulta minorado comparándolo con el interés a un medio ambiente sano que abarca un mayor número de personas, e incluso se puede afirmar que dentro de ese número de personas se incluye a los habitantes de esas parroquias. Aún tratándose de un conflicto entre dos intereses colectivos, es el medio ambiente el de mayor importancia”*.

Hasta aquí ponemos entonces el contexto necesario e imprescindible para las consideraciones que vamos a hacer a continuación sobre el proceso de concretización constitucional de las normas de derechos constitucionales.

3 LA PONDERACIÓN EN LA ARQUITECTÓNICA CONSTITUCIONAL

Tenemos que introducir en este punto unas aclaraciones terminológicas de conceptos que vamos a utilizar, empezando por el propio de “concretización constitucional”. Nosotros lo usamos en general para significar ese pasaje por el que los procesos y tramas complejos de derechos humanos como signo cultural de la lucha por la apertura de espacios de reconocimiento de la dignidad humana, son receptados en la constitución y en el sistema constitucional como derechos constitucionales y sus garantías. Pero en un sentido más específico, afín a la teoría neoconstitucionalista, se puede definir a la concretización constitucional como

[...] el proceso de densificación de reglas y principios constitucionales. La concretización de las normas constitucionales implica un proceso que va del texto de la norma (de su enunciado) hacia una norma concreta, -norma jurídica-, que, a su vez, será apenas un resultado intermedio, pues sólo con el descubrimiento de la norma de decisión para la solución de los casos jurídico-constitucionales, tenemos el resultado final de la concretización. (CANOTILHO, 1996, p. 2.002)

Podríamos decir que, si hasta ahora veníamos hablando de una concretización en sentido constituyente, ahora nos centramos en el aspecto más usual de la concretización constituida, siendo que aquella es el marco de ésta. Mientras aquella es transversal a la dialéctica y a la analéctica¹

¹ En el sentido que le da al término Enrique Dussel. Ver DUSSEL, Enrique. *Filosofía de la liberación*. México. D.F. F.C.E. PF. 238.

constitucionales, ésta es concretización dentro de la dialéctica o arquitectónica del sistema constitucional.

Esta concepción de la concretización fue tomada por la teoría neo-constitucionalista europea y regional de las formulaciones de la “nueva hermenéutica constitucional”, que si bien registra antecedentes en la época de la República de Weimar, construye su cuerpo principal en la República Federal Alemana de postguerra teniendo en mira la interpretación que hace de las normas iusfundamentales de la Ley Fundamental de Bonn el Tribunal Constitucional Federal. Sus principales exponentes en este período serán Konrad Hesse, Friedrich Müller y el ya mencionado Robert Alexy. No sin diferencias en sus respectivas posiciones y teorías, especialmente en el caso de Müller y su método, aunque todas tienen un “parecido de familia”.

En general, esta definición que hemos tomado del constitucionalista portugués Canotilho significa a la vez un método y una práctica que se generalizó a partir de la comprensión de la interpretación constitucional, sus presupuestos serían:

- a) Parte de diferenciar el texto o enunciado normativo (que pueden ser reglas o principios constitucionales), de la norma. Por ejemplo, Robert Alexy para explicar la diferencia, parte de un concepto semántico de norma, sostiene que una norma puede ser expresada por distintos enunciados normativos, de tipo deontológico (de obligación, permisión y prohibición) o con enunciados indicativos que semejan juicios descriptivos o constata-tivos, ej, Art. 4 de la Constitución de Bolivia *“El estado respeta y garantiza la libertad de religión y de creencias espirituales, de acuerdo con sus cosmovisiones”* (se refiere a todas y todos los bolivianos, las naciones y pueblos indígenas y originario campesinos, y las comunidades interculturales y afrobolivianas que en conjunto constituyen el pueblo boliviano, art. 3), significa que el estado boliviano está obligado o debe respetar, o que está prohibido irrespetar la libertad de religión, creencias espirituales, las cosmovisiones de los habitantes.

En cambio, Friedrich Müller (MÜLLER, 1996, p. 4) traza una distinción más sustancial entre el texto de la norma constitucional y la norma constitucional, para este autor, entre ambas medias el proceso de concretización y solamente puede haber norma constitucional como decisión de un caso concreto. El tex-

to de la norma constitucional, es todavía “norma en potencia”. De todas formas, creemos que Alexy, a través de la distinción entre reglas y principios constitucionales, unida a la idea de ponderación de donde se van formulando reglas adscritas, en los casos de colisión de principios, llega a una solución práctica similar, más allá de las diferencias terminológicas. En ambos casos la idea de la concreción constitucional se puede encuadrar dentro de la definición dada más arriba tomada de Canotilho.

- b) Diferencia entre principios y reglas dentro de las normas constitucionales (ALEXY, 1997, p. 81 e ss.). Esta distinción es importante y se clarifica viendo las diferencias entre ambos tipos de normas constitucionales:
- c) Las reglas valen o no valen y por lo tanto, se aplican o no. La validez no es graduable.
- d) En caso de conflicto de reglas del mismo nivel, se soluciona por los criterios de *lex specialis*, *lex posteriori*, o introduciendo una excepción a la regla también por vía legislativa.
- e) Los principios en cambio son mandatos de optimización y por lo tanto son realizables en forma graduable. Son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades reales y jurídicas existentes. La medida debida de su realización no sólo depende de la realidad, sino también de las posibilidades jurídicas (condicionada por la existencia de reglas y principios opuestos).
- f) Los conflictos entre principios se llaman colisiones, y obligan a hacer una operación de ponderación buscando: primero, el principio más adecuado a las condiciones concretas del caso para aplicarlo, segundo, afectar al principio concurrente rival en la menor medida posible, en forma razonable y proporcional.
- g) La aplicación de los principios no genera soluciones estandarizadas o de “precedencia incondicionada” entre los principios en pugna, sino de “precedencia condicionada” que puede variar de acuerdo a las circunstancias concretas de los casos.
- h) De las operaciones de ponderación en casos concretos se infieren también reglas adscritas, cuyo supuesto de hecho son las condiciones del caso, que adensan el proceso de concretización constitucional (ALEXY, 1997, p. 166-168).

- i) De ahí que en muchos casos las normas “iusfundamentales” en la terminología de Alexy, tengan, o sería deseable que tengan o se interpreten como teniendo, un doble carácter como reglas en los casos en que la subsunción de las circunstancias del caso es más o menos clara o directa, y de principios en los casos difíciles, en que se produce colisión, donde hay que realizar la operación de ponderación y la inferencia de la regla adscrita para el caso.
- j) Cuando todas estas operaciones se realizan por los tribunales constitucionales para decidir por medio de sentencias en casos concretos (lo que Müller llama la norma-decisión), estamos ante el cumplimiento del objetivo de la concretización constitucional en sentido estricto. La jurisprudencia interpretativa de los tribunales constitucionales permite disminuir la gran generalidad, ambigüedad y vaguedad de las normas de derechos fundamentales de las constituciones.

Como hemos visto y ejemplificado con la sentencia de la Corte provincial de Loja en el caso del Rio Vilcabamba, aplicando directamente los derechos de la naturaleza sin necesidad de ponderación judicial, digamos que el criterio de priorización de derechos en función del principio material de dignidad de la vida acota el marco de posibilidades para este tipo de operación ponderativa. Su papel, en el marco del nuevo constitucionalismo sudamericano transformador, es mucho menor, a nuestro entender, que el que le viene reservando la teoría constitucional en la región. Sin embargo, ella no puede rechazarse en forma absoluta, ya que dentro de este marco delimitado por la prioridad del criterio material, puede contribuir en tanto método y actividad concretizadora a la factibilidad de las mediaciones institucionales para realizar los derechos.

Creemos que una teoría constitucional crítica como la que estamos proponiendo se diferencia de la centralidad que le asigna la teoría neoconstitucionalista a la ponderación, como también del rechazo que le dedica la teoría discursiva del estado constitucional.

De la primera, porque enmarca y anuda las operaciones ponderativas al principio material que es criterio de jerarquización de valores, principios y derechos constitucionales, dándole así el lugar y peso limitado que le corresponde en un sistema constitucional que prioriza la dignidad. Esto resulta más importante aún frente a contextos donde dichas operaciones

ponderativas se piensan como la única línea de defensa frente a la avanzada que vacía de contenidos al constitucionalismo social. El panorama que tenemos en vista en la actual crisis del constitucionalismo social en Europa, frente a la ofensiva del “Consenso de Bruselas” y en los países de América Latina adscriptos al “Consenso de Washington”, bajo los embates de la imposición de políticas neoliberales, lleva a concluir que no se puede responder a los mismos sólo con criterios meramente discursivos o procedimentales del estado de derecho. En la medida en que se van vaciando los contenidos materiales de derechos y políticas sociales, la ponderación es una operación que se realiza cada vez más a la defensiva.

A su vez, desde la teoría discursiva del estado constitucional, Habermas ha disparado contra la calidad deliberativa de la ponderación, que sería arbitraria y excedería el marco de los discursos judiciales en tanto discursos de aplicación y no de fundamentación. Para nosotros la ponderación es útil como mediación de factibilidad, como método o procedimiento de concretización limitado por los principios y reglas constitucionales que como normas de derechos constitucionales se vinculan a la priorización del criterio material.

4 LA ANALOGÍA EN LA CONCRETIZACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES

Más allá de que las operaciones de ponderación pueden ser axiomatizadas como proposiciones lógicas a la manera en que lo ejemplifica Alexy en su *Teoría de los Derechos Fundamentales*, nosotros creemos que la hermenéutica analógica brinda una herramienta importante tanto en la necesidad de enmarcar los casos necesitados de ponderación, como en las propias operaciones ponderativas.

En primer lugar, la subsunción analógica de los principios de liberación: producción, reproducción y desarrollo de la vida en el plano del derecho constitucional (DUSSEL, 2009, p. 411-412) a través de las normas de derechos constitucionales permite fundar por analogía de atribución el criterio material de priorización de los principios, reglas y valores constitucionales.

El analogado principal sería la dignidad de la vida humana en su circuito natural, desde la que se puede valorar y establecer las distinciones y prioridades de las normas constitucionales desde juicios de racionalidad reproductiva. Esto como vimos delimita y acota el campo de uso de la ponderación, estableciendo un criterio de preferencias para los principios y re-

glas de derechos constitucionales que se vinculan con los campos prácticos que hacen al circuito natural de la reproducción y desarrollo vital, como hemos ejemplificado a partir de la sentencia de la Corte Provincial de Loja en el caso del Rio Vilcabamba, priorizando en este caso, sin necesidad de ponderación, los derechos de la naturaleza y los derechos ambientales de la ciudadanía afectada.

En segundo lugar, es evidente que en el proceso de concretización vía interpretación constitucional las operaciones de ponderación en casos de colisión de principios constitucionales y generación de normas adscritas, generan ese efecto concretizador y densificador del que habla Canotilho, reduciendo la ambigüedad, vaguedad y generalidad de los principios y reglas de derechos constitucionales, por medio de la analogía en casos semejantes. Se produce la analogía de proporcionalidad, cuando las condiciones del caso son semejantes y permiten aplicar las reglas adscritas generadas en casos antecedentes similares. De esta forma se concretiza y se busca la seguridad jurídica.

Como sostiene Arthur Kaufmann, la “norma concreta”, o “norma del caso” se forma a partir de la regla (norma constitucional), por medio de su interpretación atendiendo las circunstancias del caso. El contenido de hecho se configura, a partir del caso, mediante su construcción atendiendo a la regla constitucional. Estos dos actos, de inducción y analogía,

[...] surgen a la vez y a modo de un ir y venir de la mirada, entre premisa mayor y premisa menor. Aquí tiene entrada la mencionada afinidad de la denominación y lo denominado, entre lo mencionado por y en el lenguaje. Aquí radica el círculo hermenéutico. El eje del proceder jurídico es la conformación analógica de la premisa menor. (KAUFMANN, 2005, p. 408)

En tercer lugar, el propio Alexy construye una serie de razonamientos analógicos cuando pasa de la ponderación de principios a su fundamentación en valores constitucionales, estableciendo la analogía entre conceptos deontológicos y axiológicos y enlazando de esa forma las reglas jurídicas con las reglas valorativas y los principios con los valores (entendidos como criterios de valoración). La ponderación de principios conflictivos en condiciones concretas se fundamenta en un juicio comparativo de criterios de valoración en colisión situacional. La diferencia está dada para Alexy en que los principios se mueven en el ámbito deontológico o de lo

debido. Mientras que los valores, cuando son criterios valorativos que se comparan, se mueven en el ámbito axiológico o de lo bueno o lo mejor. La semejanza es argumentada de la siguiente forma:

En el derecho, de lo que se trata es de lo que es debido, esto habla a favor del modelo de los principios. Por otra parte, no existe dificultad alguna en pasar de la constatación de que una determinada solución es mejor desde el punto del derecho constitucional a la constatación de que es debido iusconstitucionalmente. Si se presume la posibilidad de un paso tal, es perfectamente posible partir en la argumentación jurídica del modelo de los valores en lugar del modelo de los principios. (ALEXY, 1997, p. 147)

Aquí evidentemente Alexy traza una analogía de proporción entre principios deontológicos del derecho constitucional y criterios de valoración constitucional abriendo de esa forma el derecho a la argumentación moral práctica. Pero lo hace sin definir u optar por el criterio de valoración sino al parecer dejándolo abierto a las condiciones fácticas y a los recursos argumentativos. Al respecto, luego de criticar la teoría ontológica de los valores de Scheler y Hartmann o “ética material de los valores”, opta por una teoría más débil. Los valores son criterios de valoración. Un mismo derecho constitucional puede ser valorado desde distintos criterios: por ejemplo, la democracia, la libertad, la seguridad. Estos criterios pueden entrar en colisión. Su validez al igual que la de las valoraciones que ellos posibilitan, no son objeto de algún tipo de evidencia sino objeto de fundamentaciones según casos concretos.

En general, sostiene, no es posible un orden de los valores o principios que fije la decisión “iusfundamental” en todos los casos de una manera intersubjetivamente obligatoria, pero la imposibilidad de un “orden duro” de jerarquía, no impide la posibilidad de “órdenes blandos” de dos maneras: primero a través de preferencias *prima facie* a favor de determinados valores o principios. Segundo, a través de una red de decisiones concretas o preferencias establecidas en la jurisprudencia, doctrina o políticas públicas consolidadas. En cualquier caso, la equiparación o desigualdad entre las circunstancias del caso y las reglas o principios constitucionales, no es un mero acto de conocimiento, sino también de decisión, valoración y poder (KAUFMANN, 2005, p. 409).

Es justamente a partir de esta apertura entre derecho y moral sin criterio formal ni material que Habermas ha lanzado las acusaciones de

arbitrariedad hacia el método de la ponderación desde el paradigma discursivo del derecho. A juicio del autor de “Facticidad y validez” esta indeterminación hace además que en las operaciones ponderativas se mezclen dos tipos de discursos que en la propuesta habermasiana deben estar institucionalizados en ámbitos diversos: los discursos de fundamentación (constitucionales y legislativos) y los discursos de aplicación (administrativos y judiciales) (HABERMAS, 1998, p. 332-333)².

Para nosotros en cambio, la ponderación no es descartable si su ámbito es enmarcado por la condición y el criterio de valoración que permite distinguir y priorizar las normas de derechos constitucionales: la dignidad de la vida humana. Esto es el criterio de producción, reproducción y desarrollo de la vida humana en su circuito natural de forma consensual y factible. Lo que tiene dignidad, no vale, sino que es entonces fundamento de los valores. Los valores son mediaciones que están valorizadas en función de su instrumentalidad para lograr la dignidad de la vida, la naturaleza y la actividad humana satisfactora de las necesidades.

Es la condición de la priorización valorativa de las reglas y principios de derechos constitucionales. Desde esa certeza, no obstante, se puede fundamentar un orden relativo de valores que depende del contexto histórico cultural, de las mediaciones concretas organizativas institucionales y normativas, de cómo ha sido el proceso de constitucionalización que deja un margen controlado para operaciones de ponderación, en el marco de una hermenéutica crítica material. Allí la racionalidad analógica juega, como vimos, un rol fundamental.

5 INTERPRETACIÓN Y PONDERACIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL: ALCANCES Y LÍMITES. ALGUNAS REFLEXIONES PROVISORIAS A PARTIR DE LA EXPERIENCIA DE ECUADOR Y BOLIVIA

Es el contexto del pluralismo jurídico, de la necesidad de desarrollar una hermenéutica intercultural que establece la forma de Estado plurinacional, en los nuevos textos constitucionales de Bolivia y Ecuador, la que abre un terreno novedoso para la ponderación de derechos constitucionales.

² Para una defensa de la ponderación frente a las críticas de Habermas, ver ALEXY, Robert. Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad. En: CARBONELL, Miguel y García Jaramillo (ed.). *El canon neoconstitucional*. Madrid: Trotta, 2010. p. 111 y ss.

Especialmente en el marco del reconocimiento amplio de la autonomía de los pueblos originarios, de sus propias formas de derecho y de las funciones judiciales ejercidas por sus autoridades dentro de la función axiomática de las constituciones y en concordancia con los derechos constitucionales y el bloque de constitucionalidad que incorpora el derecho internacional de los derechos humanos.

Es en este escenario donde se plantea la necesidad del control plural de constitucionalidad de las decisiones de las autoridades originarias donde están en juego al mismo tiempo los derechos colectivos de autonomía de los pueblos y comunidades, y los derechos humanos fundamentales de personas y grupos, que deben ser armonizados dentro del marco del Estado constitucional plurinacional.

No obstante, tanto en Ecuador como en Bolivia, el desarrollo del pleno reconocimiento de la jurisdicción indígena y con ello de la plena autonomía de los pueblos originarios y del pluralismo jurídico no ha respetado la textualidad de las nuevas constituciones del Estado plurinacional. Estaríamos ante un proceso relativo de desconstitucionalización o de incoherencia entre los marcos constitucionales del Estado plurinacional y las respectivas prácticas y marcos legales de la actuación y relaciones de la jurisdicción ordinaria respecto a la justicia indígena originaria.

En Ecuador, la Constitución de Montecristi reconoce en su artículo 57.10 la plena capacidad de los pueblos indígenas para crear su propio derecho y el 171 establece para las decisiones de las autoridades indígenas el principio de *non bis in idem*. No obstante, a varios años de sancionada la nueva constitución, no existe aún una ley de coordinación y cooperación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena.

El Código Orgánico de la Función Judicial en sus artículos 343, 344 y 345 establece respectivamente, el ámbito de la jurisdicción indígena en general y priorizando la tutela de los derechos de las mujeres en el mismo, el principio de preferencia de la jurisdicción indígena en caso de duda y la posibilidad de declinación de jurisdicción ordinaria civil y /o penal a favor de la jurisdicción indígena cuando corresponda. Los mencionados artículos constitucionales, así como el Convenio 169 OIT y la declaración de derechos de los pueblos indígenas de la ONU incidieron en estos contenidos del Código, en especial el artículo 10. 2 del Convenio 169 que establece la preferencia por tipos de sanción diversos del encarcelamiento conforme a las características económicas, sociales y culturales de los pueblos concernidos.

A su vez, la Ley Orgánica de Garantías y Control de Constitucionalidad establece en su artículo 65 una acción extraordinaria de protección que se puede impetrar frente a decisiones de las autoridades indígenas que vulneren derechos humanos constitucionales, del bloque de constitucionalidad o violen derechos de las mujeres.

Pese a la ausencia de la ley de coordinación entre la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena, de ese marco constitucional y legal puede inferirse que al menos el control de constitucionalidad de las decisiones de las autoridades indígenas en Ecuador debe respetar los siguientes principios: interculturalidad, pluralismo jurídico, autonomía dentro de los límites del bloque de constitucionalidad, el entendimiento intercultural del principio del debido proceso, la oralidad de las actuaciones con la debida traducción y la expresión bilingüe en caso de fijación por escrito de las mismas, la legitimación activa amplia, que cuando se ejerce en nombre de pueblos y comunidades originarias debe ser acreditada.

A su vez, la falta de interés e iniciativa política para resolver estos problemas por parte de los dirigentes del gobierno de la Revolución Ciudadana y la confusión favorecida por los medios de comunicación entre los principios y prácticas punitivas de las juntas campesinas (organizaciones para policiales de campesinos que actúan frente al abigeato rural en zonas de relativa ausencia del Estado y los pueblos originarios) y la justicia indígena originaria, han deslegitimado y retrasado el pleno desarrollo consistente de ésta última en un pie de igualdad y en autonomía coordinada y cooperativa con la justicia ordinaria, conforme lo exige el marco constitucional de plurinacionalidad y pluralismo jurídico.

En 2013, el Consejo de la Judicatura de Ecuador publicó las conclusiones de su investigación sobre pluralismo jurídico, acercando el diagnóstico de este organismo público a la crítica que se viene haciendo a este proceso de desconstitucionalización desde organizaciones indígenas como la propia CONAIE (Confederación Nacional Indígena del Ecuador) y el Movimiento Pachakuti. En este documento, titulado *“Línea Base de los Sistemas de Justicia Indígena. Una aproximación valorativa”* (CONSEJO DE LA JUDICATURA, 2003) se traza, además del diagnóstico, algunos lineamientos de acción mientras se produce el debate acerca de la postergada ley de coordinación y cooperación en la Asamblea Nacional.

Se establece en general, la necesidad de una serie de cambios en el poder judicial tanto en su organización, como en su acción y en la formación de los operadores judiciales para hacerlo consistente y coherente frente a las exigencias del nuevo marco constitucional.

Se reconoce la falta de articulación por parte de la justicia ordinaria del soporte teórico de la jurisdicción indígena comunitaria por distintos motivos concurrentes: interés político institucional en mantener el sistema de justicia dominante o hegemónico, falta de espacios de diálogo intercultural y por ello carencia de nociones consistentes con la interlegalidad, la práctica de una hermenéutica diatópica y de un pluralismo jurídico igualitario no han sido utilizados por los operadores jurídicos.

Se recorta de hecho la competencia material de la justicia indígena y temas como violaciones y homicidios buscan ser apartados de la misma. Existen numerosos casos de expedientes administrativos disciplinarios contra jueces que han aplicado la declinación de competencia en esos y otros casos a favor de la justicia indígena, aplicando el Código Orgánico de la Función Judicial.

Se verifica un desconocimiento relativo del derecho aplicable (Convenio 169 OIT, Declaración de los Pueblos Indígenas de la ONU) y de los derechos colectivos que surgen del nuevo marco constitucional.

Se tiende a confundir la jurisdicción indígena con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos (mediación, arbitraje, conciliación), desconociendo así su papel en la estructura de pluralismo jurídico del Estado plurinacional.

Dado el diagnóstico referido y mientras la Asamblea Nacional siga debiendo el debate público y sanción de la ley de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la justicia ordinaria, se formulan las siguientes recomendaciones:

La Corte Constitucional debe dictar resoluciones sobre mecanismos de cooperación y coordinación entre ambas jurisdicciones, así como establecer las condiciones de aplicación de la declinación de competencia a favor de la jurisdicción indígena.

Debe garantizarse el respeto por las decisiones de las autoridades indígenas y establecer especialmente en instancias públicas como los registros de la propiedad, registro civil y jurisdicción penal la apertura y aceptación a las instituciones, principios, conocimientos y procedimientos de las comunidades y autoridades indígenas como del mismo valor, pero diversas respecto a la jurisdicción ordinaria.

Deben superarse los prejuicios y enfatizarse la comprensión en los operadores judiciales de la justicia ordinaria de las potencialidades de sanación, recomposición, reequilibrio de las comunidades y de reinserción

social tanto de las víctimas como de los ofensores y delincuentes (CONSEJO DE LA JUDICATURA, 2003).

Este diagnóstico y propuestas del Consejo de la Judicatura de Ecuador, se aproxima a la crítica de los actores sociales que tienen que ver con los pueblos indígenas quienes sostienen que en la práctica la justicia indígena sigue funcionando con las dificultades históricas previas a la sanción de la Constitución de Montecristi.

En el caso de la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia los principios organizadores del Estado surgen del preámbulo y artículos 1, 2: plurinacionalidad, pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, interculturalidad, descentralización, libre determinación de los pueblos originarios, con reconocimiento de su autonomía, autogobierno, culturas, constituciones y a la consolidación de sus entidades territoriales; de donde surge la igualdad y plena aplicabilidad de los derechos individuales y colectivos, así como la interlegalidad y la igualdad de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción originaria campesina, que inspiran el carácter plurinacional de la Asamblea Legislativa y del Tribunal Constitucional que deben por lo tanto armonizar la pluralidad de fuentes de derecho en base a los principios, fines y valores constitucionales: entre otros, suma qamaña, ñandereko, teko kavi, ivi maraei, unidad, igualdad, inclusión, solidaridad, complementariedad, equidad social y de género, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien, descolonización, bienestar, desarrollo, seguridad, protección e igual dignidad de las personas, las naciones, pueblos y comunidades, respeto mutuo, diálogo intracultural, intercultural y plurilingüe (Arts. 8 y 9).

Para poder hacer efectivo el reconocimiento del pluralismo jurídico la CPEB, en forma paralela a la jurisdicción ordinaria, reconoce la jurisdicción indígena originaria campesina que posee igual jerarquía a la jurisdicción ordinaria. En su artículo 190 establece que: "I. Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios. II. La jurisdicción indígena originaria campesina respeta el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente."

No obstante, la Ley de Deslinde Jurisdiccional (Nro. 073), recorta esa igualdad constitucional entre justicia ordinaria y justicia originaria cam-

pesina en detrimento de esta última, al excluir de la competencia material de la misma las cuestiones de derecho propietario (art. 10.II.c), al clasificar las ramas jurídicas de acuerdo a la visión occidental del derecho (10.II.d) y al dejar abierta la posibilidad de nuevos recortes en otras materias “determinadas por ley”.

La norma ha generado el rechazo de los movimientos sociales y de las principales confederaciones que agrupan a los movimientos de pueblos originarios la CONAMAQ (Confederación de Ayllus y Marcas del Collasuyo), que agrupa a los grupos andinos y la CIDOB (Confederación Indígena del Oriente Boliviano), que aglutina a los pueblos originarios de las tierras bajas orientales (Chaco y Amazonía bolivianas), que reclaman su modificación y la aplicación directa de la Constitución mientras esto ocurre.

En este contexto, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) que es integrado en partes iguales por magistrados electos a través del voto popular y que representan a la justicia ordinaria y a la justicia originaria campesina, tuvo por primera vez la oportunidad de realizar una ponderación entre derechos constitucionales y la decisión de la autoridad originaria de la localidad de Poroma, Cochabamba, perteneciente al pueblo *Qhara Quara*, ejerciendo el control de constitucionalidad de la misma, en la Sentencia 1422/2012 (STC 1422/2012) (BOLIVIA, 2012).

En dicha sentencia el TCP estableció los pasos que debe seguir el control plural de constitucionalidad de la siguiente forma: Para analizar si la jurisdicción originaria campesina afectó derechos fundamentales interpretados en contexto de inter e intra-culturalidad, el TCP diseña un novedoso *test* de constitucionalidad guiado por el paradigma de vivir bien que consta de cuatro pasos: a) armonía axiomática; b) decisión acorde con cosmovisión propia; c) ritualismos armónicos con procedimientos, normas tradicionalmente utilizados de acuerdo a la cosmovisión propia de cada nación y pueblo indígena originario campesina; y, d) proporcionalidad y necesidad estricta.

- a) La armonía axiomática se interpreta desde el contexto intercultural. Busca interpretar priorizando la supremacía constitucional desde su núcleo axiomático y axiológico intercultural en cuanto a la validez material de la decisión. Mediante ella se exige que las decisiones emanadas de la jurisdicción originario campesina sean adecuadas a los principios y fines de los valores constitucionales supremos ya reseñados (como, por

ejemplo, la igualdad, complementariedad, solidaridad, reciprocidad, armonía, inclusión, igualdad de condiciones, bienestar común, buen vivir, entre otros).

- b) Segunda etapa, análisis de la armonía interna, implica la realización de una ponderación intra-cultural que busca determinar si la decisión adoptada armoniza con la cosmovisión de la propia comunidad que tomó la decisión.
- c) Tercera etapa, también se da en el marco de una ponderación intra-cultural. Pero ahora el objeto de control es procedimental: pasa por determinar que los ritualismos y procedimientos utilizados para tomar la decisión hayan respetado y armonizado con los tradicionalmente utilizados por la comunidad originaria campesina de acuerdo a su propia cosmovisión.
- d) El análisis de proporcionalidad y necesidad estricta requiere de una ponderación tanto intra como inter-cultural. Lo que se busca es determinar si la gravedad de la sanción se corresponde con la gravedad de los hechos invocados para aplicarla y, en el caso particular de aplicación de sanciones graves

[...] deberá también ponderarse la decisión asumida en relación a la estricta necesidad de la misma, es decir, para sanciones graves, el test del paradigma del vivir bien, implicará asegurar que la decisión fue absolutamente necesaria para -en el marco de la inter e intra culturalidad-, resguardar bienes jurídicos superiores amenazados con la conducta sancionada. (BOLIVIA, 2012)

Además, el control de constitucionalidad debe ponderar de modo particular, al realizar el citado *test*, la posible afectación de derechos de grupos vulnerables como las mujeres y niños/as. La constitución reconoce que estos grupos se encuentran en condiciones de vulnerabilidad material y por ello considera que debe realizarse una tutela reforzada de sus derechos, agregándose un aspecto más a valorar al momento de realizar el control de constitucionalidad.

Por ello el TCP afirma que el control plural de constitucionalidad:

[...] deberá asegurar la consolidación de los principios de igualdad, solidaridad e inclusión, a través de una ponderación reforzada a la luz de una pauta específica de interpretación: la interpretación in-

tra-cultural favorable, progresiva y extensiva para estos sectores, a cuyo efecto, se establece la vigencia del paradigma de la favorabilidad para las mujeres y minoridad, al cual debe armonizarse la cosmovisión de todo pueblo y nación indígena originario campesino (BOLIVIA, 2012)

No obstante, este precedente importante del TCP de Bolivia, si bien es garantista de los derechos de niños y mujeres y analiza la proporcionalidad y necesidad estricta del poder sancionatorio de la mencionada autoridad originaria campesina, estableciendo para ello los criterios inter e intra culturales de una actividad plural de control constitucional, ha sido criticado por dos motivos: no pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de la Ley de Deslinde Jurisdiccional, no haber devuelto las actuaciones a la autoridad originaria que la dictó³ para que emita una nueva decisión adecuada a la sentencia y a la Constitución, y la forma de realización de la pericia antropológica (CLAVERO, 2014), entre otras.

En síntesis, el proceso de desarrollo de un pluralismo jurídico igualitario encuentra todavía escollos e inercias institucionales que tienen que ver con las formas de funcionamiento del poder judicial y la escasa voluntad política o la no voluntad de las políticas públicas en la materia para encontrar un camino consistente con los nuevos marcos constitucionales. De todas formas, los movimientos sociales de los pueblos y naciones originarias tienen ahora herramientas jurídico- políticas legitimadas constitucionalmente para procurar el pleno reconocimiento de sus formas de derecho y de sus derechos colectivos.

El pluralismo jurídico, la interculturalidad y el desarrollo consistente de la forma de Estado Plurinacional adoptada como innovación en el constitucionalismo mundial por primera vez en las Constituciones de Ecuador de 2008 y de Bolivia de 2009, es todavía un postulado que debe ser desarrollado en forma consistente a nivel de políticas públicas que hacen a la organización, funcionamiento de la justicia ordinaria en forma coordinada, equilibrada, igualitaria y cooperativa con la justicia originaria e indígena, así como a través del desarrollo de legislación y jurisprudencia coherentes con la interpretación intercultural que los nuevos textos constitucionales exigen.

³ Ver al respecto el análisis de los hechos, proceso y resolución del caso en TORROBA, Rodrigo. *El pluralismo jurídico en el contexto del Tribunal Constitucional Plurinacional del Estado de Bolivia*. Santa Rosa, mimeo, 2014, p. 18.

6 HERMENÉUTICA ANALÓGICA EN LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL: CON Y MÁS ALLÁ DE NEOCONSTITUCIONALISMO Y GARANTISMO

Estas consideraciones desde la experiencia del nuevo constitucionalismo, que se basan en buscar los casos de concretización constitucional que señalan no la afirmación de una tendencia a través de su reiteración en la jurisprudencia, sino las rupturas novedosas y las potencialidades y amenazas que aparecen en los casos de concretización de los marcos constitucionales de Bolivia y Ecuador, nos permite retomar la reflexión acerca de la metáfora de la constitución horizontal, que venimos proponiendo como mucho más adecuada que la idea de constitución vertical, todavía hegemónica en la académica jurídica y cuyos supuestos básicos subyacentes se verifican incluso todavía en, por ejemplo, la teoría del garantismo jurídico de Luigi Ferrajoli.

Desde esta visión, que lejos de ser solamente metafórica es, máxime cuando contrastada con nuestro esquema de la constitución horizontal como núcleo articulador de la complejidad y el pluralismo sociojurídicos, paradigmática, el derecho se reduce a un sistema de normas centralizado en su creación y en su aplicación que se metaforiza como una pirámide jurídica, en cuyo vértice esta la norma fundamental y la constitución, o el derecho constitucional como nivel inmediatamente derivado de ella.

Hay que asumir que es una metáfora culturalmente cargada, ya que no puede depurarse totalmente de los supuestos de la iuspublicística, la teoría general del estado y la filosofía del estado germánicas, caracterizadas por razones históricas, por el “deseo” de estado. Los valores de jerarquía, orden, seguridad, estabilidad están allí desplazando la idea de consenso y autonormación propias de las metáforas pactistas de las constituciones racional normativas modernas.

La metáfora y simbolización piramidal del orden jurídico, originariamente pensada como un recurso pedagógico, se ontologizó en el sentido común de los operadores políticos, jurídicos, sociales, tratadistas de derecho constitucional y de las elites beneficiarias en nuestra región. Así adquirió temporalidad y espacialidad, suplantando el tiempo existencial por la temporalidad lógica del antecedente y del consecuente en la dinámica de la derivación normativa, y la pluralidad de espacios sociales, institucionales, culturales coexistentes de relación, por la morfología constitucional del ámbito de validez territorial. Incluso las relaciones normativas son “espacializadas”

poniendo el nivel constitucional “jerárquico” “supraordinado” “supremo” por arriba y por encima del resto de las normas. Esto tiene consecuencias en la forma en que operadores jurídicos, jueces, abogados, etc., visualizan paradigmáticamente la relación del derecho con la sociedad.

Esa metáfora educativa, receptada en los contextos latinoamericanos, devino sesgo ideológico incorporado al sentido común de la formación jurídica y la práctica de los operadores jurídicos, generó una convergencia práctica entre decisionismo y positivismo jurídicos, reforzó las tendencias de estado de excepción, razón de estado y la práctica de los golpes de estado tan frecuentes en la historia latinoamericana del siglo pasado y que, como los casos de los intentos en Venezuela, Ecuador, Bolivia y los neogolpes consumados en Honduras y Paraguay, no ha sido todavía erradicada. Se trata de una metáfora muerta incorporada ahora al campo semántico, a la gama potencial de connotaciones del derecho constitucional, que lastra nuestro pensamiento.

Fue funcional o mostró una afinidad electiva muy fuerte con la persistencia cambiada en el estado latinoamericano de una matriz social de colonialidad del poder, del ser, y del saber que tuvo y tiene una de sus plasmaciones constitucionales en el estado nacional moderno/colonial monocultural y jurídicamente monista sobrepuesto, externo, inconsistente, siempre en apronte de una formación social plural, colorida y abigarrada postcolonial. Todo un expediente y un documento de civilización bárbara o de barbarie civilizada por tomar la dialéctica planteada por Walter Benjamin, tan adecuada para describir la barbarie de la matriz colonial en nuestra región. El desempoderamiento, la negación del pluralismo social y la homogeneización inducida, cuando no impuesta, han sido sus constantes. Detrás de la norma hipotética fundamental o de “*la constitución en sentido lógico jurídico y jurídico positivo, de la teoría de la pirámide jurídica*” (KELSEN, 2005, p. 326), no sólo hay una metáfora muerta, que por oposición a la figura ricoeuriana de la metáfora viva podemos comprender como aquella que en la tensión entre el ser y el ser como ya no genera exceso de sentido y se ha normalizado en el campo semántico, sino que además encontramos en su traslado a América Latina una historia tramada por las elites oligárquicas y por los golpes cívico militares. La práctica de los golpes de estado es explicada como fractura del antecedente lógico normativo, y la pureza metodológica deviene encubrimiento ideológico del cercenamiento histórico de la democracia y de los derechos humanos para imponer proyectos elitistas. Encontramos entonces, paradójicamente, tras el uso regional de la metáfora de la constitución vértice vehiculizada por la

norma fundamental y simbolizada en la pirámide jurídica, el decisionismo político como característica de los poderes fácticos innominados de la matriz de colonialidad del poder en nuestra región.

Todavía hoy la idea de que la constitución está por arriba y por afuera de las prácticas jurídicas cotidianas refuerza un efecto de fetichización y encriptación constitucionales que tensionan la pretensión democrática del constitucionalismo regional. Los modelos normativos constitucionales adoptados, no funcionan por responsabilidad de nuestras sociedades en este diagnóstico. El análisis y el diagnóstico constitucional es a su vez, patrimonio de los detentadores del capital simbólico en el campo sociojurídico.

Es posible pensar metáforas más adecuadas para contextos de pluralismo social, cultural y jurídico, que se quieren democráticos y predicen derechos humanos varios de sus habitantes, ciudadanía, pueblos, como han sido y son nuestros complejos estado sociedad en América Latina. Una que me parece muy pertinente y útil en términos comprensivos es la de Luiz Fernando Coelho (2006, p. 330), acerca de la “constitución horizontal”, como núcleo de un campo sociojurídico circular. La constitución aquí sigue siendo “fundamental” y en un cierto sentido no exterior ni espacializado, “suprema”, porque fundamenta la validez jurídica y opera como regla de reconocimiento constitucional, en ese sentido se puede hablar de un principio de supremacía constitucional, pero como núcleo de sentido abierto y que en tanto tal, está presente como contenido y procedimientos en el resto de la normatividad jurídica. Entre el enunciado normativo particular y el enunciado normativo constitucional habría una relación de analogía proporcional en tanto la primera concreta en circunstancias de caso lo que está ya en alguna medida, en parte, en general, previsto en esta última como norma en potencia, que se concretiza al determinarse con las circunstancias fácticas y normativas del caso.

Esta relación no es unívoca, no se reduce a un simple suplemento de información para operar la subsunción lógica, ni tampoco es equívoca, ya que incluso actuando como regla de reconocimiento de otras formas de derecho (derecho consuetudinario o comunitario, derecho internacional) la constitución es articulación o coyuntura de las formas de derecho reconocidas. De la misma forma, no debería ser equívoca, incluso en los casos difíciles en que la interpretación constitucional debe concretarse en situaciones o condiciones de conflictos de normas concurrentes, ya que la operación de ponderación que, por ejemplo, decide la norma concreta aplicable a un caso desarrolla el contenido constitucional, que no le es ajeno,

en las circunstancias concretas, sopesando por ejemplo, principios y reglas en concurrencia, de acuerdo a dichas peculiaridades o situación en la que hay que decidir. Puede decirse que entre los principios y reglas constitucionales concurrentes en el caso y la norma concreta y específica generada teniendo como condición las circunstancias del caso, o “regla adscrita” (ALEXY, 1997, p. 137), no hay relación exterior de supra e infra ordenación, sino una relación de analogía proporcional, por lo que la constitución (horizontal) habita dicha norma concreta.

La analogía como sabemos, está muy próxima de la metáfora, dado que ésta produce una aproximación ficticia entre dos términos a partir de una propiedad o característica presentada como común, pero que genera un suplemento de sentido, un exceso de información que no surge de la reducción literal. Es la tensión entre el “es” y el “es como” la que genera el exceso de sentido (RICOEUR, 1988, p. 24). De hecho, la metáfora sería una analogía de proporción impropia, al decir de Mauricio Beuchot (2005, p. 97). De la misma forma la ponderación constitucional concreta en las circunstancias del caso la aplicación proporcionada y razonable de normas o principios de derecho constitucional concurrentes, generando una norma concreta que es, por un lado, adecuada a las circunstancias del caso, pero que comparte y actualiza el núcleo de sentido constitucional. De ahí que es una mala metáfora considerar que este núcleo de sentido esté por arriba y por afuera del proceso o del caso en que se concretiza o actualiza la constitución.

En circunstancias de pluralismo jurídico, de un consenso exigente basado en condiciones de democracia intercultural, pluralismo jurídico, estado plurinacional, como las que plantean las constituciones recientes de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), parece la metáfora de la constitución horizontal, mucho más atractiva que la vieja imagen de la pirámide kelseniana. Pero también allí donde se ha conformado una zona de analogía entre derecho internacional y derecho nacional que se expresa a través de un bloque de constitucionalidad (España, Francia, Colombia, México, Brasil, Panamá, etc.), donde como en el caso argentino, por ejemplo, la constitución y los instrumentos internacionales mencionados o jerarquizados por medio del procedimiento del artículo 75, inc. 22, párrafo 2, están en un mismo plano. Es decir, en una relación horizontal que los pone como núcleo de sentido del resto de los enunciados normativos.

En ese sentido no hay que olvidar en el tratamiento del discurso constitucional, su pertenencia al fondo común del lenguaje ordinario y a la narratividad institucional de una comunidad política, ni la estrecha relación

que existe entre analogía, metáfora y simbolismo, ni el carácter de práctica social que tiene el derecho, formado por específicos juegos de lenguaje. Más allá de la hiperespecialización, del formalismo y de las pretensiones de apropiación social de la función normativa, que podemos caracterizar como fetichismo y encriptación constitucionales, el derecho como práctica social está presente en la cotidianeidad de las conductas en interferencia intersubjetiva. En ese sentido, la metáfora de la constitución horizontal es más adecuada para la complejidad de sociedades plurales y que se quieren democráticas. Para eso la constitución tiene que ser un código popular, un proceso abierto a una comunidad de intérpretes ampliada a la pluralidad sociocultural de personas y grupos que la actúan cotidianamente.

En síntesis, como hemos sostenido en *“La constitución horizontal”*, y hemos intentado argumentar mejor aquí, la constitución en vez de ser una norma jerárquica en el vértice de una pirámide de derivación lógica normativa está en el centro de un orden circular propio de sociedades complejas y plurales, como las de nuestra región, habitada por distintas comunidades nómicas propias del pluralismo jurídico de los grupos microsociales, siendo un núcleo de sentido en el que convergen distintas normatividades y que al mismo tiempo habita las situaciones.

Esta forma de comprender la constitución, se basa en la idea de que las discusiones de teoría constitucional tomadas del estado constitucional euronorteamericano son relativamente inadecuadas para comprender la forma de concretización constitucional vía interpretación que requieren los nuevos marcos constitucionales del estado plurinacional.

Una de las discusiones típicas adoptadas más o menos acríticamente en los ámbitos latinoamericanos es la que se produce entre el neoconstitucionalismo con su énfasis en la ponderación, la que, al no definir claramente sus marcos materiales y formales, es usada abusivamente muchas veces, como dijimos, en contextos defensivos, de retroceso de los derechos sociales y de interés público frente a la ofensiva del constitucionalismo oligárquico neoliberal, en casos en que no se requiere realmente. Frente a esta tendencia, la idea de coherencia y completitud del orden jurídico en base a la validez sustancial de los contenidos iusconstitucionales fundamentales de Ferrajoli, es sin duda, mucho más progresista, no obstante, sus supuestos básicos subyacentes siguen siendo la del orden jurídico vertical y por ende, su metáfora implícita sigue siendo la de la constitución vértice que desde arriba y afuera señala las condiciones de coherencia y las necesidades de completar, vía desarrollo normativo infraconstitucional y

garantías jurídicas el nivel constitucional. Vale decir que su supuesto básico subyacente sigue siendo eurocéntrico: el estado moderno monista, que como hemos visto, resulta un modelo relativamente inadecuado a la hora de expresar y comprender el pluralismo sociocultural y jurídico de las formaciones políticas regionales postcoloniales.

Frente a esta dicotomía, entre neoconstitucionalismo y garantismo, la racionalidad analógica y transversal de la “constitución horizontal” nos provee también de insumos a seguir y desarrollar, mostrando como la distinción entre los casos donde la ponderación no es necesaria ya que se practica analogía de atribución, respecto a los casos en que convergen tópicos de dignidad humana de cosmovisiones culturales diversas, donde si es necesaria por lo tanto una operación de ponderación fundamental para la dinámica de interpretación constitucional que exige el nuevo constitucionalismo regional. Estas dos posibilidades se ejemplifican en los casos que hemos visto, respectivamente, en este capítulo: la sentencia de la Corte Provincial de Loja, Ecuador, sobre los derechos de la naturaleza en el caso del Río Vilcabamba Juicio 11121-2011 y la Sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia nro. 1422/2012 Junta Vecinal de Poroma (Pcia. de Oropeza, Cochabamba) ponderación constitucional entre derechos personalísimos y derechos de los pueblos originarios.

Creemos es posible recurrir nuevamente a la interpretación constitucional analógica, distinguiendo, respectivamente entre **la analogía de atribución y la analogía de proporción** que funda una posibilidad de hermenéutica pluritópica entre derechos convergentes en un mismo caso, veamos:

La analogía de atribución, el término análogo, es el que significa una forma o propiedad que se halla intrínsecamente en uno de los términos (el analogado principal), hallándose, en cambio, en los otros términos, (analogados secundarios), por cierto orden a la forma principal. La analogía de proporción, que se aplica a aquellas cosas que tienen un nombre común y la noción expresada por este nombre, es similar de acuerdo con una proporción, según la célebre definición de Cayetano (MORA, 2004, p. 160).

La analogía de atribución quiere decir que la razón o noción significada por el nombre sirve de polo o término por relación con el cual los significados son diversos y guardan una jerarquía (De la Torre Rangel *apud* BEUCHOT, 2005, p. 29). Es más apta para producir estabilidad y certeza cuando se trata de la garantía de los derechos constitucionales que no deben ponderarse, porque de hacerlo se abriría la posibilidad de su regresión

frente a poderes sociales salvajes neoabsolutistas, que apropian los bienes públicos relacionales que son su condición y contenido (de los derechos...), transformándolos en privilegios sociales o que directamente generan males relacionales que impiden la eficacia de los mismos.

La analogía de proporción es más apta para los casos en que hay que construir derecho intercultural a partir del pluralismo jurídico y cultural en los casos en que confluyen principios y reglas de derechos constitucionales de derechos humanos “occidentales”, con los derechos de los pueblos originarios, tanto en la forma de entender la dignidad humana, como en la aplicación de sus competencias autónomas para aplicar su derecho consuetudinario al caso frente a la jurisdicción estatal ordinaria. Lo análogo a construir será la regla del caso concreto teniendo en cuenta la necesidad de concretizar el pluralismo jurídico y cultural reconocido por el estado constitucional plurinacional en su Constitución Política (por ejemplo, en el caso de Bolivia) y hacerlo generando una concepción intercultural de dignidad humana equitativa en las circunstancias del caso.

Por otro lado, es necesario remarcar aquí, que a partir de la diferencia entre norma constitucional y enunciados normativos constitucionales, como explicamos arriba, de jerarquía y relaciones de derivación normativa y de supra/subordinación nomodinámicas a la manera de Kelsen (y de Ferrajoli), solamente podemos hablar cuando nos referimos a los segundos. La norma constitucional para nosotros, es tal, cuando es concretizada en una ley que se aplica y por lo tanto tiene vigencia y eficacia social relevante, además de validez constitucional sustancial y cuando es concretizada en un caso a través de una sentencia ejecutable. Es decir que no hay norma constitucional sin un proceso de concretización (legislativo, administrativo, judicial, ciudadano) que le sume a la validez y a la vigencia, eficacia. Hasta ese momento la norma constitucional es norma en potencia y/o enunciado normativo. Esto es una razón adicional, de tipo metodológico, para descartar la comprensión piramidal propia de la metáfora de la constitución vértice. La constitución como práctica constitucional debe habitar las leyes, las rutinas administrativas, las políticas, las prácticas cotidianas y las sentencias que la desarrollan y concretan. No es una norma sino que es un núcleo de sentido analogado de las prácticas jurídicas (y políticas, económicas, ecológicas, culturales, etc.) que en ellas se concretiza.

Veamos ahora brevemente, solamente a título ejemplificativo, los dos modelos que se disputan el lugar de predominio en las discusiones neoconstitucionalistas usuales en la teoría constitucional de nuestra región:

En primer lugar, el modelo garantista, que remite a la solución de los casos por subsunción y a la diferencia, interna al derecho, ya que en ese plano de análisis nos encontramos ahora mismo, en una de las acepciones del garantismo (FERRAJOLI, 1995, p. 852-853), entre validez/vigencia, siendo posible que una norma sustancialmente inválida porque su significado o materialidad de sus contenidos es incoherente con el significado o contenido de las normas de derechos constitucionales, esté vigente porque ha sido creada por el órgano y el procedimiento constitucionales y viceversa, que una norma constitucional válida carezca de vigencia por problemas de incoherencia o problemas de lagunas del derecho subconstitucional. Este modelo parece remitir, todavía, como dijimos, al imaginario vertical piramidal del derecho, resabio del “paleopositivismo” kelseniano, aunque incorpora la fundamental noción de validez sustancial en base al núcleo de significados jurídicos que se encuentra en el plano constitucional (derecho sobre el derecho).

En realidad, nos parece, este problema debe ser visto como un problema temporal, de diacronía, o nomodinámica, que se puede presentar en los siguientes casos:

- a) leyes anteriores o posteriores son inconsistentes con el contenido de la constitución, o sea que no guardan analogía de atribución con el núcleo de sentido constitucional. En este caso a un juicio sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad se llega por la constatación de la incoherencia y correspondiente nulidad de la norma inconstitucional anterior o posterior. El juicio de constitucionalidad recae sobre el significado constitucional y su ausencia/presencia (coherencia, completitud) en normas ante y postconstitucionales vigentes que son declaradas inválidas. Se trata de un juicio que compara una norma constitucional con una norma subconstitucional en base al análisis de la validez sustancial en el tiempo. Este juicio sustituye en el plano constitucional lo que en el legal y en el paradigma del Estado de derecho legal es el de *lex posteriori, lex speciali, exceptio*.
- b) El núcleo de significado constitucional no genera el consiguiente desarrollo legal o administrativo, generándose una laguna o incompletitud que debe ser llenada por el reglamento legal, administrativa o por vía de control judicial de inconstitucionalidad por omisión. Es decir frente al mandato

constitucional existe inconstitucionalidad por omisión de desarrollo legal o administrativo. En este caso a la norma constitucional se opone una omisión normativa que significa la norma no existente por omisión, determinada en un lapso de tiempo razonable teniendo en cuenta la necesidad de fuerza normativa de la Constitución.

En ambos casos, el principio de supremacía constitucional remite no a una relación jerárquica espacial entre normas, sino de contenidos significativos entre enunciados normativos, que hacen al sentido constitucional de validez sustancial (aquello que por estar establecido en el derecho sobre el derecho es indecible o indecible que no) y que funcionan por analogía de atribución en el plano temporal diacrónico como nomodinámica, generando la norma concreta de anulación del contenido inválido o la declaración de inconstitucionalidad de la omisión con el consiguiente mandato de llenar la laguna cumpliendo con el contenido de la constitución a través de la generación de una norma concretizadora. El problema es de la ausencia/presencia de validez constitucional para concretizar en normas aplicables y no la jerarquía/ exterioridad entre enunciados normativos.

En este caso, se aplica la analogía de atribución ya que esos contenidos iusconstitucionales fundamentales que definen los derechos constitucionalizados caracterizan al analogado principal que debe desarrollarse diacrónicamente por medio de un sistema de garantías a nivel legislativo, administrativo, judicial. Se aproximan estos casos a la univocidad parcial, limitada, dado que se reafirma la supremacía constitucional no como exterioridad espacial sino como núcleo de significados constitucionales en el tiempo a través del desarrollo de la función garantista del derecho respecto de los mismos.

En segundo lugar, tenemos el modelo, ya explicado, neoconstitucionalista de reglas y principios (Dworkin, Alexy), que opera en el plano sincrónico cuando en una situación fáctica que configura un caso judicial concurren distintas posibilidades interpretativas en enunciados constitucionales diversos: principios y reglas, que requieren de una operación de ponderación constitucional que concrete dichas disposiciones iusconstitucionales en la circunstancia del caso, allí la analogía constitucional es de proporción y se verifica en la construcción de la regla adscrita que guarda una cierta proporción con los principios y reglas que concurren, incluso con los que ceden en forma proporcional y razonable, como producto de

las circunstancias del caso, ya que la preponderancia es condicionada, no incondicional, y razonable, dentro de una interpretación sistemática, fruto de la operación de ponderación que se mueve entre univocidad y equivocidad del sentido constitucional.

En este caso se trata de la concreción según las circunstancias específicas de un caso, de principios y reglas constitucionales por analogía de proporción que concurren en un plano sincrónico, generando una regla adscrita para el caso que guarda esa relación (analogía proporcional) con el núcleo de contenidos constitucionales. Regla, que, establecida jurisprudencialmente, podrá ser aplicada a los casos análogos en el futuro.

Especialmente relevante se torna esta dimensión cuando estamos en la necesidad de ponderar en sistemas constitucionales que reconocen expresamente el pluralismo jurídico, la interculturalidad y el pluralismo cultural. Allí la hermenéutica no es sólo analógica sino también pluritópica. La constitución como núcleo de sentido articula por medio de la delimitación de un eje de validez y actuando como regla de reconocimiento de las pluralidades jurídicas, una racionalidad transversal y plurirreflexiva.

Este modelo complejo que proponemos, de distinción a partir de los marcos constitucionales del nuevo constitucionalismo de una concretización vía hermenéutica analógica, que puede ser de atribución o de proporción, tiene la ventaja de permitir superar las discusiones entre neoconstitucionalista y garantistas, al discernir entre casos que se resuelven en el plano diacrónico desde las tensiones validez/vigencia que no requieren de operaciones de ponderación, frente a los abusos y usos conservadores de la misma, dándole sistematicidad y coherencia al sistema constitucional en el tiempo, sin perder su pluralismo y complejidad, por medio del desarrollo de la función garantista.

Al mismo tiempo, al vincular la ponderación constitucional con la analogía de proporción en contextos de pluralismo e interculturalidad, permite un camino descolonizador del derecho entre el univocismo del universalismo jurídico *a priori* y el equivocismo relativista, dándole a la ponderación su justo lugar en un contexto donde puede ser utilizada críticamente para articular una interlegalidad en construcción.

Podría concluirse este apartado, enfatizando que uno de los aspectos principales de la interpretación constitucional en el contexto del Estado plurinacional de derechos y de justicia, propio del nuevo constitucionalismo regional, es saber distinguir entre los casos que requieren de subsunción por analogía de atribución, de los que requieren de ponderación por

analogía de proporción. Unos remiten a la dimensión diacrónica y otros a la dimensión sincrónica del despliegue de la validez constitucional desde un principio de supremacía constitucional que es metaforizable como constitución horizontal, en tanto núcleo de significados normativos que se concretiza en las prácticas y en los casos en que hay que generar una norma concreta.

REFERENCIAS

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

BEUCHOT, Mauricio. *Tratado de hermenéutica analógica*. Hacia un nuevo modelo de interpretación. México-DF: Unam-ITaca, 2005.

BOLIVIA. Tribunal Constitucional de Bolivia. *Sentencia Constitucional Plurinacional 1422/2012*. Magistrada Relatora: Dra. Ligia Mónica Velásquez Castaños. Sucre, 24 de septiembre de 2012. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/newsletterPortalInternacionalDestaque/anexo/Resolucion_1422_2012_Tribunal_Constitucional_de_Bolivia.pdf>. Acceso en: 8 set. 2014.

CANOTILHO, José Joaquín Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1996.

CLAVERO, Bartolomé. *Bolivia: ¿Jurisprudencia constitucional plurinacional?* Disponible en: <<http://servindi.org/actualidad/85058>>. Acceso en: 8 set. 2014.

COELHO, Luiz Fernando. *Direito constitucional e Filosofia da Constituição*. Curitiba: Juruá, 2006.

CONSEJO DE LA JUDICATURA. *Línea base de los sistemas de justicia indígena*. Una aproximación valorativa. Quito, 2003.

DUSSEL, Enrique. *Política de la liberación*. Madrid: Trotta, 2009. v. II: Arquitectónica.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón*. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 1995.

HABERMAS, Jung. *Facticidad y validez*. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso. Madrid: Trotta, 1998.

HERRERA FLORES, Joaquín. *El proceso cultural*. Materiales para la creatividad humana. Sevilla: Aconcagua Libros, 2005.

KAUFMANN, Arthur. La espiral hermenéutica. *Persona y Derecho*, n. 52, 2005.

KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. México-DF: Eds. Coyoacan, 2005.

MORA, José Ferrater. *Diccionario de filosofía*. Barcelona: Ariel, 2004. Tomo 1.

MÜLLER, Friedrich. Concretização constitucional. En: I CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO CONSTITUCIONAL, ADMINISTRATIVO E TRIBUTÁRIO. Recife, Fac. de Direito, 1996.

RESTREPO, Ricardo Sanín; HINCAPÍE, Gabriel Méndez. *REDHES, Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, San Luis Potosí, UASLP, n. 8, jul./dic. 2012.

RICOEUR, Paul. *Hermenéutica y acción*. Buenos Aires: Docencia. 1988.

DESDE LA FILOSOFÍA Y LA TEOLOGÍA DE LA LIBERACIÓN: LA CRÍTICA JURÍDICA DE PORFIRIO MIRANDA, APORTE A LA TRADICIÓN IBEROAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Jesús Antonio de la Torre Rangel

Graduación en Derecho - Escuela Libre de Derecho (1976), Master en Direito -
Universidad Iberoamericana (1988) e Doctorado en Filosofía -
Universidad Nacional Autónoma de México (2006).

1 INTRODUCCIÓN

La Filosofía de la Liberación forma parte del Pensamiento de Liberación latinoamericano, y desde sus presupuestos se produce parte importante de la Crítica Jurídica actual. Forma parte, también, de ese Pensamiento de Liberación, la llamada Teología de la Liberación, y también desde este quehacer reflexivo se ha hecho y se hace un abordaje crítico al Derecho.

El pensador mexicano Porfirio Miranda, tanto desde la Filosofía como desde la Teología de la Liberación se ocupa del Derecho, haciendo crítica de su rol opresivo y rescatando su dimensión liberadora.

2 UNAS PALABRAS SOBRE TEOLOGÍA DE LA LIBERACIÓN

La Teología de la Liberación (TL) es producto de la situación socio-política y económica de América Latina, marcada por la injusticia y la violación sistemática de derechos humanos; a esta realidad se une el Pensamiento de Liberación, sociológico, económico, filosófico, político, pedagógico y geográfico. Pero la TL puede surgir, gracias a que a lo anterior se unen también circunstancias eclesiales. Tales como los documentos dados con motivo de la celebración del Concilio Vaticano II, que se abrió a la problemática de la realidad del mundo y fomentó la creatividad teológica; y la realización de la II Conferencia del Episcopado Latinoamericano (CELAM)

celebrada en 1968, en Medellín, Colombia, que produjo documentos pastorales muy importantes enraizados concretamente en la realidad latinoamericana y convocando a la justicia y a la paz. En esos Documentos ya se utiliza como “término oficial”, la noción y la palabra *liberación*, y, desde entonces, como dice Segundo Galilea, “quedó acuñada como propia de la reflexión y de la tarea de los cristianos en el continente.” (GALILEA, 1976, p. 19).

El propio teólogo chileno, nos proporciona unos rasgos definatorios de este quehacer teológico, al decir que la TL es una “reflexión teológica sobre el sentido del compromiso de la Iglesia y sus cristianos en la justicia, en la liberación de sus pueblos en el orden de la evangelización.” (GALILEA, 1976, p. 13).

Para completar lo que se entiende por TL, a continuación citamos lo que escribe el jesuita mexicano Arnaldo Zenteno, en uno de los primeros artículos publicados en México que se asumen como de TL:

Por Teología de la Liberación entendemos aquí una reflexión teológica, que toma como dato las realidades contemporáneas sociales (en sentido amplio), se centra en los hechos y anhelos de ‘Liberación Social’ y pretende valorarlos y discernirlos a la luz de la fe. Además, pretende que estos mismos datos, o mejor, esta realidad de esclavitud-liberación interpele nuestra fe. En resumen, ésta Teología pretende descubrir el nexo e integración de estas realidades con la plena liberación en Cristo. (ZENTENO, 1971, p. 15)

3 PORFIRIO MIRANDA: EL DERECHO COMO LIBERACIÓN DEL OPRIMIDO

José Porfirio Miranda y de la Parra (1924-2001) nació en Monterrey, México, el 15 de septiembre de 1924. Desde muy joven ingresó a la Compañía de Jesús, en donde hizo sus estudios, se ordenó sacerdote y permaneció muchos años en ese instituto religioso. Fue miembro del Departamento de Filosofía de la Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa en la ciudad de México. Murió en esa Ciudad en octubre de 2001.

Enrique Dussel lo reconoce como “uno de los filósofos más importantes del siglo XX en México.” (DUSSEL, 2007, p. 7). Aunque también advierte que hay un cambio en su pensar filosófico, de tal modo que se puede hablar de el “*viejo* Porfirio” y el “*joven* Porfirio”, ya que cambia sus posicio-

nes sociales, marxistas y culturales, de sus primeras obras, por “un occidentalismo universalista extremo” (DUSSEL, 2007, p. 8).

Rebasa con mucho el propósito de este trabajo, analizar la grande y estupenda obra filosófica –y también sociológica y teológica- de Miranda, y con mayor razón entrar al debate acerca de sus posturas teóricas. Nuestro propósito se ciñe a destacar sólo algunas –pero muy importantes- reflexiones filosóficas y teológicas, que ubicamos en el Pensamiento de Liberación; especialmente siguiendo dos de sus libros: *Marx y la Biblia* (1971) y *Comunismo en la Biblia* (1981).

3.1 Denuncia de la situación de injusticias

La injusticia actual, producto de la formación social capitalista –que constituye la expresión de la negación de la eficacia real de los derechos humanos-, es analizada por Porfirio Miranda, utilizando las claves del conocimiento social y de crítica del capitalismo que Marx proporciona. Como sacerdote jesuita que es todavía cuando publica *Marx y la Biblia*, Miranda justifica el uso de las tesis de Marx apoyándose en un gran tratadista de Doctrina Social Católica, Oswald von Nell-Breuning –jesuita también-, que dice: “Este análisis de la sociedad económica y –por lo que hace a los países industrializados- de la sociedad a secas, es el mérito imperecedero de Marx; todas las posteriores críticas del capitalismo se apoyan, unas más y otras menos, sobre sus hombros.” (MIRANDA, 1971, p. 9).

Para Miranda la injusticia social se expresa en una sociedad dividida en clases porque “unos son dueños de los medios de producción y otros, los proletarios, sólo pueden aportar el propio trabajo y están constreñidos a someterse al poder decisorio de los capitalistas” (MIRANDA, 1971, p. 9)

La injusticia, en el capitalismo, está fincada, en buena medida en lo que Miranda llama la *riqueza diferenciante o relativa*. Lo explica de este modo, añadiendo elementos teológicos:

Generalmente se olvida que ‘rico’ y ‘pobre’ son términos correlativos. Decimos que alguien es rico en contraste con el resto de la población o con la mayoría de la población, que no lo es... Jesucristo no está en contra de la riqueza en sentido absoluto de esta palabra, sino en el sentido relativo de contraste social. (MIRANDA, 1981, p. 45)

Cuando Cristo dice “Dichosos los pobres” y “Ay de los ricos”, lo que ataca es el hecho de que unos sean pobres y otros sean ricos. Si se me permite introducir un término técnico: condena la riqueza diferenciante o relativa. Pero eso sí, la condena implacablemente. (MIRANDA, 1981, p.47)

Años atrás, Miranda había publicado un texto en el que, basándose en datos socio-económicos contundentes, demostraba la injusticia en la distribución de la riqueza en México, y urgía a los católicos mexicanos a hacer vida la llamada Doctrina Social Católica, inspirada en las encíclicas sociales de los Papas, uniéndose a las luchas sociales por la justicia. En la parte conclusiva de su libro, haciendo alusión a *derechos*, Miranda escribió:

En este momento en México los obreros y los campesinos y los habitantes de la corona de miseria de las grandes ciudades cuentan con muy pocos prójimos que son capaces de ayudarles eficazmente a hacer valer sus derechos. (MIRANDA, 1972, p. 149)

Esa misma riqueza diferenciante –injusta–, que caracteriza a México y que con datos demuestra en *Hambre y Sed de Justicia* (1965), en un análisis que hace en un artículo publicado en 1971, basándose en datos socioeconómicos actualizados, encuentra agravada la injusticia y la conculcación de derechos (MIRANDA, 1971, p. 13).

Siguiendo con esa denuncia de la injusticia, caracterizada por la *riqueza diferenciante*, relaciona el dato económico con la moral y lo jurídico. Miranda inicia así una certera crítica del Derecho.

De los textos es ineludible deducir que, según la Biblia, no hay manera legítima de admitir riqueza diferenciante. Si no se supone esa tesis moral de economía, el castigar a los ricos en cuanto ricos queda completamente incomprensible. Todos esos textos implican que sólo por medios ilícitos es posible alcanzar un nivel económico superior al de la mayoría de la población. Evidentemente “ilícito” no significa: en desacuerdo con las leyes positivas vigentes. El hecho de que la legislación de los países autorice los medios de enriquecimiento, no hace que ellos sean lícitos. Si hay algo valioso en la tradición intelectual cristiana, es esa convicción de que el criterio de lo bueno y de los malos no depende de lo que digan las leyes o decretos o las costumbres en turno. (MIRANDA, 1981, p. 52-53)

3.2 Crítica del Derecho moderno

Montado también en los hombros de Marx, Miranda hace una certera crítica del Derecho producido por la Modernidad, añadiendo a su crítica la contundencia de la tradición bíblica.

Marx – es cierto –, no trató de manera sistemática al Derecho, pero lleva razón Michel Villey cuando dice que Marx es uno de los grandes filósofos del Derecho, ya que se ocupó del mismo “con una metodología distinta de la utilizada por la ciencia jurídica burguesa [...] se ocupa del derecho cuando habla de relaciones sociales, de los cambios o de la distribución de los bienes.” (CALERA, 1992, p. 35).

En su *Crítica del Programa de Gotha*, Marx hace críticas muy certeras a la noción de *justicia conservadora* mantenida por la ideología dominante, y al funcionamiento del Derecho moderno basado en la noción básica de la *igualdad formal*.

Se define la justicia como “dar a cada cual lo que se le debe”, “recompensar a cada cual según sus méritos”, “dar a quien lo suyo”. Pero, ¿qué es lo suyo de cada quien? Se entiende, desde una noción de *justicia conservadora*, que *lo suyo de cada quien es lo que ya tiene de suyo*; lo suyo de los ricos es su riqueza, lo suyo de los miserables, su hambre y su miseria. Por eso Marx sostiene que debe someterse a una crítica previa, radical y decisiva las condiciones sociales que han permitido a esas “partes” y a esos “méritos” –a eso “suyo de cada quien”– formarse y llegar a nacer; pues de no ser así, implica reconocer el estado de cosas existente, aprobar cualquier Derecho y cualquier orden social.

¿Qué es ‘reparto equitativo’? ¿No afirman los burgueses que el reparto actual es ‘equitativo’? ¿Y no es éste, en efecto, el único reparto ‘equitativo’ que cabe, sobre la base del modo actual de producción? (MARX, 1975, p. 14)

Por otro lado, para Marx una igualdad en la desigualdad, no puede ser más que una igualdad formal y, por ende, vacía de sentido, “por ser una igualdad material en una desigualdad material una contradicción irreducible; se destruye a sí misma.” (STOYANOVICH, 1977, p. 129). Igualdad formal aplicada a desigualdad material, hace crecer la desigualdad material.

Por lo tanto, para Marx todo Derecho es de igualdad formal por definición, y la justicia auténtica que se analiza en términos de igualdad material, real, es absolutamente ajena a la noción de Derecho.

Miranda, pues, retomando la crítica de Marx y añadiendo la profunda tradición de la Biblia, enjuicia al Derecho producido por la modernidad, haciendo extensiva la crítica a la tradición jurídica occidental en general, en estos términos:

Toda la noción occidental de justicia y de derecho se troquela sobre el contrato de compraventa, de intercambio conmutativo. Lo cual significa que se acepta como ya no-revisable la distribución vigente y solamente se exige que las operaciones de intercambio entre los sujetos sean tales que cada uno reciba el equivalente de lo que da. **Es decir, que la distribución ya vigente se mantenga como está. La moral y el derecho de Occidente son por excelencia la ideología del status quo.** Al contrato salarial se aplicó la misma noción de justicia conmutativa, como si fuese posible evaluar a manera de mercancía el trabajo que es la vida de un hombre, como si el dedicar la única vida que tengo pudiese trocarse por todo el oro del mundo, como si hubiese de veras alguna manera de establecer equivalencias en este terreno; el abismo de inmoralidad que hay en la idea occidental de justicia es rigurosamente insondeable; erigió en ideal la profanación y humillación sistemática del ser humano. Por lo demás, ya una simple operación de trueque de objetos, que a los griegos y escolásticos les pareció tan objetivable y hasta cuatificable que en ella basaron su noción original de justicia conmutativa, dista mucho de ser tan obvia como a ellos les pareció. Evidentemente no puede tratarse de trocar un kilo de trigo por otro kilo de trigo de la misma calidad, pues en ese caso no existiría razón para el cambio ni existiría la operación conmutativa en cuestión. Son cosas heterogéneas las que entran en la operación, y entonces la postulada equivalencia depende *de toda la jerarquía de valores vigente en la sociedad, del grado de necesidad que ya pone en suspenso a la libertad sin la cual los mismos pensadores consideran que el contrato de intercambio deja de ser ejemplo normativo, y del trabajo o esfuerzo que se requiere para producir los objetos trocables.* El grado de necesidad depende de la situación mayor o menor holgura que el contrayente ocupe en la sociedad; con lo cual la justicia conmutativa misma trae en su seno todo el problema de la distribución, y es pura superficialidad el querer deslindar asuntos en los que sólo la justicia conmutativa sea competente y en los cuales la distributiva no debe inmiscuirse. (MIRANDA, 1971, p. 39)

En virtud de que la relación laboral –contrato de trabajo– se rige por la *justicia conmutativa*, es decir, de intercambios entre particulares, fijándose de ese modo el salario; y que los intercambios de mercancías produ-

cidas se rigen por los precios, fijados por oferta y demanda, y corresponde a la *justicia conmutativa* también regirlo; ante esto Miranda siguiendo la clasificación aristotélica de justicia, postula el ejercicio de la *justicia distributiva*, que corresponde su ejercicio a la intervención de la autoridad del Estado. Salarios y precios constituyen “las dos válvulas o canales por los que pasa la distribución del ingreso y por consiguiente la de la propiedad (que es, como vimos, ingreso acumulado). Pretender normarlas prescindiendo de la justicia distributiva, es hacer caso omiso de la más elemental ciencia económica.” (MIRANDA, 1981, p. 40).

Reitera Miranda que, a final de cuentas, se ha tenido que aceptar el ejercicio de esa justicia distributiva –productora del Derecho social y los derechos humanos llamados sociales– por parte de la teoría jurídica de Occidente. Al establecer esto, siguiendo la tradición bíblica, establece la concepción jurídica derivada de la misma, que profundiza el tema de la justicia.

Dicho sea todo esto a partir de realidades y adelantos ya aceptados en Occidente. De buen o mal grado, abierta o tácitamente, ha tenido Occidente que admitir, por lo menos en principio, que el Estado y el derecho público concierne el vigilar, con criterio de justicia distributiva, una serie de operaciones que por largos y malhadados siglos se consideraban reducto exclusivo del derecho privado y de la justicia conmutativa. La Biblia va en todo esto muchísimo más lejos y más hondo que todos los juristas occidentales; para ella el derecho no se parece nada el “árbitro neutral” que la tradición grecorromana nos impuso, árbitro dizque neutral cuyo desinhibido cometido es conservar el *status quo* doblegando por la fuerza a quien lo impugne. Para la Biblia... el derecho consiste en lograr que por fin se les haga justicia a los pobres y oprimidos de este mundo. Todo lo contrario de la defensa del *status quo*, la realización de la justicia no sólo lo subvierte, sino exige que lleguemos a abolir el Estado y la ley. Hay en esto una coincidencia con Marx, que Occidente se ha empeñado en encubrir, incluso mediante instrumental teológico. (MIRANDA, 1981, p. 43)

3.3 El Derecho en la tradición bíblica

Ante la injusticia y el Derecho que la legaliza, Porfirio Miranda opone otra visión de lo jurídico, otro modo de entender el Derecho, precisamente el de la tradición bíblica. ¿Para esta tradición que significan Derecho y Justicia?

No tienen el sentido corriente que para nosotros hoy día. No se trata de la concepción que sostienen los positivimos jurídicos –voluntarista, sociologista o normativista–; tampoco Derecho y Justicia se entienden de acuerdo a la concepción iusnaturalista, como derivados de la naturaleza del ser humano. Se trata de una concepción del Derecho y la justicia más profunda, más rica e histórica, esto último en el sentido de que, sin perder su valor *para todo tiempo y lugar*, tienen una ubicación en el *aquí y ahora*, no son abstracciones, se concretizan.

El termino bíblico *mispât* ha sido traducido como Derecho, ley, acto judicial, justicia, intervención justiciera extrajudicial y algunos otros términos análogos. *Mispât*, según nos enseña Porfirio Miranda, viene de la raíz *spt* que significa “salvar de la injusticia a los oprimidos”. (MIRANDA, 1981, p. 11) *Mispât* encierra entonces un sentido jurídico muy profundo. Pues Derecho y justicia, ley, acto judicial, etcétera, poseen en la tradición bíblica un sentido de *liberación* de la opresión al débil.

Mispât no es dar a cada quien lo suyo en el sentido de una justicia conservadora, de derechos adquiridos, de darle o conservarle a cada quien lo que ya tiene de suyo; ni tampoco es justicia en el mejor sentido iusnaturalista, de darle a cada uno lo que requiere como persona para su desarrollo integral. Sino que implica, especialmente, velar por los derechos de los pobres, de los oprimidos, de los débiles.

En apoyo de lo que escribe Miranda, Alonso Díaz dice que el verbo principal hebreo referido a la justicia es *sapat*. “Lo cierto es, y está probado, que el significado primero y preponderante del verbo *sapat*, y de los derivados del verbo donde está de por medio el ‘juicio’ es el ‘salvar’ o ‘salvación’ (o liberación), fundamentalmente de la injusticia.” (ELLACURÍA, 1977, p. 19).

Después de establecer el sentido general de Derecho y justicia en la tradición bíblica, Miranda lo conecta con la *administración de justicia* y con la *ley*. La primera reflexión nos la ofrece en lo que se refiere a la administración de justicia.

En planteo de antropología general ya podíamos haber supuesto como obvio que, cuando en la historia humana se ideó la función de un juez o de lo que después llegó a llamarse juez, fue exclusivamente para ayudar a quienes por ser débiles no pueden defenderse: los otros no lo necesitaban. Pero el uso bíblico de la raíz *spt* hace que una tal teoría deje de ser mera teoría y conjetura. (MIRANDA, 1981, p. 111)

Considera que el significado genuino de *sâfat* no es juzgar en sentido escrito de administración de justicia, sino más amplio, hacerles justicia los débiles y oprimidos, quedando englobado el sentido estrictamente judicial porque se supone que los tribunales deben salvar de la injusticia a los necesitados.

El significado original que le hemos visto al verbo *sâfat* es el mismo de la raíz correspondiente en acádico, egipcio y ugarítico [...] La importancia que este hallazgo tiene para la filosofía del derecho, me parece inapreciable: pero será mejor valorarla cuando abordemos directamente el problema de la ley. Lo que en el presente contexto nos interesa constatar que, cuando la Biblia habla de Yavé “Juez” o del Juicio cuyo sujeto es Yavé, piensa precisamente en el significado que le hemos visto a la raíz *spt*: salvar de la injusticia a los oprimidos. (MIRANDA, 1981, p. 111)

Este modo de entender la administración de justicia, es muy importante para la teorización del *uso alternativo del Derecho*, una de las líneas críticas con relación a lo jurídico que se ha desarrollado en los últimos años en América Latina. Se trata, además de una concepción de justicia relacionada con la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos; el *uso alternativo del Derecho*, es uno de los modos como se ha expresado, teórica y prácticamente, la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos en el ámbito latinoamericano.

Miranda pasa después a ocuparse del *mispât* como ley, como el sentido más profundo de la ley.

El *mispât* es la defensa de los débiles, la liberación de los oprimidos, el hacerles justicia a los pobres. El hecho de que originalmente las leyes sean llamadas *mispatim* (por ejemplo, en Ex 21,1; Ex 15,25b y Ex 18,13-27, para no citar sino estratos de la más reconocida antigüedad), constituye un dato de importancia incalculable, pues indica cuál era la intención y el sentido original de la legislación. Tanto para filosofía del derecho como para teología de la autoridad como, sobre todo, para exégesis bíblica, se nos da así el criterio que permite discernir cuando los legisladores posteriores acertaron realmente con la voluntad de Dios (en filosofía del Derecho: cuando acertaron con la intención profunda de la historia humana que en un momento dado decidió crear derecho positivo), y cuándo, por el contrario, mitizaron la ley y la autoridad erigiéndolas en entidad-en-sí que en el mejor de los casos carece de obligatoriedad y en el peor (no

infrecuente) se torna instrumento de opresión y de injusticia. Los Profetas y Cristo practicaron ese discernimiento. Evidentemente, no para que con sus palabras montáramos otra estructura asimismo mítica, sino para que se hiciera inescapable el imperativo moral de justicia en que Dios se revela. *El mispât* es la única teofanía de Yavé; y ésa no cesa, resurge siempre entera en el rostro del prójimo que pide justicia. Pero adviértase que con Cristo resurge exigiendo ser la definitiva, *éschaton*; el evangelio es radicalmente ininteligible sin eso; todas las esperanzas y las lágrimas y los dolores milenarios de la historia humana vibran con la exigencia del *mispât* que quiere ser el último; desde que vino Cristo, la única justicia posible es la definitiva. (MIRANDA, 1981, p. 129)

El *mispât*, como ley, constituye un fin en sí mismo; no es un fetiche. Es un *don* de Dios al servicio del ser humano (SILVA, 2004, p. 25-36); y su sentido más profundo es para hacer justicia a los que padecen injusticia. La ley así, es liberadora.

De la lectura atenta de la Biblia, especialmente de los profetas, se concluye que Miranda lleva razón. Los propios críticos al debatido autor de *Marx y la Biblia*, reconocen méritos en su obra en este punto, como Juan Alfaro: “Que yo sepa, nadie hasta ahora había puesto de relieve la importancia principal, que en todo el mensaje bíblico tiene la justicia liberadora de Dios (liberación de los oprimidos) y la exigencia divina de justicia entre los hombres.” (ALFARO, 1973, p. 17).

4 CONCLUSIÓN

Alejandro Rosillo destaca la presencia de la tradición bíblica en el campo jurídico en los inicios de la Tradición Iberoamericana de Derechos Humanos; en autores como Bartolomé de Las Casas, Alonso de la Veracruz y Vasco de Quiroga:

Ellos, profundamente inspirados en el mensaje bíblico, realizaron una clara opción por los pobres, aplicando un uso alternativo del derecho a favor de los indígenas. La práctica general de estos misioneros estuvo fundamentada en la fe cristiana y sus raíces bíblicas; en efecto tuvieron que descubrir en la *Biblia* una “Tradición Jurídica”, es decir, un sentido fundamental de la juridicidad, que “significara” el uso que le dieron al derecho. (MARTÍNEZ, 2004, p. 211-212)

El gran mérito de Miranda, desde la TL, está en destacar este aspecto de la tradición bíblica con relación al Derecho y la Justicia de manera explícita, e implícitamente por lo que ve a los derechos humanos. Ese sentido profundo de la juridicidad, está presente también en muchos defensores de los derechos humanos actualmente (MARTÍNEZ, 2004, p. 283-284), y en aquellos que luchan por la justicia.

REFERENCIAS

ALFARO, Juan. Juicio Crítico sobre la obra de 'Marx y la Biblia'. Crítica de la Filosofía de la Oposición. En la obra colectiva *Enjuiciamos a Marx y la Biblia*, México, 1973.

CALERA, Nicolás María López. *Filosofía del Derecho*. Granada: Comares, 1992.

DUSSEL, Enrique. Palabras Preliminares. En DUSSEL, Enrique; GUEVARA SANGINÉS, Margarita; ROJAS HERNÁNDEZ, Mario. *Justicia y Razón*. Homenaje a Porfirio Miranda. México: Universidad Autónoma Metropolitana, 2007.

ELLACURÍA, Ignacio. Fe y Justicia (segunda y tercera partes). *Christus*, México, n. 503, octubre, 1977.

GALILEA. *Teología de la Liberación*. Ensayo de Síntesis. Bogota: Indo-American Press Service, 1976.

MARTÍNEZ, Alejandro Rosillo. El derecho en la tradición bíblica, un concepto análogo. En TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la (Comp.). *Hermenéutica Analógica*. Derecho y Derechos Humanos. Aguascalientes: Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2004.

MARX, Karl. *Crítica del Programa de Gotha*. Moscú: Progreso, 1975.

MIRANDA, José Porfirio. *Marx y la Biblia*. Crítica a la filosofía de la opresión. México: Ed. del Autor, 1971.

_____. Consideraciones sobre México. *Christus*, México, n. 422, p. 13, enero, 1971.

_____. *Hambre y Sed de Justicia*. México: Ed. del Autor, 1972.

_____. *Comunismo en la Biblia*. México: Siglo Veintiuno, 1981.

SILVA, Silvia Regina de Lima. La ley inscrita en los cuerpos y el compromiso con la vida: un acercamiento bíblico a la temática de la ley. *Pasos*, San José, Costa Rica, n. 114, p. 25-36, jul./ago. 2004.

STOYANOVICH, Konstantin. *El Pensamiento Marxista y el Derecho*. Madrid: Siglo XXI, 1977.

ZENTENO, S. J. Arnaldo. Algunos Hechos como Punto de Partida para una Teología de la Liberación. *Christus*, México, n. 425, p. 15, abr. 1971.

ENTRE UNIVOCISMOS E RELATIVISMOS: DESAFIOS DA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA CONTEMPORÂNEA

Ivone Fernandes Morcilo Lixa

Pós-Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Doutora em Direito pela Universidade Pablo de Olavide (UPO-UFSC), Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Professora, pesquisadora e extensionista da Universidade Regional de Blumenau – FURB, vinculada ao Centro de Ciências Jurídicas com trabalhos na área de Hermenêutica Jurídica, Direitos Humanos e Pensamento Crítico Latino Americano.

*“[...] ‘a verdade vos libertará’” tem um especial sentido na filosofia:
a busca e afirmação da verdade frente ao que trai e
impede os homens de sua liberdade...
é certo que nossa gente necessita de libertação,
mas de uma libertação cheia de verdade...
ao contrário não será libertação, mas sua alienação.”*
(Ignacio Ellacuría)

1 INTRODUÇÃO

A hermenêutica, ao longo da modernidade, a fim de garantir sua autonomia epistemológica e, por via de consequência, definir seu objeto e pressupostos teóricos, manteve suas preocupações oscilando entre dois campos metodológicos aparentemente excludentes, porém ambos vinculados à tradição positivista: o univocismo, de matriz iluminista, e o relativismo, de matriz romancista, o que tem delineado uma insistente atitude cientificista “pendular”. Tal discussão, incorporada no pensamento jurídico moderno, foi reproduzida pela cultura jurídica brasileira desde o século XIX, inicialmente com forte matriz univocista e que, no estágio contemporâneo do Direito, sobretudo com as chamadas Teorias Críticas que ganharam relevo após a instauração do Estado Democrático de Direito pós-1988, se desloca para o relativismo solipsista. Com a emergência do pluralismo jurídico constitucional andino, designação provisória dos modelos político-jurídicos construídos em alguns países da América Latina

nas últimas décadas do século XX, que refundaram a lógica de Estado em direção ao plurinacional e à interculturalidade, são reinventadas práticas hermenêuticas com novas metodologias, dentre as quais a *hermenêutica analógica* como alternativa dialógica, descolonizadora e pedagogicamente democrática. O presente estudo refaz brevemente a trajetória do pensamento hermenêutico jurídico moderno brasileiro destacando os desafios contemporâneos a serem superados, buscando discutir o esgotamento dos modelos tradicionais e as novas possibilidades a partir da crítica latino-americana.

2 O “PÊNDULO” HERMENÊUTICO: ENTRE O UNIVOCISMO E O RELATIVISMO

A questão inicial que se coloca para qualquer campo do conhecimento é o seu problema constitutivo, ou seja, o desafio inicial de um campo particular do conhecimento é epistemológico, obrigando sua delimitação e particularidade de forma a evidenciar o objeto em torno do qual gravitam suas proposições, objetivos e finalidades, tornando possível a identificação dos seus elementos constitutivos, definindo, assim, os paradigmas que lhes servem de sustentação e também justificam a legitimidade de seu discurso legitimador.

Indo nesse sentido, a primeira tarefa da reflexão aqui proposta é esclarecer o que se define como *hermenêutica* e quais as questões essenciais que envolvem a delimitação de seu objeto e particularidades metodológicas, esforço que é um grande desafio aos que se dedicam a este particular campo do conhecimento e que, no campo do Direito, tem ocupado, nas primeiras décadas do século XX, a pauta central dos debates.

“Hermenêutica” é um termo herdado pela tradição do pensamento ocidental relacionado à compreensão do sentido para além do anunciado pela palavra, uma tarefa de transmutação compreensiva¹. Porém, o que atualmente se rotula como “hermenêutica” possui um sentido distinto daquele original e “desenvolveu-se, em grande parte, sem ter consciência de si” (GRONDIN, 1999, p. 22), como resultado de uma soma de condições sociais e teóricas ocorridas no cenário europeu moderno, e

¹ Embora sem possibilidade de esclarecimento conclusivo sobre a origem e o sentido da palavra *hermèneutiké* na cultura grega antiga, o certo é que era associada à atividade sacra, a transmutação do divino para o humano, e não a reflexão sobre o sentido da linguagem tal qual passou a ser considerada na modernidade.

que acabou por construir-se como campo específico do conhecimento. Por esta razão, é questionável que se recue em períodos anteriores aos séculos XVI e XVII para ser escrita a historiografia do pensamento hermenêutico. Sob uma perspectiva histórica, a “questão hermenêutica” é colocada no mundo moderno nos campos do conhecimento relacionados com a interpretação de textos, sobretudo com a teologia e jurisprudência, disciplinas teóricas que vão ser obrigadas a criar instrumentos técnicos fundamentados, segundo uma lógica cientifista, acerca do conteúdo de textos transmitidos pela tradição por meio de uma correta interpretação de seu sentido.

Sem querer mergulhar no imenso oceano da construção do pensamento hermenêutico moderno, certo é que “hermenêutica” ganha o *status* de Teoria Geral de Interpretação como resultado de um processo cumulativo possível pela conjunção, de um lado, do modelo de racionalidade científica moderna como “fiança” intelectual, e, de outro, porque solucionou de maneira eficiente o conjunto de desafios colocados a partir do século XV, no campo da interpretação dos textos sacros, profanos e jurídicos. Por esta razão, lembra Gadamer (2004, p. 113) que o sentido de “hermenêutica” é situada na tradição científica da modernidade. “O uso moderno da palavra ‘hermenêutica’ principia exatamente ao, quer dizer, com o surgimento do conceito moderno de método e de ciência. No seu uso aparece sempre implícita uma espécie de consciência metodológica. Não apenas possuímos a arte da interpretação como também podemos justificá-la teoricamente.” É exatamente neste sentido que vai se orientar o esforço teórico dos pensadores que delimitaram as propostas iniciais da moderna hermenêutica, qual seja, elaborar uma teoria a partir do conjunto das representações capaz de conferir autocerteza científica ao conhecimento paulatinamente construído que atinge a “idade da Razão” no século XIX.

Definida como saber específico acerca da compreensão do sentido, “hermenêutica” é um termo que historicamente foi carregado de imprecisões. Na tradição clássica, o grande esforço teórico em sua origem foi o de delimitar regras para eliminar as arbitrariedades e os subjetivismos interpretativos, e com esta preocupação é que se definiram as concepções univocistas, paradigmas dominantes entre os séculos XVII e XIX. Já no século XX amplia-se o campo metodológico e é reorientado seu objeto, assumindo-se a hermenêutica como filosofia universal da interpretação, considerando a interpretação a característica essencial da presença humana

no mundo. Um avanço que acabou por definir o panorama do pensamento hermenêutico contemporâneo.

Composto por inúmeras correntes teóricas e discursos de sustentação, tais como o estruturalismo, a crítica à ideologia, a desconstrução, os pós-modernismos, etc., a hermenêutica contemporânea acabou por servir e alimentar o triunfo da incerteza e dos relativismos. Conduzida ao campo da filosofia e dominada pelo debate da crise epistemológica na tradição eurocêntrica – genericamente rotulada como pós-modernidade – a hermenêutica tem se caracterizado pelo predomínio das concepções “equivocistas”, que são marcadas pela perda total de sentido e fragmentação da realidade, a exemplo da desconstrução de Rorty, o pensamento de Vattimo ou mesmo o conceito de pós-modernidade de Lyotard, fragilizando a epistemologia da verdade e a própria ética do bem. A perda de sentido e de referência é produto da contraposição ao excessivo univocismo que dominou a preocupação hermenêutica construída a partir do paradigma cientificista moderno que pretendeu reduzir a realidade à experimentação técnica científica.

Tanto a redução da realidade ao eterno relativo que condena o humano à impossibilidade do bem e do previsível, como a incessante busca da verdade única e universal dada pelo experimental tecnicista, podem ser considerados como extremos hermenêuticos que têm servido como mola propulsora ao que se pode definir como “pêndulo” hermenêutico². Tal qual um pêndulo que oscila entre dois polos cuja velocidade diminui pouco a pouco, assim como a distância entre os extremos, mas sempre antagônicos por menor que seja a distância, até que chegue ao centro e pare; a hermenêutica foi levada ao extremo univocista e ao seu contrário, o relativismo equivocista. Evidentemente os dois dogmas se excluem e são reducionistas (DORANTES, 2005, p. 31).

Segundo Mauricio Beuchot Puente (2005, p. 46-47), a hermenêutica univocista sustenta a concepção reducionista de que somente há uma interpretação válida e todas as demais em sua totalidade são incorretas. Trata-se de uma construção que recebeu distintas matrizes vinculadas ao cientificismo que encontra seu apogeu no positivismo do século XIX e maior elaboração no positivismo lógico do século XX, segundo o qual um

² A expressão “pêndulo” hermenêutico é utilizado por Arturo Guillermo González Dorantes na obra *Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre* (Coleção: Analogia Filosófica, nº 16, SIN 0188-896X; México D.F., 2005) para designar as oscilações entre os extremos – do univocismo ao equivocismo – que tem conduzido as teorias hermenêuticas modernas.

enunciado era interpretado de maneira válida de acordo com o adequado procedimento lógico-analítico de verificação, independente da realidade, uma vez que a comprovação conceitual é tautológica. Além de que, lembra Beuchot (2005, p. 47), assim como afirmavam os escolásticos, “a universalidade constrói falsidades e a particularidade edifica a verdade”, é necessário ter cuidado com juízos extremos, uma vez que é mais fácil haver equívoco no universal do que no particular. Ou seja, afirmar que apenas é corretamente interpretado o que é empiricamente verificável é uma afirmação em si mesmo insustentável, já que a mente que enuncia o princípio é finita e assim o enunciado é em si mesmo inverificável. Ou seja, o univocismo se autorrefuta.

Em outro extremo, com matriz romântica, a hermenêutica aposta no subjetivismo, uma vez que o próprio romantismo é inseparável do idealismo. Por mais que seus expoentes tentassem superar o subjetivismo, tal como o próprio Scheleiermacher, o pensamento hermenêutico romântico se impregnou pelo sentimento: o texto e seu contexto, o autor e sua cultura; de alguma maneira se buscava mergulhar no mundo cultural tanto do autor como do leitor, como uma fusão de subjetividades que parecia conduzir à máxima objetividade, mas que culminou em um subjetivismo mais bem elaborado, afirma Beuchot Puente (2005, p. 45).

[...] romantismo e positivismo são contemporâneos, aparecem nas primeiras décadas do século XX. O romantismo surge como reação contra o racionalismo-empirista da Ilustração. O positivismo é uma reação contra o romantismo, sua desconfiança da razão e sua espécie de irracionalismo. Outra vez observamos que os extremos se tocam, pois, se a hermenêutica positivista – que na realidade não é hermenêutica – pretende a máxima objetividade, a hermenêutica romântica pretende atingir esta máxima objetividade através da máxima subjetividade, com sua exaltação ao eu, ao sujeito e às faculdades mais subjetivas – as sentimentais – do homem. [...]

A hermenêutica positivista é univocista, a interpretação é apenas uma e deve ser aceita por todos. É o cientificismo. (BEUCHOT PUENTE, 2005, p. 45) (Tradução livre.)

A pretensão univocista da hermenêutica carrega impossibilidades e limitações significativas, tais como: reduzir a realidade existencial a um único e universal sentido humano, cultural e histórico; desconsidera a finitude do compreender humano que impossibilita a apropriação da verdade

e a redução interpretativa que trai a própria hermenêutica; dentre outras impossibilidades.

A realidade, campo de conhecimento e de ação humana, é complexa e, dentro de certos limites, mutante. Caso fosse imutável e de absoluta simplicidade, aí sim seria de se admitir o univocismo e não haveria que se falar em expressões ambíguas. Ainda, a complexidade e a mutabilidade do real, além da limitação do conhecimento humano, impõem um esforço permanente em torno de referenciais para valoração do real. Portanto, desde a perspectiva da ciência, não é possível sustentar uma única “atitude científica” aceitável e um conhecimento verdadeiro e certo, concepções e fundamentos dogmáticos típicos da ciência clássica. Ao contrário, em função das limitações humanas, há que se incluir na busca da verdade a probabilidade e a possibilidade, e não somente as certezas. O saber humano é impulsionado por questões acerca da essência e da existência dos seres e, acumulando indicações parciais, vai integrando penosamente conhecimentos válidos que ampliam de maneira indefinida o dinamismo do espírito sobre a realidade (MORFÍN, 1999, p. 73-74).

Em direção oposta, o relativismo equivocista toma como parâmetro o romantismo que, em síntese, privilegia a subjetividade absoluta própria do idealismo filosófico de sua matriz do início do século XIX. O romantismo representou, em sua origem, uma reação às ciências naturais e formais que impregnaram o positivismo filosófico dominante. O relativismo romântico, atualmente transvestido de pós-modernismo, é essencialmente equivocista, defendendo a diferença e a diversidade interpretativa. Impregna-se – não pela via da razão, mas pelo sentimento – pela concepção de que texto e contexto de alguma maneira são compreensíveis quando se faz uma imersão no mundo cultural do autor que se vincula ao intérprete desde a subjetividade (BEUCHOT PUENTE, 2005, p. 48). O intérprete tem a tarefa de encontrar-se com o horizonte compreensivo do autor, o que acaba por se tornar também um reducionismo que pressupõe a tradição cultural particularizada como limite da racionalidade e da compreensão. O relativismo elaborado ao longo da filosofia romântica, que tem em Scheleiermacher uma síntese da hermenêutica, encontrará em Nietzsche a extrema manifestação quando ele afirma a famosa frase *não há fatos, somente interpretações*. Legado nihilista presente nas concepções pós-modernas, como particularmente em Vattimo, herdeiro contemporâneo maior de Gadamer.

O relativismo equivocista é limitado na medida em que permite uma subjetividade sem margem de limites; impede a visão global e totalizante

da realidade e alimenta uma metafísica frágil destituída de valores e de referências; acaba por perder-se na discussão nihilista e legitima qualquer compreensão e interpretação, o que fragiliza e também fragmenta a realidade.

Perde-se, em ambas as discussões, um elemento hermenêutico precioso e essencial que já chamava atenção Gadamer: a discussão acerca dos elementos que definem o horizonte compreensivo determina o sentido e legitimam o agir humano. Em tal perspectiva, o “compreender” torna-se produto de condições definidas por um horizonte, um âmbito de “visão”, estabelecido por um agir histórico e questionador a partir da finitude do presente. Diz Gadamer (1999, p. 452):

Horizonte é o âmbito de visão que abarca e encerra tudo que é visível a partir de um determinado ponto [...] ter horizonte significa não estar limitado ao que há de mais próximo, mas poder ver mais além disso [...]. A elaboração da situação hermenêutica significa então a obtenção do horizonte de questionamento correto para as questões que se colocam frente à tradição.

Sob tal perspectiva, o presente é um universo de questionamentos e de superação de limites, sendo a compreensão não um fenômeno que existe por si só e independente da historicidade, uma vez que seu pressuposto é a interpelação daquele que está situado. A atitude hermenêutica é, portanto, uma tomada de consciência que pressupõe questionamentos. É algo mais do que a mera reprodução de conceitos ou concepções alheias. É um compreender o presente a partir das condições de sua superação.

Escapar do univocismo e do relativismo e indo em direção a uma proposta que busca reabilitar as condições históricas a partir das quais se constrói o ser humano concreto que interpreta um dos pontos de partida, é retomar o pensamento de Leopoldo Zea³, para quem o ser humano é definido pela história, e o que pode ser depende da tríplice dimensão histórica, ou seja, ao que dá sentido ao fato, ao que se faz e ao que se pode continuar fazendo. Segundo a dimensão vital adotada por esse ser histórico e hermenêutico, a compreensão da história define escolhas: a afirmação e a con-

³ Leopoldo Zea (1912-2004) é considerado o principal representante do grupo de pensadores mexicanos “americanistas”; pensa a filosofia mexicana a partir das condições e possibilidades latino-americanas buscando exprimir reflexivamente a autêntica identidade e a cultura desse continente. Desde a raiz e tradição ibérica e influenciado pelo cristianismo, liderou o movimento acadêmico e ideológico pela resistência e independência contra a hegemonia cultural europeia.

servação do passado, a esperança no presente ou a mudança permanente no futuro.

Assim, partindo de um horizonte e atitude hermenêutica de ampliação do presente com vistas a um futuro mais generoso construído historicamente por atores históricos concretos, é que se podem recuperar experiências do pensamento jurídico crítico brasileiro e latino-americano para encontrar elementos a serem resgatados e reinventados pela hermenêutica jurídica crítica, dentre os quais a *hermenêutica analógica*, proposta e metodologicamente discutida pelos destacados pensadores mexicanos Mauricio Beuchot Puente, Jesús Antonio de la Torre Rangel e Alejandro Rosillo Martínez, dentre outros.

3 A HERANÇA POSITIVISTA DA HERMENÊUTICA JURÍDICA BRASILEIRA: ENTRE UNIVOCISMOS E SUBJETIVISMOS FORMALISTAS

O pensamento jurídico brasileiro é construído por uma lógica colonizadora, a partir da qual o formalismo legal, a bem-sucedida solução metodológica do positivismo jurídico do século XIX, encontra, no processo de codificação, um instrumental eficiente de operacionalidade da “ciência do direito”, permitindo a redução da atividade compreensiva num ato restrito de reprodução de seu “objeto científico privilegiado”: o texto legal. Assim, o trabalho do jurista é convertido numa exegese capaz de especificar e concretizar o texto legal, limitada tão somente à subsunção de aplicação da norma geral e abstrata ao caso concreto. Um simples trabalho silogístico no qual a premissa maior é o sistema normativo e a premissa menor o fato concreto, sendo a conclusão necessária à decisão. Indo mais além do procedimento metodológico, o fundamento teórico desta lógica é encontrado na *fé jurídica* de que o sistema permite uma única solução correta para um fato da vida social.

O postulado hermenêutico nuclear construído sobre esta *crença epistemológica essencialmente univocista* é de que o significado objetivo expresso na letra da lei deve ser buscado na vontade do legislador, que, embora sendo uma ficção, possui funções práticas e ideológicas compatíveis com a lógica positivista. Como parte integrante da mesma crença, os ideais de plenitude, coerência, universalidade e a-temporalidade do sistema normativo permitem, enquanto instância racional, a elaboração de ficções hermenêuticas, tais como a “vontade do legislador”, fundamento

de múltiplas funções práticas e ideológicas discutíveis. Inicialmente estes postulados justificam a atividade compreensiva do Direito como ato formal, excluindo qualquer possibilidade de criação por parte do intérprete e inferência de elementos substanciais, em nome da igualmente ficção “segurança jurídica”.

Em tal perspectiva, as aparentes ambiguidades, insuficiências, lacunas ou mesmo contradições do sistema poderiam ser solucionadas com critérios hermenêuticos adequados e análise mais detalhada do significado do texto legal. Esta “flexibilidade dogmática” seria necessária para resolver as dificuldades práticas, solucionada com a reportação do intérprete à mente do legislador, compreendendo o caso concreto tal qual teria sido previsto ou poderia resolver o elaborador da lei. Enfim, o postulado da vontade do legislador permitiria ao intérprete superar os silêncios, imprecisões e contradições do texto legal, mantendo as exigências procedimentais do formalismo em sua aplicação (GARCÍA, 1999, p. 96). Distintas teorias elaboradas sob o rótulo de “hermenêutica jurídica”, assim como admitem a “vontade do Estado” como instância política legítima de produção do direito, característica maior do positivismo jurídico, identificam esta como instância racional do direito o “espírito da lei” ou “espírito do legislador”. Correntes chegam a soluções técnicas e conclusões normativas próximas, tratando a norma jurídica como algo pensado e concebido fora do sujeito, cuja operacionalidade depende de um processo racional formalista capaz de reproduzir a ordem jurídica-política instituída.

Assim, a operacionalidade técnica do sistema normativo acaba por identificar a metodologia da ciência jurídica como procedimento interpretativo, confundindo esta metodologia, e, por vezes, absorvendo-a, com o ato hermenêutico. Trata-se, sobretudo, de uma racionalidade cognitivo-instrumental específica do Direito moderno que pretende solucionar o problema básico da atividade jurídica como a correta e segura determinação do sentido prático da ordem normativa. Para Tércio Sampaio Ferraz Júnior (1980, p. 70), esta concepção instaura “as condições para o aparecimento de um método peculiar, ligado à idéia de compreensão [...] e de uma disputa em torno do objeto da própria teoria jurídica, visto, de modo geral, como sendo os atos intencionais produtores do direito e, por isso mesmo, dotados de um significado que deve ser elucidado”. A atividade hermenêutica adquire, assim, um caráter dogmático, ou seja, admite como pressuposto um dogma inicial: a existência de um sentido expresso no texto legal – fixado por uma autoridade politicamente legítima - que deve ser elucidado pelo intérprete.

Um ponto indiscutível capaz de funcionar como princípio dogmático que limite e equilibre a atividade do jurista, depurando a ciência do Direito.

No entender de Lenio L. Streck (2012, p. 32):

A principal característica deste “primeiro momento” do positivismo jurídico, no que tange ao problema da interpretação do direito, será a realização de uma análise que, nos termos propostos por Rudolf Carnap, poderíamos chamar de sintática. Nesse caso, a simples determinação rigorosa da conexão lógica dos signos que compõem a “obra sagrada” (Códigos) seria suficiente para resolver o problema da interpretação do direito. Assim, os conceitos como o de analogia e princípios gerais do direito devem ser encarados também nessa perspectiva de construção de um quadro conceitual rigoroso, que representaria as hipóteses – extremamente excepcionais – de inadequação dos casos às hipóteses legislativas.

Retomando a trajetória histórica do pensamento hermenêutico jurídico brasileiro, é visível que, como parte da cultura jurídica nacional, a hermenêutica jurídica desenvolveu-se numa matriz epistemológica que muito bem cumpriu o papel de reprodução do Direito hegemônico europeu, tornando-se instrumento de legitimação de um passado comprometido com a ausência de compromissos de legítima emancipação nacional. Uma concepção hermenêutica vazia e negadora de referenciais que possam definir um horizonte compreensivo legitimamente justo para com o que secularmente foi excluído do Direito brasileiro: valores e necessidades capazes de promover a emancipação política e social dos empobrecidos, dos ausentes e dos invisibilizados. Uma “Hermenêutica das Ausências”, para parafrasear a expressão de Boaventura de Sousa Santos, responsável por ter a “balança” da justiça pendido para “o lado” mais forte política e economicamente.

Brevemente resgatando a história do pensamento hermenêutico no Direito brasileiro, o marco inicial é a proposta de Francisco Paula Baptista com a publicação, em 1860, da obra *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*, livro-base da formação dos juristas brasileiros até a segunda metade do século XX. A obra é dividida em duas partes: a Geral, com os conceitos operacionais fundamentais, e a Especial, constituída basicamente de regras de interpretação. A Parte Geral, no Título Único, distinguindo entre hermenêutica e interpretação, define, no parágrafo 1º, a hermenêutica jurídica como “o sistema de regras para a interpretação da lei”, arrematando, no parágrafo 2º, que “sua importância e autoridade é imensa, e deriva do interesse público, que exige que as leis tenham aplicação fiel ao pensamen-

to do legislador (*Bona est lex, si quis ea legitime utatur*). Embora citando Savigny no parágrafo 3º de seu *Tratado de Direito Romano* para o qual a interpretação não tem lugar sempre que a lei, em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, é clara e precisa (*interpretatio cessat in claris*), em seu comentário chama atenção para o fato de que não pode haver uma lei sequer, clara e precisa em relação aos fatos sujeitos ao seu domínio, de modo que não seja preciso interpretá-la (BAPTISTA, 1984, p. 5).

Fiel ao objetivo de buscar reconstruir o sentido da lei segundo a intenção do legislador, confere grande importância à história da lei aos trabalhos preparatórios (parágrafo 19), pois, segundo a reconstituição da história, crê que “o intérprete conhece dos sucessos que contribuíram para a lei, circunstâncias específicas em que o legislador a concebera, a razão e o fim que o determinaram a fazê-la [...]”. É evidente que Paula Baptista prende-se à linha mais conservadora do pensamento exegético dominante no século XIX, e acabou por criar a matriz teórica que perdura até os dias de hoje na cultura jurídica brasileira, fiel ao univocismo hermenêutico, fortemente criticada e revisada por Carlos Maximiliano Pereira dos Santos, autor que incorpora o normativismo relativista no Direito brasileiro, antecedendo o próprio Hans Kelsen.

Com a publicação de *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, em 1924, Carlos Maximiliano esclarece no prefácio da primeira edição que sua intenção é ver superada a orientação proposta por Paula Baptista, a qual permanecia como única orientação, mesmo passado mais de um século de avanços doutrinários e filosóficos significativos que passavam despercebidos por aquele que “apenas compulsava a vetusta cartilha nacional de *Hermenêutica*” (MAXIMILIANO, 2002, p. x). Reconhecendo o conservadorismo que predominava na cultura jurídica nacional, afirma que seu objetivo foi superar tais ideias conservadoras e ultrapassadas que ainda encontravam no falho e atrasadíssimo trabalho de Baptista a única autoridade. E denuncia: “Quantos erros legislativos e judiciários decorrem da orientação retrógrada da exegese!” (MAXIMILIANO, 2002, p. x.).

Com tal intencionalidade, inicia enfrentando uma das grandes crenças do conservadorismo jurídico brasileiro: a possibilidade de reprodução da vontade do legislador como objetivo hermenêutico. Considera que se o trabalho de interpretação fosse restrito à busca de uma intenção volitiva, se tornaria uma ficção e tarefa impossível. “Se fôssemos, a rigor, buscar a intenção ocasional, precípua do legislador, o encontraríamos visando horizonte estreito, um conjunto de fatos concretos bastante limitados” (MAXIMILIANO,

2002, p. 21). O legislador não suspeita das inúmeras consequências de suas prescrições, as quais o aplicador, ou o intérprete, considera numa decisão futura e considera a interpretação como mera reprodução de um sentido originário segundo uma vontade. Para Maximiliano, os postulados exegéticos de Paula Baptista desprezam a dinâmica do Direito e é uma visão estreita que negligencia a grande riqueza da hermenêutica: a de aplicar os meios de infinita variedade da vida social às regras abstratas, objetivas e rígidas. Para Maximiliano, a lei encerra em si múltiplo conteúdo cultural, e por esta razão “a lei é mais sábia que o legislador” (MAXIMILIANO, 2002, p. 23) e, em raras vezes o autor seria o seu melhor intérprete.

Como forte crítica ao pensamento dominante em sua época e adotando a vertente hermenêutica historicista, Maximiliano lembra que, com “a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor” (MAXIMILIANO, 2002, p. 25). Defendendo, ao que parece, que a tarefa interpretativa seria vinculada à busca da *mens legis*, tal fato se anunciava como uma concepção inovadora na época. Complementando, Maximiliano (2002) igualmente se insurge contra o uso do brocardo latino *In claris cessat interpretatio* como princípio hermenêutico, que era tomada de maneira recorrente como regra interpretativa, dado ao predomínio de um positivismo formal no Brasil. Considera sem nenhum valor científico o uso de tal dogma axiomático. Lembra que argumentar mal, usando adágios, é tomar a esmo e de forma isolada afirmações que se aplicavam a casos particulares, e que descuidadamente transformaram-se em regras gerais. Esclarece que aquele brocardo é uma máxima do jurisprudente romano Paulo, escrita no *Digesto*, e que apenas se referia a testamentos como disposição de última vontade e, por força das glosas medievais, acabou, como tantas outras, tornando-se um princípio interpretativo. Não poupando críticas, afirma que um jurista continuar utilizando o credo reproduzido por Paula Baptista seria um despropósito, já que não é este o objetivo da hermenêutica.

As considerações de Carlos Maximiliano vão demonstrando uma concepção hermenêutica mais além do que era predominante em seu tempo. Admitia a “Hermenêutica”, a qual se refere sempre com letra maiúscula, como um saber específico, como “uma teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2002, p. 1). Enquanto teoria estabelece princípios e regras que, auxiliados por outros campos do conhecimento – Sociologia e Filosofia – fixa processos (procedimentos) de interpretação inter-relacionados entre

si, formando um sistema, que, no caso particular do Direito, é capaz de renovar a arte de interpretá-lo de forma atualizada e renovadora. Por esta razão, hermenêutica e interpretação não se confundem, já que esta “é a aplicação daquela; a primeira descobre e fixa os princípios que regem a segunda. A hermenêutica é a teoria científica da arte de interpretar” (MAXIMILIANO, 2002, p. 1). E, partindo de tal pressuposto, define a hermenêutica jurídica por seu objeto: “o estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”.

Na introdução de sua concepção hermenêutica jurídica, esclarece que o ato hermenêutico é uma tarefa primordial imposta ao jurista: a de estabelecer a relação entre o caso concreto e a norma abstrata, o que entende ser a aplicação do Direito. Define aplicação do Direito o ato de “enquadrar um caso concreto em norma jurídica adequada” (MAXIMILIANO, 2002, p. 5), uma subsunção. Trata-se de um ato distinto da interpretação, que é concebida por Maximiliano como a exteriorização de um sentido expresso pelas palavras, que, no caso do intérprete do Direito, trata-se da tarefa de examinar o significado do vocabulário do texto legal em relação com os dispositivos da mesma lei e com o conjunto do ordenamento jurídico-legal, inquirindo “qual o fim da inclusão da regra no texto, e examina este tendo em vista o objetivo da lei toda e do Direito em geral. Determina por este processo o alcance da norma jurídica, e, assim, realiza, de modo completo, a obra moderna do hermeneuta” (MAXIMILIANO, 2002, p. 8). Assim, a interpretação é o ato de não apenas tornar claro o dizer abstrato da norma jurídica, mas “revelar o sentido apropriado para a vida real, e conducente a uma decisão reta” (MAXIMILIANO, 2002, p. 8). Uma atividade, que reconhece Maximiliano, não se reduz a nenhum preceito absoluto, mas uma verdadeira arte que, entende, jamais poder ser substituída pela ciência. Um ato subjetivo que não pode ser comparado à precisão matemática. “Embora clara a linguagem, força a contar com o que se oculta por detrás da letra da lei; deve esta ser encarada, como uma obra humana, com todas as suas deficiências e fraquezas, sem embargo de ser alguma coisa mais do que um alinhamento ocasional de palavras e sinais” (MAXIMILIANO, 2002, p. 9).

Em síntese, para Maximiliano, adotando claramente o relativismo historicista de sua época, o intérprete é um renovador da letra da lei, um sociólogo do Direito que confere dinâmica a um texto legal idealizado por uma figura – o legislador – que “paira nas alturas que prefere deixar ao aplicador do Direito (juiz, autoridade administrativa, ou homem particular) a tarefa de enquadrar o fato humano em uma norma jurídica, para o que é indispensável compreendê-la bem, determinar-lhe o conteúdo”

(MAXIMILIANO, 2002, p. 11). Assim, o intérprete é o que transfere para a realidade as abstrações do texto legal, por mais claro e bem formulado que seja. É neste ponto que Maximiliano exalta a figura do legislador ao aproximá-lo de um “generalíssimo de um grande exército” (MAXIMILIANO, 2002, p. 11) que, embora preferindo abster-se de prescrever uma conduta para cada eventualidade, deixa a tarefa aos *subcomandantes* (MAXIMILIANO, 2002, p. 11) para assim ser construída uma ordem jurídica justa, dentro da qual “o intérprete acomoda o caso concreto, isolado, e às vezes raro” (MAXIMILIANO, 2002, p. 12).

Com tal esclarecimento, Maximiliano crê superar a concepção de que o ato hermenêutico no Direito é uma mera reprodução da vontade do legislador para concebê-lo como uma arte de adequação ao caso concreto, recorrendo à Teoria da Projeção de Carlos Jorge Wurzel. Uma bizarra ideia segundo a qual a compreensão do Direito seria como observar uma fotografia, com uma figura central em evidência e linhas exteriores que gradualmente desaparecem.

A concepção de fenômeno compreensivo de Maximiliano que parece apontar, sem apresentar solução, ao mesmo desafio proposto quase que contemporaneamente por Kelsen: “entre acepções várias e hipóteses divergentes fixar a solução definitiva, lúcida, precisa; determinar o sentido exato e a extensão da fórmula legal – é a tarefa do intérprete”. E conclui: “A Hermenêutica oferece os meios de resolver, na prática, as dificuldades todas, embora dentro da relatividade das soluções humanas; guia o executor para descobrir e determinar o alcance, a extensão de um preceito legal, ou dos termos de ato de última vontade, ou de simples contrato” (MAXIMILIANO, 2002, p. 14). Dá-se conta que o “problema” hermenêutico vai além da mera possibilidade de fixar critérios objetivamente, critérios técnicos operacionais de interpretação, mas sem que, contudo, discuta o fenômeno hermenêutico além do campo exclusivamente epistemológico.

Acreditando na possibilidade de controle objetivo da subjetividade, ou seja, que é possível “saltar sobre sua própria sombra”, sugere, afinal, que o intérprete deve “acima de tudo, desconfiar de si mesmo, pesar bem as razões pró e contra, e verificar, esmeradamente, se é verdadeira justiça, ou são idéias preconcebidas que o inclinam neste ou naquele sentido. “Conhece-te a ti mesmo” – preceituava o filósofo ateniense. Pode-se repetir o conselho, porém completando assim: – “e desconfia de ti, quando for mister compreender e aplicar o Direito” (MAXIMILIANO, 2002, p. 86). Ao longo da obra aponta a impossibilidade de resolver a problemática da subjetividade pe-

los extremos, que, em sua época, eram representados pelos excessos tanto da Escola da Exegese como pelo Direito Livre de Kantorowicz, optando pela equidade como critério para ao mesmo tempo suprir as lacunas do ordenamento jurídico e auxiliar a fixar o sentido e alcance das disposições legais (MAXIMILIANO, 2002, p. 140).

Lembra Maximiliano que a equidade como noção de justiça generalizada na coletividade, ideia de bem comum, é fonte de princípios gerais preexistentes e superiores à lei, e sendo assim, fonte primária de direito. “É um sentimento subjetivo e progressivo, porém não individual, nem arbitrário; representa o sentir de maior número, não o do homem que alega ou decide” (MAXIMILIANO, 2002, p. 141). Recorrer à equidade é o que permitiria atenuar o rigor do texto, mas alerta que este procedimento “jamais será o mesmo invocado para se agir, ou decidir, contra prescrição positiva clara e prevista” (MAXIMILIANO, 2002, p. 142-143). Preocupado com a finalidade do Direito colocado em questão pelos extremos do pensamento exegético e do Direito livre, faz uma clara opção por uma concepção sociológica, o que, para sua época, era ousada, ao esclarecer que “dentro da letra da lei expressa, procure-se a interpretação que conduza à melhor consequência para a coletividade” (MAXIMILIANO, 2002, p. 133). Para Christiano José de Andrade (1991, p. 89), esta orientação de Carlos Maximiliano se aproxima de Ihering, pensador que transitou por múltiplos autores e concepções e é considerado o mestre do sistema teleológico, ou seja, “o sistema medianeiro e combinatório de Carlos Maximiliano culmina no evolucionismo teleológico, de feição moderada, que engloba o método teleológico e o histórico-evolutivo ou progressivo, de conotação sociológica”.

Em busca de superação, a concepção hermenêutica restrita ao campo metodológico, mas sem abandoná-lo, Maximiliano esclarece que a interpretação é um processo único que não se fraciona, mas que é exercitado por distintos *processos* que são constituídos por dois principais: um que se preocupa com a *letra* do dispositivo; o outro com o *espírito* da norma. Assim, o primeiro esforço é de compreender a linguagem empregada, “daí se originou o processo verbal, ou filológico, de exegese. Atende à forma exterior do texto; preocupa-se com as acepções várias dos vocabulários, [...] procura descobrir qual deve ou pode ser o sentido de uma frase, dispositivo ou norma” (MAXIMILIANO, 2002, p. 102). Pretendendo fixar cânones hermenêuticos de forma próxima ao rigor metodológico, o processo gramatical diz respeito ao objeto interpretativo – a letra da lei – para o qual são sugeridos requisitos a serem observados, tais como as questões de

polissemia e ambiguidade, mas sem cair num extremo apego às palavras. Como defesa desta ideia e chamando atenção para o excesso de formalismo, chega a recomendar que as palavras de Celso deveriam ser inscritas nos pórticos dos tribunais: *Scire leges non est verba earum tenere, sed vim ac potestatem* – “saber as leis é conhecer-lhes, não as palavras, mas a força e o poder”.

O processo lógico “consiste em procurar descobrir o sentido e o alcance de expressões de Direito sem o auxílio de nenhum elemento exterior, como aplicar ao dispositivo em apreço um conjunto de regras tradicionais e precisas, tomadas de empréstimo à Lógica geral” (MAXIMILIANO, 2002, p. 100). Parecendo soar de forma contraditória ao que Maximiliano anuncia como critério balizador do procedimento hermenêutico, a equidade que exige referencial ético-social na realização do bem comum, portanto, externo ao Direito positivo, invoca a lógica como procedimento hermenêutico, apesar de reconhecer que o problema está no exagero silogístico, no abuso do raciocínio lógico, que conduz ao desprezo a valores jurídico-sociais. Lembra mais uma vez que no meio termo está a virtude: os vários processos completam-se reciprocamente, todos os elementos contribuem para a descoberta da verdade e maior aproximação do ideal da verdadeira justiça (MAXIMILIANO, 2002, p. 104).

Ao que parece, o trabalho de Carlos Maximiliano que tanto influenciou o pensamento jurídico brasileiro até fins do século XX trata-se de um inútil esforço. Mais serve para legitimar a subsunção dogmática e reprodução da ordem normativa posta, portanto uma justiça idealizada e absolutamente abstrata, do que propriamente sua renovação como pretendia.

4 CRISE E CRÍTICA HERMENÊUTICA NO DIREITO BRASILEIRO

As três últimas décadas do século XX são marcadas no plano teórico pelo esvaziamento das imagens e dos discursos representativos da racionalidade moderna, criando um complexo debate no qual são inventadas novas rotulações. São tempos dos “pós”. Termo que significa tentativa de demonstrar situações as quais ou se defende, e se tenta promover, ou se rechaça. Mas o que parece ser o ponto de convergência é o esgotamento das categorias da modernidade e das grandes utopias que serviram para construir o horizonte de futuro moderno, sendo a crítica à modernidade o ponto de partida para sua própria superação. É neste contexto que o discurso da pós-modernidade ganha relevância.

Para autores como Slavoj Žižek (2012), a complexidade sem fim do mundo contemporâneo possibilita o surgimento de conceitos opostos que parecem inquestionáveis: a intolerância como tolerância, religião como senso comum racional, etc. Enfim, vive-se um tempo em que é grande a tentação de gritar: “chega de bobagem”! Talvez seja essa, diz Žižek, a manifestação do desejo de estabelecer uma linha demarcatória entre a fala lúcida e sã e a bobagem, reação que tem servido para despertar a ira da ideologia predominante. Segue afirmando:

O senso comum de nossa época diz que, em relação à antiga distinção entre “doxa” (opinião acidental/empírica, sabedoria) e Verdade, ou ainda mais radicalmente, entre conhecimento positivo empírico e Fé absoluta, hoje é preciso traçar uma linha entre o que se pode pensar e o que se pode fazer. (ŽIŽEK, 2012, p. 20)

É neste contexto dos “pós”/”des” com desejo de reinvenção que no Brasil é construída uma corrente crítica no Direito. Em meados da década de 80, a realidade brasileira reclamava a reconstrução da ordem democrática. Os instrumentos de exercício de poder esvaziados pelo fim das verdades racionais “que sustentaram durante séculos as formas de saber e de racionalidade dominantes” não conseguiam mais “responder inteiramente às inquietações e às necessidades” daquele momento (WOLKMER, 2012, p. 25), produzindo o que se passou a designar de “crise do Direito”. A “crise”, produto da descrença e da insegurança jurídica, é definida por Antonio Carlos Wolkmer como “a agudização das contradições e dos conflitos sociais em dado processo histórico. Expressa sempre a disfuncionalidade, a falta de eficácia ou o esgotamento do modelo ou situação histórica aceitos e tradicionalmente vigentes” (WOLKMER, 2012, p. 31). Sinais de esgotamento que vão conduzindo para o interior do campo jurídico o pensamento crítico, inaugurando, assim, uma discussão inédita e fértil.

Uma possibilidade de enfrentamento e compreensão da “crise” jurídica brasileira foi encontrada na Teoria Crítica, concepção que desde a década de 60 vinha influenciando pensadores do Direito europeus, por meio das “ideias provindas do economicismo jurídico soviético (*Stucka, Pashukanis*), da releitura gramsciana da teoria marxista feita pelo grupo de Althusser, da teoria crítica frankfurtiana e das teses arqueológicas de Foucault sobre o poder” (WOLKMER, 2012, p. 40). Na Europa, as inovações da Teoria Crítica encontravam um terreno fértil no ambiente pós-guerra, e projetavam no campo jurídico a desmistificação do jusnaturalismo e do

positivismo. Antonio Carlos Wolkmer (2012, p. 40), retomando a trajetória do pensamento jurídico crítico europeu, lembra que a crítica jurídica se consolidou inicialmente na França, por volta dos anos 70, culminando com o “manifesto” da Associação Crítica do Direito, em 1978, atingindo em seguida a Itália, Espanha, Bélgica, Alemanha, Inglaterra e Portugal.

Na América Latina, os “ventos” inovadores chegam por volta da década de 80, com o engajamento de juristas progressistas e comprometidos com a superação dos obstáculos políticos que impediam a construção e efetivação da democracia. Esse movimento de renovação do pensamento jurídico recebe a adesão de pensadores brasileiros em inúmeras faculdades de Direito, que acabaram por ser pioneiros de uma pedagogia jurídica emancipadora. As perspectivas epistemológicas, apesar de múltiplas, tinham como ponto em comum a defesa do rompimento com o positivismo legalista, revelando o caráter dominador e centralizador do Direito hegemônico⁴.

A Teoria Crítica trouxe consigo o impacto do questionamento do papel ideológico do Direito na medida em que, diferentemente da concepção moderna de ciência, coloca no interior da discussão jurídica as contradições e ambiguidades inerentes ao Direito moderno, buscando tomá-lo como instrumento não de manutenção da ordem estabelecida, mas como possibilidade de emancipação do sujeito histórico tradicionalmente “submerso em determinada normatividade repressora, mas também discutir e redefinir o processo de constituição do discurso legal mitificado e dominante” (WOLKMER, 2012, p. 18). Mostrava-se assim um horizonte inovador, mas que trazia consigo a necessidade de rompimentos e abandonos teóricos.

Foi exatamente nesse contexto que a hermenêutica jurídica ganha um novo *status* na discussão jurídica, já que é nos momentos agudos de transição que a questão hermenêutica ganha relevância. Mais do que nunca é necessário compreender a partir de novas categorias uma realidade também inovadora. A complexidade desta nova problemática, qual seja, descobrir o “lugar” da hermenêutica numa lógica jurídica emancipadora, fez com que fosse instaurada uma discussão movendo o “pêndulo hermenêutico”.

A inovadora ordem política e jurídica colocada em marcha no Brasil com a Constituição de 1988 e o inédito momento histórico representavam a

⁴ São inúmeros os pensadores do Direito relacionados ao pensamento jurídico-crítico, mas a verdadeira arqueologia epistemológica feita por Antonio Carlos Wolkmer na obra *Introdução ao pensamento jurídico crítico*, já citada, lembra com acuidade nomes e trajetórias que merecem ser registradas.

superação do autoritarismo, exclusão social e violação de direitos fundamentais que desde os primórdios da “invenção” colonialista têm se constituído em patologia crônica exposta no grave quadro social que se delineava. Naquele momento, lembra Daniel Sarmiento (2010), a grande maioria dos juristas passou a entrar em sintonia com as tendências constitucionalistas que apontavam como grande desafio garantir a efetividade das Constituições democráticas. Até então, os comandos jurídicos e políticos constitucionais, de fato, estavam nas mãos dos detentores dos poderes político, econômico e social. Desde então, o País começou a “levar a sério” a Constituição e os avanços, apesar das dificuldades enfrentadas, tais como a desigualdade e o patrimonialismo que ainda povoam as instituições nacionais, os avanços, em relação ao passado, são inquestionáveis (SARMENTO, 2010, p. 3-4).

Logo após a homologação da Constituição de 1988, juristas como Luís Roberto Barroso e Clèmerson Merlin Clève⁵ passaram a militar a concepção de que a Constituição, enquanto norma jurídica, deveria ser aplicada comumente pelos juízes, defendendo um “constitucionalismo de efetividade”, independentemente de qualquer mediação legislativa, o que viria a “tirar do papel as proclamações generosas de direitos contidas na Carta de 88, promovendo justiça, igualdade e liberdade. Se até então o discurso da esquerda era de desconstrução da dogmática jurídica, a doutrina da efetividade vai defender a possibilidade de um uso emancipatório da dogmática, tendo como eixo a concretização da Constituição” (SARMENTO, 2010, p. 248).

Desde aí se aprofundaram e se radicalizaram os estudos da hermenêutica jurídica. Influenciados pelo “giro” linguístico da filosofia e pela entrada do pensamento de Ronald Dworkin, Robert Alexy, John Rawls, Hans Georg Gadamer, Jürgen Habermas, entre outros, juristas como Lenio L. Streck e Eros Roberto Grau refundam o pensamento jurídico brasileiro, denunciando e renunciando o velho positivismo e seus procedimentos hermenêuticos. Nessa nova etapa, ou *quadra da história*, como prefere Lenio L. Streck nominar este inédito momento de redefinição, é valorizada a natureza normativa do Direito e dos princípios constitucionais.

Nesse contexto, lembra Daniel Sarmiento (2010, p. 249), há uma “verdadeira febre de trabalhos sobre teoria dos princípios, ponderação

⁵ Destacando-se a obra *Direito Constitucional e a Efetividade das Normas*, de Luís Roberto Barroso, publicada no início da década de 90, e “*A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória*”, in: *Uma vida dedicada ao Direito: uma homenagem a Carlos Henrique de Carvalho*, publicada em 1995.

de interesses, teorias da argumentação, proporcionalidade, razoabilidade, etc.” e se incorpora no pensamento jurídico crítico brasileiro o neoconstitucionalismo. Tratava-se de um momento de conquistas e necessidade de que fossem garantidas.

Entretanto, já na primeira década do século XXI, muitos se davam conta que o neoconstitucionalismo não era a superação do velho positivismo. Como afirma o próprio Lenio L. Streck, não é porque o neoconstitucionalismo tem um discurso axiológico e valorativo que superam o positivismo (STRECK, 2012, p. 37). As teorias “pós”/“neo” positivistas acabaram por cair na incerteza e indeterminação do Direito. Seguramente, o “relativismo” e a “teoria da argumentação” foram mal incorporados no pensamento brasileiro e decreta-se a “morte do método”, e em seu lugar passa a reinar absoluta incerteza e relativismo nas decisões judiciais. Possivelmente são os efeitos perversos de uma lógica colonizada que insiste em ser mantida na cultura jurídica brasileira.

Não é novidade, desde Kelsen, que o julgador tem um “espaço discricionário” em aberto e que desde muito desmistificado o juiz “boca da lei”, mas como adverte Streck, deve-se estar atento com o “pós-positivismo à brasileira”:

Portanto, é preciso estar alerta para certas posturas típicas do “pós positivismo à brasileira”, que pretende colocar o rótulo de novo em questões velhas, já bastante desgastadas nessa quadra da história, quando vivenciamos um tempo de constitucionalismo democrático. Ainda hoje presenciamos defesas vibrantes de “ativismos judiciais” para “implementar” e “concretizar” os direitos fundamentais, tudo isso sempre retornando ao mesmo ponto: à ideia de que, no momento da decisão, o juiz tem um espaço discricionário no qual pode moldar sua “vontade”... (STRECK, 2012, p. 38)

Em síntese, reproduzindo a mesma prática colonizadora que caracteriza a cultura jurídica nacional e lamentavelmente com as mesmas consequências, as concepções e os modelos eurocêntricos “descobertos” no Brasil em fins do século XX que decretaram a “morte do método” acabaram por conduzir um descontrolado solipsismo e ativismo judicial que confunde discricionariedade com arbitrariedade e, como resultado, ao que parece, o pêndulo está solto e querendo voltar ao “seguro” univocismo, e pior, se tem judicializado a vida cotidiana e a política, neutralizando movimentos sociais e desvinculando as práticas judiciais e políticas do Estado

do compromisso constitucional primeiro, o que tem obrigado pensadores da hermenêutica a rever fundamentos e pré-concepções.

Há, porém, um espaço jurídico e hermenêutico emergente negligenciado, nascido em outra matriz crítica, que tem sido a alternativa às alternativas: o descolonial.

Indo em direção a uma lógica plural e emancipadora, nascida do pensamento jurídico crítico latino-americano, é possível reconhecer o mundo social a partir da diversidade, novas possibilidades compreensivas e, portanto, fonte de uma nova racionalidade hermenêutica. Trata-se de uma perspectiva pluralista de direito que reconhece múltiplos espaços de fontes normativas, apesar de, na maioria das vezes, como lembra Antonio Carlos Wolkmer (1994), é informal e difusa. O pluralismo é uma fonte de inúmeras possibilidades de regulação. Para Antonio Carlos Wolkmer,

O pluralismo enquanto concepção “filosófica” se opõe ao unitarismo determinista do materialismo e do idealismo modernos, pois advoga a independência e a inter-relação entre realidades e princípios diversos. Parte do princípio de que existem muitas fontes ou fatores causais para explicar não só os fenômenos naturais e cosmológicos, mas, igualmente, as condições de historicidade que cercam a vida humana. A compreensão filosófica do pluralismo reconhece que a vida humana é constituída por seres, objetos, valores, verdades, interesses e aspirações marcadas pela essência da diversidade, fragmentação, circunstancialidade, temporalidade, fluidez e conflituosidade.

[...]

O pluralismo, enquanto “multiplicidade dos possíveis”, provém não só da extensão dos conteúdos ideológicos, dos horizontes sociais e econômicos, mas, sobretudo, das situações de vida e da diversidade das culturas. (WOLKMER, 1994, p. 158)

Numa perspectiva pluralista do Direito, é possível ampliar o espaço jurídico para além do estatal, articulando saberes, práticas e ações coletivas inovadoras até então pouco reconhecidas. Uma prática, cujo espaço de investigação é inesgotável para a hermenêutica. Identificar os elementos comuns nas traduções das múltiplas realidades – a jurídica e a coletivamente criada – para encontrar o comum, o ponto inicial para a tradução, é uma tarefa que não cabe numa teoria hermenêutica tradicional.

Têm sido significativas as contribuições de pensadores latino-americanos, como Jesús Antonio de la Torre Rangel com seu conceito de jusna-

turalismo histórico-analógico e de incorporação da hermenêutica analógica como via possível de superar o univocismo e o relativismo hermenêutico.

Apenas para iniciar e introduzir o tema que deverá ser alvo de estudos menos superficiais, a hermenêutica analógica, como anteriormente afirmado, é uma proposta desenvolvida pelo mexicano Mauricio Beuchot Puente, que encontra uma solução intermediária entre o univocismo e o relativismo hermenêutico e potencialmente eficiente frente à necessidade de instrumentalizar os juristas para o plural e intercultural.

Jesús Antonio de la Torre Rangel (2011), adotando a hermenêutica analógica, lembra que as tradições metodológicas do Direito são, em boa medida, expressões da hermenêutica positivistas e historicistas. A tradição exegética, o dogmatismo, a jurisprudência dos conceitos, algumas expressões do positivismo analítico e muito claramente a neoexegese de Luhmann, propõem métodos de interpretações positivistas, de matriz claramente univocistas. Do outro lado, o sociologismo jurídico em geral, em um recorte extremo vinculado à doutrina do “direito livre”, especialmente o realismo sociologista americano, são manifestações da hermenêutica histórico-romancista. E insiste: “A hermenêutica romântica é equivocista, aceita a diversidade de interpretações onde se introduz o “eu”, ocorre um subjetivismo e até o sentimentalismo; a hermenêutica positivista é univocista, a interpretação é uma só e deve ser pratinhada por todos, e constitui um cientificismo” (TORRE RANGEL, 2011, p. 234. Tradução livre).

Em seu entender, a hermenêutica analógica de Mauricio Beuchot Puente é uma maneira de não cair nos extremos. Constitui-se de uma prática que propõe uma mediação analógica, e, mais de que um método, é uma possibilidade de conhecimento. Conforme o próprio Beuchot Puente: “A hermenêutica nos conduz a ontologia ou metafísica, e uma hermenêutica analógica somente pode ser acompanhada e fundamentada por uma ontologia ou metafísica também analógica. A analogia nos faz chegar a metafísica porque nos faz abordar não somente o sentido do signo, o sentido do texto, mas também o sentido do ser” (BEUCHOT PUENTE, 2005, p. 41) (Tradução livre).

Para Jesús Antonio, a tarefa hermenêutica no Direito deve levar em conta a natureza do ser humano, a natureza das coisas e do conhecimento e das condições históricas e sociais do próprio ser humano, já que o Direito é, em seu entender, um conceito análogo, não unívoco nem equívoco ou ambíguo. O “direito” da “razão” das normas, da lei ou do direito objetivo; das faculdades ou capacidade das pessoas sobre o “seu”, ou direito subjetivo; e o justo objetivo ou coisa devida a outro não é o que se pretende quando se interpreta a norma

jurídica, mas sim buscar toda sua potencialidade e possibilidade de riqueza analógica como forma de concretizar a justiça como coisa ou conduta devida. Para o jurista militante mexicano, a realidade é sempre complexa e não clara e unívoca, e a analogia nos permite conhecer o complexo, o múltiplo e o plural expressos nas relações entre os humanos concretos. Pois, “se aceitarmos que a justiça não está constituída por ideias abstratas, mas que implica buscar um equilíbrio, uma proporção, entre seres reais, pessoas reais, vivendo uma realidade, o método analógico nos ajuda a estabelecer a proporção que é a justiça” (TORRE RANGEL, 2011, p. 73) (Tradução livre).

Evidentemente, o campo analógico para a hermenêutica jurídica implica retomar a tradição filosófica e “escavar” tanto na tradição como na crítica o que resta para ser resgatado, mas, sem dúvida, uma tarefa necessária e urgente, uma vez que o conhecimento, como lembra Ignacio Ellacuría (SENET, 2012), é sempre um saber humano e político, não só porque é um objeto do saber humano ou da política, mas porque seu objetivo é o adequado saber humano e político para efetivar a liberdade e a democracia a partir e para o humano em toda sua plenitude, capacidades e possibilidades.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Christiano José de. *Hermenêutica jurídica no Brasil*. São Paulo: RT, 1991.

BAPTISTA, Francisco Paula. *Compêndio de Hermenêutica Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 1984. (Coleção: Clássicos do Direito Brasileiro)

BEUCHOT PUENTE, Mauricio. *Tratado de Hermenêutica Analógica: hacia un nuevo modelo de interpretación*. 3. ed. México D.F.: Editorial Ítaca/UNAM, 2005. (Colección Seminarios)

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *A ciência do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1980.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meuer. Petrópolis: Vozes, 1999.

_____. *Verdade e Método II: Complementos e Índice*. Tradução de Enio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2004.

GARCÍA, Manuel Calvo. *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*. Madrid: Tecnos, 1999.

GONZÁLEZ DORANTES, Arturo Guillermo. Hacia una interpretación analógico-icónica del hombre. *Revista Analogía Filosófica*, México, D.F., n. 16, 2005.

GRONDIN, Jean. *Introdução à hermenêutica filosófica*. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MORFÍN, Efraín González. *Temas de Filosofía del Derecho*. México: Oxford University Press, 1999.

SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SENET, Juan Antonio (Org.). *La lucha por la justicia: textos seleccionados de Ignacio Ellacuría*. Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la. *Iusnaturalismo histórico analógico*. México: Editorial Porrúa, 2011.

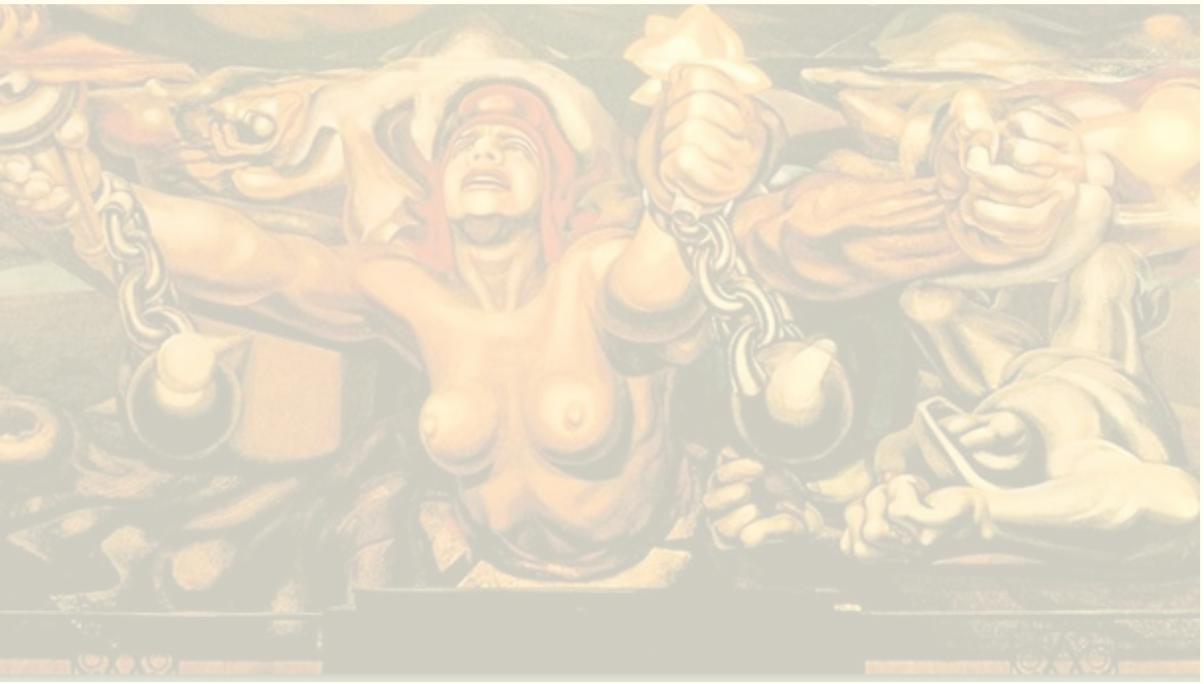
WOLKMER, Antonio Carlos. *Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. *Pluralismo Jurídico: fundamento de uma nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Ômega, 1994.

ZIZEK, Slavoj. *Em defesa das causas perdidas*. Tradução de Maria Beatriz de Medina. São Paulo: Bointempo, 2012.

PARTE 2

**TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS
HUMANOS NA AMÉRICA LATINA**



DERECHOS HUMANOS, NO COLONIALIDAD Y OTRAS LUCHAS POR LA DIGNIDAD: UNA MIRADA PARCIAL Y SITUADA

David Sánchez Rubio

Profesor Titular de Filosofía del Derecho.
Universidad de Sevilla

1 INTRODUCCIÓN

En otros trabajos hemos abordado de una manera más explícita los límites que a nivel interno e intra-cultural posee la figura y el concepto de los derechos humanos por su excesiva dimensión estatalista, delegativa, formalista, burocrática y post-violatoria¹. Algunas de las razones de la consolidación de la separación y el abismo que existe entre la teoría y la práctica de los mismos se deben a ese modo de concebirlos, que, además, provoca una cultura jurídica social y popular minimalista, acomodaticia, pasiva, indolente, dormida y anestesiada. A continuación, en este artículo vamos a complementar, desde una crítica constructiva, no colonial e inter-cultural, esos problemas internos del discurso universal de los derechos humanos con la exploración de otros problemas, limitaciones, paradojas, fallas y contradicciones que suceden en un ámbito extra-cultural y externo, más allá de las fronteras de los países considerados occidentales. De lo que se trata es de reflexionar sobre si los derechos humanos expresan una real y no falsa idea de dignidad universal que implica a todas las culturas y a toda la humanidad o es un modo concreto de luchar, pensar y garantizar espacios de libertad y dignidad que puede ser resignificado y complementado junto con otros modos y procesos de reacción, emancipación y libe-

¹ Ver, SÁNCHEZ RUBIO, David. *Repensar derechos humanos. De la anestesia a la sinestesia*. Sevilla: Mad, 2007; *Encantos y desencantos de los derechos humanos*. Barcelona: Icaria Editorial, 2011; y “Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos”, en VV.AA., *Os conflitos fundiários urbanos no Brasil: estratégias de luta contra os despejos e empoederamentos a partir da Teoria Crítica dos Direitos Humanos*. Porto Alegre: CDES Direitos Humanos, 2014. Disponible en: <<http://www.cdes.org.br/SITE/PUBLICACOES/pub05conflictos2.pdf>>. Acceso en: 15 sept. 2014; este último trabajo aparece también en *Derechos y Libertades*, nº 33, Época II, junio 2015.

ración que todas las culturas desarrollan en sus propias historias frente a distintos excesos de poder.

En principio, podemos afirmar que el discurso universalista de los derechos humanos en el actual contexto de la globalización, ha conseguido un estatus político y moral sin paralelo en todo el mundo (RAJAGOPAL, 2005, p. 200). La expansión de los derechos humanos como lenguaje hegemónico sobre la dignidad humana parece incuestionable. No obstante, tres cuartas partes de la humanidad no tienen reconocidos ni garantizados sus derechos. La gran mayoría de la población mundial no es sujeto de derechos (SANTOS, 2013, p. 15-16). A nivel planetario, la separación entre la teoría y la práctica que se da al interior de los estados constitucionales de derecho occidentales, se agudiza en los países del sur. Asimismo, este abismo entre lo que se dice y lo que se hace se manifiesta de forma clara dentro las relaciones entre los países del norte y los países de sur. Por ejemplo, el trato diferenciado que se otorga, desde el punto de vista del reconocimiento real y efectivo de los derechos, entre quienes son ciudadanos de países del capitalismo central y quienes no lo son, por tener un origen geográfico distinto y cuando llegan a sus destinos como trabajadores indocumentados, inmigrantes precarios o como refugiados desde los países del sur. El reconocimiento de los derechos se pone entre paréntesis, se modula y condiciona, siendo el tratamiento distinto, desigual y asimétrico. Lo universal se diluye y se difumina en función de la nacionalidad y la procedencia geográfica, limitando la entrada o precarizando el reconocimiento de derechos internamente a quienes vienen de fuera.

Por ello no hay que negar las contradicciones y las tensiones que existen en las concepciones y teorías tradicionales y eurocéntricas de derechos humanos que abogan por la universalidad. No es lo mismo ser parte de la humanidad en abstracto que ser ciudadano de un Estado nacional capitalista y central o de un Estado capitalista periférico y dependiente o de una nacionalidad, comunidad o pueblo etno-cultural o indígena. Al final es la adscripción a una nacionalidad o a una comunidad nacional-estatal la que establece el grado de garantía de los derechos a sus miembros. La humanidad se va diluyendo a medida que nos vamos separando de esa pertenencia identitaria y política (SANTOS, 2013, p 21-22).

Es más, a nivel externo y en relación a cómo Occidente trata al otro, al extranjero o al extraño, el grado de asimetría y desigualdad que establece internamente, de puertas a dentro por razones de clase, etarias

y de género, las acentúa, incorporando nuevas jerarquías de puertas a fuera, más allende sus fronteras. La discriminación, la marginación y la inferiorización por medio de la división social, cultural, racial, etaria, territorial, de clase y étnica del hacer, del poder, del ser y del saber humanos –establecida por el modo de producción capitalista moderno-patriarcal y sus modelos de desarrollos basados en el mercado y la propiedad privada de avariciosos–, se incrementa estructuralmente entre quienes son considerados occidentales o afines y quienes lo son condicionalmente o deficientemente. Es decir, la universalidad de los derechos humanos se construye sobre discursos que defienden inclusiones en abstracto de todas las personas, pero sobre la base trágica y recelosa de exclusiones concretas, individuales y colectivas, marcadas por la nacionalidad, el racismo, el androcentrismo, el clasismo, la riqueza suntuaria como fin en sí mismo o el concepto de ciudadanía que se multiplican y acentúan contra quienes no poseen una nacionalidad de un estado considerado constitucional y de derecho.

Asimismo, la lucha contra el terrorismo y los fundamentalismos islámicos, en nombre de la seguridad mundial, sirve de excusa pública y manifiesta para incumplir las leyes internacionales y eliminar y aniquilar a quienes ya no tienen la categoría de ser considerados como humanos con sus debidos procesos de enjuiciamiento y, por tanto, como sujetos de derechos. A base de buenas razones para matar, diversos Guantánamos se reproducen con buena y cínica conciencia bajo el dominio de estados que, se dicen, respetuosos de derechos. Y en nombre de los derechos humanos se justifican guerras bajo el argumento de que, para protegerlos, hay que violar a quienes son considerados enemigos de la humanidad².

Paradójicamente, pese a todas estas contradicciones que expresan la dimensión reversible de los derechos humanos, resulta curioso comprobar de qué manera el imaginario burocrático, estatista, procedimental, post-violatorio e individualista de derechos humanos también se consolida oficialmente como predominante en el ámbito del derecho internacional y sus instituciones. Esto provoca que los movimientos sociales de resistencia y lucha del Tercer Mundo frente a las diversas opresiones de múltiples rostros, al moverse extra-institucionalmente y fuera de los circuitos estatales,

² Sobre la inversión ideológica de los derechos humanos, ver Franz Hinkelammert, *La fe de Abraham y el Edipo occidental*, DEI, San José, 1991; *El mapa del emperador*, DEI, San José, 1996; *El grito del sujeto*, DEI, San José, 1998; *Sacrificios humanos y sociedad occidental. Lucifer y la bestia*, DEI, San José, 1998.

no son tenidos en cuenta y mucho menos si lo que reivindican son derechos colectivos, territoriales, identitarios y culturales.

Pero vayamos por partes. A continuación se plantearán, de un modo más detallado, algunas de estas paradojas y algunos de los puntos ciegos que los derechos humanos presentan como criterios y prácticas universales y en relación a un plano inter-cultural. No solo se trata de cuestionar un concepto estrecho, restringido y limitado que rige en nuestras instituciones y en nuestro cotidiano, sino de preguntarse también si los derechos humanos son valores, principios, normas y procesos de lucha universales a favor de la dignidad o solo son producto de creación de una única cultura: la occidental moderna y capitalista que, además, se extiende por el mundo, difundiendo e imponiendo la versión simplificada y reducida de derechos humanos ya tratada, como hemos dicho, en otros trabajos.

2 LA OTRA CARA DE LOS DERECHOS HUMANOS: SU DIMENSIÓN COLONIZADORA E IMPERIAL

En primer lugar, vamos a partir de una dualidad relacionada con el origen histórico de los derechos humanos en el contexto del tránsito a la modernidad y lo que suponen posteriormente a partir del ideario liberal individualista. Los derechos humanos poseen un carácter ambivalente, tienen un potencial emancipador pero éste está construido sobre un suelo o un piso estructural de desigualdades y de asimetrías que se desenvuelven entre diferentes grupos sociales, es decir, la lucha por los derechos humanos gestado por el orden burgués se desarrolló y se consolidó sobre una división social, económica, política, cultural, geográfica y epistémica de las relaciones y las acciones humanas que frustró e imposibilitó, desde el inicio, por dinámicas de dominación y de jerarquías, la posibilidad de hacer factible una supuesta sociedad en la que todos sus miembros, fueran o no fueran burgueses, pudieran existir con condiciones de una vida digna de ser vivida en todas sus dimensiones. Esto sucedió tanto al interior de las propias sociedades europeas y usamericanas, como externamente en su proceso de expansión mundial. De una manera más precisa y clara, Helio Gallardo afirma que el imaginario ideológico sobre el que se sustenta el concepto de derechos humanos y su visión de las generaciones (derechos individuales y civiles; derechos políticos; derechos económicos sociales y culturales; etc.) designa una sensibilidad socialmente producida que bloquea las posibilidades de conocimiento de los procesos a los que nombra. El sistema sobre el que se basa la organización moderna y capitalista no

permite que las luchas que lo cuestionan puedan comunicar e irradiar desde sus particularidades, un horizonte de universalidad conflictivo, más diverso, más abierto y plural. Con la emergencia y la consolidación del orden moderno capitalista, han ido surgiendo demandas socio-históricas (de obreros, indígenas, de mujeres, de gays y lesbianas, medioambientales, de negros, etc.) que o bien han intentado destruir o bien transformar el sistema, pero fracasando en la empresa de manera estructural. Estas distintas conflictividades forman parte de un cuerpo consolidado de dominación o imperio (la capitalista) que sistemáticamente ha ido bloqueando la materialización del carácter universal y plural de la existencia humana y que se expresa en las distintas versiones de lucha por derechos humanos. Por ello, «la estructura de las formaciones sociales modernas requiere “[...] inventar” derechos humanos y proclamarlos universalmente, pero sus grupos de poder (expresados en estados y mercados) asumen que se trata de una propuesta no factible de realizar”³. Cualquier colectivo humano que lucha desde sus particularidades y reivindica derechos surgidos desde sus racionalidades y necesidades, es debilitado, ridiculizado, inferiorizado, atenuado, eliminado o ignorado. Pero esto lo veremos en detalle a continuación.

Podría decirse que los derechos humanos en su versión liberal y burguesa se construyeron y se consolidaron bajo un falso universalismo. Nacieron como un remedio insuficiente para una sociedad enferma o ya decantada a favor de determinados grupos oligárquicos, como consecuencia de los tipos y los modos de articular materialmente sus relaciones de poder discriminadoras y excluyentes, pese a sus virtudes frente al orden medieval contra el que se enfrentó. Si bien podía ser una herramienta de emancipación para algunos colectivos, también fue un instrumento de dominio y de control sobre la mayoría de la población local, nacional y global, tanto por lo que representaban como bandera de libertad y dignidad, como por lo que invisibilizaban y ocultaban –relaciones de poder y sus dispositivos de control– en su modo ideológico e institucional de ser concebidos. Esto perdura hasta nuestros días, teniendo en cuenta los diferentes contextos.

En este sentido, Ignacio Ellacuría indica la anomalía del origen de los derechos humanos con las reivindicaciones burguesas, ya que poseen tanto elementos positivos y emancipadores como negativos y con lógicas de dominación e imperio. Fue un grupo que luchó por una privación de algo que les pertenecía, por aquello que estimaban que les era necesario y les era debido.

³ Ver Helio Gallardo, “Sobre las generaciones de derechos humanos”, en <http://www.helio-gallardo-americalatina-info>, consultado el 20 de septiembre de 2009.

En cierta manera, desarrollaron un ideal de apertura, emancipador y un horizonte de esperanza. Asimismo, demandaron unos derechos en tanto que clase vulnerable a los poderes vigentes –aunque con una fortaleza mayor a otros movimientos sociales– que abrió un proceso de liberación con el que se estableció un método muy eficaz de lucha para hacer que el derecho burgués se hiciera real, se consolidara y se efectivizara la sociabilidad demandada. No obstante, la burguesía reivindicó unos derechos circunscritos a su propio modo de vida, limitados a una forma de ser hombre o humano. De ahí que Ellacuría hable que sus derechos también expresan su carácter inhumano en tanto que se convierten en privilegio de pocos, negando su esencia universal disputable. Al ser significados por medio de la fuerza legitimadora de quienes poseen más poder, haciendo uso de un manto de universalidad ideal se oculta la particularidad real favorable para unos pocos (la burguesía y los grupos más poderosos) y desfavorables para la mayoría. Su reivindicación legítima de derechos expresa una forma concreta, privilegiada y exclusiva de ser hombres, de ser humanos, que se convierte en ilegítima cuando no atribuyen derechos o se los impiden a quienes conviven con ellos desde modos de vida con racionalidades diferentes, experiencias de contrastes y desgarramientos distintos (campesinos, mujeres, negros, indígenas...) (FRUTOS, 2012, p 365 y ss.). Pasan a ser los derechos de los más fuertes y no derechos de los más débiles con los que poder subvertir las asimetrías. Para estos los logros son solo puntuales cuando una vez que se violan, se los reconocen por medio de los circuitos judiciales.

La naturaleza ambivalente la explica Joaquín Herrera Flores: los derechos humanos son un producto cultural que Occidente propone para encaminar las actitudes y las aptitudes necesarias para llegar a una vida digna en el marco del contexto social impuesto por el modo de relación basado en el capital. Surgen y se despliegan paralelamente al origen y al despliegue del modo de relaciones desigual dominado por el capital. De ahí que, por un lado, sirvieron como justificación de la expansión colonial por todo el globo terrestre, pero, por otro lado, en ese mismo proceso, se hizo necesario enfrentarse a esa globalización de injusticias y opresiones producida por doquier y sirvieron como arma de resistencia. Teniendo en cuenta que cada formación social construye cultural e históricamente sus vías hacia la dignidad, en ese proceso existen expresiones hegemónicas dominantes de dignidad y de lucha por ella y, también, muestran actitudes antagónicas contra ellas con sus actores plurales. Los derechos humanos expresan esa dualidad en el marco del circuito de reacción cultural occidental y de reacciones culturales no occidentales que resignifican el discurso y la práctica

de los derechos humanos junto a otros procesos de lucha por la dignidad (FLORES, 2005, p. 28-29, 36, 80 y 91).

No hay que olvidar que la burguesía, como movimiento social estaba formado por villanos (moradores de las villas), mercaderes, banqueros, dirigentes religiosos, que se resistían tanto al dominio feudal o absolutista de señores, sacerdotes y reyes, como al carácter cerrado, familiar y excluyente de las corporaciones. En su manera de auto-identificarse no les preocupaba la situación, ni las relaciones, ni la materialidad de las condiciones de vida, ni las racionalidades de otros colectivos como los esclavos, los siervos, los campesinos, los indígenas, las mujeres o la clase trabajadora que no disponían de la fuerza social que sí tenía el orden burgués. Incluso sus pretensiones y sus espiritualidades estaban más vinculadas a libertades relacionadas con el mundo comercial, la propiedad privada y el disfrute de sus vidas individuales, que era la de ellos mismos y no la de los demás, basadas en sociabilidades jerárquicas de sometimiento, coloniales y dinamizadas por los pares superior-inferior, propietario-trabajador, señor-esclavo, padre de familia-madres obedientes, civilizados-primitivos, entre otros. Por esta razón, derechos humanos surgen y nacen quebrados en un contexto específico –el tránsito a la modernidad– de jerarquía, de división social, étnica, sexual, política y territorial del hacer humano que condiciona negativa y desigualmente el acceso de todos a los bienes necesarios para una vida digna (GALLARDO, 2008, p. 31y 44; FLORES, 2005). El problema es cuando sobre construcciones abstractas centradas en teorías, principios, valores, normas y procedimientos se descontextualiza la dimensión de lo universal separándola de las condiciones particulares, corporales, materiales, existenciales, relacionales, convivenciales y factibles que son las que dan el contenido real y efectivo de lo que se entiende por universal. De ahí que el tipo de sociedades en donde los derechos humanos se reconocen a un nivel, se desconocen en otro nivel. Se podría decir que Occidente establece una sociabilidad de inclusiones abstractas sobre la base de exclusiones concretas y cotidianas. Pueden ser disfrutados por quienes se mueven en el modo de vida capitalista hegemónico y desde arriba, desde los espacios de poder que privilegian su disfrute y sin que se ignore que pueden ser amenazados, pero tienen que ser demandados mediante la lucha y la resistencia, junto con otras reivindicaciones de dignidad, por quienes se les niega condiciones de vida dignas equivalentes o diferenciadas del orden moderno burgués y colonial.

Esta jerarquía desigual de los países constitucionales de derecho se desarrolla tanto internamente como externamente, con la peculiaridad que

de fronteras hacia fuera se sobrecargan, se sobredimensionan y se acentúan las relaciones de dominación. A través de Aníbal Quijano, con el concepto de colonialidad del poder se expresa uno de los elementos constitutivos y específicos del patrón mundial del poder capitalista y que se funda en la clasificación racial/étnica de la población del mundo como piedra angular que opera en cada ámbito, planos, dimensiones materiales y subjetivas de la existencia cotidiana y a escala social. La racionalización de las relaciones de poder entre nuevas identidades sociales y geoculturales fue el sustento y la referencia legitimadora fundamental del carácter eurocentrado del poder material e intersubjetivo. Desde que América se insertó en el capitalismo mundial, colonial y moderno, la colonialidad del poder, clasificó a la gente a partir de tres instancias centrales, aunque no exclusivas, pero articuladas en una estructura global común, con las que se ordenan las relaciones de explotación, dominación y conflicto (QUIJANO, 2014, p. 67, 92 y 98). Las «nuevas identidades históricas producidas sobre la base de la idea de raza, fueron asociadas a la naturaleza de los roles y lugares en la nueva estructura global de control del trabajo». Raza y división del trabajo, junto con el dominio machista y patriarcal, quedaron estructuralmente asociados, reforzándose mutuamente (QUIJANO, 2001, p. 201 y ss.). Negros, indios e indias, amarillos, mestizos, mujeres, trabajadores y trabajadoras, etc., sufrieron el mismo criterio de clasificación social a escala global, estableciéndose una distribución racista, clasista y machista del trabajo, extendiéndose en los modos de hacer, de ser, de poder y de pensar. En este sentido, socialmente se clasificó a la población en todo el mundo en identidades raciales y divididas entre dominantes/superiores europeas y dominadas/inferiores no europeas. Lo mismo sucede a nivel del trabajo y en las relaciones de género: en el centro se desarrollan relaciones salariales y hay una libertad sexual de los varones junto con la fidelidad de las mujeres en el ámbito doméstico y el pago a las prostitutas, mientras que en la periferia colonial se dan todas las otras formas de explotación el trabajo (esclavitud, servidumbre, etc.) articuladas bajo el dominio del capital y, además, las mujeres negras e indias son tratadas como animales apropiables y distribuibles bajo el libre acceso sexual no pagado de los varones blancos (QUIJANO, 2014, p. 98, 100-101).

Hay que ser conscientes que históricamente, en todas las culturas siempre ha habido determinados colectivos que han vivido en peores condiciones que otros y como consecuencia del predominio verticalizado e imperial de determinados grupos que se consideran superiores. Muchos son los colectivos que han sufrido procesos de maltrato y desprecio en sus dignidades socio-históricas (esclavas/os, pueblos indígenas, negras/os,

mujeres, homosexuales, inmigrantes, etc.). En el caso del patriarcado es difícil encontrar culturas sin algún tipo de expresión andrógena o sexista, misógena y homófoba. Que la visión del mundo de los varones se imponga sobre las mujeres es algo recurrente en todas las culturas. Pero no solo los modos de dominación se dan por razones de género. Existen muchas formas de control y de poder jerárquicas, en la mayoría de las ocasiones interrelacionadas, más o menos violentas y excluyentes por motivos diversos: raciales, socio-materiales o de clase, por razones etarias, religiosas, epistemológicas, culturales, etc. Grupos dominantes, en distintos tiempos y contextos históricos, han desarrollado un conjunto de tramas sociales y relacionales de jerarquías, marginaciones, explotaciones, exclusiones y discriminaciones mediante las cuales han deshumanizado a otros colectivos, convirtiéndolos en no-personas, en seres prescindibles y sacrificables. Esta manera de ejercer el control y dominar se ha desenvuelto por diversas mediaciones y producciones institucionales, simbólicas y discursivas: por aparatos de estado, por instancias de mercado, a través de normas morales y éticas, por medio del derecho o el conocimiento, a través de la religión o la educación y el lenguaje, etc.

La peculiaridad ahora es que las sociedades occidentales capitalistas coloniales manifiestan esos diversos tipos de dominación que caminan agarradas de la mano con un modo de producción, el capitalismo, que termina por acentuar la verticalidad, la dependencia y la jerarquía de las relaciones sociales. Provoca desigualdades estructurales y asimetrías que son difíciles de confrontar y subvertir únicamente con normas jurídicas e instituciones estatales, y que se normalizan e invisibilizan a tales niveles que llega a generarse *una cultura de excepcionalidad de la injusticia* que naturaliza la injusticia cotidiana, por medio de la cual solo determinadas situaciones anormales y extremas de injusticia son las únicas que denigran y violentan al ser humano, como, por ejemplo, son los casos de la esclavitud y/o el trabajo esclavo en sus distintas expresiones, la trata de personas, el narcotráfico, los actos terroristas yihadistas, algunos genocidios, no todos (como el holocausto de los judíos), determinadas hambrunas, etc. Los derechos humanos, ya lo veremos, acaban circunscribiéndose a esas dimensiones o a casos o hechos individuales puntuales. Las violencias cotidianas que son la fuente de las violencias excepcionales, acaban por tolerarse, principalmente las ejercidas por quienes se encuentra en una posición de superioridad racial, sexual, genérica, de clase y etaria en el entramado social. Uno de los dispositivos de naturalización del maltrato humano cotidiano es, por ejemplo, el patriarcado o el intercambio desigual

del capital y su control sobre el trabajo. El patriarcado resulta ser uno de los socios más eficaces, no el único, para que el capital soberano aliene y administre la vida y la muerte de millones de mujeres y hombres bajo lógicas excluyentes de imperio que no son ni excepcionales, ni anormales, sino asumibles, lógicas y naturales, incluso ajenas y lejanas a su real dinámica de funcionamiento.

En el interior de la cultura occidental capitalista, predominan diversos modos de dominación tanto a nivel institucional, como a nivel de relaciones sociales y sociabilidad cotidiana, con los que expresa la socio-materialidad procesual de diversas estructuras opresivas que operan simultáneamente dentro y, en un grado mayor, fuera de sus fronteras. Desarrolla todo un conjunto de relaciones sociales particulares que articulan un grupo (in)diferenciado de opresiones muchas de ellas naturalizadas: sexo, raza, género, etnia y clase social se construyen sobre relaciones jerárquicas, combinando tanto el espacio público de poder, la explotación o el estatus y el espacio de servilismo personal. Es decir, las sociabilidades cotidianas de Occidente combinan el tratamiento de lo humano desde la consideración de la superioridad y la inferioridad de determinados colectivos. Por ello las relaciones patriarcales se articulan con otras formas de relación social en un determinado momento histórico, que en este caso situamos en el contexto de las sociedades capitalistas. Las estructuras de clase, raza, género y sexualidad *no pueden tratarse como variables independientes*, porque la opresión de cada una está inscrita en las otras (FLORES, 2005).

No es que exista una estructura de opresión autónoma e independiente con respecto al resto de opresiones y dominaciones que dominan en entornos relacionales capitalistas. Más bien nos encontramos con la coexistencia de situaciones de discriminación, marginación y explotación simultáneas, más que superpuestas, expresivas de estados de interseccionalidad de opresiones en red, en la línea señalada por Gloria Anzaldúa y María Lugones junto con otras feministas con la nominación de a) diferentes “dimensiones superpuestas de opresión” (*overlapping oppressions*) (ANZALDÚA, 1989; YOUNG, 2000) o b) de “interseccionalidad de opresiones” sufridas “diferencialmente” por las mujeres en función de su situación, posición y jerarquización subordinada y dependiente en el marco de los procesos de división social/sexual/racial del trabajo (LUGONES, 2008).

En esta línea, Ramón Grosfoguel combina el concepto de interseccionalidad de jerarquías con el concepto “heterarquía” del filósofo y sociólogo griego Kyriakos Kontopoulos. Siendo la colonialidad y la modernidad las dos caras de una misma moneda y siendo el capitalismo una de las múltiples constelaciones imbricadas del patrón colonial de poder, nos encontramos con múltiples y heterógenas formas de dominación y explotación sexuales, políticas, económicas, espirituales, lingüísticas y raciales, donde las jerarquías etno-raciales de la línea divisoria Occidente/no Occidente reconfigura de manera transversal todas las demás estructuras globales de poder (GROSFOGUEL, 2014, p. 381, 383, 389-390). Raza, género, espiritualidad y epistemología son parte constitutiva, integral e imbricada del sistema-mundo occidental moderno, cristiano, capitalista, colonial y patriarcal. No son añadidos a la estructura económica y política del sistema capitalista (GROSFOGUEL, 2014, p. 382).

Sobre estas bases hay que entender el discurso universalista de los derechos humanos y en su versión liberal. Asimismo, hay que partir de la premisa que ningún pueblo tiene el monopolio de la verdad y menos sobre la dignidad. No hay cultura, religión, filosofía, tradición que pueda hablar por el conjunto de la humanidad (PANIKKAR, 2004, p. 206). Además, pese a que en cualquier afirmación de verdad existen pretensiones de universalidad, todas están ubicadas y situadas en un marco histórico y cultural. El problema es cuando tendemos a identificar los límites de nuestra visión local y particular del mundo con el horizonte humano completo e infinito, (PANIKKAR, 2004, p. 220-221) confundiendo un modo de ser humano con el todo plural y diverso. No solo eso, pues resulta peor al ir acompañado y de la mano de un sistema de dominación heterárquico.

3 UNIVERSAL HEGEMÓNICO ABSTRACTO SOBRE BASES RELACIONALES EXCLUYENTES

La versión más proclamada del ideal occidental de los derechos humanos se centra en los derechos asignados al ser humano y que le pertenecen por el mero hecho de serlo. Sus presupuestos filosóficos fundamentales se cimentan sobre una naturaleza humana universal que es común a todos los pueblos y que es diferente al resto de la realidad, ya sea animal, vegetal o cósmica. Solo puede ser cognoscible a través de la razón. Tienen su origen en su naturaleza, son previos a los contextos socioculturales donde se encuentra y, además, son superiores a la sociedad y al estado pues giran en torno a la dignidad de los individuos que se opone a ambas ins-

tituciones consideradas como un todo. La autonomía del individuo y su suprema dignidad exige que la comunidad esté organizada por la suma de hombres libres y separados unos de otros (PANIKKAR, 2004, p. 210 y ss.)⁴. Sobre estos elementos se establecen unos criterios universales con los que se pueden enjuiciar y valorar éticamente a todas las culturas.

La crítica y las limitaciones de esta perspectiva son varias: el sujeto de los derechos humanos, es abstracto y vacío y pierde su identidad concreta, con su condición de clase, de género y sus características étnicas. Todas las determinaciones reales y materiales son sacrificadas en el altar del hombre abstracto, sin historia y sin contexto (DOUZINAS, 2009, p. 171). Pero las deficiencias no solo residen en que la acentuación de la importancia del individuo abstracto implica una homologación que vacía las identidades y una total despreocupación por las diferencias y por la dimensión colectiva de las personas, ni en el hecho de que abstrae los contextos y los procesos históricos donde la gente se desenvuelve. También el concepto liberal moderno de derechos humanos presenta muchos otros puntos ciegos: las abstracciones de ese hombre sin atributos son expresión de un localismo hegemónico y expansivo -encarnado inicialmente en el individuo occidental blanco, varón, mayor de edad, propietario, emprendedor, creyente religioso cristiano, heterosexual, competitivo e individualista- que destruye, somete o domina al resto de culturas y que al aplicarse, deja fuera de sus derechos a la mayoría de la población -mujeres, homosexuales, negros, pobres, pueblos indígenas, etc (ETXBERRIA, 1997, p. 94). En términos epistémicos, se oculta el lugar de quien enuncia, el *locus* de la enunciación, referido a la ubicación geopolítica y corporal del sujeto que habla. El propio Ramón Grosfoguel lo explica con estas palabras: en «las filosofías y en las ciencias occidentales, el sujeto que habla siempre está escondido, se disfraza, se borra del análisis». Su modo de conocimiento ha privilegia el mito del *Ego* no situado. «La ubicación epistémica étnica/racial/de género/sexual y el sujeto que habla están siempre desconectados. Al desvincular la ubicación étnica/racial/de género/sexual del sujeto hablante, la filosofía y las ciencias occidentales pueden producir un mito sobre un conocimiento universal fidedigno que encubre quien habla, así como su epistémica geopolítica y corpo-política en las estructuras de dominación del poder/conocimientos coloniales desde los cuales habla» (GROSFOGUEL, 2014, p. 376).

⁴ Ver también Boaventura de Sousa Santos, “Por una concepción multicultural de los derechos humanos”, en *Memoria*, 101, Bogotá, p. 46.

En parecidos términos se expresa el colombiano Santiago Castro-Gómez cuando califica la *hybris del punto cero* de las filosofías eurocéntricas. Bajo el manto de la neutralidad, la objetividad y la universalidad, se protege y disfraza a quien nomina (el humano occidental), considerando el supuesto de que habla desde *el ojo de Dios* como si estuviera más allá de un punto de vista particular y convirtiéndolo en universal. La perspectiva local y cultural desde la que emite las palabras y el conocimiento se bañan y se barnizan con un abstracto universalismo (CASTRO-GÓMEZ, 2003, p. 377)⁵. En este molde epistémicos, los derechos humanos son lugares de enunciación de los centros imperiales capitalistas que se proyectan como valores universales incontestables que facilitan el sostenimiento de su hegemonía económica, política y cultural, imposibilitando cambios sustanciales de sus relaciones de dominación (ALMEIDA, 2011, p. 117 y ss.).

En la misma línea, Boaventura de Sousa Santos califica de abismal al pensamiento occidental porque consiste en un sistema de distinciones visibles e invisibles, constituyendo las segundas en fundamento de las primeras. Lo invisibilizado se establece por medio de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos dicotómicos: el universo de *este lado de la línea* que es como si fuera el punto cero de emisión, el que marca los criterios de verdad y superioridad, y el universo *del otro lado de la línea*, que pasa a ser no existente, ausente e inferior. Este dualismo se reproduce en otros registros culturales como el conocimiento (ciencia/saberes tradicionales; verdad/falsedad), el derecho (legal/ilegal; monismo jurídico/pluralismo jurídico), la cultura (civilización/barbarie o primitivo), la economía (desarrollo, subdesarrollo), la geografía política (Norte/Sur), etc. Con estos dispositivos se jerarquiza la realidad en instancias y realidades superiores e inferiores. El mundo se divide entre sociedades metropolitanas y sus colonias. El lugar desde el que se enuncia estas clasificaciones aparece como neutral, universal y objetivo, provocando exclusiones radicales que en nuestro presente se van incrementando (SANTOS, 2014, p. 21 y ss.; SANTOS, 2013, p. 16-17; MÉDICI, 2012, p. 42 y ss.).

En lo que respecta a los derechos humanos, éstos son utilizados como parte de los diseños globales occidentales que, al ocultar el lugar de enunciación, impuso una dinámica de dominación imperial construyendo una jerarquía de conocimiento de gente superior y gente inferior en todo el mundo. Lo universal resulta ser la autorrepresentación de las metrópolis, mientras

⁵ Ver también Alejandro Médici, *La constitución horizontal. Teoría constitucional y giro decolonial*, p. 44 y ss.

que lo cultural-particular es la descripción de todo lo que afecta al sur y/o a la periferia (GROSFOGUEL, 2014, p. 378; RAJAGOPAL, 2005, p. 242). El universalismo apriorístico abstracto, desde la colonialidad del poder y *la hybris del punto cero*, se construye a partir de la noción de un ser humano con atributos definidos, que está a *este lado de la línea* y que acabamos de mencionar: el hombre blanco, varón, mayor de edad, propietario, emprendedor, creyente religioso cristiano, heterosexual, competitivo e individualista. *Del otro lado de la línea* están los esclavos, los siervos, las mujeres, las lesbianas, los gays, los pobres, los indígenas, los negros y las negras, las prostitutas, etc. De este modo, los derechos humanos son un referente de la cultura occidental referidos a una peculiar concepción de dignidad humana ligada al individuo propietario, la emergencia de la economía capitalista de mercado, el trabajo asalariado que depende del capital y el predominio del valor de cambio sobre el valor de uso, entre otros elementos. Lo humano en los derechos humanos se reduce a un modo de entender el poder y la convivencia, en donde el protagonista es el *homo oeconomicus*, es decir, el hombre económico del mercado, racional pero dentro de las opciones y las posibilidades ofrecidas por el estado y por las condiciones materiales del mercado global (RAJAGOPAL, 2005, p. 235; MÉDICI, 2012, p. 45; GROSFOGUEL, 2014, p. 378). Además, esa concepción de derechos humanos implica un universalismo particular ficticio o monocultural hegemónico porque ejerce desde esa posición de superioridad epistémica y práctica, del saber, del poder y el hacer humanos, todo un monopolio tanto sobre el acceso a las condiciones socioeconómicas con las que se puede llegar a lo universal (BORDIEU, 1999, p. 90, 96-97) como sobre las condiciones epistémicas, espirituales y relacionales.

Asimismo, otro punto ciego de los derechos humanos, derivado de los anteriores, guarda relación con su dimensión individualista. En la primera parte de este trabajo, ya comentamos que el imaginario que se utiliza de los derechos humanos y tal como lo entendemos oficialmente, no permite enfrentar la violencia estructural y asimétrica de nuestro sistema capitalista global. No la afecta y solo tiene efectos paliativos y puntuales. Pues bien, el paradigma occidental dominante sobre los derechos humanos al basarse en actores individuales y en su intencionalidad, además de reducir su sistema de garantías al estado y a los circuitos judiciales, resulta ciego a la violencia estructural edificada sobre las tramas sociales de dominación y opresión. No cuestiona las causas estructurales o sociopolíticas que están en la raíz de las violaciones de los derechos humanos como puede ser la estructura de la propiedad de la tierra, el modo de producción eco-

nómica, el control de los recursos naturales, las formas de administración sexual o espiritual, los tipos de administración de la vida y la muerte de las personas, etc. No es solo un problema de activar los derechos una vez que se violan, sino que también se reducen a un sistema judicial casuístico, azaroso, puntual. Priman los hechos o los actos individuales y no se juzgan las estructuras, ni los procesos sociales, ni las relaciones sobre las que la sociabilidad humana se desenvuelve sobre dinámicas de dominación o dinámicas de emancipación y liberación (RAJAGOPAL, 2005, p. 285; MÉDICI, 2012, p. 48. Por eso es necesario decodificar las asimetrías sobre las que se sostienen los discursos y las instituciones sobre derechos humanos. Hay que saber ubicar el lugar y el modo de operar de los distintos modos de dominación e intentar descolonizar la matriz colonial de los derechos cuestionando jerarquías opresoras y que clasifican el mundo en humanos superiores (con sus producciones y sus productos) y humanos inferiores (junto con sus producciones y productos) (RODRÍGUEZ, 2011, p. 307).

Por esta y otras razones, se puede afirmar que el concepto estrecho liberal y occidental de derechos humanos tal como se interpreta y aplica, deja intactas las sociabilidades, las tramas sociales y relacionales propias del modo de vida capitalista que se basa en una división heterárquica, desigual y asimétrica estructural tanto del saber, del poder, del ser y del hacer (trabajo humano incluido), que discrimina, margina, domina y oprime desde el punto de vista de género, racial, de clase, etario y cultural. Por ello deja fuera de la posibilidad de disfrutar derechos a la mayor parte de la humanidad. Los derechos humanos vistos solo desde sus dimensiones instituidas, burocráticas, formales, abstractas y normativas, invisibilizan, ignoran o no afectan a las situaciones estructurales de desigualdad y dominación que quedan inamovibles históricamente, a pesar de que existan normas e instituciones junto a reflexiones teóricas sobre ellas que puedan, formalmente, reconocer las demandas de esos grupos excluidos. Como se ignora y se fortalece el mal común que solo beneficia a unos pocos a costa de la mayoría, puede estimarse que los colectivos populares y oprimidos luchan permanente y continuamente por condiciones de una vida digna de ser vivida (étnica, epistémica, social, económica, política, libidinal-sexual, cultural...) más allá de las generaciones de derechos establecidas doctrinal y jurídico-positivamente, desde un prisma eurocéntrico⁶.

⁶ Sobre las generaciones de derechos humanos, ver David Sánchez Rubio, *Encantos y desencantos...*, op. cit.

En función de lo que venimos diciendo, se hace necesario cuestionar el imaginario liberal-burgués con pretensiones universales que se ha hecho hegemónico hasta nuestros días bajo los cimientos de las tramas sociales y relaciones humanas construidas simbólica, institucional, cultural y existencialmente desde sus modos de vidas, con sus prioridades particulares e intereses políticos, económicos, religiosos y epistémicos concretos que han construido y proyectado como universales. La lucha y la resistencia de la burguesía no pueden condicionar, por considerarse que son las únicas, otras luchas contra opresiones diversas y reivindicativas de ideas, valores o principios de dignidad plurales.

En este sentido, para Ellacuría, en nombre de derechos humanos se establece un manto de universalidad ideal que se sostiene sobre una particularidad real que solo es favorable para unos pocos y desfavorable para la mayoría. Acaba ideologizándose al mentir con un falso reconocimiento de quienes son miembros plurales y diferenciados del género humano desde la hegemonía y la homogenización de un grupo minoritario particular. También sirve como una máscara para tapar las violaciones de los derechos más básicos vinculados por las condiciones de existencia (p.ex., el derecho a la vida ya mencionado). De ahí la necesidad de historizarlos, de situarlos en sus procesos de lucha, sus realidades contextuales y particulares, con sus actores, sus acciones, los medios utilizados, las espiritualidades institucionales y no institucionales. Por historización Ignacio Ellacuría entiende, en primer lugar, ver cómo se están realizando en una circunstancia dada lo que se afirma abstractamente como universal o como “deber ser” del bien común o de los derechos humanos; y en segundo lugar, en la posición de aquellas condiciones reales sin las que no se puede dar la realización efectiva del bien común y de los derechos humanos. Al hacer esto, se comprueba que la realidad de los derechos es su negación fundamental a la mayor parte de la humanidad. Pese a que deben ser reconocidos como derecho de todos, se convierten en privilegio de pocos. (ELLACURÍA, 1979).

A tenor de lo dicho, cuando se habla de la dimensión utópica y de esperanza de los derechos humanos no hay que quedarse en los enfoques que reducen la dimensión incompleta e inacabada de la justicia y de plenitud a un futuro incierto (DOUZINAS, 2009, p. 375). Ni tampoco a una realidad de libertad o dignidad que se reivindica porque no se tiene, porque se viola o porque se carece de ella. Los derechos humanos son la punta del iceberg de una estructura relacional de vida mucho más compleja que permite o no permite su disfrute, su ejercicio diario. Por esta razón, el compo-

nente utópico potencialmente transgresor a favor de una vida digna de ser vivida será mayor entre quienes sufren relaciones de poder discriminadoras y opresoras y se les impide el disfrute existencial que conlleva el poder reaccionar en entornos relacionales desde sus horizontes de sentido étnicos, raciales, etarios, socio-materiales, sexuales y genéricos. En cambio, la dimensión utópica será menor o más placentera y acomodaticia, incluso hasta puede ser despreciada, entre quienes pueden disfrutar de sus derechos a partir de la división social del ser, del saber, del poder y del hacer humanos que les posiciona en una situación de privilegio. En los oprimidos y excluidos el momento negativo de explotación y dominación será la fuente de su lucha por los derechos. Sus utopías son necesarias, transformadoras y transgresoras. En los dominadores y poderosos, sus derechos consolidan sus posiciones de control y de dominio. El cinismo o la posición de superioridad les pueden inculcar una actitud de desprecio, insensibilidad y/o ignorancia hacia quienes son victimizados.

Asimismo, cuando se habla de derechos humanos no hay que circunscribir su dimensión al plano de idealidad abstracta y teórica, tanto en lo normativo y lo institucional como en lo discursivo y lo filosófico-doctrinal. Luchar por los derechos no solo es un triunfo de la razón sobre la fuerza (por ejemplo, tal como se estableció con los derechos individuales burgueses), sino que hay que relacionarlos básicamente con hacerle justicia al débil, al oprimido, al debilitado, al victimizado, pero entendida esta expresión como esfuerzo por no producirlos como tales, como débiles o víctimas,⁷ a través de una praxis construidas y caracterizadas desde ellos, que intente superar las realidades negadoras de sus derechos para superarlas y poder disfrutar realidades que los hacen factibles y experimentables. Se necesita para ello un reconocimiento social y el establecimiento de todo aquello que posibilite las condiciones materiales para ejercerlos con todas las sociabilidades y tramas sociales que permite su disfrute (ELLACURÍA, 1979). Para lograr un mayor grado de éxito y eficacia en el reconocimiento de los derechos, Helio Gallardo habla de la necesidad de transferencias de poder sobre aquellos colectivos victimizados y oprimidos que permitan dotar de carácter, convocando, a las relaciones humanas desde otro prisma no opresivo, sino liberador, articulado desde dinámicas en las que todos sean sujetos significadores de realidades plurales, sin tratamientos intersubjetivos jerarquizadores y bañados por medio de lógicas de imperio

⁷ Por aclaración y observación personal hecha por el propio Gallardo, la expresión “hacer justicia al débil” no es correcta porque al débil se le hace “justicia” oprimiéndolo. Lo que hay que hacer es el esfuerzo de no producir débiles.

(GALLARDO, 2008, p. 31 y 44). De este modo, sería posible que los grupos victimizados dejaran de serlo al crearse espacios relacionales que convocan y sensibilizan al mayor número de personas, donde todos son tratados como sujetos, pudiendo disfrutar de los derechos consolidados y establecidos desde esas lógicas de sociabilidad liberadoras y emancipadoras, en contextos siempre contingentes, reversibles e inciertos.

4 LUCHAS NO COLONIALES ANTI-HETERÁRQUICAS DE RESISTENCIA Y LIBERACIÓN MÁS ALLÁ DEL MOLDE DE LOS DERECHOS HUMANOS

El condicionamiento del imaginario occidental capitalista, moderno y colonial en el ámbito internacional y global es tan grande que se hace difícil visibilizar otras realidades desde otros horizontes cuando estamos bebiendo constantemente de sus fuentes. Ya hemos comentado en otros trabajos, de qué manera la versión oficial estatista, formalista e institucional de derechos humanos produce un efecto expropiatorio y de secuestro de la capacidad de lucha constituyente popular por la forma del estado nacional (RUBIO, 2015). El poder constituyente popular se encorseta, encripta y blindada por las instancias estatales y sus políticas públicas. También los derechos humanos se despolitizan al ser juridificados en su totalidad en procedimientos normativos interpretados por técnicos y especialistas. El orden jurídico estatal acapara y sustituye el protagonismo de la sociedad civil, y sus derechos aparecen como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación. El caso es que este mismo esquema institucional y de gobierno que tiene como formato de organización política al estado, se ha aplicado y llevado a cabo en todos los países del sur o periféricos que han padecido el orden colonial europeo de siglos pasados y que han seguido procesos de descolonización y de construcción nacional. No es solo el problema de si los derechos humanos son un nuevo caballo de Troya hecho por Occidente para el tercer mundo, como un dominio o terreno para la puesta en práctica de sus imperativos universales,⁸ sino también si en su versión oficial y simplificada, los derechos humanos han servido de herramienta de control y dominio sobre el pueblo la sociedad civil por parte de las elites gobernantes en los países neo-colonizados.

⁸ Ver en este sentido el monográfico "Los derechos humanos: ¿un nuevo caballo de Troya?", *Ixtus*, nº 57, 2006.

En esta dirección trabaja Balakrishnan Rajagopal en su libro *El derecho internacional desde abajo*. El campo de resistencias contra las injusticias en el sur global se traduce al estilo occidental de luchar por los derechos sin tomarse en serio toda su variedad y riqueza. Se hace una traducción de todas las luchas no occidentales desde la óptica y la mirada occidental, convirtiéndose los derechos humanos en el único lenguaje de emancipación y en el lenguaje político progresista y de resistencia frente a la opresión en el tercer mundo (RAJAGOPAL, 2005, p. 198, 205-206). Esto provoca que se ignoren y se invisibilicen otras formas de protesta y de lucha que se mueven más allá del discurso único de resistencia autorizado por el derecho internacional de los derechos humanos (RAJAGOPAL, 2005, p. 271).

El caso es que la cultura sobre la que se asienta nuestra defensa de los derechos humanos a nivel intra-cultural se reproduce a nivel global. El marco pautado por el aparato de la modernidad en lo político (estado) y en lo económico (mercado) contribuye a eliminar y a debilitar mecanismos y estructuras sociales y no estatales no solo de garantías, sino de luchas y resistencias. Como contrapartida, el estado acapara todo el protagonismo como garante y también como instancias de represión estratégica frente a cualquier amenaza a la seguridad nacional y mercantil. Por ejemplo, los pueblos indígenas y el desprecio hacia sus derechos colectivos son una clara manifestación de la relación asimétrica de poder centralizada en los estados que han sufrido desde la impronta civilizadora de la ilustración europea reproducida por las elites criollas y mestizas latinoamericanas. Los derechos al territorio, a la autonomía y a sus propias identidades no son parte del canon original liberal de los derechos humanos (GARCIA, 2011, p. 205; SANTOS, 2013, p. 23-24). Los diseños de los programas de los gobiernos estatales son los que determinan el contenido real de los derechos y se burocratizan sus contenidos. Se vuelve a caer en el error intencionado de pensar que los derechos humanos parten de una concepción abstracta a priori, previamente establecidas y sin límites teóricos, que se concretizan únicamente en normas y procedimientos –fetichismo institucional–, desconsiderando que su campo real de cultivo son las actuaciones de los poderes y las luchas reales y cotidianas de la gente (RAJAGOPAL, 2005, p. 259-260, 270, 277 y 291).

Con todo esto, los lugares de enunciación o de punto cero de los derechos se enmarcan en los centros de poder tanto de los países de capitalismo central como de los países de capitalismo periférico y dependiente. Las oligarquías periféricas gobernantes reproducen un imaginario sesga-

do y estrecho de los derechos humanos, incluso por muy bienintencionado que sea por parte de los aparatos estatales y las ONG que los sustituyen o los complementan. Lo mismo sucede en el orden jurídico internacional de Naciones Unidas. Por esta razón hay que tener en cuenta varias distinciones que nos permitan ampliar el paisaje relacionado con los derechos humanos en su vínculo con lo universal:

a) Por un lado, si hay algo que es característico de la condición humana es su diversidad y su pluralidad. No existe un ser humano completo, inmortal, omnipotente y omnisciente. Otra cosa es que haya alguien que se lo crea. Cada persona es un mundo y pone en la mano muchos mundos. No hay en la Tierra dos personas exactamente iguales. Nuestra condición finita, incompleta y mortal forma parte de nuestra naturaleza socio-históricamente producida. Que la humanidad se manifieste a través de distintas versiones heterogéneas, llena de matices, con saberes, formas de hacer, corporalidades y espiritualidades múltiples, producidas desde plurales miradas, tactos, colores, audiciones, sabores, olores, emociones y sentimientos, combinando espacios, ritmos y tiempos diversos, expresa su riqueza en los procesos de significar y resignificar la realidad y de hacer y deshacer mundos. La multiculturalidad es un hecho que la historia demuestra desde tiempos remotos y que la globalización, sincrónicamente y desde nuestro presente, ha visibilizado en mayor grado.

El problema aparece en el modo como se gestiona esta riqueza humana arco iris. El mito bíblico de la tradición hebrea de la torre de Babel narrado en el *Génesis* y retomado por Raimundo Panikkar (1990, p. 15-16) puede servirnos de pretexto para abordar cómo se puede administrar, enfrentar, limitar, consolidar, fortalecer, debilitar y/o tratar positiva o negativamente, el fenómeno de la multiculturalidad y lo pluriversal, que no hay que interpretarlo ni juzgarlo como una maldición, tal como el relato del *Génesis* defiende, sino todo lo contrario. Las luchas por la dignidad humana reclaman a gritos, la necesidad de babelizar positivamente no solo la realidad de los derechos humanos y otras luchas de resistencia contra la injusticia, sino también otras producciones y otros productos socio-históricamente contruidos como el derecho, la democracia, el concepto de ciudadanía, la administración de justicia, el poder, la sexualidad, la familia, lo racial, etc. Babelizar el mundo desde una lógica anti-colonial, descolonizadora, no colonial, sin pretensiones imperiales y de dominación, reconociendo la diversidad y la diferencia en el mundo pluriverso de la especie humana en su relación con la naturaleza.

Por esta razón hay que ser conscientes de que los derechos humanos occidentales son una forma más entre otras de lucha por la dignidad. No es el único discurso de resistencia y de emancipación para las mayorías sociales oprimidas de todo el mundo. Existe una heterogeneidad y una pluralidad de actores sociales y formas de movilización social que se enfrentan a los complejos modos de dominación heterárquicos y que abren, articulan e intentan consolidar diversos procesos de lucha a favor de sus particulares conceptos de dignidad dentro y fuera de los cauces institucionales, seculares y burocráticos. Panikkar afina con claridad al explicar metafóricamente que los derechos humanos son la ventana con la que la cultura occidental traduce su idea de orden justo. Existen otras ventanas con sus propias visiones sobre la justicia. Por eso deben complementarse (PANIKKAR, 2004, p. 228). Todas las culturas poseen diversas concepciones sobre la dignidad humana, pero no todas ellas las conciben en forma de derechos humanos. Múltiples son las experiencias culturales y políticas en los países del sur global en las que los movimientos sociales de resistencia son los protagonistas desde bases ideológicas diferentes a las referencias culturales y políticas occidentales predominantes. Lo que hay que hacer es buscar los denominadores comunes y las diferencias existentes entre los derechos humanos generados en Occidente y aquellos equivalentes isomórficos que tienen un parecido estadio o nivel de importancia en las culturas que los defienden.

Asimismo, Raúl Fornet Betancourt afirma que los derechos humanos representan una energía liberadora de la humanidad, no siendo motivo de objeción para reconocer su contenido emancipador, el hecho de que su origen histórico se sitúe en el seno de la historia de Occidente. Para el filósofo cubano-alemán, los derechos humanos no son un fruto nativo que hubiese crecido sin más en el suelo cultural europeo. Son expresión de su tradición alternativa liberadora. Y más bien representan una conquista que ha tenido que ir siendo lograda en y por la lucha por la propia cultura contra las resistencias de los poderes establecidos en ella como factores de orden social y político. La historia de los derechos humanos, forma parte de la cultura humana de la memoria de liberación a partir de las reacciones surgidas de experiencias humanas violentadas. Transmite un capítulo histórico humano de la memoria liberadora que se encarna en la lucha que desarrollan y tienen los seres humanos oprimidos y que sufren injusticias (FORNET- BETANCOURT, 2001).

Desde otro punto de vista, el sociólogo del derecho belga Cristoph Eberhard señala que la historia de Occidente con sus defectos, ha desarro-

llado los derechos humanos a través de su cultura e historia, encontrando en su tradición algo universal (el respeto por la vida humana, el ideal de la fraternidad comparte algo más, pues hunden sus raíces en lo más profundo de la experiencia humana). Por esta razón no hay que desconstruir la visión occidental de derechos humanos, negando su universalidad, sino enriquecer este enfoque a través de perspectivas culturales diferentes, con el fin tanto de aproximarnos progresivamente hacia una práctica intercultural de los mismos, como de generar la apertura de nuevos horizontes para la vida buena de todos (EBERHARD, 2002). Pero no por ello la lucha por la dignidad de Occidente debe ser la voz cantante obligatoriamente. La historia de Occidente está llena de procesos internos y procesos externos de colonización e imperialismo donde los colectivos o grupos que se resistieron a su influencia y como protección de sus tradiciones, han sufrido represalias políticas, discriminaciones económicas de todo tipo e incluso técnicas de eliminación y destrucción genocida. Esta historia ha ido de la mano del surgimiento y de la posterior universalización del ideal de los derechos humanos. Tal como ya hemos dicho, pese a su componente emancipador, su contexto de desarrollo por el mundo ha tenido también una cara de dominación. Por esta razón son muchas las culturas y los grupos étnicos e indígenas que son recelosos a la hora de utilizar una figura que ha estado asociada a procesos de conquista, robos, pillaje, expolios y guerras. Cuestionan a los derechos humanos como posible instancia universal que permita dar cuenta de todas las expresiones culturales relacionadas con ideales de emancipación, liberación y dignidad humana.

Como un intento aglutinador intercultural, Boaventura de Sousa Santos apuesta por una lucha contra-hegemónica de los derechos humanos que mira por las mudanzas estructurales y sociales que son responsables por la producción sistemática del sufrimiento humano injusto y que reaccionan contra diversos modos o sistemas de opresión. Se trata de luchas contra el poder y sus excesos, la injusticia y la opresión ocurra donde ocurra. Para facilitar su recuperación y su entendimiento, Sousa Santos y también Panikkar, abogan por una hermenéutica diatópica con la que articular lugares de concurrencia y encuentro interculturales abiertos a la alteridad por medio del diálogo, críticas recíprocas, fecundaciones y enriquecimientos mutuos (SANTOS, 2013, p. 105, 122 y 134; PANIKKAR, 2004, p. 237).

Evidentemente, cuando se habla de áreas de concurrencia, de preocupaciones isomórficas mutuamente, de puntos o parámetros interculturales y de equivalentes homeomórficos recíprocamente inteligibles, los

riesgos de imposiciones hegemónicas y de dobles discursos excluyentes aparecerán a cada instante, porque siempre tendemos a mirar desde nuestros propios horizontes de sentido, desde nuestras propias ventanas culturales. De ahí que esta pluriversalidad dialógica y de confluencia sea tan difícil de construir y deba hacer referencia a aquella dimensión de la realidad a partir de la cual se puede conocer si los procesos de desarrollo, encuentros y conflictos interculturales provocan situaciones de marginación, discriminación y exclusión social en todas sus esferas y dimensiones. Ese lugar lleno de riesgos, incertidumbres, avances y retrocesos podemos encontrarlos en distintas versiones sobre la dignidad y en la figura de derechos humanos que hay que articular y enseñar sin la intención de homogenizar con una idea de unidad, sino respetando las diferencias y su base relacional e histórica.

b) Por otro lado, pero muy relacionado con lo anterior, es que uno de los fundamentos esenciales o centrales de los derechos humanos reside en la fuente que le da origen y los mantiene vivos: la praxis de liberación. En este sentido, los derechos humanos tienen en su reclamación a uno de sus componentes más importantes. Según Ellacuría la mejor forma y el método más adecuado para percibir un derecho humano real y dinámico es el de negar aquella condición de esclavitud, debilidad y opresión que viola una dimensión vital y existencia de los seres humanos que se traduce y significa en términos de dignidad, de libertad o de derechos, ya que este estado o condición negadora es la que ofrece un dato temático primario que sirve de fuente no solo de análisis, sino, principalmente, para poder hacer justicia enfrentándola y, de modo dialéctico, anulándola, mediante su superación crítica y transformadora. Por ello, la situación de sufrimiento e injusticia exige vislumbrar el problema de los derechos humanos desde lo que es la raíz más profunda de esa realidad negadora que produce el daño y la inferiorización de unos sujetos por otros, pues la condición de esclavo, débil u oprimido no cae del cielo ni es *«primigenia, ni tampoco consiste en una mera carencia, sino que es derivada de un estricta privación, de un despojo múltiple y diferenciado, socio-históricamente producido»* (ELLACURÍA, 1969-1989, p. 298-299).

La comunidad de víctimas que sufre distintos procesos de inferiorización, dominación, marginación, humillación y exclusión y que busca subvertir el sistema que le niega las condiciones para la producción, reproducción y desarrollo de una vida digna de ser vivida es la que produce la praxis de liberación. Va más allá del protagonismo del estado o de la naturaleza

humana como fundamento de lo universal (ROSILLO, 2014, p. 122-123 y 151). El «sujeto por antonomasia de la praxis de liberación es la víctima que, adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida» (ROSILLO, 2014, p. 110). Por lo general, los discursos y las prácticas de los derechos humanos se hacen hegemónicos de arriba abajo, desde las instancias de poder. Por medio de la liberación, se invierte el proceso para que sea desde abajo desde donde irradiar las luchas de resistencia, legitimándolas y articulándolas para que la vigencia de los derechos humanos sea más social que jurídica (RODRÍGUEZ, 2011, p. 289 y 300). De ahí la importancia de las transferencias de poder a las que aludía Helio Gallardo y desde las tramas sociales y las relaciones que son la base de las dinámicas de emancipación y liberación. No se puede hablar de un real pluralismo cultural sin un verdadero pluralismo socio-material, económico, político (PANNIKAR, 2004, p. 210) y epistémico asentado sobre lógicas y espiritualidades en las que los seres humanos son considerados y consideran a sus semejantes como sujetos que dotan de carácter a sus propias realidades. Los seres humanos deben tener derecho a hacer sus propios mundos diferenciados, babelizando sus entornos de relaciones sin hegemonías ni rostros coloniales unitarios monoculturales e impositivos.

Si resulta que históricamente, el motor del surgimiento y la reivindicación de un derecho está en la lucha social de los oprimidos y de las víctimas, uno de los fundamentos principales de los derechos humanos se encuentra en los movimientos sociales, en las sociedades civiles emergentes y en sus movilizaciones contestatarias frente a un agravio, un daño o una realidad negativa que los ahoga, oprime y limita. Los actores sociales y los sujetos socio-históricos protagonistas, como, en principio, la burguesía, y posteriormente la clase trabajadora, los pueblos indígenas, el campesinado y las mujeres feministas –por mencionar sólo algunos–, en sus luchas intentan alcanzar una incidencia política y cultural que puede institucionalizar sus reclamos no solo jurídicamente, sino sobre la base de la eficacia social real y factible (GALLARDO, 2008, p. 31 y 34).

Resulta necesario y central potenciar en todas las culturas y formas de vida las dimensiones no coloniales e impositivas instituyentes y soberanas de los sujetos populares a todos los niveles: desde la acción jurídica estatal, luchando por hacer efectivos los derechos reconocidos por las normas, como a nivel no jurídico y social a partir de la articulación de relacio-

nes, producciones y mediaciones humanas que concreten los derechos en la fase previa a la violación de los derechos (ámbitos pre-violatorios), con o sin el apoyo de políticas públicas y sean o no sean reconocidos por las normas jurídicas. Son las luchas de resistencia frente a órdenes diversos de poder y sus excesos en contextos múltiples y heterogéneos que pueden ser traducidas como reivindicaciones de derechos humanos o de demandas de reconocimiento de dignidades humanas equivalentes. Estas se dan en todas las culturas no solo en el marco del sistema capitalista colonial y moderno. Por ello hay que enfrentar a todos los niveles las heterarquías de dominación u opresión étnico-racial, de clase, de género, etaria, cultural, etc., tanto producidas con motivo de la matriz colonial occidental, como las generadas al interior de los sistemas de dominación de las culturas o formas de vida no occidentales.

Históricamente en todas las culturas han existido y existen otras epistemologías, otras racionalidades, otros saberes, otros modos de producción y distribución, otras miradas y espiritualidades, otras formas de entender las relaciones humanas y de institucionalizarlas y simbolizarlas. Las hay con más o menos pretensiones hegemónicas y homogéneas. Pero de lo que se trata es de que, interculturalmente, se recuperen y se den las condiciones de posibilidad para que aquellas culturas y formas de vida más emancipadoras y liberadoras, aquellas que reconozcan más ámbitos de reciprocidad y reconocimientos mutuos entre los seres humanos, las más solidarias y fraternales, las que más protegen la supervivencia de la naturaleza y a la humanidad, sean las que realmente se conviertan en el poder constituyente del mundo, a partir del reconocimiento de que la pluralidad y la diversidad son las riquezas del *homo sapiens-demens*, usando la expresión de Edgar Morin.

Los derechos humanos junto con otros procesos de lucha por la dignidad humana contextual e histórica, deben contribuir al desarrollo de propuestas y miradas interculturales que desde el respeto y la capacidad de los seres humanos de dotar de sentido a sus propias realidades en tanto sujetos plurales y diferenciados, defienden divisiones del ser, del saber, del poder y del hacer humanos no de-coloniales y basadas en solidaridades y reciprocidades que no reniegan de ámbitos de encuentro comunes interculturales, enfrentando un modo de interpretar lo universal de manera aparentemente inclusiva y en abstracto y basado en asimetrías concretas de carácter racista, clasista y patriarcal. Se trata de luchas y prácticas simbolizadas que colisionan, tal como hemos intentado reflejar, con un discurs-

so, un imaginario y una práctica que incluso ofrece opciones de defensa del pluralismo y de la diversidad, pero desde un criterio cerrado y excluyente de lo universal, no abierto a otras expresiones étnicas, productivas, sexuales, genéricas, culturales e identitarias. Por ello el horizonte de los derechos humanos hay que enmarcarlos en un mundo Babel anti-heterárquico, descolonizado y de liberación.

Finalmente, derechos humanos y los universalismos de las luchas de resistencias hay que entenderlas como expresiones situacionales que nacen y se desarrollan desde el comportamiento humano y el testimonio de la gente, no desde los discursos y las teorías, que son una parte mínima de la experiencia. Un imaginario y una praxis pluriversal, diatópica y de confluencia debe cultivar el respeto de la diferencia en espacios en los que desde ellas permita en igualdad de condiciones a todos los sujetos humanos poder crear, significar, recrear y hacer mundos plurales en lo étnico, lo cultural, lo sexual, lo libidinal, lo social, lo económico, lo político, lo epistémico y lo espiritual.

REFERENCIAS

ALMEIDA Gregorio J. Pérez Almeida, Los derechos humanos desde la colonialidad del poder; en VV.AA. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico: reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. Caracas: Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá, 2011.

ANZALDÚA, Gloria. *Borderlands/La Frontera: The New Mestiza*. San Francisco: Aunt Lute, 1989.

BOURDIEU, Pierre. *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama, 1999.

CASTRO-GÓMEZ, Samuel. *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana, 2003.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. Sao Leopoldo: Unisinos, 2009.

EBERHHARD, Christoph. Derechos humanos y diálogo intercultural, en Manuel Calvo García (Coord.). *Identidades culturales y derechos humanos*. Madrid: Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, 2002.

ELLACURÍA, Ignacio. Historización de los derechos humanos en los países subdesarrollados y oprimidos. En SENENT DE FRUTOS, Juan Antonio (ed.). *La lucha por la Justicia*. Selección de textos en Ignacio Ellacuría (1969-1989).

ELLACURÍA, Ignacio. Derechos humanos en una sociedad dividida. *Christus*, n. 527, 1979.

ETXBERRIA, Xabier. Los derechos humanos: universalidad tensionada de particularidad. En *Los derechos humanos, camino hacia la paz*. Zaragoza: Gobierno de Aragón, 1997.

FORNET-BETANCOURT, Raúl. *Hacia una filosofía intercultural*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2001.

GALLARDO, Helio. *Sobre las generaciones de derechos humanos*. Disponible en: <<http://www.heliogallardo-americalatina-info>>, consultado el 20 de septiembre de 2009.

_____. *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Gráficas Francisco Gómez, 2008.

GARCÍA, Erick L. Gutiérrez. Aportes para una visión liberadora de los derechos humanos desde una crítica intercultural. En VV.AA. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico: reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*, 2011.

GROSFUGUEL, Ramón. La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales: transmodernidad, pensamiento descolonial y colonialidad global. En SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, María Paula (eds.). *Epistemologías del Sur* (Perspectivas). Madrid: Akal, 2014.

HERRERA FLORES, Joaquín. *De habitaciones propias y otros espacios negados: una teoría de las opresiones patriarcales*. Bilbao: Universidad de Deusto, Instituto de Derechos Humanos, 2005.

_____. *Los derechos humanos como productos culturales*. Crítica del humanismo abstracto. Madrid: Los Libros de la Catarata, 2005.

LUGONES, María. Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, Bogotá, n. 9, jul./dic. 2008.

MÉDICI, Alejandro. *La constitución horizontal*. 2012.

PANIKKAR, Raimon. Seria a noção de direitos humanos um conceito universal? In: BALDI, César (ed.). *Direitos humanos na sociedade cosmopolita*. São Paulo-Recife-Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

_____. *Sobre el diálogo intercultural*. Salamanca: Editorial San Esteban, 1990.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad del poder y clasificación social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, María Paula (eds.). *Epistemologías del Sur* (Perspectivas). Madrid: Akal, 2014.

_____. Colonialidad del poder; eurocentrismo y América Latina. En LANDER, Edgardo (Comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, 2001.

RAJAGOPAL, Balakrishnan. *El derecho internacional desde abajo*. Bogotá: ILSA, 2005.

RODRÍGUEZ, Maryluz Guillén. La construcción hegemónica de los derechos humanos: una aproximación desde Gramsci. En VV.AA. *Los derechos humanos desde el enfoque crítico: reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*, 2011.

ROSILLO, Alejandro. *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*. México D.F.: Itaca, 2014.

RUBIO, David Sánchez. Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. *Derechos y Libertades*, Época II, n. 33, junio 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes. En SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, María Paula (eds.). *Epistemologías del Sur* (Perspectivas). Madrid: Akal, 2014.

_____. Por una concepción multicultural de los derechos humanos. *Memoria*, 101, Bogotá.

_____. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2013.

SEMENT DE FRUTOS, Juan Antonio. Historización de los derechos de los pueblos oprimidos y las mayorías populares. En *La lucha por la Justicia*. Selección de textos en Ignacio Ellacuría (1969-1989). Bilbao: Universidad de Deusto, 2012.

YOUNG, Marion Iris. *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra, 2000.

A DIALÉTICA SOCIAL DO DIREITO COMO MÉTODO DESCOLONIZADOR DO SABER JURÍDICO NA AMÉRICA LATINA

Diego Augusto Diehl

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília.
diegoadiehl@yahoo.com.br

Gladstone Leonel Júnior

Doutor em Direito pela Universidade de Brasília. Professor de Direito da
Universidade Católica de Brasília. gleoneljr@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o objetivo de demonstrar de que modo o pensamento jurídico de Roberto Lyra Filho pode ser incorporado como uma contribuição crítica à chamada teoria jurídica pós-colonial (ou de-colonial), ainda que o criador da “Nova Escola Jurídica brasileira” não tenha utilizado propriamente as categorias dessa escola de pensamento crítico.

O argumento fundamental para a defesa da pertinência do pensamento de Lyra Filho para a teoria jurídica pós-colonial encontra-se na crítica e consequente superação do positivismo jurídico, em prol de uma *dialética social do Direito*. Como teoria viva e em constante processo de discussão, rediscussão e aprofundamento teórico, o artigo defende um aprofundamento da proposta *lyriana* para uma *analética social do Direito*, calcada por um lado na filosofia da libertação latino-americana, e, por outro, no *giro descolonizador* promovido nas ciências sociais nos últimos vinte anos.

Iniciaremos o debate com uma revisão necessária sobre o processo histórico e social de produção do pensamento positivista, do qual o juspositivismo é um dos braços teóricos fundamentais. Como produto da ascensão do capitalismo industrial, o positivismo é gestado na Europa e assimilado na América Latina sob o contexto da *colonialidade do poder e do saber*, que deve ser desvelada de forma consequente para que se torne possível a construção de uma teoria crítica e descolonizada do Direito.

2 POSITIVISMO E O “PÓS-POSITIVISMO”: A COLONIALIDADE DO SABER JURÍDICO ONTEM E HOJE

Seguindo o raciocínio apresentado por Leopoldo Zea (1976), pode-se dizer que a história guarda consigo um papel fundamental para a constituição ontológica do ser humano. É a partir do estudo e da compreensão da dialética da história (que é essencialmente humana) que se torna possível compreender o passado, o presente e o futuro.

A partir da chegada do europeu à América, passou-se a constituir uma visão da história que negava toda a história anterior construída pelos povos originários, incorporando apenas aquilo que o europeu admitia enquanto tal. A visão social de mundo dominante no período da conquista da América é marcada pela noção de *Cristandade* (DUSSEL, 2007), porém com uma diferença fundamental em relação ao período anterior: forma-se nesse período uma racionalidade marcada por um mito encobridor, um mito sacrificial, que justifica a violência contra os povos originários e os saques promovidos no Novo Mundo como os passos necessários para o processo de “humanização”, ou de “civilização” (DUSSEL, 1994).

Constitui-se nesse processo uma série de relações sociais e de visões sociais de mundo correspondentes, marcadas pelo chamado *colonialismo interno*, que ocorre nos campos econômico, político, social e cultural, e é produzido a partir das relações estabelecidas com os povos conquistados que não são completamente dizimados, mas submetidos às relações políticas, sociais e econômicas de desigualdade, dominação e exploração. Não raro, nesse processo se combina a exploração de classe com a exploração entre diferentes nações (GONZÁLEZ CASANOVA, 2007).

Em termos da estrutura social, tal processo leva à formação de uma elite colonial local, que já na fase do capitalismo industrial do séc. XIX se transformará numa “burguesia consular”, também chamada “compradora”, que atua como mero apêndice dos agentes do capital produtivo, vivendo à base de rendas obtidas em virtude da propriedade da terra, da concentração de cargos estatais, da participação acionária em empreendimentos estrangeiros etc. Essa burguesia consular acaba por reproduzir o colonialismo interno, que além de reproduzir as estruturas de dominação de classe, também estabelece determinados padrões de opressão étnica, justamente para viabilizar a exploração econômica inerente às economias dependentes (STAVENHAGEN, 1981).

A posição dessa camada social dominante nos países colonizados enseja a sua colaboração com as camadas sociais dominantes nos países centrais, com o fim de repartir as riquezas geradas pelo saque de recursos naturais dos países periféricos, e da exploração do trabalho escravo (de origem indígena ou africana), ou posteriormente do trabalho assalariado sub-remunerado e super-explorado (em geral dos descendentes dos povos dominados) (MARINI, 2000).

Essas relações econômicas e sociais produzem consigo uma série de visões de mundo, tanto nos países centrais como em suas colônias, e posteriormente nos países periféricos que conquistam a emancipação política. Por mais que nestas colônias e países periféricos as visões sociais de mundo sejam produzidas sob uma estrita dependência intelectual dos países centrais, não é possível afirmar, no entanto, que jamais tenha havido pensamento ou filosofia latino-americanos propriamente ditos (ZEA, 1969), como fizera Augusto Salazar-Bondy.

O que há, de fato, é uma *colonialidade do saber* que toma dos países centrais teorias que são mecanicamente transpassadas, ou meramente “adaptadas” ao contexto dos problemas observados nas sociedades periféricas, por mais espúrias que essas teorias sejam. Trata-se de um processo complexo, pois as formas de apropriação do pensamento dominante nos países centrais pelo pensamento das sociedades periféricas constroem sempre adaptações, interpretações e inovações, conforme o contexto dos problemas observados no plano local.

Exemplo disso é que, se na Europa houve um complicado processo de transição do pensamento escolástico típico da Cristandade feudal para um pensamento secularizado liberal que culminará posteriormente na filosofia positivista, na América Latina houve uma passagem praticamente direta do pensamento escolástico cristão para o positivismo. Se na Europa as chamadas “revoluções burguesas” foram orientadas por uma visão de mundo jusnaturalista burguesa e liberal, na América Latina as emancipações políticas foram operadas por elites locais orientadas pelo catecismo positivista, incorporado sob uma perspectiva própria de sua matriz europeia originária.

A colonialidade do saber traz consigo uma visão de mundo de caráter eurocêntrico, que acaba sendo assimilada pelos ideólogos das classes dominantes nas sociedades periféricas. A visão formulada pelos europeus da “Modernidade” contém em si quatro dimensões básicas (LANDER, 2000):

1. a visão universal da história associada à ideia do progresso, a partir do qual se constrói a classificação e a hierarquização de todos os povos e continentes, experiências históricas etc.;
2. a “naturalização” das relações sociais e da “natureza humana” da sociedade liberal-capitalista;
3. a naturalização ou ontologização das múltiplas separações próprias desta sociedade; e
4. a necessária superioridade dos saberes que esta sociedade produz sobre todos os saberes (*i.e.*, o paradigma científico).

As ciências sociais atuaram desde seu início como agentes do processo colonial europeu da Modernidade, naturalizando e universalizando as regiões ontológicas da cosmovisão liberal, e foram transplantadas à América por suas elites regionais, com o objetivo de extirpar tudo que constituísse o chamado “pré-moderno”, “tradicional”, “bárbaro” etc. Colocando estas expressões como produtos do passado, nega-se a elas a possibilidade de serem tidas como contemporâneas (SANTOS, 2002).

No plano do conhecimento, esse processo de colonialidade do saber é elevado à máxima potência com a transposição do pensamento positivista às sociedades periféricas. Seus grandes rivais nesse contexto foram o pensamento escolástico cristão (diante do qual assumia uma perspectiva progressista) e as visões sociais de mundo e as cosmologias dos povos e dos grupos sociais oprimidos (diante dos quais assumiu uma perspectiva reacionária e destruidora).

A adoção do positivismo na América hispânica se deu de forma muito mais dramática do que no Brasil. É que, se neste o positivismo se mostrava apenas como a teoria mais adequada à época para a compreensão da realidade, entre os países de colonização espanhola tratava-se de um programa político, dentro de processos de independência bastante violentos (ZEA, 1976).

Cada país continha nesse programa político determinadas reivindicações e aspirações. Se na maioria deles o positivismo era uma bandeira que visava à concretização de programas liberais de governo, há ainda casos específicos em que a perspectiva era ora de construção de um projeto nacional autêntico, ora de desenvolvimento econômico estrito.

Na filosofia do Direito, ocorre nesse período o rechaço do jusnaturalismo (típico dos períodos pré-revolucionários), e apologiza-se a ordem

jurídica instituída, sob a perspectiva comteana de que apenas com a ordem social é que seria possível o progresso nacional. Dentro dessa apologia há uma perspectiva reformista e de busca do progresso social, que se verifica inclusive na perspectiva de reforma do ensino jurídico, tido até então como estritamente palavresco e pouco dado à cientificidade do objeto de estudo jurídico.

A educação assume um papel fundamental para o positivismo, sob a perspectiva de *uniformizar* culturalmente os indivíduos, conferindo-lhes as mesmas perspectivas que lhes viabilize o convívio social harmônico. O consenso político do final do século XIX baseava-se em ideias sociais e filosóficas que proclamavam o triunfo da ciência na América Latina. Para o positivismo, o método científico é o único que efetivamente produz conhecimento, a partir de um método baseado no empirismo e sem apriorismos. Nesse sentido, diante dos preconceitos reacionários das elites agrárias, o positivismo figurou como um pensamento avançado, produzido por uma pequena burguesia liberal urbana, ainda que também submetida, de diferentes formas, à colonialidade do poder e do saber (LOVE, 1996).

A elite dominante na América Latina passou a ser educada dentro dos marcos teóricos do positivismo, o que gerou uma mudança estrutural que afetou profundamente países como o México, por exemplo, que até então tinha uma universidade com uma estrutura da Reforma no meio do século XVIII. A partir da fundação da Escola Nacional Preparatória, no ano da restauração da República em 1867, pelo presidente Juárez, deu-se o passo decisivo para a superação da dominação ideológica da cristandade. Na Argentina, em 1870, o presidente Sarmiento cria a Escola Normal do Paraná, sob inspiração teórica positivista. No Brasil, a Escola Militar torna-se instituição autônoma em 1874, também sob orientação positivista e republicana, conforme a influência que exercia à época Benjamin Constant. No Chile, o Instituto Pedagógico da Universidade do Chile é criado em 1889 sob os mesmos marcos.

São três as características gerais da teoria educacional positivista: 1) a ênfase no ensino “enciclopédico” sob ordenada hierarquia dos sujeitos; 2) crescente cisão entre estudos humanísticos e científico-práticos; 3) o secularismo e a educação sob controle estatal. Segundo os positivistas, o conhecimento das ciências encorajaria a ordem social e psicológica, contra as doutrinas desintegracionistas do século XVIII (BETHEL, 1996).

O positivismo assume, portanto, um papel social e político que pode ser tido historicamente sob a perspectiva dialética de uma teoria

progressista e conservadora ao mesmo tempo. Seu papel progressista foi cumprido no combate às perspectivas religiosas ou convencionalistas, em prol de uma visão social de mundo secularizada e pós-convencional¹. Seu conservadorismo, por outro lado, encontra-se no seu caráter apolo-gético em relação à ordem vigente, configurando-se como um pensamento útil à elite dominante, que invisibiliza as classes e os grupos sociais oprimidos ou excluídos.

No plano do saber jurídico, isso ocorre a partir do momento em que o objeto de conhecimento (o direito como fenômeno social) é restrito ao seu aspecto estatal, como ordenamento normativo vigente, deixando de lado os demais campos sociais não estatais que também produzem normas sociais sob a conformação de normas jurídicas. Ademais, o direito estatal em si deixa de ser analisado em sua dinâmica geral de produção social, já que a ciência positivista do Direito se restringe a analisar o “direito posto”, e não os processos políticos e sociais de produção do Direito.

O normativismo kelseniano, ou o modelo de regras de Hart, podem ser concebidos nesse sentido como as mais consequentes teorias positivistas já produzidas, pois, além de desconsiderarem o fenômeno do pluralismo jurídico, concebem uma noção epistemologicamente “pura” e “neutra” da ciência jurídica. Uma “teoria pura do Direito” é possível não porque o objeto do saber seja puro, mas porque a teoria é metodologicamente pura, diferenciando *ciência do Direito* de *política do Direito*.

O fato de atualmente o positivismo ser considerado uma perspectiva teórica em processo de declínio não permite afirmar que a colonialidade do saber tenha deixado de se refletir no pensamento social e jurídico dos países periféricos. Pelo contrário, diversas teorias produzidas na atual fase de globalização neoliberal representam o ponto culminante de um longo processo de colonialidade do saber iniciado na América Latina com o processo da conquista e da colonização (QUIJANO, 2002). Como veremos adiante, grande parte das chamadas teorias jurídicas “pós-positivistas” pode ser compreendida dessa forma.

Para a instituição da subjetividade moderna era necessária a supressão de todas as diferenças e a construção de um determinado padrão identitário, configurado na subjetividade “racional” à *la* Weber. Agora, no período da reconstrução das relações sociais, numa perspectiva globaliza-

¹ Para a teoria do direito, esse é um aspecto fundamental, pois o fenômeno jurídico deixa de ser produto da “vontade divina” com direitos previamente existentes, para se tornar um produto política e socialmente construído.

da e pós-moderna, o projeto é, ao contrário, a *produção* destas diferenças, o que é uma exigência sistêmica do capital global (CASTRO-GÓMEZ, 2000).

As ciências sociais vêm, mais uma vez, atender a tais exigências, sobretudo a partir da desconstrução de toda macroteoria em nome da construção de diversas microteorias. Nega-se a categoria filosófica da Totalidade, e é considerado “politicamente incorreto” tratar de conceitos como “classe”, “sistema-mundo”, “colonialismo”. Ao revés, o “politicamente correto” seria tratar da “fragmentação do sujeito”, a hibridização das formas de vida, a articulação das diferenças, o desencanto em relação aos metarrelatos.

A grande tarefa atual para as ciências sociais – a ciência jurídica incluída – consiste em aprender a tratar da *Totalidade* sem recair no essencialismo ou no universalismo dos metarrelatos. É de seguir na tarefa da “descolonização” das ciências sociais, que, ainda que não seja uma tarefa tão nova colocada aos intelectuais da periferia, configura-se de forma ainda mais estratégica no atual período, de reconstituição das relações sociais e das ciências sociais como um todo (CASTRO-GÓMEZ, 2000, p. 246).

3 DIALÉTICA SOCIAL DO DIREITO: A DESCOLONIZAÇÃO DO SABER JURÍDICO A PARTIR DE ROBERTO LYRA FILHO

A colonialidade do saber jurídico se manifesta, portanto, no plano da definição de seu objeto de estudo (o fenômeno jurídico) e por meio da metodologia de análise (plano epistemológico). Se o positivismo jurídico restringe seu objeto de estudo às normas jurídicas estatais, metodologicamente analisadas a partir de construções axiológicas pretensamente “neutras”, as chamadas teorias “pós-positivistas” em geral logram avançar apenas sob a perspectiva epistemológica da ciência jurídica.

Desse modo, autores contemporâneos que resgatam os valores para o Direito, tais como Dworkin (2007), Alexy (2005) ou Perelman (2004), ainda reproduzem a perspectiva dominante da restrição do fenômeno jurídico às normas jurídicas reconhecidas pelo Estado como tais. Desse modo, inviabiliza-se o reconhecimento da juridicidade de determinadas normas sociais não estatais, o que não deixa de ser uma fonte de poder: no caso, trata-se do poder social de “conferir” *juridicidade* a determinadas relações sociais.

À medida que o campo jurídico nos países periféricos passa cada vez mais a substituir os teóricos positivistas por estas teorias “pós-positivis-

tas”, está-se na verdade reforçando o processo de colonialidade do saber jurídico, já que, dentro do campo, apenas é conferida consistência às interpretações e teorias que se filiem a alguma dessas “novas” perspectivas. É por esse motivo que é possível afirmar que o rompimento com o positivismo não enseja por si só o rompimento com a colonialidade do saber, que permanece ligada à colonialidade do poder social de definição do que vem a ser precisamente o objeto jurídico da ciência do Direito.

Por isso, Roberto Lyra Filho pode ser considerado um crítico não apenas do positivismo kelseniano, mas também das perspectivas chamadas “pós-positivistas” que mantêm a restrição do objeto do saber jurídico às normas estatais. Esse fator faz com que Lyra Filho (1981, p. 1) considere tais perspectivas igualmente positivistas, ainda que sob vertentes distintas:

O positivismo tem, pelo menos, três subgrupos: o positivismo lógico, de timbre legalista; o positivismo historicista e sociologista, que se arrima em doutrinas superadas, nas próprias ciências sociais; e o positivismo psicologista, no qual os fenômenos exteriores tendem a esbaratar-se, e a ênfase é dada a sentimentos e intuições subjetivas.

Vale a pena citar o trecho a seguir produzido pelo referido autor, que logra assim superar todas as teorias tidas atualmente como superadoras do positivismo kelseniano:

O positivismo lógico parte das leis ou, subsidiariamente, de outras tantas normas sociais da ordem instituída, numa espécie de hierarquia, que culmina em ordenamento único, pleno, hermético e consagrado, sob a égide estatal. As raízes sociais, a dinâmica dos grupos e das classes, ou não entram em linha de conta, ou ficam atadas e limitadas, pois, em todo caso, prevalece a voz do Estado. Nesta perspectiva, o Direito não existe antes do Estado, e não paira acima dele. Sobre tal produto, incide a Hermenêutica: interpreta-se, mais ou menos flexivelmente, o que vem disposto no terreno chamado de *lege lata*, para a aplicação espontânea, ou contenciosa (através dos órgãos da jurisdição estabelecidos e segundo ritos pré-formulados). No máximo, há que saber o que rezam as normas ou compatibilizar tudo o que elas exprimem, num sistema livre de contradições – duas tarefas não isentas de dificuldades. Se falharem, como falharam, os instrumentos da Hermenêutica mais antiga, apela-se para o requinte da Nova Lingüística; aplica-se o arsenal da semiótica; adota-se a análise estrutural abstrata; formula-se, até, uma lógica especial, deontológica, ou se faz a acomodação numa lógica do *razonable*; estudam-se os discursos da Ciência dogmá-

tica do Direito, tanto quanto o da norma ou da sentença, à luz de Nova Retórica. Mas, de nenhum modo, se ultrapassa o marco normativo, nem se elimina a reverência, diante do poder instituído e imperante. (LYRA FILHO, 1981, p. 17)

A dialética social do Direito, proposta como método de análise do fenômeno jurídico, configura-se, portanto, como uma contribuição efetiva de Lyra Filho à descolonização do saber jurídico, pois amplia o rol de relações sociais às quais o poder social da juridicidade é devidamente reconhecido. O Direito deixa de ser produzido de forma restrita ao âmbito estatal, que, segundo sua perspectiva tributária do pensamento de Marx, é o espaço social de controle das classes e grupos sociais dominantes. Pelo contrário, o Direito é concebido como produto da luta das classes e grupos dominados e dominantes, enquanto parte de um processo histórico dialético:

O Direito é processo, dentro do processo histórico, e, como este, um processo dialético; é a expressão, num ângulo particular e inconfundível, da dialética de dominação-libertação, que constitui a trama, o substrato e a mola do itinerário humano, através dos tempos. A injustiça que um sistema institua e procure garantir, às normas em que verta o interesse das classes e grupos dominadores, a pretexto de consagrar o interesse comum, opõem-se outros projetos e institutos jurídicos, oriundos de grupos ou classes dominadas, e também vigem e se propagam e tentam substituir os padrões de convivência impostos por quem monopoliza o controle social prevalecente. As duas elaborações, que se cruzam, atritam, acomodando-se, momentaneamente, e afinal chegando ao ponto de ruptura, integram e movimentam a dialética do Direito. (LYRA FILHO, 1981, p. 7)

Dessa forma, na visão de Lyra Filho, o campo jurídico em si é construído desde o primeiro momento em que ocorre o convívio social entre seres humanos. No entanto, a pluralidade de ordenamentos jurídicos em conflito e disputa ocorre apenas com o advento das sociedades divididas em classes sociais:

[...] os ordenamentos jurídicos plurais e conflituais advêm precisamente da sociedade classista, pois não existiam antes dela, nem se há de supor que permaneçam depois. Nas comunidades primitivas, a dialética social das normas, inclusive as jurídicas, tem seu arranco unitário, cuja divisão vai depois acompanhar as vias de organização dos modos de produção asiático ou escravagista. (LYRA FILHO, 1980, p. 19)

Tampouco o criador da Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR) recai na pretensão de neutralidade metodológica na análise do fenômeno jurídico. A dialética social do Direito de Lyra Filho concebe a interpretação jurídica desde a perspectiva de uma sociologia do conhecimento, adotando como referencial ético o ponto de vista das classes e grupos sociais oprimidos e explorados da sociedade vigente.

Numa sociedade que assim se divide em classes e grupos, de interesses conflitantes, o direito não pode ser captado, em sua inteireza, sob a exclusiva ótica da classe dominadora. Nem há, em todo caso, um só conjunto de normas sociais, sem contradições. Há, pelo contrário, uma pluralidade de ordenamentos que aspiram a definir o que é propriamente jurídico, isto é, o direito válido, eficaz e corretamente formalizado. Esses ordenamentos lutam pela hegemonia, cujas condições de triunfo ou legitimidade sempre dependem da natureza dos posicionamentos e interesses que as normas refletem. (LYRA FILHO, 1980b, p. 6)

Há na teoria de Lyra Filho, portanto, uma teoria da interpretação do Direito, e também uma teoria sobre produção social e política do Direito estatal e do Direito não estatal. A referência fundamental dessa produção jurídica são os espoliados e oprimidos, que, a partir de seus processos próprios de conscientização e mobilização, lutam pela afirmação de novos direitos e por seu reconhecimento no plano estatal. A ação coletiva organizada da *comunidade de vítimas* (DUSSEL, 2000), que passa a se descobrir enquanto tal e verificar a efetiva injustiça que lhes acomete, faz com que a legitimidade do sistema dominante como um todo seja colocada em xeque. “A conscientização dos destituídos expõe as contradições da estrutura e, diante da esclerose institucional, leva o Direito dos espoliados e oprimidos a procurar a sua realização, fora, acima e até contra o conjunto de leis” (LYRA FILHO, 1985, p. 8).

Esse esforço de identificação da essência de cada ordenamento jurídico e do seu modo de interação conflitiva com os demais ordenamentos é, portanto, uma tarefa de investigação científica e filosófica que está muito além das propostas trazidas pelas filosofias especulativas, ou ainda por teorias jurídicas que não se sustentam em pesquisas sociais mais amplas.

Em síntese, a base de toda dialetização eficaz há de ser uma ontologia dialética do direito, sem eiva de idealismo intrínseco e sem com-

partimentos estanques, entre a síntese filosófica, a análise da dialética social das normas, em ordenamentos plurais e conflitivos e sob o impulso da práxis libertadora. (LYRA FILHO, 1980, p. 42)

É precisamente a partir deste ponto que a dialética social do Direito, proposta por Lyra Filho, como teoria viva e em processo de constante construção, pode ser incrementada por aportes fundamentais da filosofia da libertação latino-americana, que, a partir da crítica à ontologia tecida pioneiramente por Levinas (1980), produziu uma superação da própria dialética, em prol de uma *ana-lética*. Trata-se, portanto, de avançar a teoria lyriana para uma *analética social do direito*, o que as próprias categorias deixadas por Lyra Filho permitem realizar.

4 PARA UMA ANALÉTICA SOCIAL DO DIREITO

Segundo Enrique Dussel (1996, p. 186), “Llamamos dialéctica ‘negativa’ al método o movimiento metódico que surge desde la negación de lo negado en la totalidad, y por ello su limitación estriba en tener en la misma totalidad la fuente de su movilidad crítica”. Assim, o movimento dialético promove a “negação da negação” dentro da estrutura da Totalidade vigente, e tem por função compreender essa mesma estrutura a partir da articulação dos diversos campos que lhe dão formato próprio, não mais como um “emaranhado de coisas e sentidos” como os fenômenos se nos apresentam na realidade cotidiana, mas propriamente como um todo estruturado no qual é possível identificar as mediações existentes e a sua estrutura interna de funcionamento.

Ocorre que a realidade não se resume à categoria da Totalidade, pois esta representa aquilo que é sistêmico, representa as relações sociais que se afirmam enquanto dominantes e excluem, invisibilizam ou mesmo destroem as demais relações sociais. A realidade social é conformada, portanto, pela Totalidade concreta e pela Exterioridade filosófica, que é o plano onde se situa a Alteridade, do Outro excluído pela Totalidade vigente.

A analética parte da interação entre a Totalidade e a Exterioridade, gerando a transformação da totalidade vigente em todos os seus diversos campos ônticos, dentre os quais se encontra também o campo jurídico. Ademais, enquanto método teórico, a analética pressupõe uma opção ética pré-origiária, em favor da Exterioridade, do oprimido pela estrutura do atual sistema-mundo vigente.

En la analéctica no es suficiente la teoría. En la ciencia y la dialéctica lo especulativo es lo constitutivo esencial. En la analéctica, por cuanto es necesario la aceptación ética de la interpelación del oprimido y la mediación de la praxis, dicha praxis es su constitutivo primordial, primero, condición de posibilidad de la comprensión y el esclarecimiento, que es el fruto de Haber efectiva y realmente accedido a la exterioridad (único ámbito adecuado para el ejercicio de la conciencia crítica). (DUSSEL, 1996, p. 187)

Uma “ontologia dialética do direito”, como propõe Lyra Filho, ensejaria em princípio a limitação do saber jurídico à Totalidade vigente, desconsiderando a Exterioridade e a Alteridade do outro como “absolutamente Outro”. Essa ontologia conseguiria compreender o processo da luta de classes dentro das relações sociais capitalistas em sentido amplo; no entanto, não conseguiria dar conta de uma série de outras relações sociais que não são funcionais à Totalidade vigente, e não são, portanto, reproduzidas pelo modo de produção capitalista, mas são, pelo contrário, destruídas pelo avanço do Capital.

Trata-se aqui de incorporar, de forma consequente, o projeto metafísico que a Exterioridade filosófica contém em si, e que se projeta também para o campo jurídico. As categorias vislumbradas por Lyra Filho já permitem resgatar a visibilidade de todas as Alteridades negadas pela Totalidade vigente. Basta que se concebam todos os “outros mundos possíveis”, mas que foram silenciados violentamente pela Modernidade ocidental.

Desse modo, é possível inclusive compreender o atual processo de luta pela afirmação das subjetividades secularmente negadas pelo processo de colonização, enquanto obrigações juridicamente reconhecidas no plano de Estados nacionais ou plurinacionais efetivamente emancipados (SANTOS, 2010). Trata-se do processo histórico-concreto de *libertação*, que enseja a ampliação do campo jurídico mediante o reconhecimento dessas subjetividades:

Segundo Dussel (1996, p. 76), a libertação “*no es una acción fenomenológica, intrasistémica; la liberación es la praxis que subvierte el orden fenomenológico y lo perfora hacia una trascendencia metafísica que es la crítica total a lo establecido, fijado, normalizado, cristalizado, muerto*”. Dessa forma, a construção de um Direito da libertação não é uma mera questão teórica, ou que possa ser “teoricamente resolvida”, mas é uma questão essencialmente ligada à *práxis* concreta, entendida como práxis de libertação da Exterioridade em relação à Totalidade vigente, dominadora.

Os novos direitos que são paulatinamente reconhecidos pela própria ordem jurídica hegemônica, ou mesmo o novo desenho institucional dos ordenamentos jurídicos de Estados que promovem sua descolonização interna (como são os casos da Bolívia, do Equador, da Venezuela etc.), com toda uma carga de princípios e valores absolutamente novos para o sistema de Direito vigente, podem, portanto, ser encontrados desde já na subjetividade dos oprimidos e dos excluídos. A partir do momento em que estes se tornam *politicamente vitoriosos* em suas demandas (ou seja, logram obter a hegemonia ao menos no campo da política naquele dado momento, e para aquele tema específico), passam então a *objetivar* tal condição a partir das transformações do sistema institucional, dentro do qual se encontra o sistema de Direito.

A investigação sobre as *tendências históricas* para as quais o sistema de Direito caminha já se encontra disponível, portanto, a partir da análise do próprio campo jurídico, desde que dentro deste se reconheça tanto o âmbito da Totalidade vigente, como o da Exterioridade oprimida, que luta pela transformação do sistema-base em seu projeto metafísico intrínseco. Os “novos direitos” surgem justamente da demanda dos movimentos populares e das diversas organizações dos “condenados da terra”, que, à medida que se conscientizam de sua condição de oprimidos, passam a formular reivindicações e programas políticos que serão reivindicados diante do sistema institucional vigente, que, ao não conseguir absorver tais aspirações, passará a sofrer cada vez mais profundas crises de hegemonia, que tenderão a produzir, mais cedo ou mais tarde, transformações em sua própria estrutura, de forma a atender tais reivindicações, ou a estabelecer concessões que logrem prolongar a condição de opressão e de dominação para futuras novas rodadas de conflitos em torno da transformação institucional.

El momento analéctico es la afirmación de la exterioridad: no es solo negación de la negación del sistema desde la afirmación de la totalidad. Es superación de la totalidad, pero no sólo como actualidad de lo que está en potencia en el sistema. Es superación de la totalidad desde la transcendentalidad interna o la exterioridad, el que nunca ha estado dentro. Afirmar la exterioridad es realizar lo imposible para el sistema (no había potencia para ello); es realizar lo nuevo, lo imprevisible para la totalidad, lo que surge desde la libertad incondicionada, revolucionaria, innovadora. (DUSSEL, 1996, p. 76)

Dessa forma, aquilo que até então seria o “impensável” dentro da estrutura da Totalidade vigente, e que sequer as filosofias ontológicas conse-

guiriam captar, eis que se tornam reivindicações concretas a partir da atuação organizada dos oprimidos. A Exterioridade traz em si o programa para a dissolução da Totalidade vigente, dominante e dominadora. Seu projeto jurídico é impensável dentro do sistema de Direito vigente, e se tornará “evidente”, “corriqueiro”, “cotidiano” dentro do novo sistema de Direito futuro, que se encontra por ser construído. E assim o era também antes do sistema de Direito edificado a partir das revoluções burguesas.

O direito do outro, fora do sistema, não é um direito que se justifique pelo projeto do sistema ou por suas leis. Seu direito absoluto, por ser alguém livre, sagrado, funda-se em sua própria exterioridade, na constituição real de sua dignidade humana. (DUSSEL, 1996, p. 49)

É, portanto, do exame das formas concretas de vida, bem como dos programas políticos e das aspirações sociais dos povos oprimidos que se torna possível a identificação das tendências históricas para o delineamento futuro do sistema de Direito. Apenas assim tornar-se-á possível “resolver” a contradição dialética colocada nos debates entre diversos autores de inspiração marxista, que se interrogam sobre a verdadeira essência do Direito e sobre sua manutenção (ou mesmo extinção) numa sociedade superior futura, sem exploração do homem pelo homem e, portanto, sem classes sociais.

Há que se considerar, ainda, que a *analética social do Direito* traz consigo ferramentas para compreender o processo complexo de intersecção do campo jurídico com os demais campos sociais existentes. Esses diferentes campos compõem e reproduzem a realidade social e estão em constante processo de contato e determinação mútua: “Assim como os campos se cruzam (o campo econômico pode se cruzar com o político), os sistemas de cada campo podem, por sua vez, cruzar-se entre si (o sistema capitalista pode cruzar-se com o sistema liberal ou com um sistema pós-colonial de elites formadas na dependência política)” (DUSSEL, 2006, p. 20).

Nesse emaranhado de campos que se determinam dinamicamente, é possível dizer que o campo da produção e reprodução da vida concreta (incorretamente limitado ao seu aspecto econômico, ainda que este seja fundamental) é tido como determinante dos demais, no seguinte sentido:

Na realidade, o espaço social é um espaço multidimensional, conjunto aberto de campos relativamente autônomos, quer dizer, subordinados quanto ao seu funcionamento e às suas transformações,

de modo mais ou menos firme e mais ou menos directo ao campo de produção económica: no interior de cada um dos subespaços, os ocupantes das posições dominantes e os ocupantes das posições dominadas estão ininterruptamente envolvidos em lutas de diferentes formas (sem por isso se constituírem necessariamente em grupos antagonistas). (BOURDIEU, 2009, p. 153)

Numa sociedade baseada na racionalidade moderna, concorrencial e com um mito sacrificial encobridor, tal como demonstrara Dussel (1994), também o campo jurídico é marcado por uma série de antagonismos e disputas pela hegemonia dentro do campo, o que se dá de forma combinada com as disputas travadas nos demais campos da realidade social. Dessa forma, segundo Bourdieu (2009, p. 212),

O campo jurídico é o lugar da concorrência pelo monopólio do direito de dizer o direito, quer dizer, a boa distribuição (nomos) ou a boa ordem, na qual se defrontam agentes investidos de competência ao mesmo tempo social e técnica, que consiste essencialmente na capacidade reconhecida de interpretar (de maneira mais ou menos livre ou autorizada) um *corpus* de textos que consagram a visão legítima, justa, do mundo social. É com esta condição que se podem dar as razões quer da autonomia relativa do direito, quer do efeito propriamente simbólico de desconhecimento, que resulta da ilusão de sua autonomia absoluta em relação às pressões externas.

Na medida em que os campos se entrecruzam, é certo que o campo jurídico é determinado, como se viu, pelo campo econômico, e é também determinado de maneira forte pelo campo político. Na verdade, há de fato uma relação intrínseca entre os campos político e jurídico, que figuram, de certa maneira, como o instituinte e como o instituído, respectivamente.

A práxis social demonstra que são os movimentos políticos que constituem os sistemas políticos institucionais, cuja objetivação enquanto norma social já é em si uma intervenção do campo político sobre o sistema de direito. Ou, conforme explicita Dussel (2006, p. 69-70):

Quando o poder indiferenciado (potentia) decide organizar-se institucionalmente, o exercício delegado do poder se determina em primeiro lugar como poder instituído (potestas) que, com relação a uma possível constituição, constitui-se a si próprio como poder constituinte (que se concretiza como assembléia constituinte). A constituição (que deve positivizar os direitos humanos) estabelece, por

sua vez, necessariamente um órgão que deverá ditar as leis. Assim nasce o Poder legislativo, que promulga e atualiza permanentemente o sistema de direito constitucionalmente. Por sua vez, o Poder judiciário interpreta o sistema do direito e o aplica aos casos singulares, resolvendo os conflitos que se apresentam na comunidade política. Todos os níveis indicados, e tornado ademais hábito na comunidade política de maneira estável, consensual e última instância normativa, cria um “Estado de Direito”.

O sistema de Direito é, portanto, uma objetivação política e social, e, ainda que o campo jurídico possua suas regras próprias e sua estrutura específica de funcionamento, de forma alguma ele pode ser tido como independente em relação aos demais campos. Conforme ensinou Pasukanis (1989, p. 8), “o direito, considerado como forma, não existe somente na mente das pessoas ou nas teorias dos juristas especializados; ele tem uma história real, paralela, que tem seu desenvolvimento, não como um sistema conceitual, mas como um particular sistema de relações”.

O campo jurídico passa a existir na medida em que o campo da produção material da vida permite uma complexificação da divisão social do trabalho, que passa da divisão sexual no âmbito das famílias e dos clãs, para uma divisão propriamente social, que gradualmente cindirá as sociedades em classes sociais distintas, umas baseadas no trabalho manual, e outras em geral dominantes baseadas no trabalho intelectual.

Na medida em que são criadas as possibilidades materiais de liberação de um crescente número de indivíduos do processo produtivo para o processo essencialmente especulativo (os religiosos, os intelectuais etc.) ou operacional (no caso da burocracia, dos “administradores da guerra” etc.), criam-se também formas institucionais que reproduzem a maior complexidade da divisão social do trabalho. É nesse contexto que nasce o campo jurídico propriamente dito, que se tornará autônomo (mas jamais independente) em relação aos demais campos.

O Direito surge como mediação no seio do complexo social total, e como um complexo autônomo com legalidade própria no momento em que a regulamentação dos conflitos sociais não é mais possível sem um estrato de especialistas que se encontre – pelo menos na aparência – acima das classes sociais e da sociedade. (SARTORI, 2010, p. 67)

O campo jurídico é constituído no âmbito da Totalidade concreta, e volta-se à reprodução das relações sociais existentes, tal como demonstram Bourdieu e Passeron (1992). Na medida em que se constitui ontologicamente, tal campo também produz uma Exterioridade correspondente, que é aquilo que arbitrariamente se estabeleceu como *fora do sistema jurídico*.

Atualmente, assim como a unidade de análise das ciências sociais não é mais o Estado-nação, mas sim o sistema-mundo (SEGRERA, 2000), a proposta de uma *analética social do Direito* também deve considerar o processo mundial de produção e reprodução das relações jurídicas. Nesse sentido, é possível vislumbrar a produção social e política do Direito no plano internacional por parte dos povos, classes e grupos sociais oprimidos, que passam a dialogar entre si como “comunidade de vítimas” que ativa o conceito de *interculturalidade* (WALSH, 2009), para além do ainda eurocêntrico “multiculturalismo” (RIBEIRO, 2000).

5 CONCLUSÃO

O giro descolonizador busca romper com toda perspectiva eurocêntrica, constituindo-se como alternativa teórica na América Latina às perspectivas que apenas reforçam o chamado *colonialismo interno*, dentro do qual se encontram a *colonialidade do poder* e a *colonialidade do saber*. Essas novas “epistemologias do Sul”, para utilizar a categoria proposta por Boaventura de Sousa Santos (2008), caracterizam-se pelos seguintes elementos (LANDER, 2000): uma concepção de comunidade e de participação assim como do saber popular, enquanto formas de constituição e como produto de uma episteme de relação; a ideia de libertação por meio da práxis, que supõe a mobilização da consciência, e um sentido crítico que leva à desnaturalização das formas canônicas de apreender o mundo; a redefinição do papel do investigador social e o reconhecimento do Outro como Si Mesmo, transformando assim a relação sujeito-objeto e o papel do ator social na construção do conhecimento; revisão dos métodos utilizados para conhecer a realidade; a perspectiva da dependência e também da resistência.

Compreendemos que a dialética social do Direito, proposta por Roberto Lyra Filho, enquanto teoria do Direito e enquanto método para a compreensão do fenômeno jurídico, pode ser concebida como uma contribuição à descolonização do saber jurídico, e como um programa inicial de estudos do Direito nas sociedades contemporâneas, podendo acoplar-se

a essa teoria as perspectivas do *giro descolonizador* e da *teoria do sistema-mundo*, de forma a conceber o processo atual de produção social do Direito como um processo *analético* marcado pela atuação de diferentes povos, classes e grupos sociais dominantes e dominados, que produzem de forma dinâmica os processos de afirmação do fenômeno jurídico.

Para romper com a colonialidade do saber jurídico, não basta, portanto, romper apenas com o positivismo jurídico de matriz kelseniana, ou com o modelo de regras à la Hart, mas trata-se de superar dialeticamente (ou analeticamente) todas as teorias denominadas “pós-positivistas” que acabam por reforçar a colonialidade do saber à medida que reproduzem a colonialidade do poder, enquanto poder social de distribuição seletiva do reconhecimento jurídico das relações sociais como relações propriamente jurídicas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 2. ed. São Paulo: Landy, 2005.

BETHEL, Leslie (Ed.). *Ideas and ideologies in twentieth century Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 12. ed. Tradução de Fernando Tomaz. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2009.

_____; PASSERON, Jean-Claude. *A reprodução: Elementos para uma teoria do sistema de ensino*. Tradução de Reynaldo Bairão. 3. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *Ciencias sociales, violencia epistémica y el problema de la “invención del otro”*. In: LANDER, Edgardo (Comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales – Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

DUSSEL, Enrique. *1492: el encubrimiento del otro – Hacia el origen del “mito de la modernidad”*. Conferencias de Frankfurt, Octubre, 1992. La Paz: Plural, 1994.

_____. *20 Teses de Política*. São Paulo: Expressão Popular/CLACSO, 2006.

_____. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Trad. de Ephraim F. Alves, Jaime A. Clasen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

_____. *Filosofía de la liberación*. 4. ed. Bogotá: Nueva América, 1996.

_____. *Política de la liberación: historia mundial y crítica*. Madrid: Trotta, 2007. v. I.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. Colonialismo interno (uma redefinição). In: BORÓN, Atilio A.; AMADEO, Javier; GONZALEZ, Sabrina (Orgs.). *A teoria marxista hoje. Problemas e perspectivas*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2007.

LANDER, Edgardo. Ciencias sociales: saberes coloniales y eurocéntrico. In: LANDER, Edgardo (Comp.) *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

LÉVINAS, Emmanuel. *Totalidade e infinito*. Lisboa: Edições 70, 1980.

LOVE, Joseph. Ideas and ideologies in twentieth century Latin America. In: BETHEL, Leslie (Org.). *Cambridge History of Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 1996.

LYRA FILHO, Roberto. *A Constituinte e a reforma universitária*. Brasília: Edições Nair, 1985.

_____. *O Direito que se ensina errado: Sobre a reforma do ensino jurídico*. Brasília: CADIR-UnB, 1980b.

_____. *Para um Direito sem dogmas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1980.

_____. *Razões de defesa do Direito*. Brasília: Obreira, 1981.

MARINI, Ruy Mauro. *Dialética da dependência*. Petrópolis: Vozes; Buenos Aires: CLACSO, 2000.

PASUKANIS, Eugeny Bronislanovich. *A teoria geral do direito e o marxismo*. Tradução de Paulo Bessa. Rio de Janeiro: Renovar, 1989.

PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade, poder, globalização e democracia. *Novos Rumos*, ano 17, n. 37, 2002.

RIBEIRO, Gustavo Lins. *Post-imperialismo*. Para una discusión después del post-colonialismo y del multiculturalismo. Brasília: UnB, 2000.

SALAZAR BONDY, Augusto. *Existe una filosofía de nuestra América*. 5. ed. México: Siglo Veintiuno, [s.d.].

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologias do Sul*. Porto: Almedina, 2008.

_____. Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 63, p. 237-280, 2002.

_____. *Refundación del Estado en América Latina*. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Lima: Instituto Internacional de Derecho y Sociedad, 2010.

SARTORI, Vitor Bartoletti. *Lukács e a crítica ontológica ao Direito*. São Paulo: Cortez, 2010.

SEGRERA, Francisco. Abrir, impensar, y redimensionar las ciencias sociales en América Latina y el Caribe. ¿Es posible una ciencia social no eurocéntrica en nuestra región? In: LANDER, Edgardo (Comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas Latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, 2000.

STAVENHAGEN, Rodolfo. *Between Underdevelopment and Revolution: A Latin American Perspective*. New Delhi: Adhinav Publications, 1981.

WALSH, Catherine. *Interculturalidad, Estado, sociedad: luchas (de)coloniales de nuestra época*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar; Abya-Yala, 2009.

ZEA, Leopoldo. *El pensamiento latinoamericano*. Barcelona: Ariel, 1976.

_____. *La filosofía americana como filosofía sin más*. México, DF: Siglo Veintiuno, 1969.

A LEGITIMAÇÃO DO DIREITO EM SOCIEDADES PLURAIS E A CRÍTICA DESCOLONIAL

Fernanda Frizzo Bragato

Graduada em Direito – UFRGS; Mestrado e Doutorado em Direito – Unisinos (com período Sanduíche no Birkbeck College da Universidade de Londres); Pós-doutorado no Birkbeck College da Universidade de Londres. Professora de Direitos Humanos na Graduação e no Programa de Pós-graduação em Direito da Unisinos.

1 INTRODUÇÃO

O desafio diante do qual se encontra o Direito contemporâneo reside no paradoxo provocado pela convivência de duas heranças que dominaram o universo intelectual dos juristas e dos filósofos no século XX. Na ciência do Direito, a influência marcante do positivismo, e na filosofia, o historicismo. A construção de uma nova forma de pensar a função do Direito vem sendo desenvolvida em face desses dois obstáculos, principalmente tendo em vista que a teoria de Hans Kelsen retirou do Direito qualquer função crítica. Se a ciência do Direito se reduz, como na perspectiva kelseniana, a uma análise da estrutura interna do Direito positivo, ela não pode integrar em suas considerações as ideias do justo e do injusto, o que inviabiliza uma verdadeira avaliação do sistema jurídico.

O projeto positivista caracteriza-se pela convicção de que é possível uma ciência do Direito que tenha por objeto de estudo exclusivamente o Direito legislado pela autoridade política. Na explícita sugestão de Kelsen, a Teoria Pura do Direito (2006, p. 3) “pretende libertar a ciência jurídica de todos os elementos que lhe são estranhos” e que não é função da ciência jurídica legitimar e justificar o Direito, mas tão somente “conhecer e descrever” (KELSEN, 2006, p. 5) o fenômeno jurídico. O termo “positivista” refere-se, assim, tanto à positividade do direito, como à filosofia positivista que fundamenta a sua interpretação. Essa argumentação justificadora da natureza pura do Direito, abstraída de qualquer consideração de ordem moral, política ou sociológica, foi a base intelectual do positivismo jurídico.

Questões fundamentais como a legitimidade do Direito e os critérios não meramente formais de aplicação das normas foram relegadas a um plano secundário, sob a crença de ser possível a assimilação do Direito por um esquema lógico-dedutivo. Como o positivismo foi deixando diversos problemas sem respostas, como a questão das razões e dos limites da obediência em contextos autoritários/totalitários, da discricionariedade judicial e das insuficiências do individualismo liberal como único conjunto de valores desejáveis para uma sociedade, tem-se assistido, desde a segunda metade do século XX, ao retorno destas questões à pauta de investigação da teoria e da filosofia do Direito.

A legitimidade do Direito tem a ver com as razões pelas quais o conjunto de normas que formam o Direito gera a obrigação de obediência pelos seus destinatários, assim como quais as normas que estão obrigados a seguir. Questões de aplicação do Direito tem a ver com resolução dos conflitos e, portanto, com a forma como os juízes argumentam/raciocinam e decidem os casos. Nenhuma dessas questões pode ser satisfatoriamente respondida, independentemente da investigação de fatores políticos, axiológicos e sociológicos. A política preocupa-se com as circunstâncias nas quais as pessoas organizam e estruturam a convivência no espaço público e, por isso, é crucial para compreender problemas como autoridade, democracia, soberania popular, consenso ou desacordo. A Sociologia indaga as formas de organização, interação, comportamento dos grupos sociais, e por isso é capaz de problematizar questões como desigualdade social, exclusão, multiculturalismo e outras. O estudo da política e da sociedade irá apontar o sistema de valores dos grupos sociais que pauta seu imaginário, suas expectativas e suas condutas, caracterizando o problema moral.

A política e a moral dos grupos sociais refletir-se-ão na origem e na forma dos sistemas de normas jurídicas. A tentativa de isolar o fenômeno jurídico da sua necessária dimensão política, sociológica e moral e de afirmar a existência de um campo perfeitamente delimitado e individualizado de saber, como tentaram Austin e Kelsen, revelou-se um projeto reducionista, que ignora a origem e a natureza da sociedade e da forma como nela se expressa a *práxis* humana.

Conscientes dos problemas fundamentais do Direito e de sua necessária relação com fatores excluídos da moldura formalista do positivismo jurídico, os jusfilósofos têm transformado o cenário das investi-

gações teóricas em Direito nas últimas décadas. As concepções contemporâneas sobre o Direito desenvolvidas no pós-guerra constituem, por isso, uma reação ao positivismo jurídico. O presente artigo não pretende apresentar e discutir cada uma destas teorias, mas identificar e problematizar um ponto comum do qual todas partem e que pode constituir-se em obstáculo para a construção de uma resposta adequada ao problema da legitimidade do Direito em sociedades plurais. Portanto, mesmo que tenham avançado em relação ao positivismo jurídico, ainda assim falham em responder ao problema da legitimidade do Direito, dado o apego ao ideário liberal-individualista da modernidade.

2 O PROJETO FILOSÓFICO MODERNO E OS LIMITES DO PÓS-POSITIVISMO

Parte das recentes contribuições teóricas para repensar o Direito tem sido rotulada como pós-positivista¹ e abrange, dentre outras: teorias interpretativistas, com destaque para Ronald Dworkin²; Nova Escola do

¹ No entanto, boa parte dos teóricos contemporâneos ainda está comprometida com o projeto do positivismo jurídico, tentando atenuar suas principais deficiências. Dentre eles, podem-se incluir Herbert Hart, Joseph Raz e Neil MacCormick.

² Dworkin (2003) defende a ideia de integridade, que pode ser definida enquanto a compreensão do Direito como um todo, abrangendo regras e princípios, norteada pelo compromisso de, ao mesmo tempo, ser coerente e íntegra com o que o Direito foi, e manter a capacidade de, nos moldes da integridade, renovar o Direito na medida do necessário. Nessa concepção, cabe ao juiz preservar os entendimentos passados, adaptando-os para a realidade do caso no presente. Partindo dessa concepção, Dworkin nega que o juiz legisle quando está diante de casos difíceis, que são aqueles casos em que a lei existente não tem resposta clara. Para isto, criou a famosa distinção entre princípios e políticas: as “políticas” fixam os objetivos sociais coletivos e os princípios, e, por outro lado, estabelecem direitos (como o direito à liberdade de expressão ou de associação). Em seu influente livro, *Levando os direitos a sério* (2000), Dworkin sustenta que, na realidade, os juízes resolvem os casos difíceis apelando a princípios, que são o fundamento do ordenamento jurídico; as considerações de políticas ficam nas mãos dos poderes do Estado eleitos democraticamente. A teoria dworkiniana da decisão judicial acompanha a concepção de justiça, democracia e constitucionalismo. O princípio de justiça mais básico é a obrigação das instituições governamentais de tratar a todos com igual consideração e respeito. Ao estabelecer limites ao poder das instituições que ela mesma cria, a Constituição reflete este princípio: restringe o poder das majorias no Congresso e do Poder Executivo em suas políticas que restrinjam as liberdades fundamentais. Nesta visão, os direitos são trunfos que limitam a possibilidade de promover objetivos sociais, ainda que estes sejam legítimos ou valiosos. Se os direitos sempre deveriam ceder ante as políticas, que sentido teria reconhecê-los? Com base nisso, o Poder Judiciário, encarregado de velar pelo respeito aos direitos, é capaz de resolver casos difíceis sem que isso implique discricionariedade.

Direito Natural, em que se destacam John Finnis³ e John Rawls⁴; parte dos teóricos da argumentação jurídica, como Theodor Viehweg⁵, Chaim Perelman⁶ e Robert Alexy⁷. Outro movimento de destaque é a Análise Econômica do Direito, cujo principal teórico – Richard Posner⁸ – reú-

³ John Finnis (2006) parte da ideia de que existem bens humanos que somente o Direito, enquanto instituição jurídica, pode assegurar, assim como requisitos de razoabilidade prática que apenas este pode satisfazer. Assim, o propósito de sua obra mais difundida e importante, *Natural Law and Natural Rights*, 1980, é exatamente o de identificar esses bens, assim como os requisitos de razoabilidade prática que o Direito deve cumprir. Sua intenção é reabilitar a tradicional teoria da lei natural das críticas sofridas pelo positivismo jurídico e resgatar, desde a perspectiva da discussão da justiça, questões cruciais como autoridade e conceito de Direito.

⁴ John Rawls (2008) tem importância fundamental para o Direito, pois resgata para o debate jurídico uma discussão que parecia ter sido sepultada pelos utilitaristas e positivistas do século XIX e primeira metade do século XX: o problema da justiça e, consequentemente, dos valores. Rawls propõe estabelecer quais princípios morais devem governar a estrutura básica de uma sociedade qualificada como justa. Para tanto, propõe sua teoria da justiça como equidade, inspirando-se em Kant e situando-se em posição oposta às formas dominantes do pensamento teórico, como o utilitarismo, de um lado, e a filosofia linguística, de outro. Rawls afirma a primazia da justiça sobre o bem-estar e a legitimidade de discutir filosoficamente temas substantivos mesmo quando ferramentas conceituais não são totalmente satisfatórias ou disponíveis. Sua tese sobre a prioridade da justiça deita suas raízes na longa tradição filosófica moral e política presente no pensamento de Platão, Aristóteles, Rousseau e Kant.

⁵ Por meio de sua obra *Tópica e Jurisprudência*, Theodor Viehweg (1986) propõe, por um lado, uma forte crítica ao projeto cientificista do positivismo jurídico e, por outro, defende a estrutura tópica da jurisprudência. Em contraposição à lógica dedutiva, Viehweg sustenta que a tópica sempre esteve na base do raciocínio jurídico, que busca no exame dos próprios contornos do problema a base para a sua solução. O pensamento problemático é, assim, aquele que enfatiza uma solução concreta, para a qual são possíveis várias respostas, devendo-se escolher uma, com base em critérios previamente estabelecidos ou em novos, formando os chamados *topói*. A tópica consiste na busca de premissas axiológicas do Direito no momento da solução dos casos.

⁶ A exemplo de Viehweg, Perelman (2000) contesta o emprego da lógica formal ao estudo das ciências humanas e sociais. A nova retórica de Perelman propõe a formulação de uma nova cultura judicial, fundada em processos de argumentação. Os raciocínios jurídicos são conclusões não de uma lógica formal, mas de argumentação que deve chegar a uma solução razoável, nem subjetiva, nem arbitrária. Para tanto, Perelman assinala que as decisões judiciais operam na base dos raciocínios dialéticos, em que a passagem das premissas para a conclusão não é uma operação obrigatória, mas resultado de argumentos que visam não à verdade, mas à adesão.

⁷ A intenção de Alexy (2005) é demonstrar a viabilidade de um discurso racional na fundamentação jurídica, fundada na procedimentalidade e na formulação lógica de regras discursivas. A razão, para Alexy, é discursiva, ou seja, é a própria argumentação prática pautada por regras elaboradas em uma situação ideal de fala. A argumentação jurídica racional depende de uma série de regras e de formas que devem ser seguidas e que constituem os critérios de correção para as decisões judiciais.

⁸ A análise econômica do Direito, conforme preconiza Richard Posner (2007; 2011), assume como pressuposto o fato de que as pessoas são maximizadoras racionais de suas satisfações. Isso significa que, quando efetuam suas escolhas, as pessoas ponderam a relação entre custos e benefícios e adotam as que lhes trazem mais bem-estar. Quando o fazem racionalmente, as pessoas escolhem com base no critério da eficiência. A economia que estuda como os seres humanos comportam-se e tomam decisões em contextos de recursos escassos constitui um método que pode ser aplicado ao Direito. Assim, a análise econômica do Direito é tanto descritiva (positiva), quanto normativa. Em sua dimensão descritiva, pro-

ne em sua obra as principais reflexões sobre a interface entre Direito e Economia. Vale ressaltar a contribuição de Jeremy Waldron⁹ que, ao reivindicar a centralidade da política e de sua principal circunstância – os desacordos –, contrapõe-se às mais influentes teorias contemporâneas sobre democracia, constitucionalismo e consenso.

Apesar de expandir os estudos jurídicos para além dos limites traçados pelo formalismo do positivismo jurídico, o que une as mais influentes teorias jusfilosóficas contemporâneas é a sua filiação ao projeto filosófico da modernidade e ao seu ideário. No entanto, o positivismo também é herdeiro desta tradição constituída pelas concepções epistemológicas, antropológicas, políticas e históricas que priorizam, respectivamente, as ideias de conhecimento científico, racionalismo, liberalismo e progresso. De acordo com este ideário, conhecimento é ciência, homem é sujeito racional, sociedade é liberal e história é trajetória rumo ao progresso. Esse conjunto de concepções que define a modernidade não apenas se tornou hegemônico, mas também foi uma construção do saber ocidental.

As categorias, conceitos e perspectivas modernos (economia, Estado, sociedade civil, mercado, classes, etc.) converteram-se não apenas em categorias universais para a análise de qualquer realidade, mas também em proposições normativas que definem o dever ser de forma universal. Veiculam um tipo de conhecimento que forma os padrões a partir dos quais se podem analisar e detectar as carências, os atrasos, os freios e impactos que se dão como produto do primitivo ou do tradicional em todas as outras sociedades. A totalidade do tempo e do espaço para a humanidade é pensada e organizada do ponto de vista da experiência ocidental, colocando sua especificidade histórico-cultural como padrão de referência superior e universal (LANDER, 2005).

Como observa Lander (2005), a constituição do saber ocidental supõe a existência de um metarrelato universal que situa todas as culturas

cura explicar as normas desde o ponto de vista econômico, ao medir os custos que acarreta e os efeitos que produz. Em seu viés normativo, preconiza que os juízes devem decidir com base no critério da maximização da riqueza.

⁹ Jeremy Waldron (2001) sustenta que a política é o terreno dos desacordos, onde diferentes e, às vezes, conflitantes visões de justiça disputam espaço. Todavia, tem-se dado à questão da legitimidade das leis um tratamento que ignora a atuação divergente dos Parlamentos. Portanto, Waldron não considera os direitos como trunfos que se sobrepõem ao processo democrático de elaboração de leis. Quaisquer divergências, inclusive relativas a direitos, devem ser superadas mediante procedimentos majoritários e não por meio da atribuição dessa função aos juízes. Isso porque os juízes também discrepam entre si, decidem por maioria, não garantem que não haverá arbitrariedades, mas, ao contrário dos Parlamentos, não são órgãos democráticos.

e todos os povos dentro de um esquema que vai de um estágio primitivo e tradicional até o moderno. Nesse esquema, a história é uma trajetória evolutiva rumo ao progresso que toda a humanidade percorre e, por isso, supõe estágios mais e menos desenvolvidos. A Europa – e hoje, de forma mais abrangente, o Ocidente – tornou-se o vetor desse processo, porque se projetou como a cultura mais desenvolvida e passou a ocupar a posição que toda a humanidade um dia deverá alcançar. A sociedade capitalista liberal é a expressão mais avançada desse processo histórico e, por essa razão, define o modelo de sociedade moderna. Como norma universal, ela assinala o único futuro possível de todas as outras culturas e povos, de modo que aqueles que não conseguirem incorporar-se a esta marcha inexorável da história estão destinados a desaparecer.

Este conjunto de conceitos que definem o que é moderno não apenas tornou-se um padrão hegemônico de avaliação do certo e do errado, do bem e do mal, mas foi uma produção conceitual que se projetou como universal (CHAKRABARTY, 2000).

Wolkmer (2011) assinala que o Direito da sociedade moderna adequa-se ao tipo de sociedade burguesa, de economia capitalista, de ideologia liberal-individualista e organizada politicamente em torno da figura do Estado-nação. Essas estruturas produziram um paradigma jurídico marcado pelos princípios do monismo, da estatalidade, da racionalidade formal, da certeza e da segurança jurídica. Segundo estes princípios, regras genéricas e abstratas, produzidas por um só agente – o Estado-nação – são formuladas para realidades unitárias e homogêneas, centradas na figura do sujeito racional, de modo a construir um modelo jurídico abstratamente igualitário. O igual tratamento de todos perante a lei torna-se um dogma, ainda que convivendo com um mundo díspar e plural composto por sujeitos amplamente diferentes entre si.

As teorias propostas no cenário pós-moderno partem deste pressuposto: a modernidade é um fenômeno meramente intraeuropeu, cujos momentos constitutivos são a Reforma, o Iluminismo, a Revolução Francesa e a Revolução Industrial. As teorias pós-positivistas para o Direito, a despeito de resgatarem a dimensão política e moral para a compreensão do fenômeno jurídico, encaixam-se no mesmo contexto das teorias críticas do século XX, que continuam adeptas à ideia segundo a qual existe um ideário político e moral que atende ao conjunto das demandas das sociedades contemporâneas, a saber, o liberalismo individualista, e que pode ser tranquilamente usado como o critério para resolver os problemas de legitimidade do Direito. Ocorre que, como adverte MacIntyre (1988, p. 12), o

principal desafio dos juristas atualmente consiste na incerteza quanto às visões opostas e incompatíveis de justiça, que disputam a adesão moral, social e política dos membros da sociedade.

3 A CRÍTICA DESCOLONIAL AO PROJETO DE MODERNIDADE OCIDENTAL

Ao propor a discussão sobre a dimensão colonial da modernidade, as reflexões propostas pelas teorias pós-coloniais e, mais recentemente, pelos estudos descoloniais têm ajudado a compreender porque as respostas tradicionalmente construídas a partir do ideário da modernidade ocidental têm falhado diante da incontestável pluralidade cultural das sociedades contemporâneas.

De acordo com Dussel, a modernidade é um fenômeno mundial produzido pelas relações assimétricas entabuladas pela Europa com suas colônias. Ao contrário de situar o marco inaugural da modernidade em eventos que representam típicas manifestações da racionalidade europeia, Dussel situa o seu ponto de partida na conquista da América em 1492. Portanto, a modernidade não seria um fenômeno da Europa como sistema independente, senão de um 'sistema-mundo' (Wallerstein, 2007) no qual a Europa assume a função de centro, estendendo seu domínio colonial através de um aparato de controle militar, administrativo e comercial (DUSSEL, 2000, p. 51-58).

Por meio da redefinição proposta por Dussel, o colonialismo deixa de ser considerado um fato lateral para se tornar um fenômeno constitutivo da modernidade. Como prática de dominação, o colonialismo não é um fenômeno recente na história da humanidade. Nos períodos pré-modernos, muitas civilizações mantiveram colônias e com elas estabeleceram relações imperialistas. Porém, as práticas coloniais pós-renascentistas distinguem-se por uma série de fatores. Em primeiro lugar, pela escala e variedade de assentamentos envolvidos, que caracterizou o colonialismo moderno como uma forma distintiva de imperialismo de abrangência global. O projeto de dominação política europeia iniciou-se em 1492 e a projetou como centro do mundo, tornando periferia qualquer território que estivesse fora dos seus limites territoriais. Em segundo lugar, a expansão colonial europeia coincidiu com o desenvolvimento do moderno sistema econômico capitalista, no qual às colônias atribuiu-se a função de fornecedoras de matéria-prima mediante trabalho não remunerado para

abastecer as nascentes sociedades burguesas. A partir da conquista e do controle da América e do Atlântico, a exploração colonial construiu as bases iniciais do sistema capitalista mundial (na noção de sistema-mundo de Wallerstein), que se abasteceu das sucessivas ondas de colonização na África, na Ásia e na Oceania. Em terceiro lugar, estabeleceram-se relações de rígida hierarquia entre colonizados e colonizadores, baseadas na ideia de raça, e que se converteram em condição de possibilidade do empreendimento capitalista. A divisão racial do trabalho significou a opressão das populações dominadas, que não recebiam remuneração pelo trabalho realizado exclusivamente por serem considerados pertencentes a raças inferiores. A esta hierarquização Quijano dá o nome de colonialidade do poder. Em quarto lugar, forjou-se um discurso legitimador em que o colonialismo moderno adquiriu os *status* de projeto civilizador. Baseado em oposições hierárquicas, como moderno/colonial, barbárie/civilização, natureza/cultura, o colonialismo foi justificado como uma prática necessária e virtuosa para retirar o primitivo de seu estágio pré-moderno rumo ao progresso capitaneado pelas civilizações do Ocidente (BRAGATO; FERNANDEZ, 2013).

Nesse sentido, a pós-modernidade, autoconcebida na linha unilateral da história do mundo moderno, continua ocultando a colonialidade ou ignorando/subestimando seus efeitos para as atuais configurações globais de poder. Para Mignolo (2005), a configuração da modernidade na Europa e da colonialidade no resto do mundo torna difícil pensar que possa haver modernidade sem colonialidade ou que a colonialidade é apenas derivativa. Mignolo (2011) escreve que a colonialidade é o outro lado da modernidade, mais precisamente seu lado escuro. Embora a diferença colonial (imaginada no pagão, no bárbaro, no subdesenvolvido) seja um lugar passivo nos discursos pós-modernos, isso não significa que seja um lugar passivo ao longo do desenvolvimento da modernidade. A visibilidade da diferença colonial, no mundo moderno, começou a ser percebida com os movimentos de descolonização (ou independência) desde fins do século XVIII até a segunda metade do século XX (BHABHA, 1998, p. 26).

O modelo moderno que concebeu a sociedade ideal como sendo aquela onde reinaria a unidade e onde não existiriam diferenças vem sendo profundamente questionado pelo fato de que a diversidade e a heterogeneidade de formas de vida e de valores em todo o mundo foram um fenômeno que não cessou com a hegemonia ocidental. Stacy (2001, p. 74) diz que nenhuma perspectiva singular pode apreender a complexidade e a diversidade da existência humana, de modo que para todas elas as grandes narrativas da teoria legal moderna foram, e continuam sendo, grossei-

ras simplificações do mundo e de seus desenvolvimentos. Em relação aos direitos humanos, Peter Fitzpatrick e Even Darian-Smith entendem que o comprometimento da sua credibilidade em escala global deve-se ao fato de sua identificação ao particular ponto de vista ocidental sobre o que seja universal, negando, por via de consequência, as particularidades e as diferenças daqueles que não compartilham os mesmos valores e costumes que caracterizam esse ponto de vista. Nesse sentido, os direitos humanos são vistos como a continuidade de um processo de expansão dos valores ocidentais após o fim do período colonialista nas décadas subsequentes à Segunda Guerra Mundial, constituindo, dessa forma, a derivação de um projeto genuinamente europeu que os ‘orientais’ rejeitam peremptoriamente e os pós-coloniais se esforçam, sem muita convicção, para seguir.

As explicações mais completas sobre o mundo só são possíveis quando as narrativas locais se expandem ao contrário de serem sufocadas em grandes narrativas singulares (STACY, 2001, p. 174). O projeto moderno de sociedade, estruturado na racionalidade tecnocientífica e na ideia de oposições hierárquicas (Oriente/Ocidente, primitivo/civilizado, mágico/mítico-científico, irracional/racional, tradicional/moderno), começou a debilitar-se desde o momento em que se tornou impossível negar a diversidade caracterizada pelas práticas sociais e discursivas constituídas à margem desse modelo, o que resulta na impossibilidade prática de universalização do projeto moderno, a não ser por meio de modelos autoritários de convivência social, onde, como ensina Castro-Gomez (1996, p. 44), a homogeneidade e o consenso foram assegurados à base da força. Eis o caso típico da colonização, mas não somente dela.

A questão não se restringe apenas à existência de “outros” sujeitos e grupos que não compartilham ou que resistem ao ideal de vida boa estabelecido pelos parâmetros ocidentais, mas que grande parte desses sujeito e grupos “diferentes” sofrem processos de desigualdade social e discriminação que andam lado a lado com a prevalência deste modelo. A hegemonia da cultura ocidental, que advém da ideia de superioridade dos valores construídos na (sua) modernidade, é também responsável pelos atuais processos de exclusão dos indivíduos e grupos não adequados aos seus padrões científicos, morais e estéticos. O racismo, por exemplo, é um discurso que postulava bases científicas para a hierarquização e gradação das diferenças humanas com o objetivo de inferiorizar negros, índios e outros grupos não identificados com o estereótipo de sujeito de direitos europeu e que persiste até hoje.

Para que respostas abrangentes para a questão da legitimidade do Direito possam ser construídas a partir do ideário moderno de cunho liberal-individualista, a sociedade precisa ser pensada como um corpo homogêneo composto de pessoas basicamente iguais em que opções racionais sobre a melhor forma de viver em comunidade serão necessariamente pautadas pelo ideário liberal. E assim o faz a maioria das chamadas teorias jurídicas pós-positivistas, como no caso de John Rawls. Ao partir da premissa do véu da ignorância, Rawls concebe uma sociedade que facilmente chega a um consenso sobre normas que melhor conduziriam suas vidas, desde que seus juízos sejam o resultado do uso da razão. Sociedades estruturalmente desiguais, como é o caso do Brasil, em que fatores de diferenciação determinam o acesso a bens – como etnia, cor da pele, orientação sexual e sexo –, é difícil imaginar em que medida esses sujeitos participariam, de forma livre e em pé de igualdade, das decisões sobre a melhor concepção de vida boa.

O pluralismo de ideias, de concepções morais e de projetos de vida, característica marcante das sociedades contemporâneas, consiste em um grande desafio à identificação dos critérios de legitimação das ordens jurídicas contemporâneas. Daí a dificuldade, em países como o Brasil e, de resto, a América Latina, de encontrar um modelo de regulação de conflitos agrários, indígenas, raciais, ambientais, de gênero e outros que seja eficaz e, ao mesmo tempo, legítimo. Nestes lugares, o Direito tem sofrido profundas mudanças, que podem ser percebidas, por exemplo, no fenômeno do novo constitucionalismo, onde grupos historicamente excluídos da fruição de direitos – sejam individuais ou sociais – têm adquirido cada vez mais visibilidade. Porém, esse fenômeno tem gerado uma tensão interna nas estruturas jurídicas habituadas a regular conflitos desde um paradigma formalista e liberal-burguês, que privilegia os direitos de propriedade, o *status quo*, a igualdade formal perante a lei e a ideia unitária de Estado-nação. Por isso, o Direito na América Latina representou, por muito tempo, a perpetuação das relações desiguais de poder que se forjaram desde os tempos coloniais, restringindo a proteção de direitos e o acesso à justiça a grandes parcelas da população.

4 QUESTÕES ABERTAS PARA O PÓS-POSITIVISMO EM SOCIEDADES PLURAIS NO CONTEXTO GLOBAL

O que significa analisar o Direito sob uma perspectiva global? Como Twining (2009, XI) esclarece no prefácio de sua obra *General Jurisprudence*,

sob a perspectiva global, a tradição jurídica ocidental, apesar de sua riquíssima herança, aparece apenas como um modelo paroquial e estreitamente focado, tendendo ao etnocentrismo. Pretendendo ser mais compreensiva que isto, a perspectiva global permite construir uma visão alternativa à teoria legal que pressupõe a compreensão do Direito, implícita ou explicitamente, sob os cânones ocidentais, propondo visões do Direito no mundo, razoavelmente abrangentes. Isso implica tomar em conta realidades transculturais que, por conseguinte, desafiam noções padronizadas sobre justiça, direitos humanos, difusão, pluralismo legal entre outras. Em outras palavras, a perspectiva global busca compreender os processos de difusão do Direito à luz das mudanças trazidas à tona pela globalização, que determinam a necessidade de se tomar em conta outras tradições e culturas legais que povoam o contexto contemporâneo.

Uma concepção de Direito, razoavelmente compreensiva, desde a perspectiva global é parte do projeto de uma teoria geral do Direito reanimada pelos desafios da globalização. De acordo com Twining, tal concepção pode ser útil como ponto de partida para a construção de uma visão geral da imagem do Direito no mundo, sublinhando a diversidade e a complexidade dos fenômenos legais. Em suas palavras, “desde uma perspectiva global é esclarecedor conceber a lei como uma espécie de prática social institucionalizada que é orientada para ordenar as relações entre os sujeitos em um ou mais níveis de relações ou ordenações” (TWINING, 2009, p. 117).

As teorias legais devem reconhecer e levar em conta o pluralismo como a principal característica da cultura pós-moderna. O objetivo de assegurar a superioridade de uma dada cultura tornou-se um projeto sem qualquer factibilidade diante do reconhecimento do irreduzível pluralismo das culturas, das tradições, das ideologias e das formas de vida. Assim, como esclarece Stacy (2001, p. 177), no mundo pós-moderno do pluralismo cultural, o foco da teoria do direito está em como diferentes grupos podem se comunicar, se entender e resolver os seus conflitos legais.

Muitos fenômenos animados pela globalização operam em níveis subglobais e são dificilmente detectáveis quando se busca compreender o Direito de uma forma verdadeiramente ampla; no entanto, analisar o Direito sob a perspectiva global implica abertura à grande diversidade dos fenômenos legais nos dias de hoje. Ganha destaque, nesse contexto, mais que as leis e os institutos jurídicos propriamente ditos, as práticas sociais institucionalizadas, isto é, os comportamentos sociais com força normativa

desde o ponto de vista daqueles que estão sujeitos a essa força. Tais práticas não constituem, portanto, atos formais de criação de leis, senão, em última análise, crenças e atitudes a respeito de sua legitimidade, obrigatoriedade e poder prescritivo (TWINING, 2009, p. 118).

5 CONCLUSÃO

A compreensão do fenômeno jurídico não só depende da análise de seus fundamentos políticos, sociológicos e morais, o que já significa um avanço em relação ao positivismo jurídico, mas também deve reconhecer que o Direito lida com sociedades verdadeiramente plurais, marcadas pela existência de grupos culturalmente dominantes, grupos vulneráveis (ou minoritários), multiculturalismo e outros fenômenos afins. Esta análise necessita, portanto, considerar uma visão crítica de alguns aspectos do legado moderno, o que pode ser auxiliado pelos estudos pós e descoloniais.

Nas mais influentes teorias jusfilosóficas contemporâneas, há uma tentativa de superar o positivismo resgatando os mesmos fundamentos que lhe deram sustentação e uma aparente dificuldade em lidar com a complexidade do mundo contemporâneo globalizado. Esse é pós e, ao mesmo tempo, neocolonial, plural e repleto de resistências a um modelo homogêneo de sociedade e a um conjunto de valores sustentados na ideia de racionalização. Nesse contexto, os tempos atuais têm promovido rupturas com o modelo ideal da sociedade unitária, harmônica e homogênea construído na modernidade.

Diante disso, a colonialidade – como uma característica da modernidade que explica os processos de exclusão e desigualdade social gerados nas sociedades contemporâneas – aponta a existência de contextos sociais cujas tensões e conflitos exigem respostas que não podem ser encontradas simplesmente no repositório liberal-individualista. O problema da legitimidade do Direito no contexto de sociedades plurais, como é o caso latino-americano, deve levar em conta suas especificidades políticas, sociológicas e morais igualmente plurais, o que evidencia as insuficiências das principais teorias jusfilosóficas pós-positivistas.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da Argumentação Jurídica*. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2005.

BHABHA, Homi. *O local da cultura*. Tradução de Myriam Avila, Eliana Lourenço de Lima Reis e Gláucia Renate Gonçalves. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 1998.

BHABHA, Homi. *The location of culture*. New York: Routledge, 2004.

BRAGATO, Fernanda F.; FERNANDEZ, Karina M. Colonialismo In: *Enciclopédia da Constituição Portuguesa*. Lisboa : Quid Juris, 2013. v. 1, p. 69-71.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. *Crítica de la razón latinoamericana*. Barcelona: Puvill Libros, 1996.

CHAKRABARTY, Dipesh. *Provincializing Europe*. Postcolonial Thought and Historical Difference. Princeton University Press, 2000.

DUSSEL, Enrique. *Ética da libertação na idade da globalização e da exclusão*. Tradução de Ephraim Ferreira Alves, Jaime A. Classen e Lúcia M. E. Orth. Petrópolis: Vozes, 2000.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. *O império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

FINNIS, John. *Lei natural e direitos naturais*. São Leopoldo: Ed. Unisinos, 2006.

FITZPATRICK, Peter; DARIAN-SMITH, Even. *Laws of the postcolonial*. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito*. Tradução João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

LANDER, Edgardo. Ciências sociais: saberes coloniais e eurocêtricos. In: _____. (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, setembro 2005. p. 21-53. (Colección Sur-Sur)

MACINTYRE, Alasdair. *Whose justice? Which rationality?* London: Duckworth, 1988.

MIGNOLO, Walter. A colonialidade de cabo a rabo: o hemisfério ocidental no horizonte conceitual da modernidade. In: LANDER, Edgardo (Org.). *A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: CLACSO, setembro 2005. p. 71-103. (Colección Sur-Sur)

MIGNOLO, Walter. *The Darker Side of Western Modernity: Global Futures, Decolonial Options*. Duke University Press, 2011.

- PERELMAN, Chaïm. *Lógica jurídica: nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- POSNER, Richard. *Fronteiras da Teoria do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
- _____. *Problemas de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- STACY, Helen M. *Postmodernism and law: jurisprudence in a fragmenting world*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 2001.
- TWINING, William. *General jurisprudence: understanding law from a global perspective*. New York: Cambridge University Press, 2009.
- VIEHWEG, Theodor. *Topica y jurisprudencia*. Madrid: Taurus, 1986.
- WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- WALLERSTEIN, Immanuel. *O universalismo europeu*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- WOLKMER, Antonio Carlos. *Pluralismo jurídico*. Fundamentos de uma nova cultura no Direito. 3. ed. São Paulo: Alfa Ômega, 2011.

EL MAÍZ: ENTRE NUEVOS ÁMBITOS DE COMUNALIDAD Y NUEVAS ALAMBRADAS DEL SABER

Oscar Arnulfo de la Torre de Lara

Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes y Doctor en Derechos Humanos y Desarrollo por la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Se ha desempeñado como asesor en materia civil en el Instituto de Asesoría y Defensoría Pública del Estado de Aguascalientes, así como asesor y abogado litigante particular. Es autor de diversos artículos de revistas especializadas y capítulos de libros de Derechos Humanos y Filosofía del Derecho y es miembro del Comité Editorial de la revista *Redhes de Derechos Humanos y Estudios Sociales*. Participa en actividades de investigación y talleres de Educación Jurídica Popular y acompañamiento de procesos populares en el Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát (CENEJUS) de Aguascalientes. Profesor en la Carrera de Derecho de la Universidad Autónoma de Aguascalientes y en la Maestría en Derechos Humanos de la Universidad Autónoma de San Luís Potosí. Asimismo, ha participado como investigador en los Diagnósticos Municipales sobre la Construcción Social de las Violencias en diversos municipios en México, así como investigador invitado y miembro del Comité Técnico del Observatorio Ciudadano en Seguridad Pública del Estado de Aguascalientes.

1 INTRODUCCIÓN

Es bien sabido que el maíz es de suma importancia alimentaria a nivel mundial, ya que es uno de los cuatro cultivos cruciales para la humanidad. No obstante, en el caso de México, el maíz no sólo constituye la principal base alimentaria de la población, sino que además es su centro de origen y de diversificación constante (YAMAZAKE et al., 2009, p. 23); lo que quiere decir que el maíz fue domesticado en esta región del mundo, además de ser un lugar donde constantemente se crean nuevas variedades de maíz mediante el intercambio de semillas y conocimientos entre campesinos. De entrada, es importante comprender que el maíz para los mexicanos –fundamentalmente para pueblos indígenas y campesinos– no es una cosa, ni una mercancía, ni un simple cultivo o producto agrícola, sino un tejido relaciones que involucra epistemologías y espiritualidades, formas de estar y pensar el mundo colectivamente.

La domesticación del maíz implicó el desarrollo de toda una cultura, con sus propias exigencias materiales, intelectuales y espirituales, misma que obligo a organizar en torno a ellas y a su dinámica toda la

vida comunitaria, en un conjunto de determinaciones que provienen de la influencia del maíz sobre todas las dimensiones de la vida cotidiana en una simbiosis ancestral. De tal modo que el maíz, no sólo es nuestro alimento primordial, sino que constituye un elemento esencial de la matriz cultural de los diversos pueblos indígenas y campesinos de México. Para estos, el maíz es una forma de vida: es cultura, tradición, fiesta, intercambio, saberes, relación, territorio. Es considerado un don de nuestra tierra, que milenios de cultura campesina llevaron a una profunda diversidad y adaptabilidad a diversas geografías, en un proceso de diversificación que aún hoy continúa. Es por esto que el célebre antropólogo Guillermo Bonfil Batalla solía decir que “el maíz es una criatura del hombre mesoamericano y éste a su vez es el hombre de maíz” (BONFIL BATALLA, 2006); frase que expresa de manera sencilla la existencia de una cultura material propia de los hombres y mujeres mesoamericanos, en virtud de que el proceso de domesticación del maíz permitió una apropiación material/simbólica de la naturaleza y el nacimiento de una matriz de racionalidad diversa a la de otros pueblos. Una específica relación entre ser humano y naturaleza que produjo una determinada identidad –diversa a la occidental– sobre la que se edificó toda una cultura material integrada a un sistema cósmico perfectamente sagrado y perfectamente profano (MERTON, 1979, p. 104).

Sin embargo, esta forma de *ser* humanidad en la actualidad solamente es posible en la resistencia, ya que se encuentra seriamente amenazada por las políticas neoliberales dirigidas al campo, la introducción de maíces transgénicos en México (maíces genéticamente modificados u OGMs) y la lógica corporativa bajo la cual se viene haciendo dicha introducción (primero de trasmano y ahora de manera legal); todo esto apuntalado por diversas leyes aprobadas en las últimas décadas en México.

2 AJUSTES ESTRUCTURALES NEOLIBERALES

Hablar de reformas estructurales neoliberales en América Latina implica hablar de procesos más amplios de neocolonización, mismos que se han venido expresando en las últimas décadas a través de la expansión de la industrialización y la acumulación monopólica de capital, profundizando la dependencia, proletarización, marginalización y empobrecimiento de amplios sectores de la población en América Latina, al grado que, en los albores de este nuevo milenio, los ámbitos comunitarios cam-

pesinos e indígenas y sus sentidos del buen vivir –ligados a sus *saberes de subsistencia*–¹ se ven seriamente amenazados por la racionalidad capitalista neoliberal en un proceso ampliado de subsunción real de la vida en el capital, mediante la subordinación de la naturaleza y los procesos biológicos constitutivos de la reproducción natural de la vida. Hablando en clave de derechos humanos, podemos decir que “gracias” a la hegemonía del neoliberalismo y por tanto a su capacidad de imponer regulaciones jurídicas hacia dentro de los estados nacionales, es que éstos derechos reconocidos por el derecho internacional se ven desactivados. La autoridad internacional del Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Banco Mundial en materia económica se ejerce por su capacidad material y estructural de inducir comportamientos macroeconómicos a los Estados altamente endeudados y dependientes del crédito internacional (como México) para lo cual se establecen “reglas técnicas” de la buena conducta económica, que implican ajustes estructurales que refuerzan un contexto socioeconómico y geopolítico contrario a la eficacia real de los derechos humanos, pero si en beneficio de los derechos patrimoniales de grandes corporativos transnacionales y el libre comercio (MEDICI, 2011). En base a estos ajustes estructurales se crean y modifican leyes estatales que territorializan un nuevo orden colonial articulado a toda una red de tramas sociales, políticas, culturales, económicas y jurídicas en torno a la dinámica de dominación, explotación, exclusión y marginación de amplios sectores sociales.

Las reformas estructurales son ajustes a las regulaciones jurídicas nacionales, impuestos como condición para recibir algún tipo de inversión económica, bajo el chantaje de quedar excluidos de los flujos de producción y comercio internacionales (Tratados de Libre Comercio) mediante el despliegue de los dispositivos militares, políticos, económicos y culturales del discurso neoliberal. Esta imposición, no sólo abre la puerta al despojo y explotación de recursos de los países del tercer mundo, sino que tienen también como consecuencia la transformación de dinámicas sociales, económicas, culturales, políticas y estéticas. Estas transformaciones implican una profunda degradación de los diversos tejidos sociales entretejidos que conforman nuestras variopintas sociedades latinoamericanas, no sólo a

¹ Entendemos *saberes de subsistencia* siguiendo a Jean Robert, como aquellos saberes o conocimientos precisos, apropiados al lugar, adecuados a su clima, y en armonía con su cultura particular. Cfr. Robert, Jean, “Esperando el retorno de los saberes de subsistencia”, en *Conspiratio «los motivos de la esperanza»*, año 1, n° 1, septiembre-octubre, México, 2009.

través de la ya vieja invisibilización y descalificación epistemológica, sino también al fiscalizar e ilegalizar prácticas, conocimientos y expresiones culturales, de los diversos pueblos indígenas y comunidades tradicionales a lo largo y ancho de Nuestra América.

Por lo anterior en este espacio, quiero referirme a las consecuencias de las reformas estructurales neoliberales impuestas en México en las últimas dos décadas, fundamentalmente aquellas que afectan los ámbitos rurales campesinos e indígenas, ya que éstas forman parte de una amplia ofensiva encaminada al despojo de los territorios indígenas y campesinos, así como a consolidar un modelo de agricultura industrial intensiva y capitalizada, dependiente de insumos y paquetes tecnológicos empresariales y semillas transgénicas, así como el despojo del conocimiento indígena en torno la biodiversidad (biopiratería). Estrategia neocolonial sustentada en ideales tecnocráticos y un profundo desprecio por el mundo rural y las formas de vida vernácula, dirigida precisamente a minar los cimientos de la autonomía de los pueblos indios y campesinos, propiciando su desintegración y sentando las bases para el despojo de la fuente ancestral de su subsistencia, esto es: la tierra. Esta una nueva fase de reordenamiento del capitalismo busca consolidar el libre comercio en forma total, mediante la aplicación de medidas liberalizadoras y de apertura indiscriminada, a través de las cuales se ha venido operando el desmantelamiento del Estado Social producto de la Revolución Mexicana. Incluso el recientísimo paquete de reformas constitucionales, leyes y reglamentaciones en materia “energética” que abren el sector a la iniciativa privada y a la inversión extranjera directa, no sólo rompen la supuesta “custodia estatal” de los bienes de la Nación (aunque se afirme lo contrario). De hecho, estas reformas rompen con el concepto mismo de “propiedad originaria de la nación” –innovación del constitucionalismo mexicano y que aún hoy es una pieza clave en la defensa de los derechos territoriales de pueblos y comunidades– (CECCAM; GRAIN, 2014, p. 1-2). Así las cosas, se puede interpretar que esta fase neoliberal de reordenamiento del capitalismo es una nueva guerra de conquista, dirigida una vez más contra los pueblos indígenas y campesinos de América (SUB COMANDANTE INSURGENTE MARCOS, 2004), orientada a separar masivamente a los campesinos e indígenas de sus territorios ancestrales en aras de facilitar la apropiación privada de todo aquello susceptible de generar ganancia. Este proceso que inicia concretamente en México con la reforma al artículo 27 constitucional de 1992 que permitió la derogación, modificación y promulgación de nuevas leyes

no sólo en materia agraria sino también de otros ámbitos íntimamente ligados al mundo rural.

Esta reforma puso fin al reparto agrario y el abandono del carácter de la propiedad social, iniciándose un proceso de reforma agraria de mercado (DE ITA, 2003), permitiendo por la vía legal un proceso de neocolonización de los ámbitos comunitarios campesinos e indígenas y la fragmentación de su tejido social. Así las cosas –en este amplio contexto de cruzada anticampesina– lo que nos interesa enfatizar es el hecho de que la acumulación y despojo de bienes no se limita a tierras y agua campesina, sino que el gran capital ha posado sus ojos sobre los saberes indígenas y campesinos, esto es, sus semillas nativas y el conocimiento ligado a la biodiversidad de sus territorios, a donde se encamina una nueva fase de acumulación por despojo (HARVEY, 2005), mediante el uso del régimen jurídico de patentes y protección a la propiedad intelectual ligados a la ingeniería genética, que permiten la creación de nuevas colonias, sobre los saberes de subsistencia y los seres vivos, sin el consentimiento y excluyendo a pueblos indígenas y campesinos, creadores y guardianes de dichos conocimientos (SÁNCHEZ RUBIO; SOLÓRZANO ALFARO, 2004). Este proceso neocolonizador desatado desde el capitalismo neoliberal, se sustenta en una concepción del mundo y la vida basada en la idea de producción y acumulación de bienes a gran escala, bajo principios normativos de eficiencia, competitividad y obtención del máximo beneficio. Bajo esta lógica la naturaleza ha sido cosificada, desnaturalizada de su complejidad ecológica y convertida en materia prima de un proceso económico; en el que los recursos naturales y la vida misma son reducidos a objetos para la explotación del capital. En este contexto es que opera el proceso de despojo de tierras y agua campesina, y ahora también, la monopolización de las semillas y los saberes campesinos; esto último a través de; a) la concentración económica, b) el régimen de patentes y derechos de propiedad intelectual y c) la ingeniería genética.

De este modo ciencia y derecho han servido y sirven de medios para expandir mundialmente el proceso de dominación/acumulación capitalista. Esto ha sido posible mediante la asunción extraordinaria de la ciencia occidental moderna como única forma de conocimiento válido frente a otros saberes descalificados –como los saberes campesinos e indígenas–; del mismo modo que el derecho estatal moderno asumió el extraordinario privilegio jurídico de ser la única forma de derecho válida, ocultando creaciones y concepciones jurídicas de las comunidades tradicionales y pueblos indígenas, acordes con su costumbre, experiencia, cultura y prácticas sociales (CALDAS, 2004).

En el caso que nos ocupa este ocultamiento/descalificación de la ciencia campesina y difusión/potencialización del saber científico se ve instrumentado jurídicamente mediante los sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual (DPI) –impuestos por la OMC y el FMI– cuyo objetivo solapado es apropiarse de nuevos mercados para la obtención de ganancias y beneficios. Así esta reestructuración del capitalismo pone en peligro no sólo a las comunidades campesinas locales, sino a la humanidad entera, ya que se pretende entregar en manos de unas cuantas corporaciones transnacionales la gestión y manejo de las bases de subsistencia de la humanidad. En este sentido la apertura legal del territorio mexicano a la depredación agrobiotecnológica está sustentada en ideales tecnocráticos y un profundo desprecio por el mundo rural y las formas de vida vernácula. Estas leyes tienen un amplio espectro de consecuencias no sólo a nivel social, económico y ambiental, sino también fuertes repercusiones socio-bio-culturales, ya que seres humanos y naturaleza son cosificados y reducidos a simples objetos de explotación capitalista, subordinando todos los ámbitos de la vida al capital. Esto trae como consecuencia un régimen de nuevo tipo de dominación, con pretensiones hegemónicas de apropiación de la realidad y reducción de todo a su lógica de eficiencia sacrificial, que prima las relaciones mercantiles –ganancias y beneficios– sobre la vida humana y el espacio social en el que se desarrolla. De este modo se pretende convertir la ancestral agricultura campesina en agricultura productivista capitalista; la biodiversidad se concibe como base de nuevas fuentes de energía y materias primas; y los saberes campesinos se vuelven objeto de apropiación individual/corporativa orientada al lucro.

Con pequeñas diferencias nacionales, en las últimas décadas hemos presenciado la legalización de las patentes y otras formas restrictivas de privatización de las semillas, el desmantelamiento de la investigación producción y distribución pública de variedades y, concomitantemente, la privatización de la “certificación” de semillas, es decir, quién define qué semillas pueden estar en el mercado, descalificando los controles de calidad comunitarios locales (RIBEIRO, 2009). En el caso de México el entramado legal que permite esta aberración se ha venido tejiendo desde el sexenio del expresidente Vicente Fox Quezada, con la aprobación de la Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados (2005), que abre la puerta al cultivo de transgénicos en territorio nacional; y posteriormente la Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas (2007) que criminaliza prácticas campesinas milenarias como el libre intercambio de semillas. Asimismo, existe una propuesta de una nueva Ley Federal

de Variedades Vegetales, que de entrar en vigor modificaría la vigente (de 1996), y su relación con la producción, comercio y abastecimiento de semillas en el país. Lo que tiene relación con la presión para ubicar a México en el marco jurídico que del acta 1991 de la Unión Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales (UPOV), para establecer un marco jurídico conveniente para las corporaciones de semillas, ante la eventual autorización para siembras comerciales de maíz transgénico y en ese caso, al ocurrir las contaminaciones de maíces nativos y mejorados nacionales con eventos patentados contaminantes de cualquier maíz normal, hacer valer sus derechos de patente y demandar pagos de regalías (ESPINOSA-CALDERÓN; TURRENT-FERNÁNDEZ et al. 2014, p. 293).

Lo anterior nos revela cómo el proceso de globalización neoliberal –máscara que encubre la diseminación y la eficacia de las redes territoriales de la dominación y las estrategias anónimas de la circulación creciente del capital– (MIER, 2005, p. 31) se viene imponiendo, como la única forma de ver e imaginar el mundo, en la que no cabe interacción y diálogo entre culturas, modos de vida, de hacer y de pensar y el respeto por lo humano y su entorno ecológico. Esta lógica ciega a la diversidad epistemológica del mundo, impuesta y en expansión planetaria se ve cristalizada en el contexto mexicano (en el ámbito de la agricultura) en estos ordenamientos jurídicos y en la firma y entrada en vigor del apartado agropecuario TLCAN². De este modo es que el Derecho –en su expresión positiva– junto con la ciencia –ingeniería genética–, se ponen abiertamente al servicio del proceso de subsunción real de la sociedad y la naturaleza en el capital (SÁNCHEZ RUBIO; SOLÓRZANO ALFARO, 2004, p. 31); creando las bases legales para la expansión y dominación del mercado de semillas por un puñado de empresas, creando leyes de “bioseguridad” a modo, y modificando las leyes de semillas en muchos países del mundo para garantizar las ganancias, ventajas e impunidad de estos crecientes oligopolios (RIBEIRO, 2004).

² En 1993, los gobiernos de Canadá, Estados Unidos (EU) y México suscribieron el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), el cual entró en vigor el 1º de enero de 1994. El capítulo agropecuario del TLCAN establece, entre otros aspectos, cupos de importación para ingresar determinadas cantidades de maíz y frijol, entre otros, provenientes de Estados Unidos a nuestro país, con un pago de arancel o impuesto que fue disminuyendo progresivamente hasta llegar a cero. Esta situación significó importar cada vez más maíz a México, mientras que, en EUA, a partir de 1996, se destinaron cada año más hectáreas a la siembra comercial de maíz transgénico. Como consecuencia de la entrada en vigor del TLCAN la comercialización y producción de maíz en México, en el mercado interno, enfrenta en estos momentos grandes problemas, por la competencia con las importaciones procedentes de Estados Unidos, que son controladas en su mayoría por grandes consorcios privados.

Por esto, se hace urgente llevar acabo a un amplio debate respecto al tema del maíz y las demás semillas nativas en México y las consecuencias de la introducción de semillas transgénicas (OGM's) a territorio mexicano. Como afirma Antonio Turrent, por el contrario de lo que argumenta la industria biotecnológica, el cultivo comercial de maíz transgénico en México es una amenaza para la seguridad alimentaria nacional en por lo menos cinco frentes: 1) el de la salud, 2) el déficit alimentario, 3) la diversidad de la comida pluricultural nacional, 4) la biodiversidad del maíz y de sus parientes silvestres, y 5) la soberanía tecnológica. De ser aprobadas las siembras comerciales se iniciaría el proceso de contaminación y consecuente apropiación transnacional en gran escala de las razas nativas de maíz y sus parientes silvestres, sin costo alguno para la industria, pero con alto costo para los productores y la nación, mientras el monopolio de la industria se consolidaría irreversiblemente; situación de la que será posible dar marcha atrás (TURRENT FERNÁNDEZ, 2013).

3 PROPIEDAD INTELECTUAL: NUEVAS ALAMBRADAS DEL SABER

El régimen de propiedad intelectual o propiedad intelectual a secas, es un término genérico acuñado en el siglo XX empleado para referirse a un grupo de regímenes legales (como patentes, marcas registradas, y derechos de autor) que comenzaron sus existencias independientemente unos de otros y en diferentes tiempos y lugares. Estas estructuras jurídicas proporcionan a los creadores o inventores una protección legal contra el que use o copie una obra sin permiso; el conocimiento intelectual tras las innovaciones tecnológicas (patentes); así como obras creativas (libros, películas o música) en el caso de los derechos de autor. Se comprende que el tema de los regímenes de propiedad intelectual es vasto, no obstante, para los fines de nuestra investigación nos centraremos en el papel de las patentes asociadas a la ingeniería genética.

Las patentes suelen ser asociadas a la creatividad y la invención. Se trata de un derecho concedido en exclusividad a un inventor para que haga, produzca, distribuya y venda el producto objeto de la patente o para que utilice procesos patentados. No obstante, como explica Vandana Shiva, las patentes han tenido otras funciones y significados en el transcurso de la historia, cuyas funciones, nunca han estado claramente separadas en el derecho, ya que "las antiguas herramientas legales desarrolladas durante la época colonial han sido reformadas con pequeños ajustes para que cubran periodos y dominios nuevos". De manera que Shiva distingue entre "pa-

tentes de conquista”, “patentes de invención” y “patentes de importación” (SHIVA, 2003, p. 17). En cuanto a la primera y segunda acepción, refiere que las “patentes de invención” como propiedad intelectual, se remontan a la Italia renacentista, desde donde se extendieron al resto de la Europa continental y posteriormente a Inglaterra. En un primer periodo estas premiaban la explotación de aparatos y procesos desconocidos localmente, no las invenciones nuevas y originales. Las “patentes de invención” fueron un intento de liberar la economía de los abusos ocasionados por las concesiones reales de privilegios de monopolio. Posteriormente, las patentes se utilizaron para transferir tecnologías existentes en países tecnológicamente avanzados. Esto significa que los países que iban a la zaga en la carrera tecnológica utilizaban las patentes para alcanzar a los países avanzados desde el punto de vista tecnológico, mediante el préstamo de tecnología durante un periodo determinado de tiempo, y las patentes otorgaban una recompensa y protección (monopolio o derechos exclusivos) a la persona que introducía la invención. Esto es lo que se conocía como “patentes de importación”. Sin embargo, en la actualidad las patentes son utilizadas como instrumentos para impedir la transferencia tecnológica de los países avanzados, ya que la transferencia de conocimientos se considera “piratería” (SHIVA, 2003, p. 17-20).

Según Shiva el uso original de las patentes tenía poco que ver con la creencia actual de que las patentes son instrumentos orientados a estimular y recompensar las invenciones y las innovaciones. En un principio –y quizás se su acepción más cercana a la actual en sus efectos prácticos– se refería a las cartas patente (*litterae patents*, literalmente carta abierta). Originalmente las patentes hacían referencia a las cartas patente o cartas abiertas, que eran documentos oficiales o públicos mediante los cuales los soberanos concedían determinados privilegios, derechos, rangos o títulos. Eran abiertas precisamente porque eran documentos públicos, en contraposición a las cartas privadas; cerradas. Según Shiva, las *litterae patents* se emitieron por primera vez en Europa en el siglo sexto. Los monarcas otorgaban cédulas reales o cartas para el descubrimiento y conquista –y posterior colonización y establecimiento de monopolios– de tierras extranjeras en su nombre. Así pues, desde sus inicios las patentes han estado asociadas a los procesos de colonización (SHIVA, 2003).

En la actualidad el conocimiento en sí tiene que ser convertido en propiedad, como lo fue la tierra durante los procesos de colonización. Por esta razón, las “patentes” actuales se han ocultado bajo la etiqueta más amplia de la “propiedad intelectual” o de propiedad en términos de “pro-

ductos de la mente” (SHIVA, 2003, p. 18). Al igual que los procesos de colonización de la llamada modernidad madura planteaban que pesar de estar habitada por pueblos indígenas, la tierra descubierta fue tratada de “*terra nullius*”, o Tierra Vacía, porque no había asentamientos de europeos blancos. Cuando John Locke dice “en el principio todo el mundo fue América”, está estableciendo un principio teórico, no histórico (CLAVERO, 1994, p. 22). En el pensamiento de Locke el territorio de América puede considerarse jurídicamente vacío, ya que, según su pensamiento, la ocupación efectiva de la tierra sirve para generar derecho, en su sentido extensivo, de la facultad no sólo sobre sí mismo, sino también sobre la naturaleza. Para Locke otros usos no son considerados válidos, sólo el capital puede añadir valor a la naturaleza que se ha apropiado y, por lo tanto, sólo los que poseen capital tienen derecho natural de poseer recursos naturales, un derecho que sustituye a los derechos comunes de otros con reivindicaciones anteriores (SHIVA, 2003, p. 45). De este modo Locke pretende legitimar el robo y saqueo efectuado por parte de las potencias occidentales. En términos sintéticos para Locke el derecho de propiedad es el derecho por antonomasia, y el territorio americano puede considerarse jurídicamente vacío porque no está poblado por individuos que respondan a los requerimientos de la propia concepción –liberal/burguesa– de este derecho; esto es a una forma de ocupación y explotación de la tierra que produzca ante todo derechos, antes que nada, individuales. De modo que, aunque se trate de un territorio poblado por los pueblos indígenas americanos, este puede ser considerado vacante a disposición de los nuevos colonizadores europeos, ya que aquellos no conciben el derecho de propiedad con los atributos lockeanos.

Ahora bien, como muestra el teólogo y economista tico-alemán Franz Hinkelammert el propietario –desde la perspectiva de Locke– es visto ahora como el soporte de la propiedad. Pero no de cualquier propiedad, sino de la propiedad como sistema de competencia y eficiencia. Los enemigos contra los que Locke entabla su discurso también defienden su propiedad; los indígenas de América defienden sus tierras como propiedad; no obstante, se trata de una concepción de la propiedad totalmente distinta a la de Locke. Es una propiedad vista desde una manera de vivir (forma de vida) de personas concretas. Locke invierte la relación para constituir personas cuya manera de vivir está constituida por la lógica de la propiedad, que es la lógica de la acumulación (HINKELAMMERT, 2000, p. 103-104.) Se trata, como dice Bartolomé Clavero, de la manifestación paradigmática de toda una cultura que es capaz de imponer como general un concepto particular.

En realidad, no se está postulando un derecho para todos los seres humanos, sino sólo para aquellos seres, “afortunados individuos” que responden a la concepción liberal de humanidad (CLAVERO, 1994, p. 22). Naturaleza humana que resulta de una apreciación de lo que serían los individuos humanos con entera independencia de sus relaciones sociales y sus contextos de vida. Así se consideran seres humanos aquellos que encajan en la nueva subjetividad abstracta y hegemónica: hombres, iguales, racionales, libres y propietarios. Subjetividad en la que evidentemente no encajan los pueblos indios mexicanos –americanos–.

Del mismo modo –en la lógica lockena– la utilidad de los objetos físicos o naturales se produce a través del esfuerzo humano y los que emplearon dicho esfuerzo tienen el derecho moral al uso exclusivo de tales objetos (TANSEY, 2008, p. 40). No obstante, el conocimiento que es “inventado”, “patentado” y convertido en “propiedad intelectual” suele ser una “innovación” actual de los sistemas de conocimiento indígenas, esto es, una historia de sucesivas innovaciones hechas por los pueblos indígenas y campesinos que no son valoradas ni reconocidas. De modo que, este derecho a reivindicar la invención, como el derecho a reivindicar el descubrimiento que otorgaban las cartas patentes de la conquista colonial, es la justificación para hacerse con el control de los sistemas económicos y de mercado por medio de sistemas de patentes globalizados. El disfraz de recompensa a la inventiva oculta su objetivo real: el control de la economía mundial. Lo que está en el centro de los intensos conflictos y controversias sobre las patentes es esta conquista secular de los diversos sistemas de conocimiento y economías (SHIVA, 2003, p. 18-19).

La palabra “propiedad” ha sido pensada para excluir a los sistemas de conocimiento de las comunidades. Los derechos de propiedad en el término “derechos de propiedad intelectual”, tal como se entiende en la actualidad denotan su transformación en un producto de consumo masivo y de propiedad privada, destinado principalmente al intercambio comercial. La realidad de una comunidad con sus conocimientos no está en absoluto destinada a su transformación en productos de consumo masivo y “pertenece” y se comparte en comunidad. La suma total de conocimientos de propiedad comunal que tienen un valor (aunque no tenga un precio necesariamente), se describe más acertadamente con el término derechos intelectuales de la comunidad. (SHIVA, 2003, p. 121)

De modo que los llamados “derechos de propiedad intelectual”, en concreto la patente, se tratan de una clase inventada de propiedad intangible, pero de sumo valor comercial para algunos. Al igual que el concepto ordinario de propiedad, no se trata de un fenómeno natural, sin embargo en la actual economía de mercado el control de los llamados “derechos de propiedad intelectual” –capitalismo cognitivo– ayuda a dominar los mercados e influye en la distribución de la riqueza y el poder (TANSEY, 2008, p. 36). Entonces, a través de la figura jurídica de la patente, se crea –mediante la ley– un derecho, otorgado a una persona física o moral, para que mediante éste excluya, por un periodo de tiempo determinado, a los demás (personas físicas y morales) de actos o uso sobre la nueva “invención” patentada; es por esto que la patente otorga a su titular un verdadero monopolio de la producción y distribución de determinados productos en un lugar o por un cierto periodo de tiempo. Como explica Geoff Tansey, la justificación de los defensores del régimen de propiedad intelectual se fundamenta en que sostienen que éste proporciona el incentivo necesario, la compensación apropiada y la seguridad requerida para la inversión de I + D (Investigación y Desarrollo) que produzca innovaciones que mejoren la calidad de vida (TANSEY, 2008).

No obstante, lo cierto es que grandes corporaciones agrobiotecnológicas (farmacéuticas y biogénéticas) se valen de este tipo de figuras jurídicas, para esconder su pillaje del conocimiento tradicional ligado a la biodiversidad y su conquista de los mercados. Por lo que es preciso vincular los regímenes de propiedad intelectual a la denominada revolución biotecnológica, basada en la comprensión de que los organismos vivos crecen y se desarrollan a través de expresiones de genes, codificados en ADN. Esto hace posible concebir ciertos modos de reestructurar los organismos vivos y da origen a la ingeniería genética y otros aspectos de la moderna biotecnología, tales como la clonación, genómica y selección asistida de marcadores, así como la posibilidad de sintetizar nuevas formas de vida (biología sintética) (TANSEY, 2008, p. 35); nuevas posibilidades para manipular las plantas que han provocado que algunas de las mayores empresas agroquímicas a nivel mundial se hayan diversificado hacia la biotecnología vegetal y el negocio de las semillas, produciendo una convergencia sin precedentes entre segmentos clave del sector agrario (productos químicos, semillas y tecnología agrícola) en la búsqueda de la consolidación del agronegocio global en unas cuantas manos.

La revolución biotecnológica constituye la antítesis de la agricultura tradicional, e inaugura una nueva era agrícola mediante el uso de la inge-

niería genética, ofreciendo un conjunto de técnicas que permiten modificar la herencia de los seres vivos, creando nuevos organismos, usando combinaciones novedosas de material genético que no existían antes en la naturaleza y no han pasado por el proceso de evolución. Entonces, la biotecnología moderna permite una combinación de patrimonios genéticos de especies que no se cruzarían naturalmente, rompiendo las barreras naturales de cruzamiento entre ellas mediante la introducción directa de genes obtenidos de otros seres, ya sean vegetales, animales, bacterias, virus etc. Estos nuevos OGMs son producidos –mediante un proceso biotecnológico moderno– en laboratorios para aumentar rendimientos, resistir heladas, sequías, plagas enfermedades y herbicidas, producir sus propios insecticidas u obtener nuevos productos a fin de responder a los mercados globalizados. En este sentido la revolución biotecnológica constituye la continuación de la Revolución Verde, obedece a su misma lógica y como aquella pretende ser una panacea para acabar con el hambre en el mundo; comparte también con ella una visión fragmentada de la socio-bio-diversidad, basada en la homogenización de los cultivos (monocultivos), y la búsqueda de altos rendimientos (AGUILAR; ILLSLEY; MARIELLE, 2003, p. 105-106.)

Sin embargo, aún cuando se hace uso de una retórica “humanitaria” mediante la cual se quieren imponer a toda costa, la verdad es que el uso de estas nuevas tecnologías constituye un riesgo sumamente desproporcionado, ya que además de las distorsiones socioeconómicas y culturales que provoca en las comunidades indígenas y campesinas, existen estudios que enfatizan serios riesgos a la salud humana y animal por el uso y consumo de OGMs. El uso OGMs, implica la adquisición junto con la semilla, de un paquete tecnológico (pesticidas o agroquímicos, sin los cuales no crecen los cultivos), propiciando mayor contaminación del suelo y pérdida de biodiversidad por el uso de agroquímicos y pesticidas, provocando una ausencia de sustentabilidad y consecuente ruptura en los agroecosistemas y las economías familiares comunitarias basadas en la autosubsistencia, el impacto medioambiental, pérdida de biodiversidad del maíz por la contaminación transgénica de los maíces nativos mexicanos como consecuencia del flujo génico de transgenes, dependencia tecnológica, así como riesgos a la salud humana y animal por el uso y consumo de productos elaborados con OGMs.

La introducción de OGMs en la agricultura no solamente crea dependencia a los paquetes tecnológicos de las agrocorporaciones, en base

al desarrollo de tecnologías que impiden la germinación o activación de caracteres específicos de las semillas si no se compra y aplica un cierto insumo –las denominadas tecnologías genéticas de restricción de uso o también apodadas “tecnologías traidoras” (TANSEY, 2008, p. 46); si no que, las corporaciones agrobiotecnológicas no satisfechas con el control mediante las patentes, han desarrollado una “patente biológica” denominada tecnología *terminator*³, que produce semillas estériles en la segunda generación (RIBEIRO, 2004, p. 85.) Mediante esta nueva tecnología se rompe el ciclo ancestral que subyace a la agricultura, a través el cual los campesinos inmemorialmente recuperan las semillas con la cosecha, reservándolas para ciclos de cultivo posteriores. Consecuentemente también se acaba el intercambio de semillas entre campesinos, familias y comunidades, degradando el tejido social y la generación de conocimiento ligado a la práctica en el manejo de semillas y recursos naturales. Lo único que se crea mediante el uso de estas tecnologías es dependencia de los campesinos hacia las empresas agrobiotecnológicas, que son las únicas beneficiadas al ser las productoras y vendedoras de las semillas (SHIVA, 2003, p. 113). Como lo expresa Shiva, “el desarrollo desenfrenado, ética y ecológicamente, de la biotecnología, proporciona nuevas herramientas para la manipulación; y las patentes proporcionan nuevas herramientas para la apropiación de los monopolios de lo que es gratis por su propia naturaleza” (SHIVA, 2007, p. 56). Las patentes son usadas como instrumento encaminado a proteger el derecho e intereses de grandes corporaciones, ya que este régimen jurídico ligado a la ingeniería genética permite la creación de nuevas colonias sobre los saberes campesinos y los seres vivos, dentro del marco de una nueva división internacional del trabajo.

Las consecuencias de la protección en exclusividad de ese conocimiento, mediante la patente como régimen de protección de la propiedad intelectual en el ámbito de la agricultura, implican la creación de dependencia alimentaria, la restricción o limitación de las condiciones de existencia humana y la satisfacción de necesidades humanas reales, como por el pago obligado –y excesivo– por semillas genéticamente modificadas (SÁNCHEZ RUBIO; SOLÓRZANO ALFARO, 2004). Esta colonización y monopolización

³ En marzo de 1998, el USDA y la Delta and Pine Land Company anunciaron que habían desarrollado y patentado conjuntamente una nueva biotecnología agrícola a la que denominaron, en términos benignos, *control de la expresión genética de las plantas*. La nueva patente hace posible que sus dueños y los poseedores de una licencia creen semillas estériles mediante la programación selectiva del ADN de la planta para que mate a sus propios embriones (SHIVA, 2003, p. 102).

de las bases materiales de vida, a través del “libre comercio”, produce lo que Iván Illich atino en llamar *monopolios radicales*, mediante la creación de nuevas formas de escasez; limitando el acceso a los recursos e instalando a la gente dentro de la dependencia mediante la transformación de la agricultura y alimentación en una realidad económica y artificial, sustituyendo valores de uso por valores de cambio, esto es, sometiendo a la gente a la necesidad de bienes y servicios escasos. Illich llamó *monopolio radical* más que la dominación de una marca, a la de un tipo de producto. Un proceso de producción industrial que ejerce un control exclusivo sobre la satisfacción de una necesidad apremiante excluyendo en ese sentido todo recurso a las actividades no industriales. De modo que “hay monopolio radical cuando la herramienta programada despoja al individuo de su posibilidad de hacer. Esta dominación de la herramienta instauro el consumo obligatorio y con ello limita la autonomía de la persona [y las comunidades]. Es un tipo particular de control social, reforzado por el consumo obligatorio de una producción en masa que sólo las grandes industrias pueden garantizar” (ILLICH, 1985, p. 81-83). Así las empresas agrobiotecnológicas pretenden ejercer el *monopolio radical* de la agricultura y la alimentación, apropiándose de las fuentes materiales de subsistencia a través de la biotecnología y el régimen de patentes y de protección a la propiedad intelectual, alterando la relación entre lo que la gente necesita y hace por sí misma para obtener su alimento, y lo que obtiene de la industria.

Se trata de nuevos “*cercamientos del saber [alambradas del saber]*”, cuyos pivotes son el refuerzo de los derechos de propiedad intelectual, las patentes sobre la vida y la piratería sobre saberes tradicionales” (VERCELLONE, 2004, p. 69) [*biopiratería*];⁴ como forma de apropiación por parte de corporativos transnacionales y también de algunas instituciones públicas de investigación –a menudo en curso de privatización– de los recursos genéticos y conocimientos asociados a ellos, para su privatización y con la finalidad de lucrar con ellos. De esta forma opera la apropiación de estos espacios vitales, con el afán de obtener ganancias, sin el consentimiento y excluyendo a los pueblos indígenas y campesinos, creadores y conservadores de dichos conocimientos (SHIVA, 2003); legi-

⁴ Previo a la biopiraterización existe un proceso de búsqueda y evaluación, que permite identificar, seleccionar y aislar componentes últimos de estos recursos. A este proceso se le conoce como bioprospección, el cual consiste en la exploración de la diversidad biológica y conocimiento indígena y tradicional asociado a ella, para facilitar la selección y extracción de recursos genéticos y bioquímicos que puedan resultar aplicables en productos comerciales (SHIVA, 2003, p. 102).

timando la propiedad y el control exclusivo de los recursos, productos y procesos biológicos que han sido utilizados por siglos por las culturas no industrializadas.

Como en los albores del capitalismo industrial se producen nuevas *alambradas* o *cercados*. Karl Polanyi (2009) muestra en su obra fundamental *La gran transformación*, cómo los cercados de tierra en Inglaterra, y posteriormente en toda Europa, sentaron las bases de una sociedad regulada por el mercado –es decir por la ley de la escasez–; movimiento que transformó las tierras comunes –bienes de ámbitos de comunidad– dedicadas a actividades de subsistencia en campos reservados a la producción de valores económicos. Los ámbitos de comunidad –explica Illich (2008, p. 196)– eran las tierras a las que todos los habitantes de una comunidad tenían derechos de uso adquiridos, no para extraer una ganancia monetaria sino para asegurar la subsistencia familiar. Los ámbitos de comunidad son esa parte del medio ambiente cuyo usufructo está garantizado por la costumbre, respecto a las cuales ésta impone formas específicas de respeto comunitario.

Bajo otros cielos, otras constelaciones históricas, los comunes se han llamado *commons*, *wastes*, *open fields*, *usi civici*, *mir*, *ejidos*, *Allmende*, *Marknutzungen*, *Almeinde*, *Algme*, *allmaenning*, *almindeing*, *talvera*, *tournière*, *communaux*, *altepetl*, *gemeentegronden*. Todas estas venerables palabras españolas, inglesas, italianas, rusas, alemánicas, noruegas, catalanas, francesas, nahuas, neerlandesas –y muchas otras más–, con sus variaciones semánticas locales, nos remiten a espacios que no son ni “privados” ni “públicos” en el sentido moderno. La dualidad moderna público-privado opone la esfera privada del consumo al espacio público de la circulación de los recursos. En cambio, la realidad que designan estas palabras olvidadas se encontraba más allá de los umbrales domésticos, pero no estaba dedicada a la producción y circulación de recursos económicos, sino a actividades autónomas de subsistencia. Era la encarnación espacial del ancestral ethos de subsistencia, cuya primera regla era asegurar los medios de sustento del más débil. (ROBERT, 2010, p. 223)

De tal modo que las alambradas o cercados de tierra [*enclosure acts*] sientan las bases de una sociedad regulada por el mercado, proceso que implicó dos cosas, según Robert: 1) Transformar un bien otrora común en un recurso para la producción de valores y; 2) Impedir un derecho atávico, el libre acceso a los campos o a las fuentes. La primera cosa instituye el

valor, mientras que la segunda destruye la capacidad innata de preparar comida o saciar la sed sin recurrir a los valores de mercado. En el orden filosófico, la segunda cosa, la desvalorización de una capacidad natural, es primero. De modo que el “desvalor” –la desvalorización de capacidades de acción autónoma, de libertades civiles elementales ancladas en la cultura– precede la constitución del valor. Como explica Robert, cuando un bien económico o escaso prevalece sobre todas las alternativas no escasas, podemos decir que este bien ejerce un *monopolio radical* sobre la satisfacción de una necesidad o de un deseo. De modo que el *monopolio radical* nace de algo estructuralmente semejante a un cercado o una alambrada (ROBERT, [s.d.] mimeo). Dice Polanyi (2009, p. 230):

La falta del peligro del hambre individual es lo que hace más humana en un sentido a la sociedad primitiva que la economía mercantil, y al mismo tiempo menos económica. Irónicamente, la contribución del hombre blanco al mundo del negro fue el hacerle conocer los usos del flagelo del hambre. Así los colonizadores pueden decidir cortar los árboles del pan a fin de crear una escasez artificial de alimentos o pueden imponer una tasa sobre las chozas al indígena a fin de obligarlo a vender su trabajo. En cualquier caso el efecto es similar al de los cercados de los Tudor con su secuela de hordas vagabundas. Un informe de la Liga de las Naciones mencionaba con el horror debido la creciente aparición de aquella figura sombría de la escena europea del siglo XVI, el “hombre sin amo”, en la selva africana. Durante la última fase de la Edad Media solamente fue encontrado en los “intersticios” de la sociedad. Y sin embargo fue el antecesor del trabajador nómada del siglo XIX.

Uno de los aportes fundamentales de Karl Polanyi es que mostró de forma magistral cómo un modo de producción industrial requiere del mecanismo de la escasez; esto es, la creación de escasez artificial de todos aquellos medios sobre los cuales el modo de producción capitalista descansa y posibilita la producción en masa de –diría Ivan Illich– *pobres modernizados*. Este es el sentido de las políticas de patentes y de protección a la propiedad intelectual; posibilitar la creación de monopolios radicales, al proteger únicamente al conocimiento científico empresarial orientado al lucro, revelándose como instrumento ideológico que justifica las nuevas *alambradas del saber* y la exclusión del Sur del acceso a la nueva división cognitiva del trabajo” (VERCELLONE, 2004, p. 69). Tres argumentos –según Carlo Vercellone– permiten apuntalar esta tesis: 1) La mayor parte de los costes fijos en investigación se localizan en realidad en la fuente del

propio sistema de empresas y de sus centros de I + D. Esta constatación es todavía más pertinente si se considera el hecho de que el coste marginal de estas producciones es cercano a cero, y que por tanto estos bienes deberían ser considerados como bienes públicos; 2) Las patentes sobre la vida reposan en su mayor parte sobre la apropiación gratuita, por no decir sobre un verdadero pillaje [biopiratería] de los recursos genéticos y de los saberes tradicionales del Sur y más en concreto de las regiones tropicales que son las que sufren más dramáticamente los efectos de la «desconexión forzada» de la nueva División Internacional del Trabajo, y; 3) Las patentes de los saberes tradicionales y de los recursos derivados de la biodiversidad se traducen en la prohibición de utilizar las semillas agrícolas patentadas y en la imposición de monocultivos que terminan por destruir esa misma biodiversidad y la reserva de saberes sobre la que se apoya el desarrollo de las empresas biotecnológicas del Norte (VERCELLONE, 2004).

Así se comprende, bien dice Enzo Rullani, que el conocimiento no es un bien naturalmente escaso, su escasez es solamente artificial; el valor del conocimiento no es el fruto de su escasez –natural–, sino que se desprende únicamente de limitaciones establecidas –institucionalmente o de hecho– sobre el acceso al conocimiento. La escasez del conocimiento, eso que le da valor, tiene de esta suerte, una naturaleza artificial; derivada de la capacidad de un poder, cualquiera que sea su género para limitar temporalmente su difusión y para reglamentar el acceso (RULLANI, 2004, p. 101-102). De lo que se desprende que al ser registradas y patentadas las semillas, el conocimiento tradicional se vuelve objeto de apropiación individual [u corporativa], oponiéndose frontalmente a su naturaleza colectiva y gratuita, y tiene como consecuencia la supresión del derecho de uso y disfrute de los bienes comunes –mediante *alambradas de saber*– y la eliminación de las formas autónomas de producción y consumo, en beneficio de formas neocoloniales de apropiación de los saberes tradicionales, la biodiversidad y la vida misma. De este modo se agudizan las dependencias hacia el mercado, “volviendo ‘económico’, es decir escaso, lo que anteriormente no lo había sido” (ROBERT, 2010, p. 186). En otras palabras

[...] para expandir la esfera mercantil, hay que volver escaso lo que otrora fuera gratuito. La historia del capitalismo es la de la invasión de los dominios de gratuidad por la necesidad creada de mercancías. La máquina financiera y económica se parece en eso a una máquina termodinámica: concentra valores en pocos puntos de acumulación, mientras que diluye el “desvalor” sobre todo el mundo en forma de de-

sechos, basura, contaminación, destrucción de capacidades y saberes, despojos territoriales, miseria. (ROBERT, 2010, p. 186)

Estas *nuevas colonias del capital*, como las atinadamente llaman David Sánchez Rubio y Norman Solorzano Alfaro (SÁNCHEZ RUBIO; SOLÓRZANO ALFARO, 2004, p. 30), instrumentalizadas por medio del sistema de propiedad intelectual, priorizan las relaciones mercantiles sobre las necesidades humanas, perpetrando un desequilibrio en la relación ser humano-ser humano y de éste con la naturaleza, fuente de su sustento y cosmovisión. Este sistema económico, que valora y subordina todos los elementos de la realidad en función de la obtención del máximo beneficio, termina por articular de manera consistente una red de tramas sociales, políticas, económicas y jurídicas en torno a la dinámica de imperio, dominación, explotación, exclusión y marginación. Así, la “cosificación de los seres vivos --ahora denominados recursos naturales, elementos genéticos, material orgánico-- supone también su adaptación forzosa a los instrumentos jurídicos que son propios de los bienes materiales de naturaleza patrimonial” (CALDAS, 2004, p. 122).

Las patentes no solamente garantizan un esquema de derechos de la propiedad, sino que promueven el proceso de la invención de dos formas que pueden considerarse como intrínsecamente políticas. Una es designar las clases de cosas que pueden considerarse como propiedad. La extensión de las patentes a nuevos campos altera nociones básicas de lo que es un producto y quién puede reivindicar la propiedad sobre él. Cuando se concede una patente a un producto biológico, tiene el efecto de pasar la cosa que se está patentando de la categoría de naturaleza a la categoría de artificio --profundo cambio metafísico que, al menos en teoría, debe invitar a la deliberación pública. La segunda función política es distributiva. Las patentes otorgan derechos de propiedad dentro de los sistemas de producción, premiando a algunos participantes más que a otros en el proceso de descubrimiento [...]. De esta forma, las patentes actúan como instrumentos de distribución económica. (JASANOFF, en TANSEY, 2008, p. 38)

Mediante las patentes opera una la reducción de los bienes materiales de subsistencia y el conocimiento tradicional, a bienes susceptibles de apropiación y regulación por intereses de libre mercado y su control corporativo. De este modo se les desliga de su ancestral significación cultural operando un despojo que implica la previa desvalorización de los sistemas de conocimiento indígena y las formas de vida vernácula para justificar

la “innovación” hecha por la ciencia occidental moderna, descalificando la innovación histórica hecha por pueblos indígenas y campesinos en base a sus saberes de subsistencia. Esto nos lleva a preguntarnos sobre la innovación y su validez para legitimar las *alambradas del saber* levantadas por las patentes y la ingeniería genética.

4 LAS PATENTES: PRIVILEGIOS QUE SOLAPAN EL ROBO

Como ya habíamos mencionado, en la actualidad el fundamento para proteger los activos intangibles creados por la propiedad intelectual en los países industrializados es esencialmente utilitario, esto es, la utilidad centrada en a la promoción de la innovación asumiendo que esta aporta beneficios a todos. El problema –hablando en términos de economía de mercado– es que aunque la difusión más amplia posible de los nuevos conocimientos contribuye a la mayor eficiencia económica, se considera que si todos son libres para emplear tales conocimientos, los inventores tienen pocos incentivos para invertir en su producción. Es por la anterior que las diversas formas de propiedad intelectual impiden ese compartir (en general temporalmente), transformando los conocimientos de un bien público compartido en un bien privado. En otras palabras, los regímenes de propiedad intelectual crean escasez donde no es necesario y donde no existía; lo que otorga a los titulares de los DPI un marcado poder de mercado y además les permite el uso de la fijación monopolística de los precios a través de los cuales pueden recuperar los gastos de I + D. Desde esta lógica se considera el régimen de propiedad intelectual como un importante incentivo para el sostenimiento de la innovación dirigida al sector privado. De modo tal que se entiende que las mentes creativas y las empresas innovadoras tienen así un incentivo para comprometerse en actividades inventivas; argumento que supone la principal base de protección otorgada por las patentes, derechos de autor, derechos de obtentores de nuevas variedades vegetales y otros tipos de propiedad intelectual. Así, la justificación de los defensores del régimen de propiedad intelectual se fundamenta en que sostienen que éste proporciona el incentivo necesario, la compensación apropiada y la seguridad requerida para la inversión de I + D que produzca innovaciones que mejoren la calidad de vida de todos (JASANOFF, en TANSEY, 2008, p. 40).

No obstante, en los hechos las patentes ponen de manifiesto la vigencia de la colonialidad del saber, del poder y del ser, ya que presuponen

y definen a las sociedades no industriales/no occidentales y sus formas de conocimiento como inferiores negando la pluralidad epistemológica del mundo. Como explica Shiva, al transformarse la pluralidad de conocimientos en una jerarquía de conocimientos (superiores e inferiores), el ordenamiento horizontal de sistemas diferentes, pero igualmente válidos y diversos se torna en un ordenamiento vertical de sistemas desiguales, imponiéndose unos conocimientos epistemológicos particulares –occidentales y orientados al lucro– a los otros para invalidarlos. Posteriormente esta transformación de las variedades de conocimientos en jerarquías de conocimientos se utiliza para reivindicar los actos de interpretación como actos de “invención”. La interpretación se malinterpreta y se denomina “creación” de conocimiento (SHIVA, 2003, p. 52).

De esta manera, un cambio sociológico, se trata, falazmente, de cambio epistemológico. Esta falacia de considerar el desplazamiento sociológico y cultural como un cambio epistemológico que genera nuevos conocimientos ha sido posible gracias a la parcialidad colonial que ha tratado los conocimientos occidentales de exclusivamente científicos y los conocimientos no occidentales de a científicos. Sin embargo, al diferencia en los conocimientos epistemológicos no hace que los conocimientos tradicionales sean inferiores; sólo los hace diferentes. (JASANOFF, en TANSEY, 2008, p. 40)

El fenómeno de la biopiratería se produce por la insuficiencia de los sistemas de patentes occidentales y el prejuicio intrínseco de occidente frente a otras culturas. Como ya vimos, las patentes fueron creadas para favorecer los monopolios de importación, no para separar todos los sistemas de conocimientos con el fin de excluir las innovaciones existentes y establecer una realización anterior en otras culturas y por tanto darle una protección jurídica. Según Shiva, la cultura occidental ha sufrido el *error columbano* del derecho de saquear, tratando a otra gente, sus derechos y conocimientos como inexistentes. De este modo se actualiza la colonialidad; “el concepto de *terra nullius*’ tiene su equivalente contemporáneo en *bio nullius*’: tratar los conocimientos en materia de biodiversidad como si carecieran de creatividad y derechos previos y, por consiguiente, de estar disponibles para su ‘apropiación’ por medio de una solicitud de ‘invención’”. Esta postura –evidentemente colonial– escamotea el hecho fundamental de que al igual que los procesos cognitivos parten de contextos particulares y variados, así también la innovación y las mejoras son una cuestión contextual, esto es, que no son únicamente las semillas comercia-

lizadas por las corporaciones transnacionales las únicas que representan una contribución intelectual, sino que las semillas que guardan e intercambian los campesinos también expresan una aportación intelectual significativa y valiosa (*innovación campesina informal*). Esto demuestra el hecho de que la innovación y la mejora de las semillas no son independientes del contexto, sino que como dice Shiva, “la mejora es una categoría contextual”. La mejora de los cultivos se hace también desde la perspectiva campesina, en función de sus necesidades, gustos y posibilidades; mientras que la agroindustria “mejora” los cultivos para la transformación industrial o para aumentar el empleo de insumos químicos; para satisfacer necesidades industriales y comerciales (JASANOFF, en TANSEY, 2008, p. 113). La agricultura industrial, como hija legítima del capitalismo, promueve la eficiencia y uniformización de los cultivos, esto en virtud de que el “capitalismo es producción masiva de mercancías estandarizadas, provenientes de factorías especializadas y por tanto eficientes: el capitalismo es uniformidad” (BARTRA, 2008, p. 113).

No obstante, bajo un lógica totalmente contraria, como bien explica la Unión de Científicos Comprometidos con la Sociedad (UCCS), el maíz nativo es toral para México por tres razones: 1) es el único tipo de maíz que prospera en tierras de baja calidad agrícola, que son la mayoría de las dedicadas a su cultivo y de las que dependen millones de familias campesinas; 2) produce el maíz de especialidad que requiere la cocina mexicana, y 3) su biodiversidad es la mejor apuesta para México y para el mundo para enfrentar al cambio climático. De modo que su importancia radica en su diversidad. Por consiguiente, los monopolios de semillas que disfrutaban las grandes compañías semilleras, gracias a los DPI no son ni necesarios ni deseables desde el punto de vista del interés público, y mucho menos del interés campesino e indígena. El hecho de que una comunidad indígena o campesina innove o mejore una determinada semilla, propiciando el surgimiento de una característica nueva en su maíz, atiende a una necesidad o un gusto particular a nivel familiar o comunitario. La constante selección y adaptación de las plantas domesticadas al medio ambiente y preferencias culturales han generado razas y variedades adaptadas a los distintos climas, regiones, altitudes de nuestro país en función de las necesidades, limitaciones y gustos de los campesinos⁵.

⁵ En la actualidad existen más de 600 preparados alimenticios a base de maíz nixtamalizado, cada uno de los cuales requiere como materia prima a una raza nativa específica (creada a través de sucesivas innovaciones campesinas). Estos preparados alimenticios incluyen unos

Ahora bien, la agricultura campesina, con menor aporte de sustancias químicas externas, mecánicas y de energía implica tanto o más conocimientos que las llamadas ciencias para la agricultura industrial. La agricultura campesina constituye una forma de conocimiento diferente, que no se reconoce como ciencia porque no está suficientemente orientada al control y al reduccionismo. Asimismo, este tipo de conocimiento no es considerado confiable en términos comerciales porque no puede ser controlado como un objeto de propiedad y explotación, y mucho menos asociado a un propietario particular (corporativo o individual); sino que este tipo o forma de conocimiento –holístico– se comparte como un recurso cultural colectivo de aprendizaje experimental y empírico no comercializable y no dogmático. De modo que se hace fundamental el rescate de memorias y saberes de la agricultura campesina, calendarios, cosmovisiones, formas de relacionarse con el territorio y construir territorialidad, buenas prácticas e innovaciones campesinas, a fin de que este carácter de innovación constante sea reconocido con un verdadero derecho de propiedad intelectual *sui generis* de los conocimientos tradicionales como se plantea en el artículo 8 del Convenio de Diversidad Biológica, firmado y ratificado por el estado mexicano.

La agricultura tradicional, transmitida oralmente y por demostración de agricultor a agricultor, familiar y/o comunitario se enriquece con la experimentación, modificación de prácticas, implementos, semillas, y calendarios, conservando aquellas que tienen éxito. El uso de los multicultivos, y de heterogeneidad genética en lugar de materiales genéticos uniformes es preferido en este tipo de agricultura. Los procesos agrícolas en estos sistemas tienen una racionalidad ecológica y muestran estrecha liga con la superestructura emanada de la cosmovisión particular de las sociedades. Además estos

300 tipos de tamales, tlayudas, totopos, tlacoyos, el pozole, el pinole, etc. y bebidas como el pozol, atoles, el tascalate, el tehuino, etc. Por ejemplo, la tlayuda tradicional, sólo se puede hacer a partir de masa de la “raza Bolita” para que cumpla con su calidad organoléptica (textura, sabor, olor, color), a su vez el totopo oaxaqueño sólo se puede hacer a partir de la raza “Zapalote Chico” y así muchos más platos tradicionales mexicanos. De modo que ninguno de los maíces mejorados en México o en el extranjero (en su mayoría de calidad forrajera) incluyendo a los transgénicos, sirve para preparar la comida típica regional a base del maíz nativo. En cambio, sí funcionan para hacer la tortilla industrial uniformizada de pésima calidad organoléptica a la que hemos tenido que adaptarnos en las ciudades. Asimismo, los maíces transgénicos añadirían a la mala calidad organoléptica de sus preparados, el riesgo a la salud, a la ecología y la dependencia tecnológica. De modo que el concepto de que el maíz es el alimento básico de México no puede separarse de las más de 60 razas nativas, necesarias como ingredientes especializados de los más de 600 preparados alimenticios y bebidas que conforman la cocina mexicana. (TURRENT FERNÁNDEZ *et al.*, 2014, p. 34)

sistemas se adaptan a diferentes formas de organización y pueden incorporar “innovaciones modernas” según sus propios razonamientos. El conocimiento de los principios y prácticas de manejo se transmite oralmente (educación no formal) o por demostración de agricultor a agricultor en el ámbito familiar y comunitario. La transmisión de conocimientos se ve afectada por muerte o exilio de los más experimentados, en busca de trabajos mejor remunerados que los obliga a emigrar perdiéndose el conocimiento y la continuidad. (YAMAZAKE et al., 2009, p. 23)

Asimismo, Geoff Tansey (2008, p. 36) explica que el mismo concepto ordinario de la propiedad no es un fenómeno natural, sino un concepto elaborado socialmente, y por tanto contextualmente. Incluso refiere que, para algunos pueblos indígenas o grupos religiosos, la idea de propiedad sobre la tierra o el agua, fundamental en las ideas actuales de propiedad tangible, es literalmente una “tontería” y no figura en su manera de contemplar el mundo. La biodiversidad ha sido un “recurso” utilizado y perteneciente a las comunidades indígenas, si por recurso se entiende un patrimonio común cuando existen sistemas sociales que lo utilizan según los principios de justicia y sostenibilidad, lo que implica una mezcla de utilización y conservación y un sentido de co-producción de la naturaleza. No se concibe este patrimonio en términos de propiedad –en el sentido occidental–, es decir, un bien que tiene un propietario y se utiliza para sacar un beneficio económico, sino más bien como una posesión comunal y una responsabilidad individual. Se trata de “un manojo de relaciones más que un paquete de derechos económicos.” (SHIVA, 2003, p. 18 y 48).

La idea de crear una forma intangible de propiedad, que se desarrolló en los últimos siglos en Europa, es “enteramente una elaboración legal”. En otras palabras, los seres humanos, al menos los que tienen poder en la sociedad, la inventan y después intentan justificarla. Para ser socialmente aceptable en la sociedad europea, por ejemplo, la noción de propiedad intelectual requería también una sociedad suficientemente secularizada, para aceptar que el genio creativo era un carácter personal, no un regalo divino, que los productos intelectuales tenían que tener un valor comercial por su propio derecho y que los derechos privados tenían que ser distinguibles de los soberanos. (SHIVA, 2003, p. 18)

Por su parte Tansey (2008, p. 40) señala, que las diversas formas de propiedad intelectual en los diferentes países difieren en cuanto a lo que es

idóneo para ser protegido, el alcance (qué puede protegerse) y la duración de la protección, y respecto a las posibles excepciones a los derechos exclusivos. Lo que refleja, el hecho de que son una concesión otorgada por una sociedad mediante leyes que ella misma elabora, leyes que favorecen a un grupo específico con amplios objetivos sociales (aumento de la creatividad y de la inventiva) y tratan de equilibrar los intereses de los productores y usuarios de obras intelectuales.

Sin embargo, lo cierto es que en nuestro país las leyes nacionales no son el reflejo de la sociedad, no responden a las necesidades reales de las personas y colectividades a las que van dirigidas, sino más bien constituyen un obstáculo para la efectivización de sus derechos. Es por esto que muchas veces pueblos indios y campesinos se ven obligados a actuar al margen y abiertamente en contra de la ley para garantizar sus derechos. Como nos recuerda Ramón Vera (2011, p. 8), “por lo menos desde 1992, las leyes en México se cocinan para servir de obstáculo concreto a los afanes de justicia de la población. Con este férreo control jurídico legal, quienes hacen leyes orillan a la gente a no tener cabida en la ley y, valga la obviedad, a quedar y a actuar fuera de la ley.” Así se comprende la denuncia de Vandana Shiva (2007, p. 90), cuando dice que “el fenómeno de la biopiratería y la piratería intelectual por los intereses comerciales occidentales ha surgido como consecuencia de la devaluación y la invisibilidad de los sistemas de conocimiento indígena, y la falta de protección para estos sistemas”, ya que la imposición de un orden normativo— a través de las políticas de la OMC y el FMI—, como el que rige el régimen de patentes y de protección a la propiedad intelectual, tiene como consecuencia la descalificación e invisibilización de los sistemas normativos campesinos e indígenas, a favor de un paradigma estatalista de producción del Derecho. Así se mutila la gran riqueza y complejidad del fenómeno de lo jurídico, íntimamente ligado a realidad social y cultural de los procesos sociales donde nace y se nutre el Derecho, y que permiten la constante transformación y reflexión de lo jurídico. Se trata como se ha venido sosteniendo desde el *Tribunal Permanente de los Pueblos: Capítulo México*, de un auténtico “Desvío de Poder”, esto es, el uso —por parte de los gobiernos, representantes políticos, autoridades y poderes fácticos— de las capacidades económicas, políticas, culturales y jurídico-institucionales del Estado, con el propósito de satisfacer o beneficiar intereses privados y particulares —locales o extranjeros— en contra o en detrimento del interés público y general de la población, y a costa de desatender las condiciones mínimas de reproducción y desarrollo de la vida

social y de supeditar el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de las personas a dinámicas económicas ajenas a sus intereses.

Se ha caracterizado este “desvío de poder” como una transformación del aparato estatal que, a la vez que refuerza, terceriza y actualiza una tremenda capacidad punitiva, abandona definitivamente toda preocupación por el bienestar de la población, utilizando el poder público para la consecución de intereses particulares, violando en dicho proceso todas y cada una de las conquistas históricas de los pueblos en su larga lucha. A su vez, este desvío de poder se realiza en todos los planos del funcionamiento estatal: político, legislativo, judicial, incluso económico, en tanto expropiación del aparato público que, despojado de las características que intentan justificar su legitimidad (representar los intereses del conjunto de la población), queda vaciado.⁶

5 ESQUIZOFRENIA GUBERNAMENTAL

El contexto legal en México respecto a la defensa del maíz es abiertamente adverso, aún cuando el estado mexicano ha firmado y ratificado tratados y convenios internacionales en los que se encuentran reconocidos derechos a los pueblos indígenas y campesinos; así como obligaciones positivas al Estado para salvaguardar bienes fundamentales como lo son las semillas nativas y los conocimientos, costumbres y prácticas culturales de pueblos indígenas y campesinos asociados a la biodiversidad (Convenio 169 de la OIT, Convenio de Diversidad Biológica, Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas)⁷. Esta contradicción a la que hace-

⁶ Sentencia Tribunal Permanente de los Pueblos 2014 [en línea] Formato html, Disponible en Internet: <<http://www.tppmexico.org/sentencia-de-la-audiencia-final-del-capitulo-mexico-del-tpp/>> [citado 23 de junio de 2015].

⁷ La reforma del artículo primero constitucional de 2011 reconoce que toda persona “goza” de los derechos y de los mecanismos de garantía reconocidos tanto por la Constitución así como por los Tratados Internacionales, abriendo el sistema jurídico mexicano de forma clara y contundente al derecho internacional de los derechos humanos. Asimismo, en el mismo artículo primero constitucional se recoge la figura de la *interpretación conforme*, pues se señala que todas las normas relativas a derechos humanos, cualquiera que sea su rango jerárquico, deberán interpretarse a la luz de la propia Constitución y de los tratados internacionales. Esto implica la creación del llamado bloque de constitucionalidad (integrado no solamente por la Carta Magna, sino también por los tratados internacionales), a la luz del cual se debe interpretar el conjunto del ordenamiento jurídico mexicano. De modo que a la luz de esta reforma constitucional se hace obligación del Estado mexicano (en todos sus niveles de gobierno, sin excepción) el promover, respetar, proteger y garantizar los

mos referencia puede comprenderse –como explica Alejandro Medici– en virtud de que dentro del contexto de la globalización coexisten una pluralidad fuentes de ordenes normativos, es decir, que se da una co-vigencia y co-presencia de formas de derecho de geometría variable y con distintos objetivos, racionalidades, velocidades y niveles de eficacia. Lo que significa que los sistemas universales y regionales de protección de los derechos humanos coexisten con otras formas de juridicidad, como la *nueva lex mercatoria* y el *nuevo derecho internacional público de la liberalización de los mercados globales*⁸.

Sin embargo, en los hechos no existe punto de comparación entre el poder de los corporativos transnacionales en relación a la capacidad de las personas de a pie –las *personas de la milpa*– para defender sus derechos, aunque reconocidos por el derecho internacional de los derechos humanos. Esta asimetría de derechos y subjetividades se hace patente al analizar la diferencia de efectividad y en la capacidad de influenciar u obligar a los estados las instituciones económico financieras y comerciales internacionales. Como explica Tansey, diferentes intereses han propulsado las diversas negociaciones respecto a las reglas en torno a la propiedad intelectual, las cuales han conducido a la creación de nuevas instituciones globales, como la Organización Mundial del Comercio (OMC), que surgió

derechos humanos. De esta forma queda claro que todo derecho humano “reconocido” por la Constitución y los tratados internacionales genera obligaciones para las autoridades mexicanas, con independencia del nivel de gobierno que ocupen o de la modalidad administrativa bajo la que estén organizadas, y deberán cumplirse conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad de los derechos.

⁸ *Lex mercatoria*: prácticas de las corporaciones transnacionales, que establecen un derecho informal, consuetudinario a la vez que flexible para regir las relaciones con sus subcontratistas, con otras empresas transnacionales, e incluso entre sectores de su propio mercado intraempresario. Es una forma jurídica que adopta ese nombre por analogía el derecho construido en el pasaje de la edad media a la edad moderna por las prácticas comerciales de los mercaderes que trascendían la unidad económica de los feudos. La actual *lex mercatoria*, resulta funcional a los nuevos modelos de gestión y producción económica segmentados transnacionalmente y articulados en una red que trasciende las jurisdicciones estatales. Su objetivo es posibilitar una ingeniería jurídica financiera que maximice las ganancias y reduzca los costos transaccionales, sociales, ambientales y fiscales de la producción. De esta forma, la producción segmentaria se organiza teniendo en cuenta los costos de cada actividad, la posibilidad de externalización de los mismos, desplazando las actividades de acuerdo a esta lógica, y también la necesidad de flexibilidad e informalidad para las transacciones y eventuales litigios evitando el lento y oneroso ritualismo de las instancias jurisdiccionales de los estados nacionales. *Nuevo Derecho Internacional Público de la Liberalización de los Mercados Globales*: Constituye una herramienta jurídica internacional encaminada a brindar estabilidad y seguridad a la movilidad del capital, a través de instituciones y formas jurídicas (tratados internacionales multilaterales), que obliguen a los estados. Es decir, el uso de la forma jurídica y su capacidad de constreñir, para asegurar, consolidar y estabilizar la lógica de la globalización neoliberal (MEDICI, 2011, p. 183-184).

de la Ronda Uruguay de negociaciones comerciales, iniciadas en 1986 bajo el Acuerdo General de sobre Tarifas y Comercio (GATT), esto es, el sistema GATT/OMC, en relación a los avances y la efectividad en materia de protección internacional de los derechos humanos, en particular los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

La diferencia fundamental entre la OMC y las organizaciones existentes de Naciones Unidas –agencias especializadas como la Organización Mundial de la Salud y la FAO, o la que se ocupa del Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB), que administrativamente forma parte del Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA)– es que la OMC tiene un mecanismo vinculante de resolución de disputas respaldado con sanciones. Esto significa que los países que no pueden cumplir sus reglas se enfrentan a consecuencias reales, lo cual no es el caso en la mayoría de las otras agencias internacionales, excepto el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. (TANSEY, 2008, p. 30)

Bajo esta lógica corporativa y mercantilista los ordenamientos jurídicos vigentes de los Estados nacionales se han venido subordinando a las directrices marcadas por la OMC (Organización Mundial de Comercio), a través del APDIC (Acuerdo sobre los Aspectos de los DPI relacionados con el Comercio), el UPOV (Unión Internacional para la Protección de las Obtenciones Vegetales) y el GATT (Acuerdo General de Tarifas y Comercio), los cuales exigen la configuración de sistema de leyes uniformes sobre patentes y derechos de propiedad intelectual, sin tomar en cuenta las diferencias éticas y culturales de los pueblos y comunidades tradicionales del Tercer Mundo y sus formas de relacionarse con la naturaleza. Cada estado signatario de estos acuerdos (como México), debe hacer su legislación interna compatible con los mismos. Estos mecanismos jurídicos tienen una gran fuerza operativa y acaban siendo cumplidos con mayor eficacia que las normas protectoras del medio ambiente y de Derechos Humanos. De este modo leyes, políticas públicas, programas gubernamentales y megaproyectos (públicos o privados) operan el despojo. Se escinde maíz, tierra, agua, biodiversidad, cultura comunitaria, trabajo y saber campesino acumulado con la consecuente destrucción de los vínculos socio-bio-culturales de los pueblos que viven *con* la naturaleza [en un territorio], a fin de facilitar la apropiación privada de todo aquello susceptible de generar ganancia, en un proceso actualizado de acumulación de capital.

Según explica Vercellone existe una íntima vinculación entre el capitalismo cognitivo y la nueva división internacional del trabajo, ya que el proceso de globalización actual puede, en algunos de sus aspectos, interpretarse como la renovación de un vasto proceso de acumulación primitiva. Combina estrictamente los métodos tradicionales de la expropiación originaria y la tentativa de transformación en mercancías de la totalidad del mundo de la vida y del pensamiento. Se trata de “una nueva dinámica de privatización, parasitaria, de lo común, que subsume del Norte al Sur de la economía mundo los saberes tradicionales como saberes nuevos de la economía del conocimiento, con independencia de que se trate de antiguos derechos colectivos sobre los espacios agrícolas o forestales o de los servicios colectivos del Estado del Bienestar” (VERCELLONE, 2004, p. 67). Proceso se viene imponiendo no obstante la evidente importancia socio-bio-cultural del maíz para los pueblos indios y campesinos mexicanos y su protección formal en el derecho internacional de los derechos humanos.

Es de este modo que mediante el uso del Derecho –en su versión positiva– el proceso de globalización neoliberal se viene imponiendo, incorporando a su lógica todos los ámbitos de la vida humana, en un proceso cada vez más amplio de homogenización, donde lo “global” no responde a un interés humano universal, si no que representa un interés y una cultura particular, que ha adquirido el rango global a través de su capacidad de dominio y control” (SHIVA, en SÁNCHEZ RUBIO; SOLORZANO ALFARO, 2004, p. 27). En términos jurídicos se puede decir que la hegemonía del neoliberalismo y la fuerza estructural del capital, es capaz de activar diferencialmente porciones del dispositivo jurídico. Sólo así se entiende como pueden globalizarse los derechos que son retóricamente compatibles con la acumulación de capital a escala mundial y que suponen marcos de previsibilidad y seguridad jurídica para la libertad de inversión y el derecho de propiedad privada. Es decir, se globalizan los “derechos” que no suponen regulaciones jurídicas a los corporativos transnacionales y mucho menos transferencias de poder a grupos históricamente subalternizados –como comunidades tradicionales, pueblos indígenas y campesinos– que interfieran con el “orden natural” del mercado globalizado. Por tanto, es en virtud a la hegemonía del neoliberalismo y su capacidad de imponer, no sólo una lógica de actuación, sino también regulaciones jurídicas al interior de los estados nacionales, que se ven desactivados los derechos humanos de pueblos indígenas y campesinos, así como su garantía de efectivización (MEDICI, 2011, p. 198).

6 APROPIACIÓN CRÍTICA DE LA HISTORIA Y DERECHO QUE NACE DEL PUEBLO

La supervivencia de los pueblos indígenas y campesinos, su identidad y sus formas de reproducción social han estado por largo tiempo amenazadas. En las últimas décadas en base a los ajustes estructurales se han venido creando y modificando leyes que territorializan un nuevo orden colonial en nuestro país⁹, articulando toda una red de tramas sociales, políticas, económicas y jurídicas en torno a una lógica de dominación, explotación, exclusión y marginación de amplios sectores sociales, cuyas consecuencias son palpables en la acelerada transformación de dinámicas sociales, culturales, políticas y estéticas; así como de lugares y representaciones simbólicas que son base y fundamento de formas de la convivencia y subsistencia (territorios campesino/indígenas). Estos ordenamientos jurídicos impuestos desde un horizonte de sentido neoliberal, han venido construyendo hacia el interior de nuestro país un orden jurídico adverso, que no sólo no responde a las necesidades reales de los pueblos a las que van dirigidas, sino que constituyen un gran obstáculo para la efectivización de sus derechos y la posibilidad de una vida digna. Sin embargo, en este contexto los saberes campesinos –los saberes de subsistencia– son y han sido fundamentales para la resistencia y la supervivencia de los pueblos. Los saberes comunitarios, muchos de ellos ancestrales, constituyen la base para imaginar y pensar un mundo diferente en tanto camino para cambiar éste; “el camino mismo como gestación de un escenario diferente”¹⁰. Como Don Pablo González Casanova (2009, p. 72), haciendo alusión a la experiencia indígena chiapaneca:

En la práctica combinan las experiencias de la historia – “el saber” de los pueblos– con la creación histórica, con la imaginación y la razón realizadas entre vericuetos imprevistos. Enriquecen de variadas maneras su pensamiento, sus conocimientos y sus “saberes”, y hacen de su movimiento uno de los más creadores del mundo alternativo. La creación está lejos de ser un acto meramente intelectual y moral. Requiere también de un admirable sentido de la resistencia y de una sorprendente fortaleza de ánimo frente a los recursos escasos con que se cuenta y a los asedios constantes que se sufren y enfrentan.

⁹ En el caso concreto del maíz y el mundo rural, reforma al artículo 27 constitucional, Ley de Bioseguridad de Organismos Genéticamente Modificados y Ley Federal de Producción, Certificación y Comercio de Semillas.

¹⁰ Palabras del Obispo de Saltillo, Coahuila, José Raúl Vera López en plática con estudiantes y académicos en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, 16 de junio de 2015.

El proceso de colonización, a través de la ya arcaica estrategia del despojo de la tierra, ocasionó la pérdida de variedades y formas nativas de diferentes cultivos, lo cual no fue resultado de un accidente o de una casualidad, sino como resultado de un proceso en el que la tierra y las semillas se transformaron en mercancías. En México, durante el siglo XVI, la muerte por el holocausto colonial significó la disminución de una población de 25 millones de indígenas a una de alrededor de un millón. No obstante con ese millón de personas, con esos pueblos supervivientes sobrevivieron también saberes, rebeliones y culturas, y dentro de éstos, cientos de variedades y formas de cultivos y formas de consumirlos (JARDÓN BARBOLLA, 2010, p. 67). Precisamente mediante el cuidado, preservación y transmisión de estos saberes, es que las culturas campesinas mexicanas existen hoy día; es también gracias a estos que han logrado y mantenido cierto grado de autonomía, que les ha permitido recordar y valorar el pasado, vivir el presente acorde a su identidad y cultura propia, e imaginar el futuro al margen y como contrapunto del pensamiento hegemónico. Es importante decir también que estos saberes no son, ni han sido estáticos, ya que han estado expuestos a muchos intercambios culturales, y su pertinencia y actualidad también ha sido posible gracias a su puesta en peligro; y al constatar su vigencia e importancia actual para la permanencia de la forma de vida campesina y los valores que ésta encarna como praxis liberadora. De modo que el conflicto generado con el proceso de la colonización, mediante la imposición de una epistemología excluyente –colonialidad del saber–, el despojo de la tierra y la imposición de una forma de producción ajena y desastrosa para las comunidades indígenas no sólo puede plantearse en términos de una victimización pasiva, sino que también estos conflictos constituyen una experiencia histórica y cognositiva de liberación para los pueblos,¹¹ es decir un elemento decisivo para la conformación de los saberes de los pobres del campo, mayoritariamente indígenas. Como afirma el historiador Francisco Pineda (*online*) –haciendo referencia al zapatismo revolucionario– el proceso civilizatorio del maíz, sus códigos de la tierra, autoorganización y autodeterminación de hombres libres (*sin capataz y sin amo*, sin humillaciones ni miserias) es una experiencia de la resistencia al colonialismo y la dominación extranjera.

De modo que cuando hablamos de los saberes [campesinos] de subsistencia se hace prácticamente inevitable confrontarlos a los sabe-

¹¹ En la literatura latinoamericana existen obras que han mostrado magistralmente el conflicto por la tierra y al experiencia histórica de liberación de los pueblos campesinos. Véanse las obras de Juan Rulfo, Manuel Scorza, Juan José Arreola, José María Arguedas, Ciro Alegría.

res “científicos”, pues se trata de poner en juego y afirmar unos saberes locales, discontinuos, descalificados, no legitimados para oponerlos al paradigma hegemónico del conocimiento que pretende ocultarlos, anularlos u omitirlos en nombre de el “conocimiento verdadero” o en nombre de los derechos de una ciencia que algunos poseen. De modo que la recuperación y revaloración de los saberes [campesinos] de subsistencia constituye una *insurrección de los saberes sometidos* (FOUCAULT, 2006, p. 21-22). Esto se pone de manifiesto en el estudio realizado por más de 200 investigadores pertenecientes a 70 instituciones mexicanas, del cual se desprende que en la actualidad existen alrededor de sesenta razas de maíz; todas fruto de un milenar, amplio y generoso proceso de selección y compartimiento de material genético realizado –y que sigue realizándose– por campesinos mexicanos en el sistema milpa¹². Proceso que en términos “modernos” puede ser calificado como un paciente proceso biotecnológico a escala humana¹³.

¹² Milpa es una palabra de origen náhuatl, que se deriva de *milli* “heredad”, y *pan*, “en, sobre”, que es un terreno dedicado al cultivo del maíz y otras semillas. La milpa data de tiempos prehispánicos y mantiene su vigencia hasta nuestros días. Es la base de la alimentación e incluye a la planta del maíz con diversas especies de frijoles, calabazas y arvenses. Dentro de la estrategia tradicional de muchos grupos indígenas la milpa es el principal sostén de la economía campesina y ha enriquecido nuestra biodiversidad agrícola. La *milpa* que es el lugar para el cultivo del maíz en asociación con diversas plantas (al menos frijol y calabaza) que se abre dentro de un ecosistema y reproduce muchas de las interacciones y principios ecológicos que en él se dan. Es en sí mismo un ecosistema agrícola sujeto a las limitaciones que cada región ecológica le impone, además de las intervenciones humanas que intentan compensar las deficiencias ecológicas y ampliar las posibilidades ecológicas. El trabajo humano en la milpa y sus manejos han ido cambiando a través de los siglos. La milpa se asocia con otros cultivos además del maíz, incluyendo frutales, plantas inducidas, hierbas y agaváceas, plantas medicinales, ornamentales, para la obtención de fibra y combustible. Varían en grados de biodiversidad ya que son adaptaciones locales a las necesidades alimenticias, gustos culinarios, ambientes particulares (clima, humedad, altitud, vientos, fauna nociva...) además de estar ajustados lo tipo de suelos y disponibilidad de agua. (AGUILAR; ILLSLEY MARIELLE, 2003, p. 84 y GONZÁLEZ JÁCOME, 2009).

¹³ Al respecto dice Sarukhán, “el maíz es –probablemente– el ejemplo que ilustra de mejor manera el proceso de evolución bajo la domesticación y que sigue vigente, aunque en algunos casos de manera muy vulnerable, en el presente. En términos “modernos” un podría describir ese proceso de domesticación como una investigación meticulosamente monitoreada por las personas que atendían las zonas de cultivo, evaluando las diferentes características de las plantas de maíz, desde su capacidad de crecimiento y rendimiento en las condiciones ambientales de que se trataba, el tiempo de maduración de las mazorcas, hasta las características organolépticas de los granos, esto se complementa con una selección de las mazorcas que resultaban interesantes para los propósitos, entrecruzando sus materiales con los de otras regiones (sí, sí estaban haciendo biotecnología!), guardando semilla para futuras cruces, intercambiando parte de ellas con sus vecinos o con otros grupos étnicos en otras regiones, lo que resultaba en la distribución espacial de genotipos y la ampliación de variabilidad genética del “pool” global de genes de maíz en nuestro territorio” (SARUKHAN KERMEZ, 2013, p. 11).

Atrás de los conflictos en torno a la repartición desigual de lo que aún se llama “riqueza”, hay una pugna despiadada entre dos tipos de saberes. Los primeros son empíricos, generalmente transmitidos oralmente, locales y concretos. Los segundos son formalizados o hasta matematizados, conservados por escrito, desterritorializados, desmaterializados, de pretensión universal, y abstractos. En la sociedad contemporánea, los primeros dan prestigio, hacen parecer inteligentes a los que los detienen y dan prestigio y poder. Los segundos han sido tildados de “arcaicos”, “despreciables”, “provincianos”. Los primeros se catalogan como “científicos” y los otros como retrógrados y obsoletos, o se catalogaban así antes de la crisis de 2008. Los primeros son saberes de subsistencia que permiten vivir a partir de lo que nos dan el suelo, el cielo y las aguas. Los segundos son saberes económicos que permiten obtener de otros, frecuentemente muy lejanos, de hecho, lo más lejanos posible, los elementos de nuestra subsistencia. Los primeros presuponen capacidades concretas, únicas, apropiadas a un lugar, una cultura, un clima: autonomía. Los segundos prosperan cuando el mundo parece haberse transformado en un desierto cultural, un espacio “sin fuegos ni lugares”, abstracto, falsamente universal, desarraigado de todo suelo, toda materia, toda carne. Los primeros saberes son los que se enseñan en las universidades –las “transgénicas” de los ricos, como dijo el Comandante Tacho– y los que abren al éxito profesional, político, científico y social que buscan las élites. El segundo tipo de saberes son los de la gente humilde que no ha roto del todo con su anclaje en una tradición local. (ROBERT, 2009, p. 59)

En este contexto epistémico-conflictivo se ve plasmada la estructura dominante y la institucionalización global de la dicotomía superior-inferior que implica la colonialidad del poder, del saber y del ser. Dicha colonialidad, vigente hasta nuestros días, explica la actual organización del mundo en su conjunto, como producto de la complicidad existente entre la ciencia occidental moderna y el modelo de desarrollo dominante, entendido éste como la ideología de la superioridad del modelo civilizatorio occidental capitalista, basado en un paradigma científico-tecnológico ligado al colonialismo y la imposición violenta de una epistemología excluyente, que priva a los pueblos de culturas diferentes la oportunidad de definir sus propias formas de su vida social (FORNET-BETANCOURT, *online*). No obstante, si bien la modernidad colonial ha sido en gran medida ocultadora y esclavizante para los pueblos indígenas de América, también ha sido escenario de resistencias y conflictos; una serie continua de levantamientos y despertares, proyectos y propuestas contrahegemó-

nicas fruto de la memoria y una praxis social liberadora generadora de conocimiento. Con esto no queremos afirmar que todo conocimiento humano es fruto de la lucha, la confrontación o el conflicto. Sí se trata, sin embargo, de traer a colación la formación de ciertos dominios de saber a partir de las relaciones de poder y relaciones políticas en México, producto precisamente de los procesos de colonización/despojo y las luchas de resistencia propositiva a los mismos. Así se explica la formación de conocimiento como reacción a ciertas situaciones y relaciones de fuerza y dominio, es decir el conocimiento como una relación estratégica en la que el sujeto está situado. Se puede hablar del carácter perspectívico del conocimiento porque hay batalla, porque el conocimiento es efecto de la batalla (FOUCAULT, 2006, p. 30-31)

Así podemos afirmar que los saberes [campesinos] de subsistencia, como fundamento de un proceso civilizatorio, constituyen un verdadero *saber histórico de las luchas*, generado en el seno de los pueblos y comunidades campesinas mexicanas, mediante una *recuperación crítica de la historia* y de experiencias conflictivas. Como acertadamente advierte Orlando Fals Borda (1985, p. 88 y 81) “saber también es organizarse para la acción”, pues en verdad –como afirma el filósofo cubano Raúl Fonet-Betancourt– “comunitariamente estamos pensando, ahí precisamente donde pensamos que no estamos pensando”;¹⁴ en las luchas; en las relaciones; las reivindicaciones políticas y sociales; en la forma de intervenir en el mundo. Se trata de una praxis liberadora generadora de conocimientos y reconocimientos que sientan las condiciones materiales e inmateriales para una vida digna de ser vivida.

El ser humano no puede ser comprendido fuera de sus relaciones con el mundo, puesto que es un “ser-en-situación”, es también un ser de trabajo y de transformación del mundo; un ser de la “praxis”, de la acción y de la reflexión (FREIRE, 1975, p. 29). De tal modo que las luchas campesinas históricas y contemporáneas constituyen prácticas de saber, refinadas en el conflicto, en la confrontación y la resistencia, y en la defensa de la diversidad y la riqueza humana. Saberes y conocimientos generados en el centro de las dinámicas de explotación y dominio y desde las prácticas de autoorganización y creación constante de la autonomía en los hechos, como herramientas de futuras prácticas de libertad. De modo que la reivindicación de la milpa –la defensa de la producción campesina de maíz– y

¹⁴ Clase en el Doctorado de Pensamiento Político. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. 5 de febrero de 2008.

los saberes que ésta encarna, es una lucha contra el hambre y el éxodo, un combate por la soberanía alimentaria y por la soberanía laboral. Pero es también una batalla, aún más profunda y decisiva, por preservar la pluralidad cultural y la diversidad biológica, la riqueza de la experiencia humana de las que depende no sólo el futuro del México, sino también el futuro de la humanidad.

Es pues ante este panorama, que pueblos indígenas y campesinos – que ven afectados sus intereses y formas de reproducir la vida– cuestionan la relación saber-poder impuesta desde una concepción autoritaria de la ciencia moderna y la legitimidad del poder estatal como único productor válido de derecho; por lo que ven obligados a actuar al margen o abiertamente en contra de la ley, estableciendo amplios y diversos procesos de lucha encaminados a reivindicar espacios para abrir a debate la utilidad y el sentido de la aplicación de la ciencia y el derecho estatal. Se apela a la constitución un modelo civilizatorio capaz de reconocer y comprender la complejidad de las relaciones sociales y del ser humano con su entorno, como un mundo natural próximo, fuente de sustento, cosmovisión y saber. Asimismo el ejercicio de la autonomía en los hechos, muestra como diversos pueblos indios y campesinos en México afirman y demuestran desde su praxis cotidiana que el fenómeno de lo jurídico no se limita al derecho positivo estatal vigente, sino que hay que comprender la existencia de una brecha entre las estructuras formales y reales en la sociedad mexicana, que implica la coexistencia de juridicidades que entran en conflicto en el ámbito nacional, a saber, entre un derecho que nace del Estado y otro *derecho que nace del pueblo* (DE LA TORRE RANGEL, 2006) –como pluralismo jurídico y epistemológico contrahegemónico–. Esta disputa inscrita en nuestra realidad abigarrada revela la distancia entre las estructuras coloniales que se han impuesto a contrapelo de la condición cultural y las que se han mantenido vivas, contra todo y contra todos, como expresión de formas propias de pensamiento y comportamiento (ESTEVA, 2006b, p. 17-18). Es por esto que es importante resaltar el carácter dinámico del derecho indígena y su capacidad para dialogar –aunque conflictivamente– con el derecho estatal; rescatarlo de la visión errónea, prejuiciosa y negativa que lo define como un derecho arcaico (junto con su cultura).

A DESALAMBRAR

Como hemos visto, los ajustes estructurales neoliberales llevados a cabo en México los últimos años han venido territorializando un nue-

vo orden colonial, mediante la construcción un orden jurídico adverso, creando y modificando leyes que no sólo no responden a las necesidades reales de pueblos indígenas y campesinos mexicanos, sino que en realidad constituyen un gran obstáculo para la efectivización de sus derechos y la posibilidad de una vida digna. Este proceso de neocolonización ha obligado a pueblos indígenas y campesinos a actuar al margen y abiertamente en contra de la ley para protegerse de los embates contra sus formas de reproducción de vida. Es en este ámbito de resistencia e insubordinación que se entabla la defensa del maíz, encontrando de manera comunitaria y colectiva los caminos para protegerse y defenderse del despojo impune de las leyes y políticas neoliberales. En este contexto sembrar maíz –como explica Alvaro Salgado (2010, p. 125)– es un acto de protesta y de resistencia política activa significa moverse en los márgenes del sistema capitalista y su lógica sacrificial, ejerciendo su autonomía en los hechos, como praxis y discurso disidente, que afirma otro lugar de enunciación diverso al de la modernidad capitalista.

Utilizando una categoría de Enrique Dussel, “la legalidad de la injusticia”, Jesús Antonio de la Torre Rangel (2011, p. 160) denuncia el conflicto jurídico que surge cuando la justicia no es sino “la habilidad de dar al poderoso lo arrebatado al débil bajo apariencia legal”; así la acumulación por despojo opera mediante la aplicación del derecho positivo vigente subsumido a la lógica de mercado. Ahora bien, David Sánchez Rubio retomado la reflexión de De la Torre Rangel, describe otro criterio de justicia a partir de los movimientos sociales, que ante “esta cooptación del derecho vigente por parte de poderes oligárquicos y hegemónicos que imposibilitan condiciones de vida dignas al pueblo y debilitan las garantías jurídicas positivizadas”, reaccionan mediante procesos de liberación y de lucha por sus derechos, frente a la coacción legal del sistema vigente (legalidad de la injusticia), implementando actuaciones que sirven de garantías de sus derechos robados. De este modo, explica Sánchez Rubio, la comunidad de aquellos colectivos victimizados y oprimidos, en tanto movimientos sociales, instituyen criterios de “una justicia ilegalizada” institucionalmente, desde parámetros críticos y transformadores que aspiran a una “legalidad de la justicia”; esto es, a un orden institucional que no les arrebatase sus condiciones existenciales y de vida como sujetos instituyentes plurales y diferenciados (SÁNCHEZ RUBIO, 2014, p. 569-570); apelando a la constitución un modelo civilizatorio e institucional capaz de reconocer y comprender la complejidad de las relaciones sociales y del ser humano con su entorno, como un mundo natural próximo, fuente de sustento, cosmovisión y saber.

Pueblos indígenas y campesinos –sus culturas y saberes– han sobrevivido en base a una obstinada existencia-resistencia; una *voluntad de vivir* (DUSSEL, 2006) mediante la cual constituyen un discurso crítico y afirman un lugar de enunciación distinto al de la modernidad capitalista. Desde los pueblos indígenas y campesinos se plantean alternativas al cultivo de la uniformidad y la acumulación por despojo promovidos por el capitalismo, y mediante su praxis de liberación/descolonización y la inmanencia de las relaciones que construyen en sus asediados ámbitos de comunalidad,¹⁵ llevan acabo una *labor desalambratoria*¹⁶ –si se me permite el neologismo–; esto es una labor encaminada a derruir las alambradas levantadas por el orden de relaciones impuesto por el capital. Desalambran, no sólo las alambradas que cercan la tierra (tierra/territorio), sino también las *alambradas del saber*, mediante la afirmación de la modernidad india y la pertinencia y puesta en juego de racionalidades, epistemologías y tecnologías diversas a la occidental/capitalista; negando de este modo que la producción de conocimiento y bienes inmateriales estén sujetos a la lógica de la escasez que subyace al capitalismo cognitivo. Se trata de establecer una suerte de estatuto común como garantía de respeto y expansión de la diversidad epistemológica del mundo, que reconozca las *recreaciones, entornos y espacios comunes de la humanidad*; esto es, los cuidados, obras y las recreaciones que los pueblos indígenas y campesinos han desarrollado localmente desde tiempos inmemoriales, en sus relaciones con la naturaleza, todo lo cual nos beneficia a todos los seres humanos, a nivel global (SÁNCHEZ RUBIO, 2008), lo que conlleva a su vez rescatar de sus entrañas las posibilidades de las cosmovisiones, saberes, instituciones y derecho indígena y las posibilidades y respuestas que estos encarnan.

Concretamente en el plano de la filosofía del derecho esto supone evidenciar y combatir el iuspositivismo acrítico dominante en nuestro

¹⁵ “Los *nuevos ámbitos de comunalidad* son modos de vida y regímenes políticos de diversos grupos humanos, principalmente indígenas, que han recuperado sus antiguos ámbitos de comunalidad y los están regenerando, dándoles una forma contemporánea. La comunalidad define un modo de ser y experimentar la realidad desde la condición comunitaria, en que las personas no han sido aún individualizadas.” (ESTEVA, 2006a)

¹⁶ Tomamos la idea de la canción “A desalambrar” del músico y activista político uruguayo Daniel Viglietti: “Yo pregunto a los presentes / si no se han puesto a pensar / que esta tierra es de nosotros / y no del que tenga más. / Yo pregunto si en la tierra / nunca habrá pensado usted / que si las manos son nuestras es nuestro lo que nos den. / A desalambrar, a desalambrar! / que la tierra es nuestra, / es tuya y de aquel, / de Pedro y María, de Juan y José. / Si molesto con mi canto / a alguien que no quiera oír / le aseguro que es un gringo / o un dueño de este país. / A desalambrar, a desalambrar! / que la tierra es nuestra, / es tuya y de aquel, / de Pedro y María, de Juan y José.”

país, en cuanto corriente interpretativa del Derecho, que reduce la pluralidad de sistemas jurídicos a unidad coercitiva; y la heterogeneidad a homogeneidad por la puesta en escena de lo que Martínez de Bringas llama la «falacia del anacronismo», que barbariza y acusa de anti-moderno y arcaico al Derecho y cultura indígena (MARTÍNEZ DE BRINGAS, 2010, p. 120). Asimismo, en el ámbito epistemológico es fundamental el rescate de memorias y saberes de la agricultura campesina: calendarios, cosmovisiones, formas de relacionarse con el territorio y construir territorialidad, buenas prácticas e innovaciones campesinas, a fin de que este talante de innovación constante sea reconocido como un verdadero derecho de los pueblos indígenas y campesinos. Esto compromete a tomarse en serio el potencial de los diversos proyectos autonómicos y el pluralismo jurídico, en un sentido contrahegemónico, ya que los pueblos del maíz –los pueblos indios y campesinos– se han visto obligados a ejercer en los hechos el derecho a la autonomía, como *derecho madre* que hace posible llevar acabo su propio proceso civilizatorio acorde a la propia cultura material, en virtud de que la apuesta india por la modernidad se centra en una noción de ciudadanía que no busca la homogeneidad sino la diferencia. Se trata de un proyecto que busca traducirse en términos prácticos en las esferas de la política y el Estado, lo que supone –en términos institucionales– una capacidad de organizar la sociedad a nuestra imagen y semejanza (de sociedad abigarada) y de armar un tejido intercultural duradero y un conjunto de normas de convivencia legítimas para todos (RIVERA CUSICANQUI, 2010, p. 71).

El ejercicio de las autonomías indias en los hechos, es manifestación de la modernidad y coetaneidad de los diversos proyectos indígenas, expresados en diversas experiencias de autodeterminación política, económica y religiosa, mediante las cuales retoman la historicidad propia y practican la descolonización de los imaginarios y las formas de representación. Esta apuesta india por la modernidad, cuestiona el reconocimiento estatal condicionado y sesgado de los derechos culturales y territoriales (contrarreforma indígena de 2001), y pugna por tener acceso a los derechos y servicios del Estado moderno, pero desde su propia perspectiva de desarrollo, es decir que su lucha es por autonomía –autodeterminación– no indigenismo ni asistencialismo.

Desde este *lugar* se hace un cuestionamiento profundo de la legalidad vigente e impuesta, y se propone y actúa al margen de la misma para crear las bases jurídicas, políticas y epistemológicas donde se reconoce y valora la paciencia y el trabajo de criar y crear el maíz; la profunda relación con la tierra, con el tiempo y la sabiduría de saber estar en comunidad en

un territorio (SALGADO, 2010, p. 125), mediante la regeneración de sus ámbitos de *comunalidad* frente a las *alambradas del saber* alzadas por el capitalismo neoliberal. Es pues desde la autonomía ejercida en los hechos que los pueblos del maíz llevan a cabo un *labor desalambratoria*, cuestionando y actuando al margen los sistemas de protección de derechos de propiedad intelectual, así como las leyes y políticas neoliberales impuestas en los últimos 20 años, evidenciando que esta reestructuración del capitalismo pone en peligro, no sólo a éstos como pueblos del maíz, sino a la humanidad toda, al dejar en manos de unas cuantas corporaciones la gestión y manejo de las bases de subsistencia de la humanidad; y es que, como se afirmó en el Tribunal Permanente de los Pueblos. Capítulo México: “*el maíz no es una cosa, es la vida de millones de campesinos cuyo centro civilizatorio es la comunidad y la vida en la siembra*”.

REFERENCIAS

AGUILAR, Jasmín; ILLSLEY, Catarina; MARIELLE, Catherine. “Los sistemas agrícolas del maíz y sus procesos técnicos”. En: ESTEVA, Gustavo y MARIELLE, Catherine (Coords.). *Sin maíz no hay país*. México: Conaculta, 2003.

BARTRA, Armando. *El hombre de hierro*. Los límites sociales y naturales del capital. México: Itaca, 2008.

BONFIL BATALLA, Guillermo. *México Profundo*. Una civilización negada. México: Debolsillo, 2006.

CALDAS, Andressa. *La regulación jurídica del conocimiento tradicional: la conquista de los saberes*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA), 2004.

CECCAM y GRAIN. “Reformas energéticas despojo y defensa de la propiedad social de la tierra”, en *Sembrando Viento*, México, 2014.

CLASE EN EL DOCTORADO DE PENSAMIENTO POLÍTICO. Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España, 5 de febrero de 2008.

CLAVERO, Bartolomé. *Derecho indígena y cultura constitucional en América*. México: Siglo XXI, 1994.

DE ITA, Ana. *México: Impactos del procede en los conflictos agrarios y la concentración de la tierra*. México: Ceccam, 2003.

DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. *El Derecho que nace del pueblo*. México: Porrúa, 2006.

_____. *Iusnaturalismo histórico y analógico*. México: Porrúa, 2011.

- DUSSEL, Enrique. *20 tesis de política*. México: Siglo XXI, 2006.
- ERTON, Thomas. *Ishi*. Barcelona: Pomaire, 1979.
- ESPINOSA-CALDERÓN, Alejandro; TURRENT-FERNÁNDEZ, Antonio et al. "Ley de semillas y ley federal de variedades vegetales y transgénicos de maíz en México". *Revista Mexicana de Ciencias Agrícolas*, México, v. 5, n. 2, Feb./Mar. 2014
- ESTEVA, Gustavo. "Los ámbitos sociales y la democracia radical". Ponencia para la Conferencia Internacional sobre Ciudadanía y Comunes, Ciudad de México, 7-9 de diciembre, 2006a (mimeo).
- _____. "Los arboles de las culturas mexicanas". Ponencia para la Conferencia Internacional sobre Ciudadanía y Comunes, Ciudad de México, 7-9 de diciembre, 2006b (mimeo).
- FALS BORDA, Orlando. *Conocimiento y poder popular*. Lecciones con campesinos de Nicaragua, México y Colombia. Santa Fe de Bogotá: Siglo XXI, 1985.
- FORNET-BETANCOURT, Raúl. *La interculturalidad a prueba*, [en línea], Formato html. Disponible en: <<http://www.uca.edu.sv/filosofia/admin/files/1210106845.pdf>> [citado el 4 de junio e 2012].
- FOUCAULT, Michel. *Defender la Sociedad*. Curso en el Collège de France (1975-1976). México: Fondo de Cultura Económica, 2006.
- _____. *La verdad y las formas jurídicas*. Barcelona: Gedisa, 2006.
- FREIRE, Paulo. *¿Extensión o comunicación? La concientización en el medio rural*. Montevideo: Siglo XXI, 1975.
- GONZÁLEZ CASANOVA, Pablo. "El discurso de la rabia (Lo que dije y no alcancé a decir) 5 de enero 2009. CIDECI. San Cristóbal de las Casas, México". *Rebeldía*, México, n. 67, 2009.
- GONZÁLEZ JÁCOME, Alba, "El maíz como producto cultural desde los tiempos antiguos". En: GONZÁLEZ VALDERRAMA, Carmen; RODRÍGUEZ LAZCANO, Catalina (Coords.). *Diario de Campo. «Desgranando una mazorca. Orígenes y etnografía de los maíces nativos»*, México, n. 52, Ene./Feb. 2009.
- HARVEY, David. "El 'nuevo' imperialismo: acumulación por desposesión". *Social Register «En nuevo desafío imperial»*, Buenos Aires, CLACSO, Ene. 2005.
- HINKELAMMERT, Franz. "La inversión ideológica de los derechos humanos. El caso de John Locke". En: HERRERA FLORES, Joaquín; HINKELAMMERT, Franz J.; SÁNCHEZ RUBIO, David; GUTIÉRREZ Germán. *El Vuelo de Anteo*. Bilbao: Desclée de Brouwer, 2000.
- ILLICH, Iván. *La Convivencialidad*. México: Joaquín Mortiz/Planeta, 1985.
- _____. *Obras Reunidas I*. México: Fondo de Cultura Económica, 2008.
- JARDÓN BARBOLLA, Lev. "La lucha por las semillas: el gris de la conquista y la policromía de la resistencia". *Rebeldía*, México, n. 71, 2010.

MARTÍNEZ DE BRINGAS, Asier. “La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Una lectura política y jurídica desde los Derechos Sociales”. *Derechos y Libertades*, Madrid, Época II, n. 23, junio, 2010.

MEDICI, Alejandro. *El malestar en la cultura jurídica. Ensayos críticos sobre políticas del derecho y derechos humanos*. La Plata: Universidad de la Plata, 2011.

MERTON, Thomas. *Ishi*. Barcelona: Pomaire, 1979.

MIER, Raymundo. “La velocidad de la pesadilla y el simulacro del tiempo: La lógica de la contemplación y las guerras íntimas”. *Rebeldía*, año 3, n. 30, abr. 2005.

OBISPO DE SALTILLO, Coahuila; VERA LÓPEZ, José Raúl. Plática con estudiantes y académicos en la Universidad Autónoma de Aguascalientes, 16 de junio de 2015.

PINEDA, Francisco, “Emiliano Zapata y los saberes de los campesinos revolucionarios” [en línea], Formato html, Disponible en: <<http://desinformemonos.org.mx/2011/03/emiliano-zapata-y-los-saberes-de-los-campesinos-revolucionarios/>>, [citado 22 de junio de 2015].

POLANYI, Karl. *La gran transformación*. México: Juan Pablos Editor, 2009.

RIBEIRO, Silvia. “Cultivos transgénicos: Contexto empresarial y nuevas tendencias”. *Alimentos transgénicos. Ciencia, Ambiente y Mercado: un debate abierto*. México: Siglo XXI, UNAM, 2004.

_____. “El Asalto Corporativo a la Agricultura”, *Ciencias*, México, n. 92, oct. 2009.

RIVERA CUSICANQUI, Ch’ixinakax utxiwa. *Una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores*. Buenos Aires: Tinta Limón, 2010.

ROBERT, Jean. “Esperando el retorno de los saberes de subsistencia”. *Conspiratio «los motivos de la esperanza»*, México, año 1, n. 1, sep./oct. 2009.

_____. “Las aguas arquetípicas y la globalización del desvalor” (mimeo).

_____. *La crisis: el despojo impune. Como evitar que el remedio sea peor que el mal*. México: Jus, 2010.

RULLANI, Enzo. “El capitalismo cognitivo: ¿Un déjà-vu?”. En: BLONDEAU, Olivier et al. *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

SALGADO, Alvaro. “Lectura diacrónica de los mitos fundantes del maíz nativo, elementos para fortalecer la defensa de los pueblos de maíz”. En: ORDÓÑEZ CIFUENTES, José Emilio Rolando (Coord.). *XVII Jornadas Lascasianas Internacionales Padre/madre: nuestro maíz* [en línea]. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010. Disponible en: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2898/16.pdf>> [citado 13 de junio de 2011].

SÁNCHEZ RUBIO, David. “Crítica a un cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos”. *Revista de Investigaciones Jurídicas de la Escuela Libre de Derecho*, México, n. 38, año 38, 2014.

SÁNCHEZ RUBIO, David. "Herencia, recreaciones, cuidados, entornos y espacios comunes y/o locales para la Humanidad, Pueblos Indígenas y Derechos Humanos". En: ROSILLO, Alejandro (Coord.). *Derechos humanos, pensamiento crítico y pluralismo jurídico*. San Luis Potosí: Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2008.

_____; SOLÓRZANO ALFARO, Norman J. "Nuevos Colonialismos del Capital. Propiedad Intelectual, Biodiversidad y Derechos de los Pueblos". *Pasos*, San José, enero-febrero, 2004.

SARUKHÁN KERMEZ, José. "Prefacio". En: ALVAREZ-BUYLLA, Elena R.; PIÑEYRO NELSON, Alma (Coords.). *El maíz en peligro ante los transgénicos*. Un análisis integral sobre el caso de México. México: CEIICH-UNAM, 2013.

Sentencia Tribunal Permanente de los Pueblos 2014 [en línea] Formato html, Disponible en Internet: <<http://www.tppmexico.org/sentencia-de-la-audien-cia-final-del-capitulo-mexico-del-tpp/>> [citado 23 de junio de 2015].

SHIVA, Vandana. *Cosecha las nuevas guerras de la globalización. Semillas, agua y formas de vida*. Madrid: Editorial Popular, 2007.

_____. *Cosecha robada. El secuestro del suministro mundial de alimentos*. Barcelona: Paidós, 2003.

_____. *¿Proteger o expoliar? Los derechos de propiedad intelectual*. Barcelona: Intermón Oxfam, 2003.

SUB COMANDANTE INSURGENTE MARCOS. *Siete piezas sueltas del rompecabezas mundial*. México: Ediciones del FZLN, 2004.

TANSEY, Geoff. "Agricultura, alimentación y reglas globales". En: GEOFF, Tansey; TASMIN, Rajotte (Ed.). *El control futuro de los alimentos*. Guía de las negociaciones y reglas internacionales sobre la propiedad intelectual, la biodiversidad y la seguridad alimentaria. Ottawa: QUIAP, 2008.

TURRENT FERNÁNDEZ, Antonio. "El maíz transgénico, un peligro para la seguridad alimentaria". *La Jornada*, México, Viernes 11 de enero de 2013.

_____ et al. *El maíz transgénico en México en 15 píldoras*. México: UCCS, 2014.

VERA HERRERA, Ramón. "El maíz y su defensa más transparente". *Ojarasca «Voces de un mundo en movimiento»*, México, n. 168, abril de 2011.

VERCELLONE, Carlo. "Las políticas de desarrollo en tiempos del capitalismo cognitivo". En: BLONDEAU, Olivier et al. *Capitalismo cognitivo, propiedad intelectual y creación colectiva*. Madrid: Traficantes de Sueños, 2004.

YAMAZAKE, Kato et al. *Origen y diversificación del maíz: una revisión analítica*. México: UNAM-CONABIO, 2009.

DIREITOS HUMANOS E INTERCULTURALIDADE, A PARTIR DO PENSAMENTO DE ZAPATA OLIVELLA

César Augusto Baldi

Mestre em Direito (ULBRA/RS), doutorando Universidad Pablo Olavide (España), servidor de TRF-4ª Região desde 1989, organizador dos livros “Direitos humanos na sociedade cosmopolita” (Ed. Renovar, 2004) e “Aprender desde o sul” (Ed. Fórum, 2015).

Oye, para la loba loca, América es tierra prometida, la esperanza, la libertad. Mas para nosotros los negros ha sido siempre el continente de la esclavitud y la rebelión. Así será hasta tanto se cumple la profecía de Changó: ‘Te librarás por tu propio puño y través de todas las sangres oprimidas’. (OLIVELLA, 2010, p. 609)

É possível dizer, sem qualquer erro, que Zapata Olivella, cuja morte fez dez anos em novembro de 2014, foi não somente escritor, mas também novelista, médico, antropólogo, educador, investigador, folclorista, cientista social e – tema pouco tratado – ativista de direitos humanos. Esta faceta de direitos humanos e de pensador intercultural está ainda por ser explorada, pois é necessário buscar aportes em seus trabalhos, algo ainda por desenvolver.

Parece que desde Chambacú, passando por “Changó, el gran putas”, mas em especial em “Rebelión de los genes”, “Levántate mulato!” e “Las claves mágicas de América”, sem esquecer suas compilações finais, seria interessante buscar, selecionar o que pode questionar alguns pontos da prática e, talvez, também da teoria de direitos humanos. Desde este ponto de vista, a “bússola” e a “introdução” de “Rebelión de los genes” trazem considerações essenciais para tanto.

George Palacios (2013, p. 57-71), em sua tese doutoral, classifica o autor como “pensador político radical, herege e profético” e, tal como outras vozes afrolatinas da diápora capaz de “*pensar en el límite de lo poscolonial y, con la **problemática responsabilidad** que ello conlleva; hacer de sus acciones, prácticas culturales y socio-políticas*”, e suas experiências

vividas, **“las artes de la resistencia materializadas en sus proyectos literario-culturales que (re)narran y (re)construyen la constitución de sí y sus comunidades imaginadas”** (PALACIOS, 2013, p. 41). E como heresia que **“deviene proceso de (re)construcción de la experiencia individual y colectiva del sujeto intelectual racializado.”** (PALACIOS, 2013, p. 47).

Tão afrodiaspórico que se vê como “vagabundo de e pela vida”, em sua descrição de *“He visto la noche”*, em que, com seu afã de conhecer a realidade do mundo e o próprio mundo, se põe a entender em sua epiderme o colonialismo, os problemas do racismo e a alienação: *“Su argumento no gustó. Hay un grave inconveniente por el cual apenas creo que fue considerado. En él la figura principal es un negro y en Hollywood no se filman películas en donde alternen blancos y negros en los papeles principales”* (OLIVELLA, 1953, p. 36)

Para tanto, tem um objetivo concreto em suas investigações: *“descolonizar y desalienar la mente del amerindo-afroeuropéo”*, porque os indivíduos, submetidos a longos processos de aculturação, acabam por introjetar a *“angustia existencial, asumiendo como actos autónomos los mandatos del opresor”* y *“asumir una conducta ajena”* para comportar-se com uma identidade que o nega” (OLIVELLA, 1997, p. 21).

Fundamental, pois: *“Debemos concentrar nuestro interés vivencial y de sacrificio para tratar de enriquecer y descolonizar la historia y la cultura del hombre afro, a raíz de las disposiciones legales que se han hecho a propósito de la Constitución Nacional de 1991”* (ARAGON, 2006, p. 230).

Daí decorre sua primeira responsabilidade como *“hombre y como escritor”* de saber-se como *“producto de una historia, de una geografía y de un mestizaje racial y cultural”* (ARAGON, 2006, p. 21), de forma a orgulhar-se como colombiano, sem, contudo, esquecer ser solidário com peruano, com sul-africano, porque sua consciência leva a *“rechazar las injusticias sociales, étnicas y culturales en mi país, me obliga a estar con el oprimido, cualquiera que sea el lugar donde se lo tiranice, a expresar, pues, su solidaridad “con los tiranizados del mundo”*. E, pois, sua crítica forte:

No pertenezco a la familia de los ‘demócratas’, que dicen luchar por los derechos humanos en cualquier parte del planeta pero que se sienten libres en un país donde hay oprimidos y hambrientos. Mi libertad no comienza en el pleno ejercicio de mis derechos civiles, sino en la total libertad que tengan mis hermanos en Colombia y en Pretoria. Las cadenas que oprimen a un ser humano– y también a los árboles,

animales y ríos- me hacen sentir un esclavo, aunque las argollas no cuelquen en mis brazos. (ARAGON, 2006, p. 22)

Porque seu conceito de **direitos humanos** questiona a democracia na América, ao recordar que:

Es que esos conceptos de la burguesía, considerados muy democráticos y justos, estaban aquí cuando esos mismos burgueses, dueños del poder, reyes, coronas, etc., imponían acá su dominio y concebían los conceptos de igualdad, libertad y fraternidad dentro de los pueblos colonizados por Europa. (ARAGON, 2006, p. 163)

Ao fim, salienta, os “*revolucionarios franceses pretendieron establecer la democracia en la metrópoli y la esclavitud en sus colonias*” (OLIVELLA, 1989, p. 152), porque os direitos humanos enquanto tal:

Esos derechos, no están diciendo, o, por lo menos no lo están diciendo con mucha lucidez filosófica, lo que se piensa de los esclavizados. Para nosotros poder asegurar esos derechos humanos a la vida, a la palabra, a la inteligencia, tenemos que advertir que para poder tener todos esos derechos, tenemos que luchar primordialmente por los derechos del Muntú, es decir, porque se nos reconozca la condición humana de ser inteligentes, y la condición humana de ser creadores, y la condición humana de conservar nuestra vida como fundamento de todo lo demás, criterios libertarios que se pueden estar debatiendo o no, en cambio, los intelectuales están deseosos de que se les permita publicar sus artículos en los periódicos, pero les interesa un bledo que las tres cuartas partes de los habitantes del planeta estén privados del derecho a la vida, del derecho a ser inteligentes, porque no tienen la educación ni los recursos tecnológicos para que su palabra sea escuchada. (ARAGON, 2006, p. 192)

As lutas afro, depois dos anos 60, caíram no “conto” dos “*derechos que proclaman la burguesía y la revolución francesa*”, ou seja, o direito à igualdade, à fraternidade e à liberdade, quando o que se está reclamando são

[...] *los derechos del Muntú y los derechos de sus creadores, y que nos brinden todas las posibilidades, y que no se nos prive de esas facultades, porque al privársenos de la posibilidad de ser creadores, de transformar la sociedad, de unificar el espíritu humano hacia el bien común, etc. Al negársenos eso, automáticamente ya no somos libres.* (ARAGON, 2006, p. 193-194)

Atendendo ao conceito de Muntú, “no se puede concebir en este momento estar nosotros tranquilos y pacíficos, viviendo en una sociedad donde no se reconozca a cada ser” o gozo, em sua plenitude, da “igualdad de todos los bienes que ja producido la sociedad”, uma vez que temos que

[...] revolucionar todos los conceptos que a lo largo de la historia ha habido en la humanidad, para plantearlos enriquecidos con todos los conocimientos de las culturas, y hacerles frente a las encrucijadas en las que se encuentra la humanidad, de cómo sobrevivir con la riqueza tecnológica y de supervivir aquí en la tierra. (ARAGON, 2006, p. 195)

A filosofia do Muntú, para Zapata Olivella, a partir da tradição bantu, incorpora elementos de outros povos africanos e “de fuera del continente, lo que la hace ecuménica en el sentido más humano”, com validade muito além dos “credos religiosos o políticos” (OLIVELLA, 1997, p. 361). Um conceito intraduzível, para ele, em idiomas estranhos à África, porque ligado a um “modo particular de vida de sus culturas”, uma vez que,

El Muntú concibe la familia como la suma de los difuntos (ancestros) y los vivos, unidos por la palabra a los animales, los árboles, los minerales (tierra, agua, fuego, estrellas) y las herramientas, en un nudo indisoluble. Ésta es la concepción de la humanidad que los pueblos más explotados del mundo, los africanos, devuelven a sus colonizadores europeos sin amargura ni resentimientos. Una filosofía vital de amor, alegría y paz entre los hombres y el mundo que los nutre. (OLIVELLA, 1997, p. 362)

O Muntú, como afirma Santiago Arboleda – um dos grandes estudiosos do pensador deste autor – é uma “ruta diferente desde el pensamiento propio afro precolonial”, avançando em sentidos “otros de construcción social y política, en una dimensión compleja e integral” (QUIÑONEZ, 2011, p. 248).

A obrigação dos afros é necessária, porque, segundo o autor, “somos los únicos y verdaderos defensores de la libertad, porque fuero los que llegaron en condición de prisioneros” e, assim, “predicadores de la libertad en el pasado, y dicha aspiración debe ser una exigencia hoy.” Um passo a mais, portanto, no sentido da “desalienación social”, de forma paulatina (ARAGON, 2006, p. 220-221).

Não é por outro motivo que, desde a epopeia dos africanos em América, retratada em “Changó, el gran putas”, compreende que as “herra-

mientas de trabajo” empregadas em seus trabalhos anteriores não eram “*la más adecuadas*”, porque o compromisso exigia o “*dominio del lenguaje oral*”, dos mecanismos do processo criativo, da alienação, da “*distorsión de la historia contada pro el conquistador y la verdaderamente vivida por el oprimido*”, das censuras literárias e tantos outros pontos (OLIVELLA, 1997, p. 28)

Seu intento é, portanto, a busca da “*justiça cognitiva*”, ou seja, saber que “*o reconhecimento da diversidade cultural no mundo não significa, necessariamente, o reconhecimento da diversidade epistemológica do mundo*” (SANTOS, 2014, p. 192).

Recorda que:

En el año 1492, cuando Colón arribó por vez primera a la América, la ciudad de Timbuctú era la capital de Songhai, uno de los estados más florecientes a orillas del río Níger. Contaba con una universidad donde enseñaban matemáticos, sabios y filósofos de Egipto, Arabia y España. Disponía de una biblioteca donde se guardaban valiosos documentos históricos, literarios, geográficos, etc., escritos en diferentes idiomas que se pagaban con oro puro. (Leo Africano). (OLIVELLA, 2011a, p. 48)

Um conhecimento que, além de africano, era também de influência árabe. E a influência islâmica tinha tido impacto, inclusive na “*organización de candomblés en el Brasil, mucho antes que aparecieran en los Estados Unidos*”, pois, desde o século XIX, se “*conocieron negros musulmanes en Rio con el nombre de Alufas y de Malís (de Mali) en Bahía*” (OLIVELLA, 1989, p. 117). Justiça desde o afro e sem a exclusão do Islã em suas raízes, como se vê também em “*Rebelión de los genes*”¹

Porque quando “*se olvida esta memoria y se pretende iniciar el presente abriendo nuevas rutas que no sean la continuación del pasado*”, devem repetir-se as experiências de “*nuestros ancestros con sus aciertos y errores*” (OLIVELLA, 2011a, p. 90).

Como tal, a justiça cognitiva intenta que a “*tradición oral, mitos y leyendas*” conformem um “*corpus válido y justificado plenamente por los sentimientos, rebeldías y reivindicaciones transmitidos a viva voz, de generaciones a generaciones, por quienes nunca fueron oídos en las galeras de los barcos traficantes*”, nos palanques, a oportunidade, assim, de “*escuchar los iletrados, el 50% de los descendientes de los abuelos, que no pudieron en su momento dejar testimonio escrito de las indignidades sufridas*” (OLIVELLA, 2011a, p. 91)

¹ Por exemplo, páginas 193-195 ou 225.

Estabelece, com seu ponto de vista, um novo estatuto da história oral em pé de igualdade com o conhecimento científico e escrito, sem esquecer que “*no todos los conocimientos transmitidos oralmente recogen la experiencia, pues en ella se enmascaran las ideas, prácticas y códigos impuestos por los opresores*” (OLIVELLA, 2011a, p. 92), um processo de autoalienação, sendo necessária a “*propia desalienación del educador, para no caer en una mayor alienación*” (OLIVELLA, 2011a, p. 92). O colonialismo não é somente externo, mas também interno, e é necessário trabalhar com toda uma hermenêutica de suspeita.

São os seguintes os pontos que, desde a questão da justiça cognitiva, parecem muito importantes para Zapata Olivella:

1. Como recorda George Palacios, o autor “*anticipa a lo que Truillot subrayaría más tarde respecto de la Revolución haitiana en el imaginario de la metrópoli*” como um “*non event*”: as ações que os “*esclavizados llevaron a cabo en Saint Domingue fueron de una radicalidad tal que eran consideradas*” impensáveis “*dentro del marco referencial del pensamiento occidental*” (PALACIOS, 2013, p. 264), o que se vê em especial em “*Changó, el gran putas*” no capítulo dedicado à “*revolución de los vodús*” (OLIVELLA, 2010, p. 241-341).

É necessário registrar que a Constituição imperial do Haiti (1805)², depois da independência da França, previa: a) o fim de todas as referências a graduações de cores de pele (art. 14) e a abolição dos títulos, vantagens e privilégios diferentes daqueles que “*resultassem da consideração e compensação de serviços executados para liberdade e independência*” (art. 3º); b) direitos iguais para os filhos nascidos fora do matrimônio (art. 16, *disposiciones generales*); c) a inexistência de religião oficial ou predominante (art. 50), a tolerância a todos os cultos (art. 51) e assegurava que o Estado não pagaria soldos a nenhuma instituição religiosa (art. 52); d) a garantia de igual acesso à propriedade privada aos *anciens libres y nouveaux libres (esclavos libertos)* (art. 6º), ao mesmo tempo que confiscava todas as terras dos “*franceses blancos*” para o Estado (art. 12, *disposiciones generales*); e) a abolição da escravidão “*para siempre*” (art. 2º); f) a monarquia eletiva, não hereditária (art. 23); g) a possibilidade de divórcio (art. 15, *disposiciones generales*); h) que os haitianos deveriam ser conhecidos somente pela denominação genérica de *blacks* (negros) (art. 13).

² Disponible en: <http://www.webster.edu/~corbetre/haiti/history/earlyhaiti/1805-const.htm>

A cláusula de igualdade se faz clara para “todos os mortais”, inclusive “mulheres brancas naturalizadas”, seus filhos “atuais e futuros” e os “alemães e polacos que tenham sido naturalizados pelo Governo” (art. 13).

Nesta visão histórica, a Revolução do Haiti, proclamando a independência de uma nação negra, de escravos iletrados, não poderia ser entendida como ocorrendo ao mesmo tempo que as declarações de direitos dos Estados Unidos e França. Teria que ser considerada um “*accidente histórico*” (TROUILLOT, 1995), apagada como “não acontecimento”, obscurecendo a trilogia racismo, escravidão e colonialismo. Como afirma Siba Grovogui, “*al asumirse a si mismos como humanos, los esclavos haitianos desafiaban las nociones corrientes de hombre y razón, y de sus accesos a capacidades y facultades humanas*” (GROVOGUI, 2007, p. 15)

2. O aporte cultural dos negros é “*desconocido y negado*” e sequer se ensina a “*historia de las culturas africanas que llegaron a nuestro continente*” (OLIVELLA, 1989, p. 168), algo que o autor faz, de forma magistral, em “*El árbol brujo de la libertad*”. A presença africana “*no puede reducirse a un fenómeno marginal de nuestra historia*” e sua “*fecundidad inunda todas las arterias y nervios del nuevo hombre americano*” (OLIVELLA, 1997, p. 143) e se faz necessário “*luchar contra los reflejos condicionados heredados del viejo coloniaje que sepultó la cultura indígena, subestimó la negra y autodiscriminó a la mestiza*” (OLIVELLA, 2010a, p. 196), rompendo os “*complejos de incapacidad*” que deixam aos “*colonizadores el derecho de juzgar el bueno y lo malo en el proceso cultural*” (OLIVELLA, 2010b, p. 181-182).

Uma aposta de claro sentido pedagógico, descolonizador e desalienante, que revela o projeto “*racista y alienante de la historia, filosofía y ciencia eurocéntrica-occidentales dominantes*”, reconceptualiza a “*ciencia y conocimiento y su uso estratégico*”, reconhecendo, reapropriando e recuperando “*el pensamiento y la sabiduría*” sobre as lutas libertadoras (WALSH, 2013, p. 60).

A África é mostrada como continente homogêneo e bárbaro, e “*mas allá de este cuadro, mezcla de verdades y mentiras, nada se enseña de los africanos, quedándose los negros con la ingrata certeza de que nada eran*” e que devem estar “*eternamente agradecidos de la esclavitud*” (OLIVELLA, 1991, p. 65). É necessário, pois, enriquecer a “*descolonizante historia*” para “*reinterpretar la historia que los afros contaron por medio de los documentos, y que el conquistador contaba a través de la alienación*” (ARAGON, 2006, p. 231).

Porque, ao fim,

[...] el africano en América fue y es un hombre violentado. No llegó a nuestra patria en calidad de conquistador; se lo sustrajo bárbaramente de su hábitat natural; se lo compulsó al trabajo forzado; le amputaron su lengua y sus dioses; fue reprimido sexualmente, marginado de la vida social y reducido a menos que una sombra. Frente a estas ominosas circunstancias, mal llamadas 'esclavitud', asalta la pregunta: ¿como ha podido el afro subsistir y realizarse bajo esta opresión? [...] enfrentado a la explotación inhumana, el africano dio una respuesta suprahumana: ¡se sobrepuso a la opresión! (ARAGON, 2006, p. 231)

3. Zapata Olivella não se preocupa somente com o Atlântico Negro, mas também com o Pacífico Negro e, assim, com as diferenças entre San Andrés y Providencia, o litoral pacífico e Chocó, onde “*en vez de aumentar la hibridación, la abolición de la esclavitud tuvo allí un resultado contrario*” e os brancos “*se encerraron en sus estancos endogámicos y los afros, diseminados por riberas, selvas y costas perpetuaron, sin propornérselo, el crisol de su propia etnia*”, ao passo que as comunidades indígenas foram escassas (OLIVELLA, 1997, p. 261). Em geral, se analisa como se todo o processo de escravidão na América fosse visto somente do ponto de vista do Atlântico.

E quando questiona as diferenças entre os colonialismos anglo-saxão e ibérico não quer, com isso, dizer que as diferenças neguem que nas sociedades latino-americanas se tenham dado fatos semelhantes, como os genocídios contra indígenas e o sistema de “*castas que impone los privilegios para los descendientes de europeos*”, persistindo o sistema escravista em “*las Constituciones republicanas por varias décadas después de proclamado el régimen de igualdad ciudadana*” (OLIVELLA, 1997, p. 321). Porque sempre o “*colonialismo, como sistema de explotación*”, devia justificar sua “*animalización y barbarie*” (OLIVELLA, 1997, p. 118).

4. Recupera, por sua formação médica, a sabedoria empiro-mágica sobre a natureza, sobre a vida e a sociedade, em especial dos indígenas. Assim, a utilização do veneno como agente mortal e as práticas botânicas “*son reveladoras de un profundo conocimiento de la dinámica de los fármacos y de la circulación sanguínea*” e um estudo atento e “*desintoxicado de prejuicios*” teria que reconhecer “*los antecedentes de muchos de los descubrimientos científicos que llevan nombre propio en la historia de la medicina europea*”, inclusive como precursores da quimioterapia moderna, “*como se*

comprueba el empleo de alucinógenos (tabaco, ayahuasca, etc.), de estimulantes cardiotónicos, respiratorios, dinámicos, (coca), antipiréticos, antihelmínticos, analgésicos y antipalúdicos (quina).” O mesmo pode ser dito sobre as práticas cirúrgicas com trepanações cranianas, suturas ósseas, cesáreas, correções de fraturas, etc. (OLIVELLA, 2011b, p. 95-96).

E, em outro exercício de justiça cognitiva, recorda que *“el mayor obstáculo para comprender la dinámica del pensamiento africano en nuestros medios, es la consideración a priori de que en su conjunto sus prácticas pertenecen a la ‘magia negra’ destructiva.*”, como visão *“deformadora heredada del afro y de los misiones cristianos”* (OLIVELLA, 2011b, p. 97) Em realidade, o aporte afro se concentrou na medicina de influência, de forma a acolher a medicina indígena, dependendo de suas ervas. No entanto, praticou e desenvolveu sua própria *“terapéutica, sola o mezclada con nativas o europeas”*, para proteger-se de seus inimigos (OLIVELLA, 1991, p. 315-316). Zapata Olivella (2006, p. 155) não esquece, contudo, que a cultura ameríndia, como as outras também, são, por sua vez, *“multiétnicas y pluriculturales”*. Há um reconhecimento e *“cuestionamiento al epistemicidio de las formas de pensar indígenas, negras, populares, campesinas, producido por la cultura occidental a través del colonialismo y la colonialidad* (LERMA, 2012, p. 210).

Aponta não somente para a trietnicidade colombiana, mas também para a interseccionalidade, criticando até mesmo Mariátegui que afirmou que *“la sangre africana había mancillado la pureza indígena con el crudo y viviente influjo de su barbarie”*; ou seja, em seu afã de *“reivindicar al indio”*, olvidou do negro (OLIVELLA, 1991, p. 17). Assim, mesmo o marxismo latino-americano, *“embebido en la lucha de clases, aún no había comenzado a comprender que, en nuestra sociedad, por hacer nacido de la opresión del indio y del negro, clase y raza son conceptos inseparables, nudos de la misma cadena opresora”* (OLIVELLA, 1991, p. 98). Colonialismo e racismo estão juntos, e a interseccionalidade de lutas é uma realidade. Sua consciência de raça, então, havia entrado em conflito com *“sus camaradas y sus reivindicaciones raciales resultaban muestras de racismo, heterodoxia marxista y desviacionismo”*, porque estavam *“adormecidos por la alienación cultural”* e tão somente viam a opressão econômica (OLIVELLA, 1990, p. 188)³.

³ Veja seu personagem em Chambacú a dizer: *“Cuando me oyes hablar de revolución me refiero a algo más que romper ataduras. Reclamo el derecho simple de ser lo que somos”* (OLIVELLA, 1990, p. 188).

Para isso, a *“lucha de los explotadores contra los oprimidos tomaba diversas formas: religiones, idiomas, artes, razas, porque el burgués no solo oprime al pobre, sino también su alma.”* (OLIVELLA, 1990, p. 287-288). A fase colonialista do capitalismo se caracterizou pela *“explotación de las fuerzas creadoras, de las riquezas y tecnologías tradicionales acumuladas por los pueblos indígenas de América, África y Asia, mediante el perfeccionamiento de la navegación, el uso de la pólvora y la revolución industrial”*, monopólio que criou uma nova *“relación económica racial: el desarrollo tecnológico para los pueblos blancos opresores y el atraso para los pueblos pigmentados sometidos”*, premissas biológicas e socioeconômicas sem as quais *“los supuestos que se hagan sobre clase, raza y cultura en América se reducirían a meras elucubraciones que encubren la verdadera esencia del sistema racista colonial”* (OLIVELLA, 1989, p. 14).

Há uma *“relación íntima de raza, colonialismo y su matriz continua de poder”* e, contrariamente à perspectiva marxista de seu tempo, Zapata *“viableza la intersección de raza y clase y la pigmentocracia de las sociedades latinoamericanas”*, ressaltando, ainda, a violência *“carnal dirigida de manera particular a la mujer indígena y negra”* (WALSH, 2013, p. 58).

Seu conceito de mestiçagem questiona o branqueamento que a Colômbia faz, porque, para ele, *“mestizaje contra racismo ha sido siempre la fórmula de vida contra las sociedades clasistas”*. Uma mestiçagem desde a negritude, *“conciencia del violentado, del rechazado, del heroísmo y de la resistencia total”*, de forma que *“América se negreó con los africanos, no por su piel negra, sino por su rebeldía, sus luchas esclavistas, su unión con el indio para combatir al opresor”*, se fez negra *“por la fusión de las sangres llamadas impuras”*, porque a mestiçagem *“igualó biológicamente a la india y a la negra con su violador blanco”*.

Negritude é, então, *“indianidad, africanidad, americanidad, todas as conotações que se queiram dar, exceto a de colonização”* (OLIVELLA, 1991, p. 329-330). Valora a trietnicidade desde a negritude, ao *“contrario de lo que se ha hecho la ideología del mestizaje, que valora desde lo blanco”* (LERMA, 2012, p. 213), e, como branqueamento *“hace a todos iguales, ocultando así a los desiguales y a las desigualdades”* (LERMA, 2012, p. 212). Um projeto *“pluriversal de mestizaje-otro concebido, desde un pluriversal que pretende”* conduzir criticamente à *interculturalização e interversalização* (WALSH, 2013, p. 61); assim, como diz Boventura Santos, uma *“mestiçagem pós-colonial ou decolonial”* contraposta a uma *“colonial mestizaje”* para

trabalhar desde uma outra “*Nuestra América*” (SANTOS, 2014, p. 65), como se fosse um mundo ao revés (SANTOS, 2014, p. 62).

Por esse motivo, Santiago Arboleda Quiñonez (2011, p. 250) sustenta que é uma “*mestiçagem radical*”, como superação da “*ideologia racista, pilar de la explotación de la modernidad*”, como experimentação de “*maneras de abrir y transformar las democracias, revaluando sus injusticias, teniendo como opción indispensable la construcción y consolidación de ciudadanías desracializadas*”.

Não nega, pois, nem pretende “homogeneizar” a especificidade do “*afrodiaspórico y lo indígena por la opresión, exclusión, esclavización de siglos*” e tampouco negar a “*particularidad de otros grupos étnicos*”. Cria, ao final, “*todo un nuevo sentido común, para forjar un nuevo ser humano, partiendo del crisol americano, y colocando condiciones para nuevos humanismos*” (QUIÑONEZ, 2011, p. 252-253).

Por fim, outro eixo-problema, constante nos escritos de Zapata Olivella, é o “*nacionalismo excluyente de Colombia*”, o que é bem visível na “*falta de reconocimiento hasta hoy de su obra y de su contribución al pensamiento colombiano y latinoamericano*” como “*prueba de su exclusión*” (WALSH, 2013, p. 61). Algo que, na linguagem de Reland Rabaka poderia chamar-se, sem dúvida, de “*apartheid epistémico*” (RABAKA, 2010, p. 15-19), ou seja, os processos de racismo institucional ou, antes, de “racial colonização acadêmica ou de quarentena conceitual de conhecimento, pensamento anti-imperial e/ou práxis política radical produzida e apresentada por ativistas e intelectuais não brancos”. Uma forma, pois, de pôr o conhecimento em “linhas racialmente estabelecidas em função de gênero, religião, orientação sexual e classe econômica”.

De tal modo, não brancos, mulheres e outros aparecem ligados a lugares, espaços e identidades perpétuos e involuntariamente designados; faz-se necessário, pois, reconhecer “*la construcción social de la segregación social involucrada y las jerarquías sociales que (re)definen y deforman raza, género y clase en la sociedad*” (RABAKA, 2010, p. 33).

Por isso, para Zapata Olivella (2011b, p. 136), devemos chamar “*afrocolombianos para decir a todos aquellos que quieren todavía recordarnos que nosotros fuimos esclavizados, que no hemos aceptado nunca esa condición de esclavitud y que procedemos de un continente*” que foi a cunha da humanidade.

Termino, assim como se iniciou, com “Changó, el gran putas”:

[...] *deja que Elegba, el abridor de caminos, te revele tus futuros pasos ya escritos en las tablas de Ifá, desde antes de nacer. Tarde o temprano tenías que enfrentarte a esta verdad: la historia del hombre negro en América es tan tuya como la del indio o de la del blanco que lo acompañarán a la conquista de la libertad de todos.* (OLIVELLA, 2010, p. 35-36)

REFERÊNCIAS

ARAGÓN, William Mina. *Manuel Zapata Olivella: pensador humanista*. Cali: Artes Gráficas del Valle, 2006.

GROVOGUI, Siba N. *Mind, body and gut! Elements of a Postcolonial Human Rights Discourse*. 2007. Disponible en: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1002&context=iclc_papers>.

LERMA, Betty Ruth Lozano. El pensamiento crítico de Zapata Olivella. In: DÁVILA, Victor Hugo Torres. *Miradas Alternativas desde la diferencia y las subalternidades*-Quito: Abya Yala, 2012. p. 201-222 (Serie Pensamiento decolonial)

OLIVELLA, Manuel Zapata. *Changó, el gran putas*. Bogotá: Ministerio de Cultura, 2010.

_____. *He visto la noche*. Bogotá: Los Andes, 1953.

_____. *La rebelión de los genes*. Bogotá: Altamir, marzo 1997.

_____. *Las claves mágicas de América*. Bogotá: Plaza & Janes, 1989.

_____. *El árbol brujo de la libertad; África en Colombia – orígenes- transculturación-presencia*. Santiago de Cali: Universidad del Valle y Universidad de Cartagena, 2011a.

_____. *Africanidad, indianidad, multiculturalidad*. Santiago de Cali: Universidad del Valle, 2011b.

_____. Chovinismo literario y complejo nacionalista. In: *Por los senderos de mis ancestros; textos escogidos (1940-2000)*. Recopilación y prólogo Alfonso Muñera. Bogotá: Ministério da Cultura, 2010a.

_____. Esto somos, esto defendemos. In: *Por los senderos de mis ancestros; textos escogidos (1940-2000)*. Recopilación y prólogo Alfonso Muñera. Bogotá: Ministério da Cultura, 2010b.

OLIVELLA, Manuel Zapata. *¡Levántate mulato! 'Por mi raza hablará el espíritu'*. Bogotá: Rei, 1991.

_____. *Chambacú, coral de negros*. Bogotá: Rei Andes, 1990.

PALACIOS, George. *Configurando la diáspora africana en las Américas desde el pensamiento político, radical y hereje de Manuel Zapata Olivella (1920-2004)*. Doctor of Philosophy, University of Pittsburgh, 2013.

QUIÑONEZ, Santiago Arboleda. *Le han florecido nuevas estrellas al cielo: suficiencias íntimas y clandestinización del pensamiento afrocolombiano*. Santiago de Cali: Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar-Ecuador, 2011. Disponible en: <<http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2816>>.

RABAKA, Reland. *Against epistemic apartheid*; W. E. B. Du Bois and the disciplinary decadence of sociology. Lanham: Lexington, 2010.

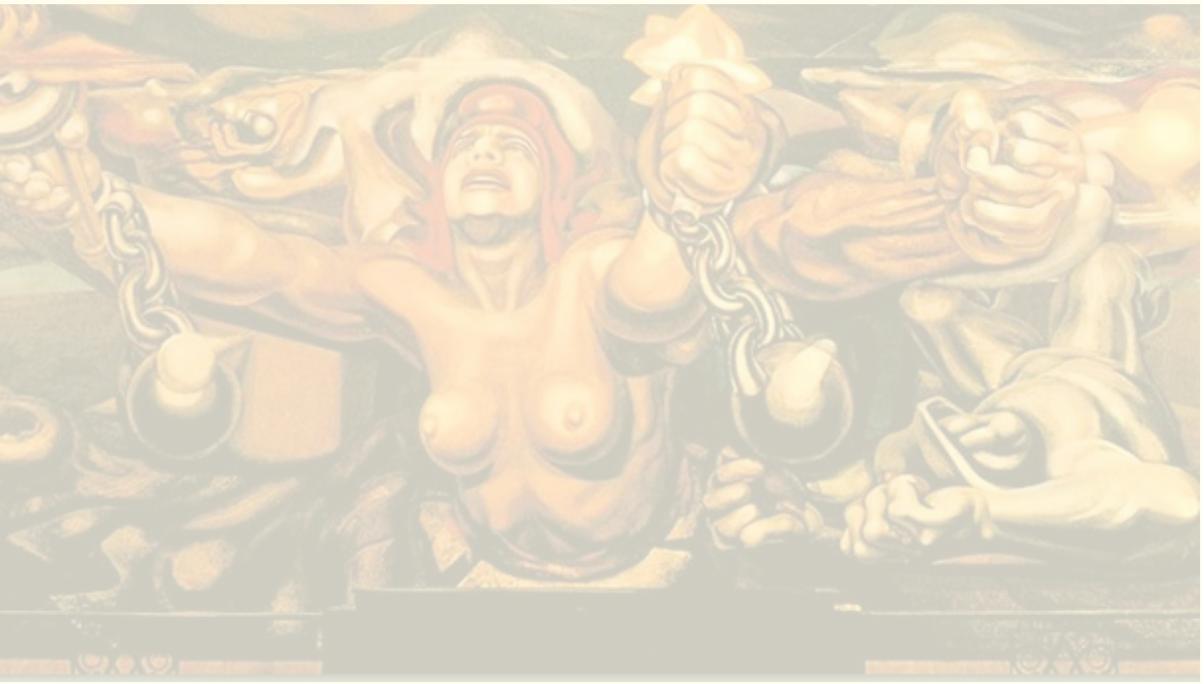
SANTOS, Boaventura de Sousa. *Epistemologies of South: justice against epistemicide*. London: Paradigm, 2014.

TROUILLOT, Michel-Rolph. *Silencing the past: power and the production of history*. Boston: Beacon, 1995.

WALSH, Catherine. Lo pedagógico y lo decolonial: entretejiendo caminos. In: *Pedagogías decoloniales*. Quito: Abya Yala, 2013. Disponible en: <https://www.academia.edu/6398986/PEDAGOGÍAS_DECOLONIALES>

PARTE 3

**FACES DA VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL
LATINO-AMERICANA**



A CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL: EM BUSCA DA UTOPIA ADORMECIDA

Vera Regina Pereira de Andrade

Professora Titular da Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Doutora em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFSC; Pós-Doutora em Direito Penal e Criminologia pela Universidade de Buenos Aires e pela Universidade Federal do Paraná; Pesquisadora do CNPq. Coordenadora do Projeto de Extensão “Universidade sem Muros” e do Grupo de Pesquisa “Brasilidade criminológica. Brasil”.

1 REVISITANDO O PASSADO: A RECEPÇÃO DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA NA AMÉRICA LATINA E NO BRASIL

A década de 1970 marcou o campo criminológico latino-americano com a recepção das criminologias críticas norte-americana e europeia, desenvolvidas com base no paradigma da reação ou do controle social, processo que teve como um de seus pioneiros e dinâmicos cenários a Venezuela, onde surge, em 1974, em Maracaibo, o “Grupo Latino-americano de Criminologia Comparada”¹, coordenado pelo Instituto de Criminologia da Universidade de Zulia e pelo Centro de Criminologia da Universidade de Montreal (Canadá), então dirigidos, respectivamente, por Lola Aniyar de Castro e Denis Szabo, cujo órgão de divulgação científica é, até hoje, a revista “Capítulo Criminológico”.

¹ Nesse sentido também Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 676): “Um pensamento que já pode ser denominado, com propriedade, de ‘Criminologia crítica’ teve seu ponto inicial na Venezuela, no ano de 1974, durante a realização de um congresso de Criminologia que centraria o foco na violência institucional e em abordagens diferentes da Criminologia tradicional. Ali se uniram as vozes de críticos europeus convidados, como Christie, Cohen e Basaglia, às das jovens Lola Aniyar e Rosa Del Olmo, que realizaram uma reflexão com poderosa carga política contra o imperialismo violento e o papel desempenhado em sua negação pela Criminologia tradicional e seus cultores. Basaglia declarou que em Maracaibo, a velha Criminologia havia morrido e que uma ciência alternativa abria passagem para visualizar o homem numa dimensão humana”. A criação do grupo foi então direcionada para a investigação da realidade latino-americana e sua especificidade (controle social, violência, criminalidade de colarinho branco) baseada na premissa de que a Criminologia, na América Latina, não se poderia converter numa mera reprodução das Criminologias norte-americana e europeia. (MANZANERA, 1990, p. 191-192)

Tendo iniciado pela Venezuela (Lola Aniyar de Castro, Rosa Del Olmo, Juan Manuel Mayorca e Argenis Riera, Tosca Hernández, Myrlla Linares, Geraldo Gabaldón e Christopher Birbeck), a Criminologia crítica se desenvolve através de outros cenários e atores como: Argentina (Roberto Bergalli, Eugenio Raúl Zaffaroni, Juan Pegoraro, Enrique Marí, Emilio García Mendez, Luis Marcó Del Pont, Elias Carranza, Gustavo Cosavoc, Máximo Sozzo, Gabriel Ignacio Anítua), Colômbia (Emiro Sandoval, Fernando Rojas, Alfonso Reys, Maurício Martínez e Juan Guillermo Sepúlveda, Fernando Tenório e Guillermo Villegas), Chile (Juan Bustos Ramírez, Eduardo Novoa Monreal e Álvaro Bunster), México, Panamá, Costa Rica, México e Brasil:

Na América Latina insurgente dos anos 1960, com o ciclo das ditaduras civil-militares, a esquerda formou um sólido dique de teoria e práticas de resistência ao poder punitivo daquele autoritarismo: Bergalli, Pegoraro, Zaffaroni, Lola Aniyar de Castro, Rosa Del Olmo, Caridad Navarrete, Novoa Monreal, Bustos Ramírez, Luis Carlos Pérez e tantos outros, em todo o continente. No livro de Anitua temos um bom encontro com essa história que um dia Rosa Del Olmo começou a contar e que Máximo Sozzo analisou como *traduções*. No Brasil, a esquerda jurídico-penal estava na trincheira da luta contra o arbítrio e a truculência estatal: Nilo Batista, Juarez Cirino dos Santos, Roberto Lyra Filho, Zahidé Machado Neto, Gizlene Neder e Gisálio Cerqueira. Mesmo Michel Misse participou desse movimento. Juarez Tavares foi o primeiro jurista brasileiro a incluir o marxismo na sua teoria do delito. (BATISTA, 2011, p. 86)

Gabriel Ignacio Anitua (2008, p. 681):

É bem verdade que o Brasil também comportava críticos de importância, como Heleno Cláudio Fragoso, Ester Kosovski, Nilo Batista, Juarez Tavares e Juarez Cirino dos Santos, autor, em 1979, de um livro intitulado *Criminologia da repressão*, e outro, de 1981, *Criminologia radical*.

É precisamente nesse contexto e sob o influxo desse movimento paradigmático que se coloca a questão dos limites entre a recepção da Criminologia crítica na América Latina e a construção de uma Criminologia crítica latino-americana, limites estes que permanecem até hoje no centro de uma discussão e de uma construção inacabadas.

A recepção do paradigma da reação social e do criticismo aqui na periferia replicou e desenvolveu conceitos centrais; ao mesmo tempo, deu origem a uma constelação de novos conceitos para a disciplina (Criminologia da reação social, Criminologia da libertação, Criminologia radical, Criminologia de raízes, Criminologia dialética, realismo criminológico marginal, Sociologia do controle penal etc.) que expressava precisamente esse *etat de l'art*.

Nesse processo se colocava, *pari passu* à recepção criminológica, a problematização acerca de seus confins e potencialidades. Estavam em jogo tanto a problematização e a superação epistemológica e funcional da Criminologia positivista quanto a definição da própria identidade que a Criminologia crítica deveria assumir na região.

Juarez Cirino dos Santos (1984, p. 71) denuncia, desde o Brasil, o “imperialismo ideológico” decorrente da expansão capitalista e da “hegemonia regional do imperialismo americano e europeu”

[...] que impõe à América Latina o consumo de teorias importadas, em todas as ciências sociais, mas, especialmente, nas ‘ciências’ do controle social e do crime, como as criminologias positivistas biológicas, etológicas, psicológicas, psiquiátricas, genéticas, sociológicas e fenomenológicas, e sua condensação em Códigos Penais, com suas políticas criminais literalmente transplantadas dos países imperialistas, como cópias de suas legislações. Esse imperialismo ideológico está na base do conformismo mimetista irresponsável da maioria dos intelectuais e ‘teóricos’ latino-americanos, imersos no descaso pelo funcionamento da justiça criminal.

De acordo com a célebre “hermenêutica da suspeição” exercida por Rosa Del Olmo (1984) a disjuntiva era: tratava-se de receber “acriticamente” as Criminologias críticas norte-americana e europeia na América Latina (como no pretérito recepcionada fora, embora com funções opostas, a Criminologia positivista, dominante até hoje na região) e/ou construir as bases de um autêntico pensamento e teoria criminológicos críticos latino-americanos? Quais deveriam ser o objeto e a função da Criminologia na América Latina?

Em recente obra, intitulada “Introdução Crítica à Criminologia brasileira”, Vera Malaguti de Souza Batista (2011, p. 17) recoloca a atualidade desses interrogantes:

[...] a pergunta de Zaffaroni (como pôde Lombroso florescer na Bahia?) é atual: que dispositivos foram necessários para inculcar tão profundamente um corpo teórico que é contra nós mesmos? A nossa perspectiva é oswaldianamente antropofágica: como recebemos e digerimos as teorias do centro hegemônico: é esse o dilema da reconstrução das criminologias críticas, suas *traduções traidoras*, seus objetos transplantados, suas metodologias reinventadas. De que maneira a Criminologia faz parte da grande incorporação colonial no processo civilizatório? *Quantas rupturas criminológicas serão necessárias para reconstruir nosso objeto, nossa metodologia a nosso favor?* [Grifos nossos]

As respostas não foram uniformes, desde aqueles que sustentavam que o objeto da Criminologia na América Latina deveria ser a totalidade do controle social (como Lola Aniyar de Castro), passando pelos defensores de uma delimitação e uma mudança de nome para a disciplina (Roberto Bergalli propunha a criação de uma Sociologia do controle penal para a América Latina)², até aqueles que creditavam a funcionalidade da Criminologia, na América Latina, ao salvamento de vidas humanas (como Eugenio Raúl Zaffaroni), ou os que acusavam a Criminologia de “desorientação epistemológica”, precisamente pela incerteza do *devir* (Eduardo Novoa Monreal); o fato é que este processo, fecundo e enriquecedor, tanto escreveu as páginas e o conjunto de promessas libertárias mais importantes da história da Criminologia na América Latina quanto não foi levado às suas últimas consequências, enquanto projeto coletivo e orgânico, restando um *script* inacabado.

Pode-se dizer, nesse sentido, que o projeto criminológico crítico foi interrompido³ na década de 1990 e permanece em suspenso até hoje: por quê? É possível retomá-lo? Qual a importância de sua retomada?

² Refiro-me às importantes (e entre si polemizadas) construções de uma “Sociologia do controle penal” ou da “Sociologia do controle jurídico-penal” e de uma “Teoria Crítica do controle social” que, na esteira do *labelling* e do paradigma da reação social, são protagonizadas, respectivamente, por Roberto Bergalli e Lola Aniyar de Castro, em especial para a América Latina. Enquanto o primeiro (1970, 1984, 1989, 1990, 1983) propõe substituir a própria denominação “Criminologia” por “Sociologia do controle penal” ou “Sociologia do controle jurídico-penal”, cujo objeto seria o controle penal concebido como espécie ou tipo particular do gênero controle social realizado por meio do sistema penal; a segunda criminóloga (1983, 1987) entende que a Criminologia deve converter-se em teoria crítica da totalidade do controle social. Ambas as formulações foram, por sua vez, polemizadas por Eduardo Novoa Monreal (1985).

³ Alertando, desde já, que a incompletude não é, ontologicamente, um signo de negatividade.

De outra parte, se restaram frustradas as expectativas de construção de um projeto criminológico crítico coletivo para a América Latina, esta interrupção não demarcou em absoluto o fim do criticismo, que seguiu seu curso (“O curso dos discursos”, de que nos fala Eugenio Raúl Zaffaroni), por esforços biográficos localmente aglutinadores, por todos os cantos, à deriva daquela utopia setecentista: ele está lá!

Desenvolveu-se, no cenário das sociedades latino-americanas, notadamente da sociedade brasileira da redemocratização, uma produção acadêmica extremamente rica e diversificada, em torno do paradigma da reação ou controle social (incluindo análises materialistas, culturalistas, feministas, étnicas etc.) e em cujo movimento se inserem, precisamente, as análises criminológicas críticas que tiveram continuidade no subcontinente; análises cruzadas, ademais, com outras provenientes do multidisciplinar espectro das ciências sociais e humanas (História, Psicanálise, Sociologia, Filosofia, Antropologia, teorias políticas etc.) sobre controle social, crime, violência, direitos humanos. A revista brasileira intitulada “Discursos Sediciosos: Crime, Direito e Sociedade” é uma das mais expressivas e qualificadas ilustrações brasileiras dessa produção.

Com esta percepção, proponho-me aqui a formular hipóteses de trabalho sobre o desenvolvimento do criticismo criminológico na América Latina e no Brasil e a propor um desafio e uma convocatória latina: interpelemo-nos por resgatar a utopia dos anos 1970, sobre a base do longo acúmulo criminológico crítico da modernidade-colonialidade. Estamos sem projeto coletivo, politicamente instrumental, para o controle social punitivo, num tempo em que o capital tem um megaprojeto, globalizado. É preciso reativar e ressignificar os dispositivos de resistência que estão aí, dispersos, em busca da latinidade e da brasilidade criminológicas.

2 O CONCEITO DE “CRÍTICA” EM CRIMINOLOGIA: UM CRITICISMO ALARGADO PARA A AMÉRICA LATINA

Mas, o que é a Criminologia crítica? Em que consiste o criticismo em Criminologia? O conceito de crítica, em Criminologia, reveste-se de enorme ambiguidade, tanto teórica quanto historicamente pelas apropriações e redefinições que dele (o criticismo) foram feitas, razão pela qual, ao se encarar a questão da recepção na América Latina, seja imperativo enfrentá-lo.

Em primeiro lugar, é frequente a referência à Criminologia “radical”, “nova” ou “crítica” como equivalentes em sua delimitação externa diante

de outras Criminologias e, sobretudo, da Criminologia positivista tradicional. Entretanto, como explicita Luiz Muñoz Gonzalez (1989, p. 268-269) estas expressões criminológicas possuem uma especificidade, não obstante se poder identificar nelas um denominador comum, composto por três elementos: a) a comum referência a um período histórico determinado; b) a comum referência a um momento criminológico determinado; e c) a comum atitude, vincadamente crítica, em face do sistema de bem-estar e controle sociopenal, e de proposição de alternativas político-criminais. Relativamente à matriz “a”, todas elas surgem entre os últimos anos da década de 1960 e meados da década de 1970, nos países do capitalismo avançado e sua forma política – o Estado Providência –, e são condicionadas por este contexto histórico (MUÑOZ GONZALEZ, 1989, p. 267-282). Quanto à matriz “b”, a comum referência a um momento criminológico determinado é precisamente o de mudança do paradigma etiológico para o da reação social, que condicionou o terreno de seu surgimento em duplo sentido: tanto a inovação representada por este paradigma em face daquele e de seus resultados, considerados um processo irreversível, quanto a crítica de suas limitações tiveram um importante papel no nascimento desta Criminologia radical, nova e crítica, que se desenvolverá por dentro do paradigma da reação social e para além dele, numa perspectiva majoritariamente macrossociológica.

As razões concretas para manter a diferenciação entre as três expressões criminológicas se assentam, por sua vez, em dois fatos: (a) a diferente evolução concreta da Criminologia estadunidense (“radical”) e da europeia (“nova”); e (b) a evolução interna para estudos de caráter materialista e marxista. O primeiro diferencia a Criminologia “radical” da “nova”; o segundo serve para precisar a referência à Criminologia crítica.

Com efeito, enquanto a Criminologia radical teve como contextos geográfico e histórico de referência os Estados Unidos da América⁴, a nova Criminologia teve a Europa⁵.

⁴ A Criminologia radical se desenvolveu sobretudo a partir da Escola de Criminologia de Berkeley (com Schwendinger e Platt), na Califórnia, entre os anos de 1968 e 1976. Criou a sua organização, a Union of Radical Criminologists (URC), fundada em 1972, e a revista *Crime and Social Justice*, fundada em 1974 e subtitulada até 1976 como *A Journal of Radical Criminology*.

⁵ A “Nova Criminologia” europeia se organizou, assim, na Inglaterra em torno da National Deviance Conference (NDC), fundada em 1968 e encabeçada por Taylor; Walton e Young, autores de *The New Criminology: for a Social Theory of Deviance* (1973) e organizadores da coletânea *Critical Criminology* (1975). Cf. MUÑOZ GONZALEZ, 1989, p. 267-282 e DIAS; ANDRADE, 1984. p. 56-58.

Enfim, sob a denominação de “Criminologia crítica” designa-se um estágio avançado da evolução da Criminologia “radical” norte-americana e da “nova Criminologia” europeia, englobando um conjunto de obras que, desenvolvendo um pouco depois as indicações metodológicas dos teóricos do paradigma da reação social e do conflito e os resultados a que haviam chegado os criminólogos radicais e novos, atingem, por dentro desta trajetória, a superação deles. E, nesta revisão crítica, aderem a uma interpretação materialista – e alguns marxista, certamente não ortodoxa – dos processos de criminalização nos países de capitalismo avançado (PAVARINI, 1988, p. 155-156, 163-164; MUÑOZ GONZALEZ, 1989, p. 267-282).

Bem vistas as coisas, diz Massimo Pavarini (1988, p. 163-164):

[...] também esta última perspectiva orientada para uma interpretação marxista da criminalidade e do controle social era, ainda que implicitamente, uma saída obrigatória e necessária para quem havia passado através da teorização do *labelling* e da reação social. Uma vez que o interesse do criminólogo se desloca desde a fenomenologia criminal para os processos de criminalização, uma das saídas teóricas mais previsíveis é precisamente o estudo das razões estruturais que sustentam, numa sociedade de classes, o processo de definição e de enquadramento.

No universo europeu de construção da Criminologia crítica⁶, destaca-se o protagonismo de Alessandro Baratta, presente nos processos de recepção do *labelling approach* na Alemanha, na Escandinávia (Grupo Europeu) e na Itália (Escola de Direito Penal e Criminologia de Bolonha), que se propôs a sistematizar e precisar, desde meados da década de 1980,

⁶ Conforme testemunho pessoal dado por Alessandro Baratta em Florianópolis, no ano de 1994, no âmbito da Criminologia crítica, podem assim ser situados, entre outros: (a) na Alemanha, especialmente vinculada à recepção do *labelling approach*: F. Sack, Alessandro Baratta, Linda Smaus, Karl Schumann, Stefan Quensel, Sebastian Scherer, F. Werkentin, J. Feest e, em geral, todos os criminólogos agrupados em torno da organização Arbeitskreis Junger Kriminologen (AJK) e o respectivo órgão, a Revista *Kriminologisches Journal*, ambas fundadas em 1969; (b) no chamado “Grupo europeu” (Escandinávia e Itália): Mathiesen, Cohen, Tullio Spillilli, Massimo Pavarini, Dario Melossi, Mario Simondi e Tamar Pitch; (c) no grupo austríaco: Heinz Steiner e Pilgram (*Kriminalsoziologische Bibliographie*); (d) na Escola de Bolonha de Direito penal e Criminologia, que originariamente destinada à investigação de um modelo integrado sobre a questão criminal entre Direito penal e Criminologia, prossegue numa direção mais criminológica avultam os nomes de Franco Bricola, Alessandro Baratta, Dario Melossi, Massimo Pavarini, Mario Simondi e a publicação (desde 1975) da Revista *La questione criminale: rivista di ricerca e dibattito su devianza e controle sociale*, posteriormente renomeada para *Rivista Dei Dellitti e delle pene*, sob a direção de Alessandro Baratta até a sua morte.

o conceito de “crítica” com o qual se buscava identificar a Criminologia até então produzida no período; conceito e disciplina que entendeu sempre como construção aberta e processual (dialética), submetendo-a por isso mesmo à permanente revisão epistemológica, em textos sucessivos, até a sua morte, em 2002.

Conforme esclarecia Baratta, numerosos foram os aportes teóricos recebidos pela Criminologia crítica que, caminhando por dentro do paradigma da reação social (e do reconhecimento da irreversibilidade dos seus resultados) e para além dele, desenvolvem a dimensão do poder (considerada deficitária no *labelling* e nas teorias do conflito que o sucedem) numa perspectiva materialista cujo nível de abstração macrosociológica alça as relações de poder e de propriedade em que se estrutura, conflitivamente, a sociedade capitalista.

Nessa perspectiva, se a utilização do paradigma da reação social é uma condição necessária, não é condição suficiente para qualificar como crítica uma Criminologia (BARATTA, 1991, p. 225 e informação verbal)⁷ pois,

[...] mesmo na sua estrutura mais elementar, o novo paradigma implica uma análise dos processos de definição e de reação social, que se estende à distribuição do poder de definição e da reação numa sociedade, à desigual distribuição desse poder e aos conflitos de interesses que estão na origem desses processos. (BARATTA, 1983, p. 147)

Assim, quando, “ao lado da ‘dimensão da definição’ esta ‘dimensão do poder’ é suficientemente realizada na construção de uma teoria, estamos em presença do menor denominador comum de todo esse pensamento que podemos alinhar sob a denominação de *Criminologia crítica*” (BARATTA, 1983, p. 145-166).

Alessandro Baratta (1997, p. 166-167) assinala que com o desenvolvimento da Criminologia dos anos 1940 em diante, duas são as etapas principais que conduziram aos umbrais da Criminologia crítica:

Em primeiro lugar, o deslocamento do enfoque teórico do autor às condições objetivas, estruturais e funcionais, que se encontram na origem dos fenômenos do desvio. Em segundo lugar, o deslocamento do interesse cognoscitivo desde as causas do desvio criminal até os mecanismos sociais e institucionais mediante os quais se elabora a

⁷ Che cosa è la criminologia critica? Entrevista à Sancha Mata Victor. *Dei delitti e delle pene*. Torino, n. 1, p. 51-81, 1991. Separata. p. 53.

‘realidade social’ do desvio [...]. Opondo ao enfoque biopsicológico o enfoque macrossociológico, a Criminologia crítica historia a realidade do comportamento desviante e põe em evidência sua relação funcional ou disfuncional com as estruturas sociais, com o desenvolvimento das relações de produção e distribuição. O salto qualitativo que separa a nova da velha Criminologia consiste, todavia, sobretudo na superação do paradigma etiológico, que era o paradigma fundamental de uma ciência entendida naturalisticamente como teoria das ‘causas’ da criminalidade. A superação deste paradigma comporta também a de suas implicações ideológicas: a concepção do desvio e da criminalidade como realidade social e institucional e a aceitação acrítica das definições legais como princípio de individualização daquela pretendida realidade ontológica; duas atitudes, além de tudo, contraditórias entre si.

De qualquer modo, é quando o enfoque macrossociológico se desloca do comportamento desviante para os mecanismos de controle social dele, em especial para o processo de criminalização, que o momento crítico atinge sua maturação na Criminologia, que se movimenta de uma teoria da criminalidade para uma teoria crítica e sociológica do sistema penal. Assim, deixando de lado possíveis diferenciações no seu interior, nos dias atuais ela se ocupa fundamentalmente da análise dos sistemas penais vigentes.

Como objeto dessa abordagem:

[...] o sistema penal não é unicamente o complexo estático de normas, mas sim um complexo dinâmico de funções (processo de criminalização) ao qual concorre a atividade das diversas instâncias oficiais, desde o legislador até os órgãos de execução penal e dos mecanismos informais da reação social. (BARATTA, 1982, p. 28-63)

A “criminalidade” se revela, principalmente, como um *status* atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, pela seleção dos bens jurídicos penalmente protegidos e dos comportamentos ofensivos a estes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, pela seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos aqueles que praticam tais comportamentos (BARATTA, 1991, p. 167).

Epistemologicamente demarcada em torno do binômio interacionismo-marxismo e propondo-se como alternativa teórico-ideológica à Criminologia liberal, a Criminologia crítica teria seu desenvolvimento nuclear vinculado “à construção de uma teoria materialista, ou seja, econô-

mico-política, do desvio, dos comportamentos socialmente negativos e da criminalização, um trabalho que leva em conta instrumentos conceituais e hipóteses elaboradas no âmbito do marxismo” (BARATTA, 1997, p. 159)⁸, o que a instaura como uma construção aberta e processual.

Por último, os desenvolvimentos posteriores do criticismo, em sua dimensão penal e político-criminal em busca de garantias “contra” e de alternativas “ao” controle penal deslegitimado, também foram muito diferentes. Enquanto setores da Criminologia “radical” e da “nova” Criminologia deram origem ao revisionismo chamado “neorrealismo de esquerda”, setores majoritários da Criminologia crítica estabeleceram um marcado diálogo com as perspectivas abolicionistas, elas próprias, Criminologias críticas (Louk Hulsman, Thomas Mathiesen, Nils Christie, Sebastián Scherer, John Braithwaite) e também com perspectivas garantistas/minimalistas, feministas, culturalistas, étnicas etc., que originaram as Criminologias de mesmos nomes, algumas desde o interior do próprio criticismo.

Projetado o horizonte conceitual da Criminologia crítica, são sete as questões a precisar.

- a) É legítimo caracterizar o conjunto dessa produção científica não homogênea, nem constituída por uma monolítica comunidade de cientistas, como um “movimento” criminológico crítico que, surgido quase ao mesmo tempo nos Estados Unidos e na Inglaterra, desenvolve-se no eixo euro-americano, em cenários como Alemanha, Itália, Holanda, França e países nórdicos, Canadá e, enfim, na América Latina.
- b) Enquanto movimento, sua unidade está dada precisamente pelas matrizes comuns anteriormente referidas. Na América Latina, adquirirá o sentido de um movimento de resistência; aqui e acolá, entretanto, movimento de transformação do controle penal que não perde de vista, em momento algum, sua conexão política com a transformação social.
- c) Em sentido lato, para além da característica datada de “movimento”, constituiu-se um “campo”⁹ analítico complexo, a partir

⁸ Sobre a relação que subsiste entre Criminologia e marxismo e o problema de uma teoria materialista, dado que a obra de Marx e do marxismo em geral carecem de uma teoria explicativa do controle penal em si. Nesse sentido, conferir BARATTA, 1991, p. 165 *et seq.* e PAVARINI, 1988, p. 148 *et seq.*

⁹ Não estou usando o termo, aqui, no sentido de Pierre Bourdieu, mas no sentido, simples, de uma delimitação ou esfera de interesse e produção dentro de uma disciplina.

do paradigma do controle ou da reação social, integrado por um pluralismo teórico; um campo novo, instituído e instituinte para a Criminologia, a que proponho denominar de “críticismo”, do qual resulta tanto um acúmulo criminológico instituído quanto um espaço aberto para a necessária continuidade e a permanente reinvenção (instituinte). A Criminologia crítica, ao contrário do que proclamaram e proclamam leitores apressados, não está morta. Declará-la como tal é produzir uma hermenêutica equivocada, tomando o conteúdo já produzido pelo conteúdo final, tomando a parte (contexto fundacional de “movimento” e estrutura teórica) pelo todo (processo), equivalendo à declaração da morte do socialismo como utopia (processo) à queda do Muro de Berlim (contexto).

- d) Em sentido estrito, Criminologia crítica designa o modelo antes enunciado, sobretudo por Alesandro Baratta e Massimo Pavarini.
- e) Em sentido lato, Criminologia crítica designa o conjunto das teorias integrantes desse movimento crítico; a “radical”, a “nova”, as latino-americanas (“da libertação”, “de raízes”, “dialética” etc.).
- f) Ainda, Criminologia crítica, em sentido lato, pode designar toda Criminologia desenvolvida com base no paradigma da reação social, inclusive as que não aderiram ao marxismo (“realismo jurídico-penal marginal”, “sociologia do controle penal”). A unidade da pluralidade, nessa hipótese, é dada pela matriz “b” e este é o conceito alargado de críticismo proposto por Eugenio Raúl Zaffaroni para a América Latina¹⁰ e por Nilo Batista para o Brasil¹¹, podendo

¹⁰ Assim se manifestava Eugenio Raúl Zaffaroni (1984, p. 142-143), na década de oitenta do século passado, sobre a abrangência da Criminologia crítica: *“La disparidad es enorme, porque, en definitiva, toda Criminología no positivista, esto es, toda Criminología que no presuponga la asepsia de la reacción social, es una Criminología crítica, no debiendo reservarse esa característica a su vertientes más ‘radicales’ y ni siquiera a la Criminología ‘crítica’, en sentido estricto (así Baratta). Esta disparidad de criterios críticos llega a poner en tela de juicio – no sin certa razón – la certeza de la expresión ‘reacción social’ (ver Robert), aun que su uso generalizado permitiría una cierta univocidad científica. De cualquier manera, la crítica há devenido um componente de cualquier discurso criminológico que no sea el positivista puro y ello se hace más necesario aún en nuestros países periféricos [...]”*.

¹¹ Assim se manifestava Nilo Batista (1990, p. 32) no final da década de oitenta: *‘A Criminologia conheceu, nos últimos vinte anos, uma verdadeira revolução, que lhe permitiu superar o impasse positivista. Chamemos, de modo genérico, Criminologia Crítica ao conjunto das tendências ‘espécie de frente ampla’, como registra Araújo Jr. – que realizaram tal superação e tornaram acessível ao estudioso do Direito penal conhecimentos até então camuflados ou distorcidos, inclusive sobre seu próprio ofício”*.

referir-se alargadamente à existência de Criminologias críticas (teorias plurais dentro de um paradigma).

- g) O campo do criticismo, edificado pelas mãos da Criminologia, atinge o domínio do Direito penal dogmático e da Política criminal, dando origem a um Direito penal crítico, cuja síntese será o(s) garantismo(s), edificado(s) a partir da deslegitimação do controle penal.

2.1 A parceria Criminologia-Penalismo: criticismo e garantismo

A mudança de paradigma e a construção do criticismo em Criminologia edificado pelas mãos de sociólogos, filósofos e politólogos impactou progressivamente o Penalismo euro-americano aberto e sensível à crescente deslegitimação do sistema penal, recriando um novo horizonte para a discussão das relações entre Criminologia, Direito penal dogmático (ou Dogmática penal) e Política criminal, e um “novo” modelo integrado de Ciência Penal (BARATTA, 1991; ANIYAR, 1987, p. 87-88; BUSTOS RAMÍREZ, 1987, p. 523; ZAFFARONI, 1991).

Recria-se, por esse caminho, o campo criminológico, a partir da interlocação crimino-dogmática e cujo ponto de intersecção que se projetou de intenso magnetismo (“mágico”) foi o chamado garantismo, em múltiplas versões, talvez a síntese mais vitoriosa, enfim, de todos os signos do processo de recepção.

Nessa direção, Eugenio Raúl Zaffaroni (1982, p. 46) afirmava, na década de 1980, que

[...] há tanto irracionalismo na atitude dos penalistas que rechaçam indiscriminadamente toda a Criminologia chamada crítica e inclusive toda a Criminologia atual, como na dos criminólogos radicais que negam em bloco toda a legitimidade do Direito penal.

Referindo-se à investigação sobre sistemas penais e direitos humanos, dirigida por Eugenio Raúl Zaffaroni (1984a, 1984b) na América Latina, Aniyar de Castro (1987, p. 93-94) visualizava nela precisamente as potencialidades do aprofundamento de um garantismo crítico, nos seguintes termos:

[...] a primeira consequência relevante de um projeto como este está, nos parece, em um refrescamento das possibilidades de colaboração, senão de integração, entre a Criminologia – que não pode ser senão a crítica –, e um Direito penal (ou se quer ser mais preciso, uma ciência penal), também crítico. O ‘garantismo’, ou respeito, vigilância e garantia dos Direitos Humanos, se converteria assim na zona coincidente de ambos os círculos e em objetivo de alto nível na escala de prioridades de ambas as disciplinas.

Ao mesmo tempo, Rosa del Olmo (1987, p. 38-39) constatava que a incomunicabilidade entre criminólogos e penalistas deixava de ser absoluta, pois uma série de penalistas estava iniciando

[...] uma interessante reflexão crítica não apenas sobre o Direito penal e o Direito em geral, mas também sobre a Criminologia crítica, que pode resultar muito útil para a concreção desta Criminologia. Incumbe ao criminólogo a reflexão crítica da Criminologia crítica e do Direito penal [...].

Maduro estava o cenário para Juan Bustos Ramirez (1987, p. 538) concluir que: “O criminólogo crítico será um penalista crítico e o penalista também um criminólogo crítico”.

Com efeito, a quebra da incomunicabilidade foi instaurada por obra de criminólogos e de penalistas críticos que, colocando em suspensão, seja o radicalismo criminológico, seja o radicalismo dogmático (que ignora ou repudia em bloco a Criminologia crítica), têm protagonizado uma nova relação: o desenvolvimento do aspecto crítico da Criminologia (dados da realidade sobre o controle penal) em direção do aspecto garantidor do Direito penal dogmático e vice-versa.

Independentemente da transformação dogmática e de um novo modelo disciplinar que esta nova interação possa protagonizar¹², hoje está aberta e explorada a recepção da crítica historiográfica e criminológica do sistema penal, também desde o interior da própria Dogmática penal, por obra de penalistas críticos que atuam como “sujeitos” desta recepção.

¹² Alessandro Baratta, em sua *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à Sociologia jurídico-penal*, e Eugenio Raúl Zaffaroni, em seu *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*, conferem especial atenção à reconstrução da Dogmática penal e de um novo modelo de ciências penais, tendo desenvolvido modelos alternativos.

Delineia-se, assim, o deslocamento de um garantismo abstrato (que segue orientando a Dogmática enquanto paradigma dominante na Ciência Penal) para um garantismo crítico e criminologicamente fundamentado, entendido como vigilância sobre o (des)respeito aos direitos humanos no marco do funcionamento efetivo (deslegitimado) do sistema penal¹³.

No Brasil, Juarez Cirino dos Santos (1993; 2005; 2006a, p. 289-298; 2006b, p. 809-815; 2007) Nilo Batista (1990a; 1990b; 2000a; ZAFARONI, BATISTA et al., 2003; 2010) e Juarez Tavares (2000; 2009) estão entre os penalistas criminólogos que pioneiramente desenvolveram e mais representam essa interação¹⁴, tendo produzido obras muito importantes a respeito, que constituem uma ruptura com a tradicional manualística jurídico-dogmática e um novo *approach* para a docência, a pesquisa e a Política criminal no Brasil. E o mais consequente: sem perder de vista uma utopia abolicionista.

2.2 Criticismo sem projeto?

Se o criticismo tem sido compatível com o garantismo, a ele não se reduz porque, sem dúvida, o projeto de transformação do controle penal do criticismo é muito mais amplo, envolvendo níveis micro e macro.

O desafio é, então, o de não permitir que o criticismo se esgote no garantismo, ou que este colonize aquele, desafio redobrado, sobretudo em tempos de barbárie punitiva, em que tanta energia tem de ser desgastada na luta “contra” o poder punitivo e a violação de direitos, e em que o garantismo parece de fato exercer uma sedução política sem precedentes na história das ideias penais, que a todos abriga numa acolhedora, confortável e às vezes imobilizadora bandeira progressista.

¹³ O conceito de “garantismo criminologicamente fundamentado” cunhei na obra “A ilusão de segurança jurídica”. De forma desenvolvida, conferir ANDRADE, 2003. No marco da interação entre Criminologia e Penalismo críticos, podem situar-se, sem pretensões de exaustividade: BUSTOS RAMIREZ, 1987; BARATTA, 1982, 1991; BERGALLI, 1984; ZAFFARONI, 1989, 1991; BACIGALUPO, 1982. p. 53-70; ANIYAR DE CASTRO, 1987; GARCIA MÉNDEZ, [19--], p. 227-228; CARRASQUILLA, 1984, p. 287-291; CONORADO FRANCO, 1990, p. 65-70; SOLANO, 1990, p. 179-188; TOSCA, 1977; CLEMENTE, 1991, p. 29; SOLA DUEÑAS, 1982, p. 245-268; FERRAJOLI, 1986, 1989; PERFECTO IBAÑEZ, 1988, p. 59-67.

¹⁴ Essa interação se desenvolveu no Brasil de maneira relativamente intensa e internamente diferenciada, abrangendo também o processo penal. Ela aparece, entre outras, nas obras de Ana Lúcia Sabadell, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Guilherme Merolli, Ela Wiecko Volkmer de Castilho, Geraldo Prado, Alexandre Morais Rosa, Rubens Casara, Salo de Carvalho, Hamilton Bueno de Carvalho, Lédio Rosa de Andrade, Lenio Streck, Paulo de Queiróz, Cláudio Guimarães, Paulo de Tarso Brandão.

Em tempos de déficit de projeto alternativo politicamente viável para o controle penal, o desafio é manter o garantismo em seu devido lugar, ou seja, como tática minimalista micro (e não como estratégia), sobretudo no interregno de crise de legitimidade do sistema penal, mas devidamente inserido no horizonte utópico de superação do atual sistema de controle penal (BARATTA, 1987, p. 447-457). Aqui, o garantismo que gravita em torno das “penas perdidas” (HULSMAN; BERNAT DE CELIS, 1993), se é efetivamente comprometido com os direitos humanos, não para: necessariamente se conecta com as alternativas à pena e com a construção alternativa dos problemas e conflitos sociais, uma problemática essencialmente abolicionista.

Oportuna e importante, ainda, é a advertência de Vera Malaguti de Souza Batista (2011, p. 14) sobre a rendição da Criminologia ao poder: “Tenho chamado a atenção, também, sobre a sociologia colaboracionista que empresta sua energia ao eficientismo acrítico dos mercados contemporâneos de ‘segurança pública’ e ‘direitos humanos’”.

Por último, o criticismo é historicamente acusado de não oferecer alternativas ao sistema penal, viáveis em curto e médio prazo, o que evidencia a posição de leitores que nunca chegam às últimas páginas de suas leituras, ou, se chegam, não as compreendem, porque não decodificam “a solução” senão no marco dos seus códigos maniqueístas e dicotômicos, rotinizados no duplo “dogma da pena” e “dogma da criminalização provedora” (BATISTA, N., 2002). Eles perguntam por perguntar, porque têm sempre a (mesma) resposta (mais pena) na mão.

Quero finalizar, pois, essa etapa, recordando que foi precisamente pelas mãos do criticismo – e como seu desdobramento – que se construiu todo o campo (já então político-criminal) do ativismo punitivo, um campo que, iniciando pelo(s) abolicionismo(s) e passando pelo(s) minimalismo(s)-garantismo(s), é hoje dotado de vasta complexidade e inúmeras consequências. Nesse sentido, um exame, mesmo perfunctório, de muitas grandes obras de Criminologia crítica revela que elas concluem com projetos, pautas e agendas¹⁵.

Não é outra a conclusão de Vera Malaguti de Souza Batista (2011, p. 115):

A Criminologia crítica ou abolicionista, aquela que conhece a história do sistema penal (seu fracasso aparente e suas silentes vitó-

¹⁵ A respeito, conferir SANTOS, 1981; BARATTA, 1991, 1997; BATISTA, 2011.

rias), foi fértil em produzir projetos coletivos de redução de danos do poder punitivo em seu ápice, mas não conseguiu romper as barreiras que, por exemplo, a luta antimanicomial conseguiu. Mas é que a questão criminal é fundamental para a governabilidade do capitalismo contemporâneo: trata-se o problema do controle do tempo livre na revolução tecnocientífica do capital videofinanceiro. Inspirados naquela lição de Baratta para o Direito penal mínimo, propomos uma pequena pauta para os desafios de hoje [...].

3 O CONTROLE SOCIAL E OS SISTEMAS PENAIS NA AMÉRICA LATINA ENTRE A SELETIVIDADE ESTIGMATIZANTE E O GENOCÍDIO: AS ESPECIFICIDADES MARGINAIS

Em sua teorização criminológica sobre a violência na América Latina, concebida como primariamente de naturezas “estrutural” e “institucional”, Juarez Cirino dos Santos (1984, p. 70-71) sumariza a violência do nosso controle penal e a grande problemática que viria a se converter no objeto da Criminologia crítica na região:

A realidade criminológica na América Latina pode ser definida em três direções principais: a) a repressão impiedosa das classes dominadas (especialmente os setores do proletariado urbano e rural não integrados no mercado de trabalho, como força de trabalho ociosa e excedente), para as quais existem os Códigos Penais e outras leis especiais ainda mais rigorosas, a polícia, os tribunais e as prisões; b) a imunidade das classes dominantes pelas práticas criminosas contra a vida, a saúde, a integridade e o patrimônio do povo, nas práticas anti-sociais abrangidas pela chamada criminalidade do colarinho branco; e a imunidade complementar do terror institucionalizado (torturas e assassinatos de presos políticos, os assassinios de grupos militares e paramilitares (esquadrões de morte) e a tortura sistemática de presos comuns); do genocídio de índios; do tráfico de escravos para venda de trabalhadores, confinados em ‘campos de concentração’ de empresários rurais geralmente estrangeiros. Essas práticas não constituem privilégio deste ou daquele país do Continente, mas se generalizaram em toda a América Latina, como conseqüência de sua absorção/integração no mercado mundial, sob a égide do imperialismo, mas é preciso reconhecer que o chamado ‘Cone Sul’ do Continente desenvolveu ao mais alto nível a tecnologia dessa violência, que constitui um de seus mais sofisticados produtos de exportação (o filme ‘Estado de Sítio’, de Costa Gravas, é uma amostra eloqüente da transnacionalização e do

intercâmbio dessas técnicas, na área); c) a terceira forma de violência é, talvez, a mais sutil, mas não menos eficiente: a violência do imperialismo ideológico, que impõe à América Latina o consumo de teorias importadas [...].

Com base em sua investigação empírica sobre sistemas penais na América Latina, em grande parte realizada no Instituto Interamericano de Direitos Humanos de San José da Costa Rica, que contou com ativa participação de Nilo Batista, Eugenio Raúl Zaffaroni (1984a, 1984b, 1990) conclui pela aceitação da validade e da irreversibilidade dos resultados da Criminologia da reação social e crítica sobre a operacionalidade do sistema penal também para a região, ao atribuir-lhe “a inquestionável vantagem de descrever detalhadamente – com um arsenal ao qual não se pode imputar nenhum enfeite teórico – o processo de produção e reprodução da delinquência”. É que, como ressalta, todos os sistemas penais apresentam características estruturais próprias de seu exercício de poder que, cancelando o discurso jurídico-penal, materializam-se no centro e na periferia do capitalismo mundial e, ainda, por constituírem marcas de sua essência, não podem, por sua vez, ser eliminadas sem a supressão dos próprios sistemas penais (ZAFFARONI, 1991, p. 60).

Assim:

A seletividade, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas, a corrupção institucionalizada, a concentração de poder, a verticalização social e a destruição das relações horizontais ou comunitárias não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais. (ZAFFARONI, 1991, p. 15)

Esses aspectos estruturais, por outro lado, convivem com modalidades operacionais concretas diferentes, que se traduzem na América Latina numa radicalização da sua violência operacional, ou seja, muito maior violência operativa na região marginal (ZAFFARONI, 1991, p. 173). Verifica-se, assim, “na operacionalidade social dos sistemas penais latino-americanos, um violentíssimo exercício de poder à margem de qualquer legalidade” (ZAFFARONI, 1991, p. 29).

A ambiguidade dos processos de criminalização, entretanto, faz da polícia que mata a mesma polícia que também é violentada e morre. E o mesmo se diga para os agentes penitenciários, pois o sistema penal não

viola unicamente os direitos humanos dos criminalizados, mas também os de seus próprios operadores, deteriorando regressivamente os que o manejam ou que creem manejá-lo (ZAFFARONI, 1991, p. 143-144).

A conclusão fundamental de Eugenio Raúl Zaffaroni (1989, p. 434; 1991, p. 38-67), nesse sentido, é que na América Latina a deslegitimação do sistema penal é resultante da evidência dos próprios fatos¹⁶ e a “ética deslegitimante” é, num plano mais profundo, a própria morte humana, ou, mais explicitamente, a magnitude e a notoriedade do fato “morte” que caracteriza seu exercício de poder, de forma que implica “um genocídio em marcha, em ato”. A partir desta conclusão introduz o genocídio como o grande objeto até então ausente da Criminologia crítica latino-americana, atribuindo-lhe a função primária e urgente de “salvamento de vidas humanas” (ZAFFARONI, 1991, p. 171-172), e propondo para a região um conceito alargado de Criminologia.

Em nossa opinião, a Criminologia não é uma ciência, mas o saber – proveniente de múltiplos ramos – necessário para instrumentalizar a decisão política de salvar vidas humanas e diminuir a violência política em nossa região marginal com vistas a se alcançar, um dia, a supressão dos sistemas penais e sua substituição por formas efetivas de solução de conflitos, se estes necessitarem ser resolvidos, já que, por um lado, nem todos os conflitos necessitam resolver-se e, por outro, não existe sociedade com capacidade de resolver todos eles.

É sobre essas bases que Raúl Zaffaroni (1991) constrói o modelo denominado “Realismo jurídico-penal marginal”, a partir do ponto de vista de uma região marginal do poder planetário, baseado numa razão abolicionista e numa teoria agnóstica da pena.

Por sua vez, a teorização de Lola Aniyar de Castro (1987, p. 96) sobre o sistema penal na América Latina chega a duas conclusões gerais: a de que há, na região, um funcionamento global e real dos mecanismos de controle formal e informal, em contrariedade ao funcionamento oficialmente programado. Daí concluir pela existência de um “um sistema penal subterrâneo”, funcionando sob “um sistema penal aparente”, e que a articulação das instâncias judiciais com os níveis de maior discricionariedade, como a policial, opera sistematicamente na região em função da seletividade classista do controle social.

¹⁶ A respeito da violência do aparelho policial em geral e no Brasil, conferir SANTOS, 1984. p. 123 *et seq.*

A diferença entre o controle penal do centro e o da margem tem sido reiterada pela Criminologia crítica latino-americana como uma diferença de especificidade (qualitativa) e dose (quantitativa) de violência.

Aqui, na periferia, a lógica da punição é simbiótica com uma lógica genocida e vigora uma complexa interação entre controle penal formal e informal, entre público e privado, entre sistema penal oficial (pena pública de prisão e perda da liberdade) e subterrâneo (pena privada de morte e perda da vida), entre lógica da seletividade estigmatizante e lógica da tortura e do extermínio, a qual transborda as dores do aprisionamento para ancorar na própria eliminação humana, sobretudo dos sujeitos que “não têm um lugar no mundo”, os sujeitos do “lugar do negro”.

Dialetizando-se com a pena oficial de prisão – a pena vertebral da modernidade – aparece a pena de morte informal ou subterrânea para a colonialidade. Daí que, na Criminologia latino-americana aparece um conjunto de conceitos novos: poder configurador, policização, sistema penal subterrâneo, vulnerabilidade, autoritarismo *cool*.

De fato, em sociedades latino-americanas como a brasileira, com uma secular tradição de maus-tratos, tortura e extermínio (crueldade) como tecnologia punitiva e mecanismo de controle social, os corpos, sobretudo de pobres e mestiços, indígenas e negros (antes das tribos, campos e senzalas, e depois das favelas), das marginalizadas e conflituosas periferias urbanas ou zonas rurais, ainda que jovens e até infantis, nunca saíram de cena como objeto da punição. Ainda, quando a pena é declarada pública-estatal, subterraneamente se perpetua a pena privada, por meio do exercício arbitrário de poder, por atores e em espaços privatizados e domesticados, completamente subtraída do controle publicamente declarado.

Não parece, de modo algum, haver uma descontinuidade ou ruptura, como sustentado pela historiografia (evolucionista) oficial, entre o passado (concebido como pré-moderno) e o presente (moderno), o que, aliás, também não se verifica no centro ocidental, mas, apesar das diferenças contextuais, o que subsiste é um *continuum* metódico punitivo, desde a colonização, o mercantilismo e a escravidão, até a globalização do capitalismo¹⁷. O

¹⁷ Por globalização entendo um novo momento de poder planetário correspondente à era da revolução tecnológica, da sociedade da comunicação e do espetáculo, caracterizado por transformações nas noções de tempo, espaço e movimento, por transformações econômicas (na esfera da produção e da acumulação de riqueza, e na esfera do mercado e do consumo, com a produção de desemprego estrutural, precariedade e flexibilização do trabalho), transformações políticas (erosão seletiva da soberania e do Estado-nação, do espaço público e da democracia, desestruturação do Estado social), transformações culturais e subjetivas

Brasil tem escravidão (indígena e afro) e, a partir e por dentro dela, maus-tratos, tortura e extermínio abertos (Canudos, ditadura civil-militar) e encobertos ao longo de toda a sua história, continuamente, incluindo a atual “democracia civil” (Eldorado dos Carajás, Carandiru, Candelária, Alemão). Para além das matanças nominadas e datadas, o Brasil mata cotidianamente, no campo e na cidade, anônimos da miséria, anônimos da mendicância, anônimos nos confrontos com a criminalização (notadamente do tráfico de drogas) e o sistema penal formal (as polícias, as prisões) e informal ou subterrâneo (os jagunços, as milícias, os esquadrões da morte), sem falar em outras tantas matanças como a ambiental (Chico Mendes), familiar doméstica e do trânsito. Ainda está por ser escrita a várias mãos, incluindo as mãos da Criminologia brasileira, a história punitiva do Brasil, na qual a dolorosa fenomenologia dos “campos de concentração” (Gulags) certamente vai reaparecer na sua diversa, porém contínua, e não menos dolorosa e violenta (des)concentração: seríamos nós um campo punitivo em caráter cotidiano cruel e perpétuo?

É nessa linha argumentativa, por exemplo, que Nilo Batista (2000, p. 25-26, *apud* ANDRADE, 2002, p. 150) identifica na fundação do sistema penal brasileiro, de matrizes ibéricas católicas, uma continuidade do modelo inquisitorial, uma continuidade entre o público e o privado presente no controle penal da escravidão, a qual, integrada por um *Direito penal doméstico*, que usa intensivamente penas corporais também previstas pelo Direito penal público e dispõe de uma *autonomia* – que anula ou reduz o controle público sobre seus (ab)usos –, permite um “trânsito de práticas penais do espaço do senhor ao espaço do juiz”.

Nilo Batista (2000, p. 25-26, 127), a respeito, historia:

À procura das matrizes ibéricas do direito penal brasileiro, tratamos de isolar e descrever alguns procedimentos caracterizados pela generalidade, eficácia e persistência de suas concepções e de seus métodos. [...] O primeiro elemento dessa matriz (*continuidade público-privado*) é a existência de um Direito penal doméstico que dispõe de profundas raízes romanas e também germânicas. Pudemos anteriormente mencionar a lei VI, V, XII, promulgada porque senhores (e senhoras) cruéis matavam seus escravos *extra culpam* ou *extra*

(individualismo possessivo, mercantilização da vida, consumismo radicalizado, sentimento de intolerância para com o Outro, sentimento de insegurança e medo, fragmentação social e de classe), jurídicas e punitivas. A respeito, ver BERGALLI, 2003, p. 55-86; ZAFFARONI, 1999, p. III-XXIV.

discussionem publicam, quer dizer, sem procedimento legal, domesticamente; [...]. Já mencionamos também a importância das penas corporais nesse *direito penal doméstico* bem como a especial função de reprodução pública, regulamentada, de castigos corporais que integram o cotidiano do controle penal doméstico para a legitimação da *continuidade público-privado*. Acresçamos agora outra característica, a *autonomia do direito penal doméstico*, que significa não apenas a possibilidade, que historicamente se realizará, de uma normatização privada penal articulável ao direito penal (público), mas também a delimitação, mais ou menos nítida, de campos de competência distintos, com nenhum ou escasso controle público dos (ab)usos privados. [Grifos do autor.]

Nas raízes dessa violência institucional (e individual), que emoldura o funcionamento e a atual crise de legitimidade dos nossos sistemas penais, Juarez Cirino dos Santos (1984, p. 75) igualmente situa a violência estrutural, notadamente do capitalismo dependente e periférico brasileiro, cuja gênese remonta a “uma economia agrário-exportadora, que funciona como centro do sistema de acumulação fundada no trabalho escravo e vinculada ao capitalismo internacional, europeu e americano”.

As Criminologias críticas latino-americanas e brasileiras têm construído, portanto, um acúmulo argumentativo sobre os riscos de um “mais” controle penal, quando estamos precisamente diante de um “ornitorrinco” punitivo, metáfora que pode muito bem ilustrar a hibridez do nosso controle penal, amálgama que tem sido de escravismo com capitalismo, de público com privado, de patrimonialismo com universalismo, de liberalismo com autoritarismo.

E, considerando que o tempo presente se caracteriza pela permanência do “imperialismo ideológico” na América Latina e no Brasil, pois na região o controle penal oficial, auxiliado pela “Criminologia colaboracionista”, continua refém do modelo (neoliberal) de controle penal euro-americano (globalizado), sempre em busca da eficiência perdida, o eficientismo intolerante, entre nós, continuidade da histórica “Política criminal com derramamento de sangue” (BATISTA, 1998) implica “pena de morte indireta”, mais mortes e mais vagas nos cemitérios. E sobre isso deve haver muito mais do que mediana clareza por parte das agências e dos atores que têm o poder criminalizador: tem de haver resistência.

4 A DISJUNTIVA: UMA FALSA QUESTÃO?

As questões a precisar são, pois:

1) um reencontro com a trajetória percorrida pelo paradigma da reação social e pela Criminologia crítica na América Latina nos últimos quarenta anos demonstra **que não houve uma disjuntiva** entre recepção da Criminologia crítica norte-americana e europeia na América Latina “e” construção de uma Criminologia crítica latino-americana, mas uma complementaridade mais sutil e complexa, pois tanto se recebeu o paradigma da reação social e seus desenvolvimentos teóricos centrais quanto, quase que simultaneamente ou no próprio processo, conferiu-se-lhe uma continuidade latina periférica específica nos diferentes países, como o Brasil; num caso e noutro, enriquecendo teórica e/ou empiricamente a matriz originária, seja alargando o campo da Criminologia crítica como marco teórico, seja latinizando-a; quer dizer: produziu-se conhecimento novo;

2) existe uma Criminologia crítica latino-americana¹⁸, plural e complexa, liberta do colonialismo intelectual, ainda que em seus momentos fundacionais e, ao depois, marcada pela interlocução com as matrizes norte-americana e europeia;

3) a recepção do paradigma da reação social, em seus diferentes e fecundos desenvolvimentos teóricos, foi e continua sendo válida para se compreender aspectos estruturais e lógicas de funcionamento dos sistemas penais e do controle social; até porque, o centro do capitalismo, onde aquele se produziu, é constitutivo dos modelos de controle sociopenal da periferia; mas é de fundamental importância buscar as especificidades da periferia, mediante um saber próprio;¹⁹

4) o processo então simultâneo de recepção da Criminologia crítica na América Latina e de construção da Criminologia crítica latino-americana-

¹⁸ Cf. CAPELLER, 1990, p. 44; DEL OLMO, 1984.

¹⁹ Neste sentido, também, desde o Brasil, COUTINHO; MARQUES, *apud* ANDRADE, 2002: “[...] não se pretende, nem se deve, descartar as teorias herdadas dos países centrais. O que se quer aqui, em relação às teorias criminológicas recepcionadas na periferia, é salientar o importante processo de filtragem, que fundamentalmente deve ser adotado em direção ao ponto de vista seguido pelos teóricos do centro, que está em conformidade com sua história, a fim de buscar a adoção de um modelo alternativo, preocupado com os interesses periféricos, sempre com referência ao poder mundial. A Criminologia na América Latina, por mais que deva considerar as relações entre excluídos e incluídos, a fim de propor estratégias de uma política de transformação social, deve assumir, como compromisso teórico, a posição marginal e a partir deste lugar estudar e entender os comportamentos socialmente negativos, com um fim último de libertação.”.

na não teve continuidade coletiva no subcontinente, mas sim individual, mediante esforços que, apesar de cruzados, têm sido locais e biográficos. As diferenças analíticas que atravessam essa continuidade autorizam a referência às Criminologias críticas latino-americana e brasileira. A pluralização do signo, entretanto, se por um lado é adequada para expressar, como já referi, o próprio pluralismo e complexidade do campo, por outro, oferece desvantagens (identificadas com a epistemologia pós-moderna), da relativização à fragmentação do criticismo, que apontam para a dispersão do que opostamente busca-se aqui fortalecer, acadêmica e politicamente, pela (re)união, pela (re)unificação.

A pertinência da crítica periférica para a América Latina, ao chamar a atenção para a necessidade de descolonizar o pensamento criminológico da região e, ao mesmo tempo, adotar uma perspectiva (des)colonial (deixar de fazer Criminologia da ótica do colonizador para passar a fazê-la da ótica do colonizado), perspectiva (chamada “descolonial”) hoje em grande desenvolvimento na teoria social, talvez tenha conduzido a limites no uso do próprio conceito de “recepção”, ao qual parecia escapar precisamente a dupla dimensão dialógica e construtora de conhecimento²⁰ desse rico processo, como bem percebia Alessandro Baratta, nosso grande e “mestiço” mestre (italo-germânico-latino-brasileiro), muitas vezes injustamente considerado um missionário colonizador de ideias criminológicas:

La relación entre Criminología crítica en Europa y Criminología crítica en América Latina ha sido siempre, desde mi punto de vista y mi experiencia personal, una relación de intercambio e experiencias y no de subordinación de una area sobre otra. Me parece evidente que hoy la Criminología crítica en América Latina no tiene menos para enseñar a la europea y norteamericana que lo que estas pueden enseñar a la primera. La transferencia de experiencias e instrumentos conceptuales en relación con problemas particulares del área originaria a otra área, es posible solo si no se pierde de vista la particularidad histórica y política de las diversas áreas, lo mismo que la relación de las ideas con la realidad y los problemas regionales en las que ellas surgen. Con esta advertencia, es ciertamente deseable el enriquecimiento recíproco el intercambio cultural entre la Criminología crítica latino-americana y europea. Considero que algunos principios metodológicos puedan ser comunes a los das areas. En este sentido la conciencia histórica y la reflexión epistemológica representan un antídoto válido contra formas

²⁰ Vejam-se as especificidades, no interior do movimento criminológico crítico, das versões radical, nova e crítica, da Criminologia. Veja-se o significado do debate na América Latina. Cf. BARATTA, 1990, p. 148-149.

de transculturación científica que han sido frecuentes en la relación entre Europa y América Latina y que deben ser criticadas y evitadas también en el campo de la Criminología crítica. En lo que respecta a mi experiencia personal, puedo decir que nunca he ido a las universidades o centros de investigación latinoamericanos con una intención diferente de aprender y dialogar con colegas, estudiantes y operadores, de los que, sin falsa modestia, he aprendido mucho más de lo que alguna manera les haya podido enseñar. [...] No he pretendido nunca ‘transplantar’ ideas o métodos nacidos en contextos diferentes del latinoamericano, hacia ese continente. Mi interés ha sido y será siempre el de desarrollar un provechoso diálogo, teniendo en cuenta lo adquirido en el laboratorio europeo en la que permanentemente actúo. (BARATTA, 1990, p. 148-149)

5) o processo a que me referi não foi, portanto, de transculturação, mas sim de recepção e de desenvolvimento criativo simultaneamente no centro e na periferia planetária; ou seja, não apenas nas sociedades do capitalismo periférico, mas no próprio interior do capitalismo central – como Estados Unidos x Europa –, num processo sem colonizados e sem colonizadores pontuais: num processo dialógico e aberto que desde sempre marcou identidades e diferenças regionais e contextuais;

6) o resultado global desse processo é que temos um acúmulo criminológico crítico na América Latina e no Brasil, desde as perspectivas colonial e periférica (marginal), acúmulo este que não está e não deve ser dissociado do acúmulo criminológico da modernidade (central), porquanto dialogicamente construído com ele (e não contra ele) e aberto para uma necessária continuidade nos formatos epistemológico e político, por exemplo, de uma transdisciplinaridade ou de uma “Ecologia de saberes”²¹. Proponho falar, então, do longo acúmulo criminológico crítico da modernidade-colonialidade e identificar nele a base da retomada, a âncora do resgate do criticismo.

Estamos diante de autênticas e importantes Criminologias críticas (latino-americanas e brasileiras), que, recolhendo o contributo das matrizes europeias e norte-americanas, radiografam a especificidade da problemática latino-americana e do drama em que está envolta a engenharia dos nossos sistemas penais, imprimindo àquela uma fundamentação teórico-empírica singular, que nos fornece subsídios cabais, definitivos, dos cami-

²¹ Proposta por Boaventura de Sousa Santos em “A gramática do tempo”, com forte viés empírico.

nhos que o controle penal não pode mais legitimamente trilhar na perspectiva dos direitos humanos e da democracia.

As Criminologias críticas latino-americanas têm, portanto, muito a dizer e a contribuir para a compreensão dos processos genocidas produzidos pelo poder punitivo e sobre os remédios com prazos de validade vencidos, que perpetuamente retornam sob velhos rótulos e embalagens; numa palavra, sobre o eterno retorno da reação social punitiva, da resposta repressiva, sempre “depois” que os sintomas dos conflitos violentos eclodiram no espaço público.

De contribuir para compreender o controle penal e salvar vidas humanas (limite negativo extremo do saber criminológico) a reconstruir modelos alternativos e modelos não violentos para responder positivamente aos problemas e conflitos sociais (limite positivo extremo do saber criminológico), a Criminologia pode assumir funções complexas e desafiadoras, que certamente requerem fortes parcerias disciplinares, agenciais e empíricas; que requerem o transbordar dos muros criminológicos, a ponto de se indagar, como bem sugeriu Roberto Bergalli, se um saber assim poderá seguir sendo chamado de Criminologia. Retornamos, com esta dúvida, ao próprio debate fundador da discussão criminológica crítica na América Latina.

5 RETOMANDO A SUSPENSÃO: A IMPORTÂNCIA DA CONTINUIDADE A PARTIR DO LONGO ACÚMULO CRIMINOLÓGICO CRÍTICO DA MODERNIDADE-COLONIALIDADE

Estamos, portanto, em condições de responder ao interrogante e de formular a convocatória latina anteriormente enunciada. Quero argumentar, aqui, que a retomada e o desenvolvimento desse projeto criminológico, desde as suas bases fundacionais e o seu destino (mapeando comunidades que se construíram, acúmulo criminológico e revisionismos, projetos transformadores do controle penal, ações e decisões libertárias no sistema de justiça penal e outras instituições, lutas sociais, entre outros), constituem acervo histórico, teórico e político de ímpar significação, seja para se reconstruir a história passada da Criminologia na América Latina (como postula Roberto Bergalli), seja para se repensar e construir a história presente e futura do criticismo, repensando as bases das Criminologias críticas latino-americanas e brasileiras, tanto sob os instrumentais analíticos, quanto sob as condições e as exigências do espaço-tempo presente, sob

os desafios da “compressão espaço-temporal” imposta pela globalização neoliberal do capitalismo e, em seu âmbito, do caminho único imposto pelo efficientismo penal; inserção contextual que também auxiliaria a compreender as dificuldades enfrentadas para a continuidade daquele projeto latino-americano; ajudaria a compreender as razões de sua suspensão²² e a reafirmar a necessidade de reempreendê-lo, enquanto inserto no amplo quadro das lutas contra-hegemônicas da “globalização comunitária” e desde o “pilar da emancipação” (Boaventura de Sousa Santos). É que a Criminologia, enquanto saber e prática do controle social e penal, muito tem a dizer e a fazer na compreensão e na funcionalização de nossa latinidade, seja, ambigualmente, na direção da exclusão e do extermínio, seja na construção de caminhos “desviantes” dele; e apenas o caminho crítico da Criminologia pode potencializar esta segunda direção.

Acredito, dessa forma, que o processo de globalização em curso, não obstante colonizado pela dimensão econômica e pela lógica de reprodução do capital e do mercado (a denominada globalização neoliberal), apresenta potenciais ambíguos ao trazer à cena uma infinidade de lutas comunitárias, locais ou articuladas em redes (a denominada globalização comunitária, societária, de baixo para cima), entre as quais se inserem aquelas relativas à construção de saberes e de paradigmas contra-hegemônicos: a academia tem, pois, o seu lugar neste processo.

A Criminologia, nessa esteira, também se reveste de potenciais ambíguos. Não obstante ser mecanismo co-constitutivo e legitimador da ordem, neste momento em que, sob o influxo das referidas lutas, os saberes se deslocam e se revisam, há espaço para a teorização de um projeto criminológico crítico para a América Latina e para o Brasil, que concorra para a compreensão de nossa latinidade e de nossa brasilidade, relacionadas à Europa e à América do Norte, matrizes constitutivas dela, e para as práxis libertadoras no subcontinente.

Nessa retomada, necessariamente aberta e autocrítica, aparecem muitos conceitos e visões a serem revisitados, de acordo com o contexto social e com os instrumentos teóricos e metodológicos contemporâneos, entre eles o próprio conceito de “recepção”, a partir da advertência da his-

²² Cito, entre outras, a investigação de Ela Wiecko W. de Castilho (1998), na origem sua tese de doutorado defendida no Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC, sob minha orientação, na qual ela demonstra empiricamente que o Banco Central, não obstante não integrar formalmente a fenomenologia do sistema de justiça brasileiro, integra e exerce um poder seletivo decisivo no controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional, notadamente na impunidade das elites onde se situam os seus autores preferenciais.

tória cultural de Roger Chartier (1988, p. 59-60) sobre o equívoco de se opor “recepção” à “produção”. É que

Essa perspectiva tem como fundamento metodológico implícito a idéia de criação intelectual em oposição à concepção de consumo cultural. Ao ignorar que o consumo cultural é também uma outra produção e que a obra se reconstrói a partir de outras interpretações e significações, essa perspectiva teórica deixa escapar que ler, olhar ou escutar são, efectivamente, uma série de atitudes intelectuais que – longe de submeterem o consumidor à toda-poderosa mensagem ideológica e/ou estética que supostamente o deve modelar – permitem na verdade a reapropriação, o desvio, a confiança ou resistência. (CHARTIER, 1988, p. 59-60)

À leitura dicotômica recepção-produção escapa, pois, como aduz Camila Cardoso de Mello Prando (2010), a singularidade, a descontinuidade e a originalidade do saber aqui produzido, a partir de dimensões e categorias alheias aos textos originais que servem de referência para a construção do saber.

No mesmo sentido, Máximo Sozzo (2001, p. 354-431; 2006, p. 394-400) chama a atenção para a necessidade de uma hermenêutica apta a dar conta das “traduções” dos discursos punitivos como processos culturais mais complexos que os conceitos de “transposição” ou “traslados” possam sugerir e apta a dar conta das mediações culturais que se interpõem entre a produção material da vida, os discursos e as práticas punitivas.

A partir dessa perspectiva, coloco outra importante questão, que é a potencialidade de se proceder, por dentro do longo caminho latino-americano já percorrido e avançado, a certa “inversão”, na visão da diferença que também tem alimentado predominantemente o debate latino criminológico ao caminhar na direção centro-periferia; ou seja, ao assimilar o ponto de partida e a definição do objeto da Criminologia central, para então identificar, a partir e por dentro dela, as nossas especificidades. O campo criminológico latino é assim construído dependentemente como um campo de déficit/excessos em relação ao centro, ficando a singularidade criminológica relativamente prisioneira.

Assim, se aceitamos a hipótese de que as Criminologias latino-americanas têm identificado especificidades no funcionamento do controle penal periférico, como a importância que o controle social informal, de matriz privada e patrimonialista, ocupa no controle penal latino-americano

e brasileiro, conduzindo a um maior grau e intensidade de violência, uma importante indagação emerge: seriam tais especificidades meramente quantitativas em relação ao controle penal central, ou seriam também qualitativas e, quiçá, indicativas da existência de um *modus operandi* específico de controle fundado desde o próprio interior da região que conduza à necessidade de uma revisão dos próprios pontos de partida e dos termos da construção criminológica crítica na América Latina e no Brasil, dos confins da Criminologia e seu objeto de estudo. A inversão – e a grande ousadia –, sem obviamente partir de um lugar “soma zero” do conhecimento e da experiência, que seria um lugar a-histórico, mas do acúmulo cognitivo existente; a inversão seria pensar uma Criminologia a partir de nós mesmos em que o Outro é um elemento constitutivo do seu sentido (dialógico) e não o seu enunciador matricial. Acredito que teríamos então à nossa frente um campo de transbordamento.

Detenho-me em apenas uma das reflexões possíveis acerca desse transbordamento. O próprio conceito de sistema penal formal parece cada vez mais insuficiente para dar conta da fenomenologia de poder e controle punitivo na sociedade brasileira, seja por deixar de fora agências ou instituições que têm um peso decisivo no exercício do controle penal²³, seja, sobretudo, por deixar de fora a fenomenologia e o conceito mais específico, mas não menos decisivo, de segurança pública, para enuclear-se em torno do conceito e da fenomenologia de justiça (sistema de justiça penal), produzindo um corte na simbiose entre estas forças da “lei e da ordem”. Este corte, a sua vez, é indicativo de outro corte, que preside a fundação da Criminologia positivista, entre criminalidade e ordem, a partir do qual é apenas a primeira que ingressa legitimamente como objeto da disciplina, que se apresenta ao mundo ocidental como “a ciência da criminalidade”. Apesar do giro epistemológico representado pelo paradigma da reação ou controle social e pelo criticismo, este corte não parece ter sido enfrentado. Em qualquer caso, a “ordem” é um condicio-

²³ Hipoteticamente, acredito que a interrupção desse desenvolvimento foi historicamente condicionada por fatores internos e externos, micro e macro, conjunturais e sobretudo estruturais: o avanço da globalização econômica, sob o influxo devastador da ideologia neoliberal e a hegemonia de Criminologias e políticas atuárias e administrativas, de cunho etiológico revigorado, sustentadoras do denominado eficientismo penal, potencializador sem precedentes, no mundo ocidental, da engenharia e da cultura punitivas (do agigantamento do controle punitivo formal e informal, com a redução acelerada das garantias jurídicas), alicerçadas numa cultura individualista do medo e da insegurança, mediatizada por uma mídia espetacularizante-dramatúrgica, avalizada por uma tecnologia comunicacionalmente revolucionada; processo que, como é sabido, passa a colonizar a América Latina e o Brasil desde início da década de 1990.

namento estrutural que opera latente e ideologicamente nas construções criminológicas, seja no sentido conservador, seja no sentido transformador, como se evidencia, respectivamente, no paradigma positivista etiológico (a Criminologia a favor da ordem) e no paradigma do controle social (a Criminologia crítica da ordem).

Não é outra a conclusão de Vera Malaguti de Souza W. Batista (2011, p. 19) ao afirmar que

[...] todas as definições de criminologia são atos discursivos, atos de poder com efeitos concretos, não são neutros: dos objetivos aos métodos, dos paradigmas às políticas criminais. Aqui reside o enigma central da questão criminal. Talvez seja essa a lição principal do inspirador livro de Pavarini, para entender o objeto da criminologia, temos de entender a demanda por ordem de nossa formação econômica e social. A criminologia se relaciona com a luta pelo poder e pela necessidade de ordem. A marcha do capital e a construção do grande ocidente colonizador do mundo e empreendedor da barbárie precisaram da operacionalização do poder punitivo para assegurar uma densa necessidade de ordem.

O que estou a sugerir nessa direção é que o problema e o conceito de ordem (e seus corolários de segurança do Estado, segurança pública etc.) devem integrar o horizonte analítico de uma Criminologia latino-americana, permitindo realojar problemáticas e conceitos que vêm sendo trabalhados com crescente interesse na Criminologia latino-americana e brasileira e nas ciências sociais e humanas, como segurança pública, etnia, raça e mestiçagem, infância, adolescência e juventude, loucura, vadiagem, mendicância, exclusão e outras tantas subjetividades constituídas pelo controle social e punitivo periférico, por meio de específicos controles e penas, para além de e em cruzamento com análises sobre classe social e pena de prisão, temas nobres do criticismo central e suas realidades, que devem continuar ocupando o seu lugar na periferia, devidamente ressignificados. O problema conflui para o da(s) violência(s), em suas múltiplas e cruzadas dimensões (estrutural, institucional, individual, grupal, internacional, global, intersubjetiva) simbólicas e instrumentais. Violências de raiz binária inferiorizadora, seja antropocêntrica (especista), androcêntrica e patriarcal (sexista), capitalista (classicista), étnica (racista), etária e tantas outras, amalgamadas na religião (de domínio católico), na política (de domínio estatal patrimonialista) e na cultura, não obstante miscigenada do povo brasileiro, cuja identidade o singulariza na civilização planetária.

O desenvolvimento de tais questões continua a exigir, à sua vez, um forte diálogo transdisciplinar da Criminologia com outros saberes, tanto científicos quanto populares e uma forte base histórica e empírica, reconduzindo, enfim, à problemática do “déficit empírico” que, não sem algum grau de injustiça, Gabriel Ignacio Anitua (2008) atribui à Criminologia da região.

A recente fundação da Associação Latino-americana de Pesquisas em Criminologia (ALPEC), de iniciativa de Eugenio Raúl Zaffaroni, Lola Aniyar de Castro e outros grandes nomes – que contará no Brasil com a coordenação de Nilo Batista e Vera Malaguti de Souza Batista –, criada em abril de 2011, sem alarde, na Guatemala, reabre um cenário de esperança (de *esperantar*) para a construção de redes e para, quiçá, despertar a utopia criminológica adormecida, em cujo despertar um Sul criminológico, emergindo sem “complexos de inferioridade” em relação ao Norte, possa intensificar um olhar para si, dialogando cada vez mais a partir de si mesmo, sem se tornar, contudo, ensimesmado. Essa é a convocatória latina e brasileira que deixo aqui subscrita, ao tempo em que findo este pequeno discurso, com o sentimento de que ficou imensamente aquém do que eu gostaria de ter sido capaz de dizer sobre o cenário da história que me encantou recordar.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. *Pelas Mãos da Criminologia: o controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2012. (Pensamento Criminológico 19).

_____. *A ilusão de segurança jurídica: do controle da violência à violência do controle penal*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 1.

_____. (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 2.

ANITUA, Gabriel Ignacio. *História dos pensamentos criminológicos*. Tradução por Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2008. (Pensamento Criminológico 15).

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia da reação social*. Tradução e acréscimos de Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Forense, 1983.

_____. *Criminología de la liberación*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1987.

BACIGALUPO, Enrique. Relaciones entre la dogmática penal y la criminología. In: MIR PUIG, Santiago (Org.). *Derecho penal y ciencias sociales*. Bellaterra: Universida Autònoma de Barcelona, 1982. p. 53-70.

BARATTA, Alessandro. Criminología y dogmática penal: pasado y futuro del modelo integral de la ciencia penal. In: PUIG, Santiago Mir (Coord.). *Política criminal y reforma do derecho penal*. Bogotá: Themis, 1982. p. 28-63.

_____. Sobre a criminologia crítica e sua função na política criminal. [Relatório apresentado no IX Congresso Internacional de Criminologia, Viena, setembro de 1983]. *Documentação e Direito Comparado*. Lisboa, Boletim do Ministério da Justiça, n. 13, p. 145-166, 1983. Separata.

_____. Principios del derecho penal mínimo. Para una teoría de los derechos humanos como objeto y límite de la ley penal. *Doctrina penal*, Buenos Aires, n. 40, p. 447-457, 1987.

_____. No está en crisis la criminología crítica. In: MARTINEZ, Mauricio (Coord.). *Que pasa en la criminología moderna*. Bogotá: Themis, 1990. p. 148-149.

_____. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*: introducción a la sociología jurídico-penal. Tradução de Alvaro Bunster. México: Siglo Veintiuno, 1991.

_____. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 1997.

BATISTA, Nilo. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1990.

_____. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

_____. Prezada Senhora Viégas: o anteprojeto de reforma no sistema de penas. *Discursos sediciosos*, Rio de Janeiro, ano 5, n. 9 e 10, p. 103-110, 1º e 2º sem. 2000.

_____. Mídia e sistema penal no capitalismo tardio. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, ano 7, n. 12, p. 271-288, 2º sem. 2002.

BATISTA, Vera Malaguti Souza W. *Difíceis ganhos fáceis: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: ICC/Freitas Bastos, 1998.

_____. Duas ou três coisas que sabemos (por causa) dele. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do sistema penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002. v. 1.

_____. *Introdução crítica à Criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos, 2006.

BERGALLI, Roberto. Reflexiones sobre la Criminología en América Latina. In: JIMÉNEZ, Huerta Mariano et al. (Ed.). *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho: en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*. Buenos Aires: Pannedille, 1970.

_____. Sentido y contenido de una sociología del control penal para América Latina. *Criminología crítica*. I Seminário. Medellín: Universidade de Medellín, agosto de 1984.

_____. El control penal en el marco de la sociología jurídica. In: ____ (Coord.). *El Derecho y sus realidades*. Investigación y enseñanza de la sociología jurídica. Barcelona: PPU, 1989.

_____. ¿Garantismo penal? ¿Cómo, por qué y cuándo? Señores peñalistas: la polémica está servida! *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 49/52, p. 503-505, 1990.

_____. Globalización y control de la ciudad. Fordismo y disciplina- post-fordismo y control punitivo. *Il Diritto e la differenza – scritti in onore di Alessandro Baratta a cura di Raffaele De Giorgi*. Lecce: Multimedia, 2003. v. II, p. 55-86.

_____; BUSTOS Ramírez, Juan (Coords.). *El pensamiento criminológico I*. Un análisis crítico. Barcelona: Península, 1983.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Control social y sistema penal*. Barcelona: PPU, 1987.

CAPELLER, Wanda. Violência e políticas criminais de ajustamento social. *Fascículos de Ciências Penais*, n. 4, out./dez. 1990.

CARRASQUILLA, Juan Fernández. Panorama de las relaciones entre el derecho penal, la política criminal y la criminología en el ámbito de la justicia penal. *Nuevo Foro Penal*, Bogotá, Themis, n. 25, p. 287-291, jul./set. 1984.

CASTILHO, Ela Wiecko W. de. *O controle penal nos crimes contra o sistema financeiro nacional*. Lei n. 7.492, de 16/06/1986. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CHARTIER, Roger. História intelectual e história das mentalidades: uma dupla reavaliação. In: _____. *A história cultural*. Trad. Maria Manuela Galhardo. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil/Lisboa: Difel, 1988.

CLEMENTE, Martín. En busca de una nueva dogmática. Aproximación a una perspectiva criminológica de la dogmática jurídico-penal. *No hay Derecho*, Buenos Aires, n. 3, abr./mayo 1991.

CONORADO FRANCO, Fernando. Dogmática jurídica y criminología crítica. In: ALVAREZ, Ana Josefina et al. (Coords.). *Criminología crítica*. México: Universidad Autónoma de Querétaro, 1990. p. 65-70.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra, 1984.

FERRAJOLI, Luigi. El derecho penal mínimo. *Poder y Control*, Barcelona, n. 0, p. 25-48, 1986.

_____. *Diritto e ragione*. Teoria del garantismo penale. Roma: Laterza, 1989.

GARCIA MÉNDEZ, Emilio. La violencia doméstica y el sistema de la justicia penal: pautas para un derecho penal mínimo. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 10, p. 227-238, [19--].

HULSMAN, Louk. *Pensar en clave abolicionista*. Tradução de Alejandra Vallespir. Buenos Aires: Cinap, 1997.

_____. Temas e conceitos numa abordagem abolicionista da justiça penal. In: PASSETTI, Edson; SILVA, Roberto B. Dias da (Orgs.). *Conversações abolicionistas: uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva*. Tradução de Maria Abramo Brandt de Carvalho. São Paulo: IBCCrim, 1997.

_____; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. Rio de Janeiro: Luam, 1993.

_____; CHRISTIE, Nils; MATHIESEN, Thomas; SCHEERER, Sebastian; STEINERT, Heinz; DE FOLTER, Rolf S. (Coords.). *Abolicionismo penal*. Traducción del inglés por Mariano Alberto Ciafardini y Mirta Lilián Bondanza. Buenos Aires: Ediar, 1989.

MANZANERA, Luis Rodríguez. Control social en América Latina. In: OLIVEIRA, Edmundo (Coord.). *Criminología crítica*. Belém: Cejup, 1990.

MONREAL, Eduardo Novoa. Desorientación epistemología en la Criminología crítica? *Doctrina Penal*, Buenos Aires, Depalma, n. 30, p. 263-275, abr./jun. 1985.

MUÑOZ GONZALEZ, Luiz. La Criminología "radical", la "nueva" y la Criminología "crítica": matizaciones y precisiones en torno a sus nombres. *Eguskilore*, San Sebastián, n. 2, p. 267-282, oct. 1989.

NAVARRO SOLANO, Sônia. Control social y dogmática penal. In: OLIVEIRA, Edmundo (Coord.). *Criminología crítica*. Belém: Cejup, 1990. p. 179-188.

OLMO, Rosa del. *América Latina y su criminología*. México: Siglo Veintiuno, 1984.

_____. Criminología y derecho penal, aspectos gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina actual. *Doctrina Penal*, Buenos Aires, n. 37, p. 23-43, ene./mar. 1987.

PAVARINI, Massimo. *Control y dominación*. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico. Tradução de Ignacio Munagorri. México: Siglo Veintiuno, 1988.

PERFECTO IBAÑEZ, Andrés. Sobre democracia y justicia penal. *Capítulo Criminológico*, Maracaibo, Universidad del Zulia, n. 16, p. 59-67, 1988.

PLATT, Tony. Perpesctivas para uma criminologia radical nos EUA. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock (Orgs.). *Criminologia crítica*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo. Rio de Janeiro: Graal, 1980. p. 113-134.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. *História do pensamento criminológico no Brasil: a revista de direito penal (1933-1937) e o debate entre os juristas*. [No prelo]. 2010.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005. v. 1.

_____. *As raízes do crime*. Um estudo sobre as estruturas e as instituições da violência. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

_____. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. Trinta anos de vigiar e punir - Foucault. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 289-298, 2006.

_____. A criminologia e a reforma da legislação penal. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, OAB/Conselho Federal, v. 1, p. 809-815, 2006.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006. v. 4.

SOLA DUEÑAS, Angel de. Política social y política criminal. In: BERGALLI, Roberto; BUSTOS RAMIREZ, Juan (Coords.). *Pensamento criminológico II*. Barcelona: Península, 1982. p. 245-268.

SOZZO, Máximo. Traduttore Traditore. Traducción, importación cultural e Historia Del presente de la Criminología en América Latina. *Cuadernos de Doctrina Y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc-Villela Editor, año VII, n. 13, p. 354-431, 2001.

_____. Roberto Bergalli y la tarea de hacer una historia crítica dela criminología en América Latina. In: BEIRAS, Iñaki Rivera (Coord.). *Contornos y pliegues del derecho: homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos, 2006. p. 394-400.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Delrey, 2000. v. 1.

_____. *Teoria do crime culposo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. v. 1.

TOSCA, Hernandez. *La ideologización del delito y de la pena*. Caracas: Universidad Central de Venezuela, 1977.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. A criminologia e a reforma da legislação penal. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, Brasília, v. 1, p. 809-815, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A criminologia radical*. 2. ed. Curitiba: ICPC/Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. v. 1, p. V-VI.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. 4. ed. Curitiba: ICPC, 2005. v. 1.

_____. *Criminología*. Aproximación desde una margen. Bogotá: Temis, 1988.

_____. *Direito penal brasileiro*. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

_____. *Direito penal*. Parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC / Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução de Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____. La crítica al derecho penal y el porvenir de la dogmática jurídica. In: CUESTA, Jose Luis de la et al. (Comp.). *Criminología y derecho penal ao servicio de la persona*. Libro-Homenaje al profesor Antonio Berinstain. San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1989.

_____. *Manual de Derecho Penal*. Parte General. 7. ed. Buenos Aires: Ediar, 1990.

_____. *Manual de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar, 1987.

_____. O adolescente infrator e os direitos humanos. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira de (Org.). *Verso e reverso do controle penal: (des)aprisionando a sociedade da cultura punitiva*. Florianópolis: Boiteux, 2002. v. 1.

_____. *Política criminal latinoamericana*. Buenos Aires: Hammurabi, 1982.

_____. (Coord.). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*. Primer Informe. Buenos Aires: Depalma, 1984.

_____. _____. *Informe Final*. Buenos Aires: Depalma, 1984.

_____. *Teoria da pena*. Fundamentos políticos e aplicação judicial. Curitiba: ICPC/Lumen Juris, 2005. v. 1.

_____. *Teoria do crime*. São Paulo: Acadêmica, 1993.

_____. Trinta anos de vigiar e punir - Foucault. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. 1, p. 289-298, 2006.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito penal Brasileiro II: Teoria do delito: introdução histórica e metodológica, ação e tipicidade*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. v. 2.

_____. et al. *Direito penal brasileiro*. Teoria geral do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1.

OS DIREITOS HUMANOS COMO INSTRUMENTO DE CONTENÇÃO DA VIOLÊNCIA ESTATAL

Jackson da Silva Leal

Graduado em Direito (UCPel) – mestre em política social (UCPel) – doutorando em direito (UFSC) – bolsista pesquisador de doutorado CNPq – linha de interesse: controle social, criminologia crítica e sistema de justiça. Pesquisador do Núcleo de Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano (coordenando a linha criminologia crítica) na Unesc. Professor da Universidade do Extremos Sul Catarinense – Unesc. advogado inscrito na OAB/RS.

Lucas Machado Fagundes

Doutor em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito – Filosofia, Teoria e História do Direito – UFSC. Pesquisador do Núcleo de Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano (coordenando a linha constitucionalismo crítico) na Unesc. Professor colaborador do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autónoma de San Luís de Potosí – UASLP, México. Professor da Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc. Professor da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul - FADERGS.

1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho analisa-se a relação entre os direitos humanos e a problemática questão criminal na era do encarceramento em massa, pautado pelo eficientismo punitivo e o neoconservadorismo classista com a manifestação da velha defesa social.

Nesta linha, analisa-se a problemática da questão criminal que se apresenta como conjectural, entretanto mantém suas bases estruturais sólidas; e, nessa medida, no que diz respeito à sua nuance conjectural (neoconservadorismo), aportam-se os direitos humanos como elemento estratégico e como percurso. E, no que diz respeito à sua identificação estrutural (funções históricas da pena e das instâncias de controle social), apresenta-se o desvelamento permitido pelo largo acúmulo teórico da Criminologia crítica.

Esse exercício teórico-reflexivo se dá na medida de uma inquietação pessoal do autor, tendo em vista que a Criminologia crítica levada ao radicalismo e partir de uma convergência de ideias ou mesmo como imperativo de coerência das ideias, levaria a um afastamento dos aportes de direitos humanos, entendido este como resultado de uma criação liberal e como

parte de um processo de legitimação da estrutura de controle punitivo e da dinâmica de sociabilidade liberal em geral.

Entretanto, em uma perspectiva de que a Criminologia crítica não possui somente a sua nuance de aporte teórico-científico, mas sim o imperativo ético pela luta social e pela mudança, e desta feita o seu compromisso político, fato que faz se aproximar do aporte dos direitos humanos como campo de luta estratégico na contenção da violência punitiva estatal. E assim, por certo, não se partirá do aporte tradicional e liberal de direitos humanos para manifestação legitimante do Estado, mas sim de uma perspectiva crítica, sobretudo de um viés (teorização) latino-americano de direitos humanos.

O presente trabalho se baseia eminentemente em referencial bibliográfico e parte da conjunção analítica crítica entre os direitos humanos e a Criminologia, em uma análise conjectural-estrutural, objetivando a compreensão da realidade contemporânea, e buscando permitir/contribuir com aportes e chaves teóricas/de leitura da problemática realidade dos sistemas de controle social punitivo/violento.

2 DE QUE DIREITOS HUMANOS SE FALA?: DA PERSPECTIVA LIBERAL A UMA PRÁXIS DE BASE LATINO-AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

Neste primeiro ponto, realiza-se um balizamento teórico, tendo em vista a necessidade de localizar a discussão da questão criminal no marco de uma proposta específica de direitos humanos, tendo em vista que o discurso de direitos humanos, por se tratar de uma criação liberal-burguesa, situa-se tradicionalmente em uma ambiguidade que lhe permite agradar a gregos e troianos, e assim possibilita que em sua defesa sejam entoadas bandeiras e pautas políticas totalmente antagônicas, que vai de uma proposta garantista (talvez o máximo que se consiga avançar com esta proposta e o mais à esquerda que se permite situar) até a direita do extremismo conservador que requer a pena de morte, a redução da maioria penal e tantas outras plataformas de propostas eficientistas do sistema penal e exacerbadoras do poder punitivo (sob o signo de direitos humanos para humanos direitos, retomando um discurso abertamente classista e exacerbadamente conservador).

Nesta linha, os direitos humanos, em uma grade de leitura tradicional, se constituíram a partir do discurso do *jusnaturalismo*, calcados no

ideário da liberdade e da igualdade. Como Michel Miaille (2005) aponta, tratou-se de uma virada que permitiu a construção da sociedade moderna burguesa em seus moldes contemporâneos, surgida dessa construção teórica e político-ideológica, e que pode ser entendida, como o próprio autor demonstra, entre a estratégia de combate – já que se fazia na principal plataforma política utilizada para desqualificar e derrubar o paradigma societário do antigo regime e sua lógica de privilégios (o discurso da liberdade) – e a ideologia encobridora, tendo em vista que se apresentava em uma dinâmica que preconizava ou permitia pensar que todos os indivíduos fariam parte de forma igual desse novo paradigma de sociedade que se constituía, mas sua principal e latente estratégia era esconder que, em realidade, se estava trocando uma lógica antiga de privilégios por uma nova, com uma nova classe de privilegiados, mantendo os excluídos de sempre (igualdade) (MIAILLE, 2005).

A liberdade se apresentava como a produção do livre mercado, adotando o *modus vivendi* burguês, ou melhor, em uma dicção materialista-histórica, do modo de produção da vida social capitalista; dita liberdade, eminentemente a liberdade de mercado e do capital, não permitiu cumprir com o rompimento da servidão e da escravidão, que, diga-se de passagem, com o nascimento do império do capital, apenas se fortaleceram e naturalizaram sob o signo da liberdade detentora somente da sua força de trabalho que se fez semilivre, sob o jugo da exploração capitalista e sob o pálio justificador da meritocracia.

E ainda, e posteriormente à emancipação do mercado capitalista, o discurso da igualdade permitiu à burguesia, já detentora do poder econômico, alçar-se ao poder político, e, nessa medida, sob o discurso da igualdade de todos e de cada homem um voto, permitiu-se a construção de elites burguesas detentora do poder político-econômico, e assim a diretiva do Estado como ferramenta de opressão. Era assim que Miaille (2005) falava da ideologia encobridora, pois, sob o discurso da igualdade, escondia-se a virada de classe no controle do poder político a gerir novos titulares de novos privilégios, ou seja, camuflava-se uma nova classe privilegiada.

Nesse contexto, Costa Douzinas (2008) fala em ideologia do fim da história, tendo em vista o discurso dos direitos de liberdade e igualdade, ou das garantias liberais tradicionais que se constituíam na base e no limite de funcionamento do Estado liberal, as quais se apresentavam como a estrutura ou a condição para a reprodução e perpetuação da dinâmica de classe em uma perspectiva burguês-capitalista.

Assim ficou conhecida, generalizada e reduzida a ideia de Revolução Burguesa, surgida como movimento revolucionário, transformador, pautado pelo classicismo, mas ainda assim transformador das estruturas que norteavam a dinâmica societal do antigo regime, erigindo a sociedade moderna burguesa. E logo após, com a blindagem permitida pelo positivismo jurídico, a teoria constitucional burguesa permite o fechamento auto-referencialista e auto-perpetuador da estrutura político-jurídica e ideológico-cultural da sociedade moderna. Complementa Bercovici (2008, p. 45):

O constitucionalismo nasceu contra o poder constituinte, buscando limitá-lo [...] o Estado deve garantir a proteção jurídica e a segurança sem as quais é impossível o desenvolvimento do capitalismo e a edificação da economia de mercado. E o mercado não é exclusivamente econômico, mas diz respeito às relações sociais e políticas.

Nesse sentido, um ato revolucionário e classista se transforma em uma burocracia técnico-jurídica, apontada como a transformação do ato político-revolucionário em mero fato jurídico (a ser reprimido, estancado, categorizado como estado de exceção ou sítio). Escreve Bercovici (2008, p. 180):

O desenvolvimento das instituições liberais absorveu e anulou o direito de resistência, entendido como perigoso juridicamente [...] isto significou o término do processo de absorção e substituição do direito de resistência nas estruturas do Estado de Direito, consumando o liberalismo, não a democracia. Ao excluir a resistência e a revolução do sistema, o liberalismo privou o direito à revolução de fundamento jurídico. Estando fora do direito, a revolução tornou-se mero fato.

Nessa esteira, os direitos humanos, nascidos em berço classicista *jus-naturalista*, foram transformados em instrumentos técnico-jurídicos humanos pelo positivismo e pela teoria dogmática constitucional moderna; e assim, convertido em direitos humanos no plano internacional, e direitos fundamentais no plano interno, a dinâmica universalista se apresenta autoritária, reducionista e homogeneizante, pois só leva em conta o código de valores e significações no bojo do qual foi criado (mundo ocidental e hegemônico) e internacionaliza e impõe essas concepções a todas as outras formas de ver a vida (cosmovisões), reduzindo as complexidades culturais e identitárias sob o manto da igualdade formal.

Os direitos humanos fundamentais e naturais, em suas bases teóricas originárias, já teriam cumprido sua função, a de emancipação e hegemocratização da classe burguesa sob o postulado da liberdade e igualdade. Entretanto, diante da crise de legitimidade que enfrentou no início do século XX, tendo em vista a aguda desigualdade produzida pela liberdade do capital, surgem novas reivindicações por parte de grande parcela de atores que historicamente contribuiu para o processo revolucionário burguês, mas que não fez parte da partilha dos benefícios – o povo oprimido.

Assim, pressionada pelo sucesso da Revolução Russa e diante das demandas revolucionárias da Constituição Mexicana de 1917, surge a constitucionalização e integração dos direitos sociais e econômicos aos direitos humanos como forma estratégica e transigente da ideologia capitalista desenfreada. Tal fato também pode ser compreendido como um grande acordo entre a direita e a esquerda, que à frente cobraria seu preço, tendo em vista a retomada da filosofia liberal em seu sentido mais puro e voraz, com a política neoliberal após a queda do muro de Berlim, e o esvanecimento do fantasma comunista, dispersando o medo com base no acordo realizado, e, portanto, a sua desnecessidade.

Por certo que, levando em conta a ambiguidade desta integração, a constitucionalização e a integração dos direitos sociais e econômicos aos direitos humanos não foi resultado exclusivo da transigência e da liberalidade burguês-capitalista, mas também resultado da pressão produzida pelos processos de lutas sociais empurrados pelas desigualdades sociais, econômicas e políticas; e que como conquista/concessão, ambigualmente devem ser compreendidas.

Assim, no decorrer do século XX, verificou-se que os direitos humanos encerram um tabu que deve ser subvertido pela teoria crítica. O tabu do monopólio e da dogmatização, trazendo-se para esta arena a discussão de elementos centenários e atribuídos como pertencentes ao homem, mas que, em realidade, não pertencem ao homem comum, por um simples erro interpretativo em sua gênese conceitual (HUNT, 2009).

O paradigma liberal de direitos humanos a partir de instrumentos legais e como dogmas (direitos) autoevidentes encontra fundamento na própria gênese do Estado moderno e do constitucionalismo positivista, e sua estrutura legitimada e legitimante de uma estrutura jurídica complexa é permeada pela ideologia liberal e hegemônica dos detentores do

poder. Este paradigma de direitos humanos é erigido como universal, mas deve ser entendido como um localismo globalizado, como preceitua Santos (2006).

Para esse constitucionalismo e esses direitos humanos de cunho liberal, dos quais se é herdeiro, a Constituição Federal de 1988 e os tratados se tornaram monumentos jurídicos, com suas bases imóveis, que apenas procuram dar conta da regularidade formal, referente à atividade estatal, que de tempo em tempo tem sua deterioração retocada com procedimentos jurídicos de reformas, superficiais, apenas para manter esta regularidade de superfície, mas sem alterações de fundo conceitual (LEAL, 2012).

A partir disso, constitui-se a pretensão de ideologia do fim da história (ou o politicamente correto), que, como aponta Costa Douzinas (2008), seriam os direitos humanos – pretensamente construídos em sua feição liberal –, o último paradigma socioregulatorio da humanidade; obviamente que esta entendida como sociedade burguês-capitalista como um paradigma irreversível e último. Essa ideologia do fim da história permitida a partir da base teórica liberal baseada na igualdade e liberdade (do homem, branco e proprietário), operacionalizada/neutralizada mediante o dogmatismo constitucionalista burguês, que se erige em um edifício jurídico pretensamente neutro e científico – cristalizado em direitos humanos universais – tem como marca a total incapacidade de abarcar a complexidade e a multiplicidade das culturas marginais, e quiçá a mera intenção de fazê-lo, enquanto naturaliza o paradigma de sociabilidade ocidental capitalista orientado pela gestão seletiva e desigual dos bens positivos e negativos¹.

Como segundo ponto deste trabalho, passa-se a seguir à análise da dinâmica de retrocesso e limitação dos direitos humanos (ainda que dentro do paradigma da teoria liberal) a partir da contrarreforma conservadora, principalmente no que toca à questão criminal, ou seja, a utilização dos direitos humanos para humanos direitos.

¹ Como propõe Alessandro Baratta (2011), os bens positivos como o amplexo de possibilidades de bens e oportunidades, e os bens negativos, como as dinâmicas de controle social e estigmatização em uma relação inversa de desigualdade de distribuição, ou seja, quem possui maior possibilidade de acumulação de *status* na sociedade burguesa tem menor vulnerabilidade diante das estruturas formais e oficiais de controle social, e portanto de arcar com os bens negativos impostos por essas agências/estruturas.

3 A CONTRARREFORMA HUMANISTA E A NOVA DEFESA SOCIAL

Com as declarações internacionais da segunda metade do século XX, que preconizavam, ao menos no plano legal (mesmo que tenham se constituído, em significativa medida, em letra morta), ambiciosos avanços em termos de criação, defesa e garantia de direitos à pessoa humana, o humanitarismo burguês atinge seu ápice e também o seu limite.

Ademais, salienta-se que esse ápice dos direitos humanos chega quando a América Latina se encontra em severas ditaduras militares e todo seu aparato burocrático e seu discurso desenvolvimentista, amparado por dura repressão penal e aniquilação de garantias jurídicas no plano formal (atos institucionais) e, sobretudo no plano material com um sistema penal de exceção permanente. Deve-se também levar em conta ainda que é o mesmo período em que começa a se processar a derrocada do Estado de Bem-Estar Social, o qual a América Latina só viveu a expectativa, nunca a sua implantação e realidade, o que decorre uma particular realidade e contexto socioeconômico.

Diante do cenário de infrações de direitos, ou de nenhuma conquista real e efetiva destes, e ainda da violência estrutural e institucional como marcas indeléveis de funcionamento do sistema burguês de governabilidade, verificou-se um avanço muito significativo de diversas frentes e pensamentos criminológicos também nesta segunda metade do século XX, que neste trabalho se explicita talvez em suas principais manifestações, como a Criminologia Radical nos EUA e todo o clima de efervescência ao redor da Universidade de Berkeley e que unia o pensamento criminológico crítico e o ativismo político contra a atuação do governo norte-americano e sua belicosidade, e que tem em Herman e Julia Schwendinger importantes ícones; ainda, a Nova Criminologia inglesa, reunida em torno do *National Deviance Conference*, que contava com importantes autores, como Jock Young, Paul Walton, Ian Taylor, Anthony Platt, com uma proposta de um marxismo teórico e cientificamente mais rigoroso e com a proposta de um Realismo de Esquerda, a partir da assunção de que o delito é um problema e que devem ser formuladas propostas críticas para lidar com a questão criminal desde uma perspectiva da luta de classes (YOUNG, 2007).

Ou ainda, a proposta mais radical, o Abolicionismo Penal, provindo da região escandinava, cujos principais formuladores são Louk Hulsman, Nils Christie e Thomas Mathiesen, com uma ideia de extinção do sistema penal, tendo em vista que a simplificação da relação conflituosa e proble-

mática na fórmula do delito separado entre o legal e o ilegal (utilizando a denominação de Hulsman, 1993) simplesmente castra e resume o leque de possibilidades de resolução de conflitos pautada pelo diálogo; na mesma linha aponta Christie (2011) sobre a necessidade de os indivíduos (re)apropriarem-se dos seus conflitos que foram usurpados pela lógica punitiva do Estado e seu sistema penal.

Assim, a perspectiva do abolicionismo penal é a utilização de dinâmicas alternativas de resolução de conflitos, tratando as relações problemáticas como questão social (que também são coproduzidos pela operacionalidade do próprio sistema penal), e não utilizando o sistema penal que causa mais problemas do que os resolve (ANITUA, 2008)².

Diante desse contexto político e teórico é que surge uma ofensiva conservadora, mormente no plano da questão criminal, que se apresenta como o Realismo de Direita. Para essa tendência, que assume preponderância nas sociedades modernas, ser humano não é o bastante (ou simples e solenemente se nega essa condição a alguns grupos de indivíduos) para possuir direitos e ter suas garantias observadas.

A proposta e a militância teórico-política do Realismo de Direita surge em 1975 com a obra de James Wilson intitulada *Pensando sobre o delito*, que se apresenta como uma crítica à denominada Criminologia crítica apontada acima; ademais, esse autor se apresentava como importante consultor dos governos republicanos nos EUA, em políticas repressivistas com vistas a angariar votos em campanhas eleitorais, assim como aliado a grupos de pressão pautados por uma ideologia conservadora (ANITUA, 2008).

Mas a principal obra desse período e a partir dessa corrente é de autoria de James Wilson³ (assessor do governo republicano de Ronald Reagan) e de George Kelling, *Janelas quebradas: a polícia e a sociedade nos bairros* (1981), que, em síntese, propunha que se uma edificação tem a janela quebrada e nada é feito, dentro de pouco tempo todas as janelas, dessa edificação e das demais no bairro estarão quebradas e se instaura na co-

² Obviamente, essa breve referência nem de longe encerra a proposta do abolicionismo penal, por isso remete-se o leitor à leitura de Hulsman, 1993; Christie, 2011; 1998; Mathiesen, 2003; ou ainda a qualificada síntese realizada por Anitua, 2008.

³ Salienta-se ainda que, em 1985, James Wilson escreve em coautoria com o psicólogo Richard Herrnstein o livro intitulado *Delito e natureza humana*, no qual resgata e atualiza os fundamentos racistas lombrosianos de forma mais aberta e clara, apontando os negros e os latino-americanos como predispostos ao crime, e como calculistas, pois teriam em mente o risco de serem presos, e isso estava incluído no valor potencial a se obter com o cometimento (ANITUA, 2008).

munidade um sentimento de insegurança no qual viceja a criminalidade. A proposta era de combate severo a todo e qualquer ato criminoso, mormente os crimes de rua, ou seja, as infrações cometidas pela classe perseguida de sempre, os crimes contra o patrimônio. Dessa forma, amplia-se e justifica-se científica e politicamente o combate aos crimes contra o patrimônio (furto e roubo) e se sedimenta a perseguição aos crimes de drogas. Obviamente, essa questão não se insere nesse puro voluntarismo contra a criminalidade, mas sim na criação de um mercado altamente rentável, no qual os EUA são os pioneiros na sua concepção e exportação, que vai do medo às receitas de segurança. Pode-se resumi-la a partir da síntese proporcionada por Gabriel Ignacio Anitua:

Em Janelas quebradas: a polícia e a sociedade nos bairros, eles defendiam, com veemência, a necessidade de punir mesmo as menores incivilidades de rua, uma vez que estas representariam o ponto de partida de uma deterioração maior nos bairros. Os autores usavam como exemplo a metáfora das janelas quebradas: se uma janela de um edifício está quebrada e se ela não é consertada, as demais janelas em pouco tempo estarão quebradas também, porque uma janela sem conserto é sinal de que ninguém se preocupa com ela e, portanto, quebrar as demais janelas não teria custo algum. Um edifício com todas as janelas quebradas traduz a ideia de que ninguém se importa com o que acontece nas ruas e logo outros edifícios estarão danificados. Isso terá efeitos negativos, pois só os jovens, os criminosos ou os temerários mantêm alguma atividade numa avenida sem proteção, e, por conseguinte, cada vez mais cidadãos abandonarão a rua. Com essa explicação, Wilson e Kelling deixam claro quem eles consideram como cidadãos. (ANITUA, 2008, p. 783-784)

A partir dessa formulação, processam-se as propostas e técnicas de policiamento e combate ao crime, denominadas *tolerância zero*. Inicialmente elas são utilizadas pelo prefeito Rudolph Giuliani, em Nova Iorque, no início da década de noventa, e depois são exportadas para o mundo inteiro, especialmente a América Latina, onde cria e se difunde um pânico social, e se vende uma receita pronta de segurança que é resultado de uma parceria público-privada de elevada rentabilidade e a custo de vidas humanas. O mesmo Giuliani, aplicando tais técnicas de policiamento e combate ao crime no plano da governabilidade nova-iorquina, conseguiu manter os índices de criminalidade e aumentar estrondosamente os índices de encarceramento, proposta que é comprada pelo Brasil, ao contra-

tá-lo através do governo do Rio de Janeiro como consultor de segurança pública para o período de 2012-2016 (preparação para os megaeventos que ocorreriam no País – Copa do Mundo e Olimpíadas).

Nesta linha, o Brasil dá continuidade às pautas internacionais, e, sobretudo, às advindas dos focos centrais e tradicionais de poder hegemônico, que dizem respeito ao presente trabalho. Principalmente a política penal e a afamada (inglória) guerra ao crime, ou melhor, a alguns tipos de criminosos; a *war on drugs*, e a guerra travada contra o monstro (ficticiamente criado) do crime organizado – mormente um monstro intestino, o que se insere dentro das próprias penitenciárias, que se retroalimenta, com a política de encarceramento em massa resultado da política criminal atuarial, da nova defesa social e do eficientismo punitivo.

Salienta-se que não é privilégio (ou demérito isolado) do Brasil essa política que Loïc Wacquant define como onda punitiva, e o autor ainda escreve que “a causa da virada punitiva não é a modernidade tardia, mas sim o neoliberalismo, um projeto que pode ser abraçado, indiferentemente, por políticos de direita ou de esquerda” (WACQUANT, 2012, p. 26).

Assim, a perspectiva dos direitos humanos se insere em confrontação com a política conservadora – ou, como denomina Lola Aniyar de Castro (2010), a contrarreforma humanista – que tem pautado as políticas criminais organizadas a partir do ideário periculosista genocida eminentemente burguês que se impõe desde o centro, especialmente desde o EUA, que exporta a política criminal de tolerância zero para com o dito crime organizado, a teoria das janelas quebradas, que recai, sobretudo, sobre o pequeno infrator que vai parar na prisão em decorrência eminentemente da violência estrutural e institucional (seletividade), ou seja, como manifestação da questão social.

A partir de discursos de matiz populista-punitivo e sem correspondência com a realidade, ressurge, se transmuta e se legitima a imperiosidade do encarceramento que tem sido a regra, e não a exceção; contrariamente ao que propõem a legislação, a doutrina (dogmática) e os discursos pseudo-humanitários, e se nutre essa dinâmica a partir de pânicos sociais-morais (*every days theories*) que se difundem na mídia de massa, legitimando a política do Estado que se manifesta de forma racista e classista. Escreve Lola Aniyar de Castro (2010, p. 119):

Así tenemos reformas penales, procesales, policiales, que tienen poco que ver con nuestra realidad institucional de base; al igual que las le-

gislaciones internacionales sobre la delincuencia organizada, la tendencia a tener cárceles y policías privadas; y por supuesto, también las teorías del control basadas en la tolerancia cero y la del one, two, three strikes, out; que bendicen un renacer del positivismo del Código Rocco.

Como demonstram Wacquant (2007) e Garland (2008), verifica-se que se transforma a preocupação de intervenção político-econômica e social, para uma gestão da pobreza a partir do sistema penal. Isso se transforma no decorrer das reformas estruturais da última década do século XX e a retomada neoliberal ao que se denominou de *prisonfare* como uma manifestação da suplementação da política social, pelas estruturas centrais correccionais/punitivas.

É neste contexto político, social, econômico e jurídico que Wacquant (2007) fala no grande encarceramento do século XX ou da passagem do Estado Social ao Estado Penal no final, onde os gastos sociais migraram para o setor da segurança da liberdade e propriedade dos indivíduos do/no mercado, e punição. Verifica-se como os investimentos passaram da assistência social para a segurança privada, policiamento, presídios, tecnologias de controle, assim como também o incremento do controle e a elevação abrupta da população carcerária e sob as diversas formas de controle penal estatal.

É diante desse panorama que se reafirma e se apresenta imperiosa e urgente a aliança entre os direitos humanos e a Criminologia em uma perspectiva crítica, estratégica e construída desde a América Latina; nesta linha propõe Lola Aniyar de Castro (2010, p. 110):

Hoy en día se hace como nunca emergente la necesidad de refrescar el pasado y el presente del pensamiento criminológico y su relación con la ampliación, la reproducción y la ratificación de la voluntad humanística que debe tener todo pensamiento progresivo, frente a la negación o limitación de derechos humanos.

É neste sentido que se preconiza pela proposta de direitos humanos a partir da Teoria Crítica, mormente de viés latino-americano, ou seja, uma construção teórica, sociopolítica e jurídico-cultural – comprometida com a região na qual está inserida e que paralelamente se apresenta como produto e produtora desta realidade, e que neste momento e espaço se pretende situar e delinear.

Apresentado, ainda que brevemente, o paradigma liberal-burguês de direitos humanos, passa-se à análise da teoria crítica dos direitos humanos como ruptura no marco hegemônico, constituindo-se em importante instância estratégica na contenção da violência punitiva.

4 A TEORIA CRÍTICA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA RUPTURA NO MARCO HEGEMÔNICO

Neste ponto, aporta-se uma contribuição desde a teoria crítica dos direitos humanos, especialmente de matriz latino-americana. A partir disso, articula-se uma proposta de fundamentação de direitos humanos baseada na Filosofia da Libertação (DUSSEL, 2011), ou seja, desde a exterioridade dos indivíduos que fizeram parte do pacto da modernidade pela sua face inversa, da não pertença, da dominação e da exclusão. Uma construção teórica e uma fundamentação de direitos humanos a partir dos sujeitos negados pelo processo histórico e marginalizados na estrutura social burguesa, na linha proposta por Enrique Dussel (1993) quando fala de uma episteme libertadora que elenca os rostos excluídos do paradigma da modernidade e no qual o sétimo rosto é justamente o marginal⁴ – o rosto do sujeito criminalizado – o indivíduo objeto de controle/dominação social oficializada.

Nessa linha, encontram-se as contribuições de Alejandro Rosillo Martínez (2013), que propõe essa articulação conceitual em prol de uma fundamentação de direitos humanos com base na práxis da libertação. Assim, articula a práxis da libertação como composta pela conjunção dos três elementos, que aponta como sendo – (a) o fundamento da alteridade; (b) o fundamento sócio-histórico; e, (c) o fundamento da produção de vida. Articula esses elementos como forma de contrapor o que aponta como sendo os direitos humanos e os riscos de dogmatismos⁵, reducionismos⁶ e pensamento débil⁷.

Para Alejandro Rosillo (2013), que parte de autores como Enrique Dussel e Franz Hinkelammert, **(a) a alteridade** se constitui como o resgate

⁴ Segundo Enrique Dussel (1993), os rostos encobertos são; 1 – o índio; 2 – o negro ou escravo; 3 – mestiço (resultado da hibridação cultural e biológica entre o europeu e o nativo originário); 4 – *criollo* (brancos nativos de colônias espanholas ou portuguesas); e modernamente se fala nos novos rostos, tais como; 5 – os camponeses; 6 – os operários; 7 – os marginais.

⁵ Rosillo (2013) indica como dogmatismo.

⁶ Quanto ao reducionismo (ROSILLO, 2013).

⁷ Em relação ao pensamento débil (ROSILLO, 2013).

do outro enquanto outro, em sua individualidade, totalidade, autonomia e proximidade, ou seja, o resgate e o respeito ético do outro enquanto autenticidade livre; esse outro que se apresenta como rosto negado e silenciado do processo de construção e perpetuação da modernidade, também como polo passivo da bondade ilustrada e burguesa (objeto de intervenção dos direitos humanos liberais) e que se constitui em fundamento dos direitos humanos desde a teoria crítica latino-americana em uma perspectiva de libertação. Como resume Alejandro Rosillo (2013, p. 68), *“por eso, la filosofía de la liberación se constituye en parte como recuperación, no del otro sin razón, sino de la razón del otro”*.

Assim apresentam-se os elementos que compõem esse processo de produção, reconhecimento e reprodução de alteridade que constituem uma das bases desse fundamento de direitos humanos: **(a.1) proximidade** – como forma de encontro entre indivíduos livres e éticos, é o encurtar a distância entre os indivíduos; e assim aponta a proximidade originária, pois todos os indivíduos nasceram de outro, da mãe, e é recebido em seus braços; a proximidade histórica, pois todos nascem e se desenvolvem em meio a uma cultura e isso se apresenta com sua face política, já que todos os indivíduos são semelhantes e assim irmãos, sua face erótica, já que todos os indivíduos são amantes, e sua face pedagógica, já que as culturas se transmitem entre gerações.

Dentro dessa necessidade de resgate da proximidade dos indivíduos e em relação com o objeto deste trabalho (a questão criminal), é a posição de Nils Christie (2011, p. 107) quando fala “entre pessoas que se conhecem, é menos natural aplicar categorias criminais. Podemos não gostar do que fizeram até tentar evitá-lo, mas não sentimos necessidade de usar as categorias simplórias da lei penal”, quer dizer, com o resgate da proximidade e da solidariedade entre indivíduos que se veem semelhantes, próximos, não se tem a mesma necessidade de uso da maquinaria punitiva e reprodutora de violência do Estado. Por isso é tão importante romper com essa lógica de transformação de indivíduos em ilhas atomizadas e autossuficientes que a modernidade legou criou. Assim conclui Rosillo (2013, p. 70): *“la proximidad es la raíz de la praxis y desde donde parte toda responsabilidad por el otro, y en concreto por el otro que es víctima del sistema”*.

O segundo elemento é a **(a.2) totalidade**, segundo a qual o mundo se constitui em um sistema de sistemas, assim o indivíduo se apresenta como criador e criatura do mundo e do contexto sócio-histórico em que se situa, apresentando-se como ser político, jurídico, filosófico, econômico, cultu-

ral e não podendo ser compreendido reduzidamente, senão em atenção a essas dimensões múltiplas que o compõem e em que atua; que, em uma leitura materialismo histórico, seria o modo de produção da vida social, ou seja, a materialidade complexa da vida social (MIAILLE, 2005).

Um ponto fundamental para a compreensão da ideia de alteridade é a **(a.3) exterioridade**, o reconhecimento do outro enquanto outro, diferente, mas externo ao paradigma cultural ocidental burguês, ou constituído como a sua negação. E é justamente desde esse outro que parte um dos postulados mais importantes da teoria crítica dos direitos humanos, ou seja, tem o rosto desse indivíduo negado e silenciado; sujeito esse que é histórico e coletivo. Assim se apresenta como a reafirmação da diferença e da *outridade* enquanto tal. Completa Rosillo (2013, p. 74), *“la exterioridad es el ámbito desde donde el otro ser humano, de forma libre y no condicionada por mi sistema, se revela como él mismo, no como parte de mi mundo”*.

E, por fim, e também decorrente da última categoria, compreender e romper com a dinâmica de **(a.4) alienação** – que se apresenta como negação e subtração da condição de outro do próprio indivíduo, fazendo-se processo antropofágico e antropeômico (YOUNG, 2002; SANTOS, 2006) dos indivíduos, comê-los e cooptá-los à lógica tradicional; ou, vomitá-los e manter a sua exclusão-inexistência. Nesta linha, o fundamento da alteridade se dá não enquanto passível de um processo de homogeneização e inclusão; mas de reafirmação da diferença⁸.

Passa-se ao que Rosillo aponta como **(b) o fundamento sócio-histórico**, ou seja, inserir o indivíduo na totalidade social, econômica, política e cultural, tendo em vista que o indivíduo, em seu processo de libertação, não é abstrato, mas sim materialmente concreto, assim como o contexto em que está inserido. É nesta linha que Rosillo (2013) aponta a materialidade desse fundamento sócio-histórico, a partir de Ignacio Ellacuría, que é composto pela natureza como ambiente: o físico, a produção humana, seja material ou imaterial (as instituições), o sistema de relações humanas

⁸ Alejandro Rosillo (2013) complementa a abordagem da Alteridade com o Sujeito Intersubjetivo, que quer dizer que o indivíduo em uma perspectiva de direitos humanos desde a Teoria Crítica é muito mais e para além do indivíduo consumidor de direitos da Teoria Liberal; assim como, para efeito deste trabalho, o indivíduo criminalizado (que se toma como vítima do sistema, na acepção de Lola Aniyar de Castro, 1974) também é bem mais do que a lei penal arbitrariamente o reduz, sendo, como se apontou em outro espaço, pai, filho, marido, católico, umbandista ou espiritista, estudante, trabalhador, músico, introvertido, estressado, amoroso, agitado [...], ou seja, uma infinidade de coisas, personagens, e simbolismos que esse sujeito compreende e que, individualmente não lhe resumem (LEAL; SALM, 2012).

e seus reflexos materiais (modo de produção p.ex.) e também o sistema simbólico de valores.

Decorrente das diversas manifestações de historicidade do indivíduo em sociedade, é que Rosillo fala do sujeito como práxis sócio-histórica libertadora, esse indivíduo concreto em processo de libertação, que se apresenta como: **(b.1)** libertação das necessidades básicas, pois sem a satisfação das necessidades básicas não há vida, tampouco vida digna; **(b.2)** libertação das ideologias e instituições desumanizantes, tendo em vista que as instituições modernas se baseiam mais sobre o medo e o terror do que sobre a convicção; **(b.3)** libertação individual e coletiva de todas as formas de dependência, é a subversão da castração da liberdade potencial quando manifestada, ou seja, é a tendência introjetada de um determinado paradigma cultural que tolhe a liberdade imanente, como é o caso de indivíduos consumidores e consumíveis na modernidade contemporânea; **(b.4)** libertação de si mesmo, ou seja, romper com a tradição liberal do indivíduo constituído em uma ilha autossuficiente, isolado, individualista, mas sim propiciar o encontro e o renascimento do sujeito intersubjetivo. Como resume Alejandro Rosillo Martínez (2013, p. 89), *“es la lucha del victimizado, del empobrecido y el oprimido por superar la alienación proveniente de la totalidad”*.

E, por último, o que Rosillo (2013) define como **(c) o fundamento da produção de vida**, quando trata da necessidade de se romper com a episteme pautada pelos meios dirigidos a fins que é fruto do pensamento iluminista e orientada pelo utilitarismo das coisas (e dos indivíduos) em relação aos seus fins, pautado por uma lógica de – em uma linguagem marxista – sacrificar (escravizar e explorar) os valores de uso pelos valores de troca, e assim submeter os meios aos fins da competição no mundo social burguês-capitalista, levando em conta o sujeito abstrata e formalmente livre e igual, construído pela ficção do contratualismo.

Ao contrário, em uma abordagem da teoria crítica dos direitos humanos em perspectiva latino-americana, e neste momento em uma matriz *dusseliana* de orientação claramente marxista, aporta a necessidade de trazer a ideia do *sujeito vivo* que se apresenta como indivíduo material e concreto, com suas necessidades que são de sobrevivência e libertação material da vida⁹. É nesta linha que se situa o fundamento da produção de

⁹ Salientando que, na esteira proposta por Alejandro Rosillo Martínez (2013), não se olvida a tridimensionalidade do indivíduo que é material, práxis e intersubjetiva como três dimensões e condições de libertação.

vida do sujeito vivente, em antagonismo à dinâmica utilitarista de mercado da competitividade, pois a produção e a reprodução de vida constituem no sujeito o seu próprio fundamento e o fim em si, e não a competição como fundamento e lei universal; pauta-se então pela manutenção da vida particular do indivíduo e da sua vida em comunidade (perspectiva individual e coletiva), já que a dinâmica hegemônica orientada pela lei da competição tem levado à morte do próprio indivíduo em sua condição coletiva através da fragmentação, e em sua singularidade com a própria morte, tendo em vista que o indivíduo tem sido um meio para o fim da obtenção de lucro através da competição em que o sujeito se vê consumido.

O marco dos direitos humanos, através da perspectiva crítica e da libertação, deve se pautar pela manutenção da vida, individual e coletiva, e assim se orientar pela satisfação das necessidades materiais dos indivíduos. E para isso é necessária a constituição de institucionalidades pautadas neste sentido, de pautar pela vida do sujeito enquanto seu fundamento primordial, e evitar a morte do sujeito enquanto seu próprio fundamento. Nessa linha, Alejandro Rosillo Martinez (2013) aponta como sendo a materialidade da vida e de suas necessidades o processo de tomada de consciência, que não se desvincula da sua segunda dimensão que é a práxis, ou seja, o conhecimento e a consciência da própria condição de dominado à atuação e engajamento político militante pela libertação. Sintetiza o próprio autor:

La praxis de la liberación surge, en este contexto, como consecuencia de la experiencia, por parte de las víctimas, de las distorsiones que el mercado produce en la vida y en la naturaliza. Además, la afirmación de la vida no es un fin sino un proyecto: conservarse como sujeto que puede tener fines. (MARTINEZ, 2013, p. 138)

Para efeito deste trabalho, preconiza-se a construção de uma institucionalidade material e simbólica de direitos humanos em uma perspectiva crítica, pois, no que diz respeito à atuação diante da problemática questão criminal, tem se pautado pela dinâmica importada e abstratamente prevista da liberdade e igualdade e politicamente orientada pela política eficientista da tolerância zero que escraviza/domina os indivíduos, atuando a partir de uma dinâmica atuarial de risco e concorrência – medida em metas de apreensões, de averiguações, de prisões, como forma de resolver a questão da criminalidade em uma guerra interminável e perda de antemão, pois, através disso estão, como assinalou Martinez (2013), perfazendo a própria

destruição e morte do indivíduo (individual como corporalidade e coletivamente enquanto coletividade e comunidade) a partir da atuação do próprio sistema que pretensamente tem a função de protegê-lo.

Diante disso, encerra-se este ponto acerca do fundamento dos direitos humanos, com Joaquín Herrera Flores, que resume e alia dois dos postulados centrais, a exterioridade e o constante processo de luta (afirmação, construção e reafirmação), ou seja, essa permanente liminaridade deve ser permeada de uma postura dialética, de uma autocrítica, para não constituir-se, por sua vez, em dogmatismo dominador; “por tais razões, o pensamento crítico demanda a busca permanente de exterioridade – não em relação ao mundo em que vivemos, mas em relação ao sistema dominante [...] como dizia Ernst Bloch, criticar não consiste unicamente em dizer *não*, mas em afirmar um *sim a algo diferente*” (FLORES, 2009. p. 65-66).

Nesta linha, os direitos humanos são tomados a partir da perspectiva crítica, e não como um projeto ou ídolo pronto e acabado, mas em constante processo de construção, como percurso, como ferramenta de luta no período contemporâneo; tem na figura do criminalizado (o sétimo rosto oprimido, dominado e negado de Enrique Dussel, 1993) e objeto de intervenção/dominação/negação do próprio sistema penal, sua figura central para o presente trabalho.

E a partir disso, passa-se a uma análise/abordagem de uma perspectiva dos potenciais transformadores da teoria crítica dos direitos humanos, como ferramentas de redução de danos e dores do sistema penal através de dinâmicas pautadas pela (re)produção de vida, levando-se em conta a alteridade dos indivíduos que não são abstratos, mas reais, materiais e concretos, inseridos em um contexto sócio-histórico específico.

5 DIREITOS HUMANOS E CRIMINOLOGIA CRÍTICA: COMBATENDO A VIOLÊNCIA ESTATAL

Neste momento tem-se como foco intentar articular direitos humanos e Criminologia, ambos desde uma perspectiva Crítica e da Libertação, e o que essas disciplinas e espaços de luta têm em comum.

Nesta linha, como demonstrou Rosa del Olmo (1979), o que ela chamou de primeira ruptura criminológica se deu com a inversão qualitativa e metodológica operada e permitida pelo *labeling approach* (teoria do etiquetamento), colocando o próprio sistema penal e seu funcionamento na

mira e constituindo-o como objeto de análise da criminologia. Tal abordagem só veio a se reforçar com a Criminologia crítica a partir de seu alinhamento com a teoria marxista. Entretanto, ainda se apresentava como saberes importados, alheios à realidade latino-americana, e a partir disso se apresenta a segunda ruptura, com a conformação da Criminologia crítica latino-americana desde a filosofia da libertação, movimento que teve grande importância teórica e prática (constituindo-se em práxis da libertação) e intensa ressonância nas ciências sociais e humanas e nos movimentos sociais na América Latina.

Esse movimento da teoria da libertação foi acolhido não só na conformação da Criminologia Crítica Latino-Americana como na Teoria Crítica do Controle Social (denominado Criminologia da Libertação; ANIYAR DE CASTRO, 2005), como também na produção de uma Teoria Crítica dos Direitos Humanos, como bem aponta Alejandro Rosillo Martinez (2013), antes exposto e brevemente apresentado em suas principais categorias, sendo elas (Direitos Humanos e Criminologia Latino-americana), assim, oriundos e herdeiras de um mesmo marco teórico e de militância política, e, portanto, imbuídas do mesmo compromisso, a libertação dos dominados da estrutura sócio-histórica da modernidade.

Em meio a esse movimento acadêmico-militante, no plano das ideias a Criminologia crítica latino-americana rompe com o paradigma etiológico em criminologia. E esse rompimento se dá em uma perspectiva muito clara – ainda que houvesse profundas divergências teóricas no movimento que sequer era uníssono –, e se baseava no compromisso político com a região latino-americana e as especificidades históricas do processo de formação da região, bem como as particularidades conjecturais dos governos no período de 1970-1980 e suas propostas desenvolvimentistas e repressivas.

Nesta linha, a partir da publicação das palestras do evento de Medellín (Colômbia), seminário ocorrido em 1984, organizado pelo Grupo Latino-Americano de Criminologia Comparada e pelo Grupo de Criminólogos Críticos Latino-Americanos (que passam a orquestrar esforços conjuntos e complementares desde a criação do último), especialmente a fala de Emilio García Mendez (1984), dá conta desse viés contextual em que as propostas críticas irrompem na região. Emilio García Mendez (1984) aponta, inclusive, que as origens e as bases para a Criminologia crítica na Europa são diferentes, tendo em vista que, naquela região, se parte de uma Teoria Geral do Direito forte, e com viés crítico. Na América Latina, identifica a ausência

de uma Teoria Geral do Direito, que se apresenta importada, e quiçá crítico, visto se apresentar como importante e fundamental núcleo de manutenção das estruturas sociais e dominadoras, que tem no controle social formal (sistema penal) um dos principais pilares de atuação. Por isso, surpreende o fato de terem surgido de dentro dessa disciplina os esforços para uma análise de profundidade, agudizando a crítica em relação ao sistema, o que, para ele, denota um imenso esforço e simbologia de ruptura, mas que também vai antepor limites a esse ímpeto transformador, mas que tampouco deve servir desestímulo, tendo em vista que isso se constituía como processo de formação e construção de um campo que era praticamente inexistente na região¹⁰. Complementa o autor:

[...] *las causas específicas que permitieron su aparición y por sobre todo el desarrollo y cierta consolidación, no han sido hasta el momento suficientemente consideradas [...] poner en evidencia los elementos positivos y en especial ciertas limitaciones de la criminología crítica, limitaciones cuya superación depende la evolución y desarrollo futuro de esta nueva criminología.* (GARCÍA MENDEZ, 1984, p. 30)

Emilio García Mendez (1984) contribui para caracterizar a realidade latino-americana como pautada por dinâmicas de (1) manutenção e reprodução da ordem socioeconômica e política estabelecida; (2) que intrinca lógicas de poder político e controle social que permeiam tanto as democracias (menos que formais) quanto os regimes ditatoriais do Conesul; e, (3) que a violência se apresenta sobretudo no nível (variado) da institucionalidade estatal, deste que ele denomina de *novo autoritarismo*.

Diante disso, como preceitua Eugenio Raúl Zaffaroni (2013), a Criminologia se apresenta (ou deve se apresentar) como Criminologia Cautelar, ou seja, uma atuação teórica e prática de prevenção e na perspectiva dos direitos humanos; na linha de defesa estratégico-política dos indivíduos, apresentando-se como subsunção do que ele chamou de Criminologia negacionista (2013), e pautando-se numa atuação a partir da experiência teórica e empírica latino-americana, comprometida com a própria região marginal em que se insere. Assim, resume e propõe Zaffaroni sobre a Criminologia cautelar, que tem como objetivo maior e específico evitar massacres:

¹⁰ Para saber mais sobre o processo de construção da Criminologia crítica latino-americana (Criminologia da libertação) como teoria crítica do controle social, ver: Aniyar de Castro, 2005; Anitua, 2008 (entre outros).

Julgamos que a contribuição da criminologia à prevenção dos massacres deve consistir (a) em primeiro lugar, na análise crítica dos textos suspeitos de ocultar técnicas de neutralização; (b) em segundo lugar, deve estudar os efeitos da habilitação irresponsável do poder punitivo e advertir os juristas e os políticos sobre seus riscos; (c) em terceiro lugar, deve investigar a realidade violenta, aplicando técnicas próprias de investigação social de campo, para (d) neutralizar, com dados reais, a criminologia midiática e (e) adquirir prática comunicacional midiática para revelar publicamente sua causalidade mágica. Por último (f), deve analisar as conflitividades violentas em todas as suas particularidades locais, a fim de apontar o caminho mais adequado para desmotivar os comportamentos violentos e motivar os menos violentos. (ZAFFARONI, 2013, p. 262)

Passa-se às propostas de alinhamento dessa Criminologia com os direitos humanos em uma perspectiva crítica e da libertação latino-americana e com uma proposta concreta e prática de atuação, uma práxis militante e comprometida com a região em que se insere e da qual surge (fundamenta) seu próprio saber e atuação política.

5.1 Uma nova junção entre política e Criminologia: por uma aliança libertadora e na contenção da violência do sistema penal

Neste ponto, analisa-se a aliança necessária e possível entre os direitos humanos e a Criminologia crítica como dinâmica de contenção da violência punitiva. Assim, segue-se na esteira proposta por Herman e Julia Schwendinger, em seu célebre texto *¿Defensores del orden o custodio de los derechos humanos?* (2007), quando iniciam por questionar o argumento e discurso de validade/legitimidade da tipificação criminal e do trato positivo ao tema, tendo em vista que como eles apontam que se constituem mais em definições operacionais do que o que lhe confere validade, que é a precisão jurídica ou científica.

A precisão seria advinda da obtenção de verdades extraídas da aplicação de métodos científicos à realidade observável, entendendo-se as determinantes e as causas da criminalidade e do criminoso, o que fora tentado pelo positivismo criminológico e constituído na base da criminologia etiológica que, mesmo deslegitimada e desconstruída pelas diversas teorias e pensamentos criminológicos críticos do século XX, continua servindo de lastro e base à tipificação criminal contemporânea e toda sua po-

lítica criminal genocida, racista, classista e sexista. Nesta linha, sintetizam Herman e Julia Schwendinger:

Pero la simple verdad es que aun cuando diferenciásemos esos elementos y los empleáramos separadamente, seguirían siendo inadecuados para fines científicos. Para ilustrar eso, supongamos por ejemplo que los legalistas efectivamente aluden al empleo de la definición legal para fines operativos cuando insisten en sus características de precisión. (SCHWENDINGER; SCHWENDINGER, 2007, p. 161)

Continuam argumentando os autores de que o discurso que se envolve do estatuto de cientificidade positiva como forma de angariar legitimidade a suas leis universais, gerais e imutáveis, sob o pálio da pretensa neutralidade se apresentam mais como dinâmica de operacionalidade ideológica do que propriamente com o que definem como segurança jurídico obtida a partir das pseudocertezas científicas, e, nesta linha, se apresentam como argumentos científicos pautas e necessidades políticas muito específicas, e identificáveis no seio do grupo, e contexto sócio-histórico do qual surgem e favorecem. Assim complementam os autores:

Debe observarse que las únicas mediciones posibles que esas reglas habilitan toman la forma de enumeraciones oficiales de casos de condena. Cuando los criminólogos extraen sus tasas estadísticas de esas enumeraciones, estan operativizando la conducta criminal. [...] aunque la legalidade de una definicion de delito propuesta puede resultar de una situacion mayoritaria en un parlamento (y por conseguinte, como veremos más adelante, subordinar la actividad de los científicos sociales a una ideologia predominante), desde un punto de vista empirista no puede considerarse que una votacion mayoritaria sea definicion operativa adecuada [...] la conducta que legalmente se califica como delictiva a juicio de la mayoría de las personas preparadas en la tradicion empirista, existio antes de la formulacion de su definicion legal. Se justifica entonces, que se considere la conducta como determinante y de este modo no es la ley que determina el delito sino el delito determina la ley. (SCHWENDINGER; SCHWENDINGER, 2007, p. 162)

Nessa linha resgatam-se os postulados de uma Criminologia crítica de viés latino-americano que rompem com essa pretensão de neutralidade, e junto com os direitos humanos assumem o lado dos oprimidos na construção de uma política criminal alternativa, apta a fornecer políticas reais e concretas de defesa dos indivíduos do arbítrio e da violência estatal e do controle social formal marcado pela seletividade. Remonta-se a

Alessandro Baratta (2011) em sua célebre obra *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*, em seu capítulo XV, *criminologia e política criminal alternativa*.

Nesse trabalho, Baratta articula algumas proposições, e aponta quatro indicações para uma política criminal alternativa: (a) primeiro, a diferenciação e o rompimento com o que Baratta denomina de política penal, claramente pautada pela suspensão do conflito no tempo com a medida punitiva, e que carrega consigo toda a incapacidade institucional, política e ideológica de resolução do conflito por meio da maquinaria punitiva e reprodutora de violência.

Assim, fala na sua substituição por uma política criminal alternativa, pautada pela resolução do conflito e não sua suspensão e simplificação, tendo-se consciência das consequências e dos malefícios oriundos da atuação do sistema penal, organizando-se uma política que diferencia entre a singela definição de crime (o processo criminalizador) que se apresenta seletivo e arbitrário¹¹ e o que ele define de comportamentos socialmente negativos, ou seja, fatos e conflitos que efetivamente agridam os direitos humanos e a vida em comunidade em uma perspectiva de convívio ético e de igualdade material e concreta (o que denomina também de uma política criminal das classes subalternas).

Nesta mesma linha, articula (b) uma corajosa política de despenalização e contração do sistema penal, aliado como estratégia e como meio um processo de uso alternativo do direito penal, como forma de obter esse processo de controle e contenção do poder punitivo, como referem Zaffaroni e Nilo Batista (2003), limitando seu horizonte de projeção; propõe como princípios externos ao sistema penal (extrassistemáticos) que se apresentam como forma estratégica e política de contração, e substituição do sistema penal por dinâmicas reais e efetivas de resolução de conflitos e transformação social, e não pelo seu acirramento e deterioração.

Nestes princípios externos aponta (b.1) a não intervenção útil, tendo em vista que em muitos casos e conflitos a não intervenção do sistema penal é mais benéfica que a sua própria atuação, tendo em vista os efeitos que causa à maquinaria penal e punitiva, no sentido da deterioração ainda maior do conflito e das relações de violência; (b.2) privatização dos conflitos que aponta a necessidade de devolver aos próprios e direitos

¹¹ Que o próprio autor desvela os interesses internos no processo de seletividade dos bens juridicamente tutelados (seletividade primária) pelo sistema penal liberal, e toda a sua atuação seletiva na criminalização secundária (BARATTA, 2011).

(e principais interessados) em resolver os conflitos, senão na condição de titulares, mas na condição de grandes protagonistas nos processos de resolução, não se tratando de uma posição concedida e arbitrada por terceiro alheio e pretensamente neutro e afastado; e também a (b.3) politização dos conflitos, resgatando o seu componente político, tendo em vista que a dinâmica moderna e burguesa é pautada pela dogmática positivista, e tem a pretensão de neutralidade; e para isso retirou seu conteúdo político (ao menos discursivamente), naturalizando os conflitos e deslocando de seu contexto social que é eminentemente político e histórico; por isso impende resgatar a politização e a contextualização dos conflitos na sociedade e em sua história marcada pelas desigualdades sociais e de poder.

Entretanto, salienta-se que, na esteira proposta por Alessandro Baratta (2004), este não esvazia totalmente o âmbito de atuação do Direito penal, ainda que pretenda contrair ao máximo a sua atuação, mas, como percurso, se faz necessária a manutenção de elementos, e assim aponta como norteadores dessa construção tuteladora dos direitos humanos: (c.1) o da resposta não contingente, tratando da necessidade de uso do sistema penal somente em relação a problemas sociais duradouros e que afetem profundamente a coletividade social, sendo essa análise resultado de cuidadoso e aprofundado estudo e compreensão da sua real dimensão e extensão, e não como resposta imediata e primeiro recurso populista; a (c.2) proporcionalidade abstrata, que define como critério tendo em vista a necessidade de contrapor ao sistema penal somente importantes ofensas e violações graves aos direitos humanos; fala também na (c.3) idoneidade, pois, no caso de aplicação do sistema penal, não se dá esse puro e simples, mas sim com alguma finalidade, e esta tem de ser idônea ao fim a que se almeja, a reparação ou prevenção do dano causado, não simplesmente a punição como fim em si mesma ou para legitimar o próprio sistema social e seu rol de valores e instituições; e por fim a (c.4) proporcionalidade concreta, que vincula a capacidade do sistema penal de realizar o fim a que se propõe com a medida (a idoneidade) e também o custo social desta medida punitiva, quer dizer que tem de ter uma avaliação se o fim que se persegue com a aplicação das medidas penais vale o custo que gera no caso concreto; e isso não se baseia em uma relação simplista de custo/benefício, como na perspectiva quantitativa ou financeira, p.ex., mas sim de custo humano e social, das relações e os reflexos que as medidas penais têm sobre os indivíduos direta e indiretamente envolvidos.

A partir dessas indicações de Alessandro Baratta (2011; 2004) é possível se falar em uma tutela democrática e responsável de bens jurídi-

cos coletivos, através de um direito penal mínimo e focado na defesa dos direitos humanos; em uma perspectiva de transformação social, e não em legitimação da própria estrutura de dominação estatal e manutenção (ampliação) das desigualdades sociais.

Alessandro Baratta fala (c) também em uma análise e desvelamento material e radical das reais funções desempenhadas pelo sistema penal, colocando a nu as suas funções latentes e não manifestas, que, como aponta Vera Andrade (2003; 2012), tem um retumbante sucesso, enquanto as declaradas são um fracasso anunciado e já demonstrado pela Criminologia crítica, mas que precisa de constante reafirmação.

E, por fim, (4) uma estratégia radical de construção de uma opinião pública alternativa e realista, que apresente a realidade do controle social e sua aplicação desigual, da sua seletividade, de sua fatalidade e de sua incapacidade de resolver os conflitos; na mesma esteira, Lola Aniyar de Castro (2010) aponta a necessidade de recriar o sentimento de segurança, ou contrapor o sentimento de insegurança fictício produzido por uma política de *mass media* de difusão de pânico social a legitimar uma política penal genocida, afinal de contas, na guerra (e constitui-se estrategicamente a questão criminal em uma guerra), qualquer política ou medida é válida para aniquilar/neutralizar o inimigo, e, para legitimar essa política, é necessário que as pessoas acreditem que se vive efetivamente em meio a uma guerra.

E assim se faz imperioso desfazer esse sentimento belicoso, beligerante que está no Estado e está nas pessoas, nos indivíduos, nas subjetividades, e é produzido e reproduzido, dramatizado em cores vivas e ficcionais, mas também muito reais da mídia jornalística, do discurso da tolerância zero e da necessidade de políticas de lei e ordem, este que tem se constituído no senso comum punitivo, criminologicamente chamado de *every day theories*.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em sede de considerações finais, salienta-se a importante e dupla função que deve ser desenvolvida pela teoria e prática dos direitos humanos, sobretudo no que diz respeito à questão criminal, que é objeto do presente trabalho. Dupla função, mas que devem ser levadas a cabo conjuntamente, sem se perderem de vista.

A primeira, resgatar uma postura político-estratégica de direitos humanos na contenção da violência estatal, em uma perspectiva pragmática,

no sentido de redução de danos e de dores que são o saldo da atuação do sistema penal atual que se apresenta como uma política genocida. Assim, no desenvolver dessa atuação política, atuar em uma linha de resguardar e tentar assegurar as garantias propostas pela estrutura vigente, com uma pauta de ampliação destas, e esgarçamento dos limites impostos pela própria institucionalidade estatal. Ou seja, lutando contra o opressor por meio das próprias ferramentas que ele coloca à disposição, e por dentro dessa própria institucionalidade. Nesta linha, resume muito bem a fala de Lola Aniyar de Castro (2010, p. 266):

*Los criminólogos habían asaltado la cárcel. No podían abolirla ni desmantelarla. Pero la minimizaron en todas sus dimensiones. Y habían salido a hacer ese trabajo bajo la sola y elemental consigna, como recuerda Francisco Delgado, de **salvar vidas**. Una consigna contra la cárcel-muerte para convertirla, al menos, en una prisión que valoraba la vida y la dignidad.*

Em segundo, não perder de vista o elemento utópico dos direitos humanos, que, no que diz respeito ao sistema penal, é a sua própria extinção e substituição por formas alternativas, dialogais e libertadoras na resolução de conflitos, pautado por relações de não violência e rompendo com o ciclo de dores e sofrimento. Fala-se em manter o ideário utópico, tendo em vista a necessidade de não se permitir que o garantismo (por mais bem intencionado que seja) se torne um fim em si mesmo, e opere um novo processo de relegitimação da estrutura estatal opressora e violenta; e assim, manter a luta dos direitos humanos e a pauta da questão criminal como um objetivo que não é inalcançável, mas algo que deve ser trilhado em uma acepção preconizada por Eduardo Galeano, pois, o caminho se faz ao caminhar.

É assim que Lola Aniyar de Castro a delimita como a Criminologia dos Direitos Humanos, e que Eugenio Raúl Zaffaroni, quem parece melhor tem articulado essa proposta de Direitos Humanos e Questão Criminal, através do arcabouço teórico da criminologia e a denomina de Criminologia cautelar e Criminologia militante (2013), ou seja, a aliança entre uma criminologia envolvida politicamente, e uma incumbida sobretudo de salvar vidas e reduzir os danos resultantes da atuação do sistema penal. O que, por sua vez, demanda um processo de produção de conhecimento através da pesquisa e construção teórica, mas também, como diria o professor Nilo Batista, sair dos escritórios de marfim, proporcionados pela academia, e ganhar as ruas, a militância, o conhecimento comum, e o compromisso com

os indivíduos que quotidianamente são objeto dessa intervenção violenta, fazendo a Criminologia como práxis, saber e prática em prol dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel. *Histórias dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução de Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 2010.

_____. *Criminologia da Libertação*. Tradução de Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

_____. El proceso de criminalización. *Revista Capítulo Criminológico*, Facultad de Derecho, Universidad de Zulia, Maracaibo/Venezuela, n. 1, p. 68-74, 1973.

_____; CODINO, Rodrigo. *Manual de Criminología Sociopolítica*. Buenos Aires: EDIAR, 2013.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *Criminología y Sistema Penal*. Buenos Aires/Montevidéo: Editorial B de F, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e Constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

CHRISTIE, Nils. *Uma Razoável Quantidade de Crime*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

_____. *A Indústria do Controle do Crime: A caminho dos Gulag's em estilo ocidental*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

DEL OLMO, Rosa. *Ruptura criminológica*. Caracas: Universidad Central da Venezuela, 1979.

DOUZINAS, Costa. *El fin de los Derechos Humanos*. Bogotá: Legis, 2008.

DUSSEL, Enrique. *1492 - o encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade*. Petrópolis: Vozes, 1993.

_____. *Filosofía de la Liberación*. México: FCE, 2011.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteaux, 2009.

GARCÍA MENDEZ, Emilio. Criminologia Crítica en América Latina. In: *I Seminario Criminología Crítica*. Bogotá: Universidad Medellín, 1984.

GARLAND, David. *A Cultura do Controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Revan/ICC, 2008.

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lucia Karam. Niterói: Luam, 1993.

HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Cia das Letras, 2009.

LEAL, Jackson da Silva. As Crônicas do Capital – a viagem do peregrino da alvorada: o (re)nascimento emancipatório dos Direitos Humanos. *Revista Hendu*, UFPA, v. 1, n. 3. p. 23-43, 2012.

MARTINEZ, Alejandro Rosillo. *Fundamentación de Derechos Humanos desde América Latina*. San Luis de Potosí: Itaca, 2013.

MIAILLE, Michel. *Introdução crítica ao direito*. 3. ed. Lisboa: Estampa, 2005.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A Gramática do Tempo: para uma nova cultura política*. São Paulo: Cortez, 2006.

SCHWENDINGER, Herman; SCHWENDINGER, Julia. ¿Defensores del Orden o Custodios de los Derechos Humanos? In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminología Crítica*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2007. p. 149-189.

YOUNG, Jock. Criminología de la Clase Obrera. In: TAYLOR, Ian; WALTON, Paul; YOUNG, Jock. *Criminología Crítica*. Ciudad de México: Siglo XXI, 2007. p.89-127.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *A Questão Criminal*. Tradução Sergio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

_____. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Editorial Temis, 1988.

_____. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

TENSIONAMENTOS SOCIAIS E JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO: CONTRIBUIÇÕES AO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Roberta Camineiro Baggio

Professora adjunta da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e conselheira da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça. robertabaggio@uol.com.br

1 INTRODUÇÃO

Entre as décadas de 1960 e 1990, diversos países da América Latina vivenciaram experiências de regimes políticos de exceção, seja pela via dos golpes de Estado, seja pelos conflitos internos armados.

As transições desses regimes foram marcadas, sob o ponto de vista jurídico, por processos de reconstitucionalização que englobam tanto a restauração dos textos constitucionais anteriores – incluindo as reformas sofridas *a posteriori* –, como a instituição de novas Constituições por meio de Assembleias Constituintes.

O simples advento da implementação de novos textos constitucionais ou a tentativa de retomada da legitimidade daqueles que foram ignorados pelos regimes de exceção, no entanto, não constituem causas imediatas de garantias de direitos ou medidas automáticas de uma ampla produção de efeitos normativos, sobretudo na retomada das bases do Estado Constitucional de Direito. E, nesses contextos, o *modus operandi* das transições políticas é decisivo para a consolidação de condições políticas e jurídicas que favoreçam a efetivação dos textos constitucionais. Tais condições passam necessariamente pela construção social de estratégias de tensionamento que se imponham aos diversos âmbitos institucionais em reformulação.

A forma como, por exemplo, a Argentina conduziu seu processo de transição política tanto por meio dos grupos sociais vinculados ao debate

da defesa dos direitos humanos mobilizados em torno das questões transicionais como institucionalmente, com ênfase na busca pela memória e verdade sobre as violações aos direitos humanos ocorridas durante o período do Estado de exceção e a posterior construção de possibilidades jurídicas de responsabilização dos agentes estatais, o que impulsionou internamente um debate amplo sobre a necessidade de proteção dos direitos humanos, permitindo um avanço no campo da aplicabilidade interna do direito internacional dos direitos humanos com a adoção pelo texto constitucional, na reforma de 1994, do inciso 22 do artigo 75, que reconheceu a hierarquia constitucional de tratados e convenções internacionais no plano interno. Esse processo não ocorreu sem resistências ou grandes tensionamentos internos tanto por parte da sociedade civil como em âmbito institucional, e é justamente a existência dessas tensões que permite ou até mesmo impõe a necessidade de que o debate público acerca das demandas político-constitucionais seja enfrentado no campo das disputas valorativas da sociedade¹ e, também, nas instituições constituídas como parte do poder estatal.

Em sociedades democráticas, a existência de tensionamentos políticos que possibilitem a constante reflexão sobre a prática constitucional e o aumento de processos de integração social é essencial, e nas sociedades em transição política eles são imprescindíveis se o que está em jogo é a efetivação de direitos.

O que se pretende debater no presente texto são as possíveis potencialidades trazidas pelos pilares da chamada Justiça de Transição para a sustentação de campos de tensionamento político-institucional que podem significar avanços no sentido da consolidação da força normativa dos textos constitucionais latino-americanos, e também do aprofundamento da dinâmica entre direito e política e seus reflexos no campo da proteção aos direitos humanos. Ao final, será dada uma ênfase ao caso brasileiro, especificamente no que tange aos tensionamentos da temática transicional

¹ A concepção político-filosófica que permeia o presente artigo é a teoria do reconhecimento de Axel Honneth, herdada da tradição filosófica hegeliana que, ao estabelecer três níveis de reconhecimento indispensáveis para a formação de uma dinâmica de integração da sociedade, identifica um deles como o da comunidade de valores. Esse seria o nível em que os diversos desacordos morais se consolidam e as disputas valorativas determinam um campo de eticidade. Os conflitos sociais geradores de tensionamentos no campo político-institucional seriam fruto dessas disputas. Para uma leitura sobre uma concepção de justiça de transição como reconhecimento conferir: BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: *Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília, DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia, 2010. p. 260-285.

que permeiam o Supremo Tribunal Federal a partir da análise das extradições 974, 1150 e 1278.

2 OS PROCESSOS DE RECONSTITUCIONALIZAÇÃO LATINO-AMERICANOS E A NOTÓRIA QUESTÃO DA EFETIVIDADE DOS TEXTOS CONSTITUCIONAIS

O debate acerca da produção de efeitos dos textos constitucionais tem um lugar central no âmbito da teoria da Constituição, potencializado, sobretudo, pela clássica leitura de Ferdinand Lassale, enfrentada com a devida adaptação temporal por autores de contribuição inestimável ao constitucionalismo contemporâneo como Konrad Hesse em *A força normativa da Constituição*. Nesses termos, um olhar sociológico mais rígido não resiste ao reducionismo da concepção das Constituições como meras folhas de papel sob a perspectiva de que só entrariam de fato no mundo real as disposições constitucionais que as forças políticas predominantes permitissem. Na visão de Lassale, em oposição à folha de papel, há uma Constituição real, gerada pelo embate de fatores reais de poder (LASSALE, 2000). Nessa leitura lassaliana há a importante percepção sobre os fatores reais de poder como grupos que disputam na sociedade as diversas visões políticas geradoras de tensionamentos capazes de determinar uma Constituição real, não coincidente com a Constituição escrita. As Constituições seriam, sob esse ponto de vista, políticas e não jurídicas.

Os textos constitucionais, todavia, estabelecem pactos jurídico-políticos geradores de expectativas normativas próprias de um Estado de Direito. Afinal, como destaca Hesse (1991, p. 19), “Embora a Constituição não possa, por si só, realizar nada, ela pode impor tarefas”. Partindo do pressuposto de que os textos constitucionais, inseridos em conjunturas históricas específicas, contemplam metas normativas de superação de problemas reais das sociedades, essa imposição de tarefas requer uma série de medidas institucionais que passam a ser necessárias para sua efetivação.

Contudo, as diferentes compreensões políticas sobre os problemas sociais, e até mesmo as concepções acerca das instituições, geram uma série de disputas, muito bem identificadas por Lassale, em torno das questões jurídico-políticas pautadas pelas Constituições e, desse embate específico, diferentemente do que conclui o autor, contudo, pode se estabelecer uma dinâmica de efetivação normativa do texto constitucional. Isto porque, longe de significar uma construção harmoniosa com garantia de efetivação plena de seus textos, as Constituições pertencem, como coloca

Marcelo Neves, a contextos paradoxais, nos quais o que predomina é uma tensão constante entre as esferas da política e do direito (NEVES, 2009, p. 57), que acaba por gerar a força motora para que os grupos sociais se organizem em torno das disputas valorativas que incidirão no estabelecimento dos sentidos constitucionais.

No contexto latino-americano, essa questão constitui-se como chave de compreensão dos processos constitucionais das transições políticas. A restauração das cartas constitucionais anteriores aos períodos de exceção ou a instituição de novas Constituições representa, ao menos sob o ponto de vista formal, o retorno aos parâmetros próprios de um Estado de Direito, que se pretende democrático em oposição ao período anterior, o que inclui o restabelecimento público dos tensionamentos sociais outrora impedidos pelos regimes de exceção. E é exatamente nesse contexto de possibilidade do ressurgimento de tensões constantes que essas cartas constitucionais precisam ser compreendidas. As Constituições latino-americanas desse período são conhecidas por seu extenso rol de direitos fundamentais – que abarca não só aqueles tradicionais que foram negados durante os períodos de exceção como também novos direitos fundamentais, como as questões vinculadas à proteção do meio ambiente e ao reconhecimento da cultura indígena, o que gerou e ainda gera uma série de críticas acerca das dificuldades de efetivação normativa de seus textos (GARGARELA; COURTIS, 2009, p. 31).

Um exemplo dessa crítica pode ser encontrado em Giovanni Sartori, na obra *Engenharia Constitucional*. Segundo o autor, usando o caso brasileiro, a Constituição de 1988 seria uma “novela do tamanho de um catálogo telefônico” e “repleta não só de detalhes triviais como de dispositivos quase suicidas e promessas impossíveis de cumprir” (SARTORI, 1999, p. 211). Ainda que o autor tenha razão em afirmar que “as Constituições não devem conter o que compete à legislação ordinária” (SARTORI, 1999, p. 211), as Constituições latino-americanas dos períodos posteriores aos Estados de exceção carregam em si o peso político da retomada de uma condição mínima de segurança jurídica aos cidadãos, inerente aos Estados de Direito, sobretudo no que diz respeito à garantia de direitos fundamentais básicos, como os políticos e as liberdades individuais.

Especificamente no caso brasileiro, a Constituição de 1988, fruto de uma Assembleia Constituinte instaurada em pleno processo de reabertura política do país, simbolizou a grande chance jurídico-formal de restabelecer ao país um regime democrático. Natural, portanto, que, diante da tamanha instabilidade vivida em um processo transicional conduzido

pelos próprios militares responsáveis pela manutenção do regime de exceção, tenha existido uma tendência em colocar o máximo de prerrogativas e garantias jurídicas no texto constitucional, ainda que sua produção de efeitos fosse uma incógnita para a época, afinal, não se havia conseguido, sequer, garantir eleições diretas para a Presidência da República, apesar da ampla mobilização nacional, em 1984, pelo movimento que ficou conhecido como “Diretas Já”. Há autores como Raymundo Faoro que denunciaram a falácia da constituinte de 1986, pois não seria uma assembleia exclusiva a responsabilizar-se pelo novo texto constitucional, mas sim o poder constituído, uma vez que o Congresso transmutar-se-ia em constituinte para aprovar a nova Constituição. Considerando que o poder instituído ainda estava nas mãos de quem comandava o regime ditatorial, compreensíveis as denúncias de Faoro e sua descrença em um resultado constitucional que pudesse significar um avanço democrático ao país. Isso fica claro na seguinte passagem em que, segundo o autor, no movimento pelas Diretas Já,

O povo saiu de casa, se reuniu, clamou pela soberania de sua vontade – o que é a Constituinte, no seu sentido autêntico, real, genuíno, sem máscaras. Esta é a Constituinte que ele quer, não a Constituinte que os políticos tentam lhe vender, embutida dentro do Congresso Nacional, manobrada de cima, do alto, meramente para reescrever a Constituição atual, sobre um projeto das espertas elites. (FAORO, 1987, p. 11-28)

O resultado não foi exatamente esse. Apesar de todos os paradoxos que rondavam a elaboração da nova Constituição, incluindo nesse contexto as próprias escolhas ideológicas duvidosas dos constituintes-deputados, a Constituição de 1988, sem estar livre de contradições, consolidou-se como a melhor das Constituições da história brasileira, sobretudo pelo reconhecimento de um importante rol de garantias e direitos fundamentais que inspirou seu batismo como Constituição Cidadã. Com o passar dos anos e a consolidação de um regime democrático formal, a Constituição afirmou-se como o marco zero para o processo de redemocratização da sociedade brasileira, contudo, no momento de sua elaboração não era e nem poderia ser esse o sentimento que predominava na sociedade. É como se, considerando a classificação das Constituições de Karl Loewenstein, a Constituição brasileira de 1988 fosse uma Constituição nominal, cujo momento de elaboração impedia sua completa integração à dinâmica da vida política, mas as

expectativas ao seu redor giravam em torno da ideia de que cedo ou tarde poderia consolidar-se como uma Constituição normativa (LOEWENSTEIN, 1979, p. 218).

Portanto, uma compreensão superficial sobre os contextos que permeiam esses momentos transicionais, presentes nos processos de reconstitucionalização latino-americanos, não contribui para uma análise mais ampla acerca das consequências e significados políticos de textos constitucionais que incorporam garantias de direitos há muito impraticáveis nessas sociedades, afinal, a existência de uma Constituição, ainda que cumpra um papel incipiente de simbolizar a retomada formal da democracia, pode ser decisiva para impulsionar novas formas de tensionamentos públicos que garantam, na dinâmica social, a consolidação substancial de processos democráticos.

Depois de longos períodos de violações aos direitos sem qualquer prática de efetividade das Constituições, principalmente no tocante às garantias e direitos fundamentais, a retomada desses textos normativos não só não ocorre automaticamente, como depende de uma série de fatores conjunturais intimamente ligados às decisões políticas que conduzem os processos transicionais, bem como à capacidade de tensionamento dos grupos sociais que buscam participar ou influenciar de algum modo tais decisões.

A partir de uma leitura assentada na realidade latino-americana, Roberto Gargarella e Christian Courtis avaliam que os dispositivos constitucionais podem ficar adormecidos por muitos anos, sem que isso revele por si só a representação de enfraquecimento normativo de uma Constituição. Ao contrário, segundo os autores,

[...] una cláusula relegada o 'adormecida' puede cobrar inesperada realidad, puede despertar de su letargo – un hecho que de ningún modo puede verse como una anomalía en el derecho, ya que es puro y directo producto de la incorporación explícita de ciertas cláusulas en un texto que se asume como plataforma social compartida (GARGARELA; COURTIS, 2009, p. 33)

Catálogos telefônicos ou não, os textos constitucionais consolidados após os regimes de exceção representam um ponto de partida político e jurídico para essas sociedades e, como tal, oportunizam a geração de tensionamentos a partir de sua existência pura e simples, assim como podem

instrumentalizar disputas políticas que acabem reforçando sua força normativa. Em qualquer desses cenários, a existência de direitos e dispositivos de melhoria das condições relacionais da vida em sociedade nos textos constitucionais indica a potencialidade normativa de questões que estão abertas a transformar-se em novos focos de disputas político-sociais e processos capazes de “despertar” os textos constitucionais. E é nesse sentido que a existência de campos de tensão sociais que alcancem o âmbito institucional deve ser compreendida como imprescindível para o avanço dos processos de redemocratização latino-americanos.

Em tradições de baixa efetivação constitucional, como é o caso dos países latino-americanos, a ausência de prescrição normativa desses direitos, sobretudo dos novos, pode levar a uma dificuldade por parte do Poder Judiciário em aceitar sua legitimidade, já que, de acordo com Gargarella e Courtis (2009, p. 32), *“parece haber una alta correlación entre la no inclusión de nuevos derechos y el no reconocimiento judicial de los nuevos derechos”*, sobretudo em países com uma tradição positivista herdada do direito continental europeu, que exige como fonte primária do direito normas positivadas. Sob esse ponto de vista estrito, a presença desse extenso rol de direitos é não só compreensível, no sentido da adequação constitucional às realidades históricas de países que passaram por sérios problemas de violações aos direitos, como também relevante, no tocante ao empoderamento dos cidadãos, na medida em que esses direitos podem tornar-se motores substantivos da retomada da sua condição política na sociedade. Por isso, ao responder à crítica do extenso rol de direitos nos textos constitucionais latino-americanos, Gargarella e Courtis (2009, p. 32) chamam a atenção, em um primeiro momento, para o fato de que em países como Colômbia e Argentina *“estos textos tan exigentes y llenos de derechos no se han convertido en ‘pura poesia’”* e depois, avaliam que

[...] *gracias al status constitucional que se le ha asignado a algunos reclamos, se han reivindicado los derechos de muchas personas de carne y hueso. Por ejemplo, grupos de indígenas y homosexuales, habitualmente maltratados en sus derechos fundamentales, han encontrado respaldo en estas Constituciones y litigado – en algunos casos importantes, al menos – de modo exitoso, frente a los tribunales. Y ello, en buena medida, gracias a lo escrito en estas nuevas Constituciones.* (GARGARELA; COURTIS, 2009, p. 32)

Conforme destacam os autores, não se quer com isso negar que esses textos constitucionais sofrem de uma inflação de direitos, mas que rechaçar

completamente as consequências positivas desses marcos constitucionais, principalmente no tocante à garantia de direitos desprezados até então, e não considerar as potencialidades políticas trazidas pelos tensionamentos inerentes à temática da retomada do processo democrático, marcado pelo rol de garantias constitucionais, pode constituir-se como um prejuízo para a compreensão da retomada dos processos de redemocratização.

Contudo, é necessário resgatar a noção trazida por Marcelo Neves, citada anteriormente, quanto à necessidade de considerar os paradoxos como questões inerentes aos contextos aos quais estão ligadas as Constituições. Se, por um lado, o extenso rol de direitos trazidos pelos textos constitucionais possibilitou o exercício efetivo de direitos por pessoas de carne e osso, por outro, o grande tensionamento que se consolidou como ferramenta para esse efetivo exercício foi o fenômeno da judicialização, que desnuda consequências gravosas para o campo da relação entre direito e política, podendo abalar consideravelmente o espaço de alargamento democrático das sociedades latino-americanas.

Ainda que a judicialização seja um fenômeno vinculado, em linhas gerais, às transformações do Estado Social e sua posterior crise e, portanto, existente em diversas sociedades contemporâneas, é importante sublinhar as peculiaridades conjunturais latino-americanas que permitiram não só seu rápido desenvolvimento como também o agravamento de muitas de suas consequências.

Não há uma definição teórica sobre as origens, características e consequências do fenômeno da judicialização, o que dificulta o estabelecimento de parâmetros mais uniformes para as análises que englobam o tema (VERONESE, 2009, p. 249-281). De todo modo, em linhas bem amplas, é possível afirmar que as leituras mais recorrentes desse fenômeno identificam que, diante da ausência de ação estatal na formulação de políticas públicas capazes de efetivar os direitos sociais, o Poder Judiciário – sobretudo na América Latina – passou a uma postura mais ativista, tornando-se protagonista desse processo de efetivação. Esse cenário poderia indicar uma disputa entre os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário ou, ainda, a falência ou diminuição do espaço da política que passa a ser ocupado cada vez mais pelo Poder Judiciário².

² Júlio Aurélio Vianna Lopes (2005, p. 65-66) afirma que “O direito não é mais instituído para ou pela política; passa a ser instituinte dela, na medida em que legislar e administrar vão se tornando meros modos de regulamentação de princípios jurídicos superiores (legais, constitucionais, supraconstitucionais) ao Estado. O direito não é mais a argamassa das obras políticas; é o ácido que as corrói, desmanchando-as e substituindo-as por suas próprias instituições.”.

Contudo, se, por um lado, para alguns autores o fenômeno da judicialização tem o mérito de impor um novo ritmo ao processo de dar concretude a alguns direitos estabelecidos nos textos constitucionais, por outro ele gera um problema sério no âmbito político, uma vez que o Poder Judiciário passa a interferir no campo das decisões políticas³. A simples existência de um rol mais extensivo de direitos por si só, de acordo com Gargarella, pode significar uma ameaça ao espaço de discussões democráticas. Primeiro, porque diminui o poder de decidibilidade das majorias sobre determinados assuntos da vida política, depois, porque a inclusão de mais direitos nos textos constitucionais corresponde imediatamente a um fortalecimento dos órgãos judiciais, que se sobressaem como os principais responsáveis pela custódia desses direitos, mas que, contudo, estão mais distantes de processos de legitimação política (GARGARELA, 2010, p. 38).

Se esses seriam problemas *a priori* colocados pela existência pura e simples de um extenso rol de direitos, é preciso considerar como consequências principais do fenômeno da judicialização para a seara da relação entre direito e política que: (1) nos países latino-americanos, em que as sociedades estão constituídas em fortes bases de desigualdades econômico-sociais, a judicialização privilegia somente algumas parcelas da população que conseguem acessar o Poder Judiciário; (2) os resultados desses processos judicializados, ainda que tratem da efetivação dos direitos sociais, acabam, em sua maior parte, alcançando um contingente humano muito menor do que se comparados aos resultados possíveis por meio da implementação de políticas públicas; (3) por fim, há um esvaziamento da esfera de lutas políticas por parte da sociedade, uma vez que a aderência à via judicial geraria uma conformidade isolada e não politizada. Enzo Bello (2008, p. 184) sintetiza muito bem essas limitações trazidas pela prática da judicialização na seguinte análise:

Isso demonstra um desprezo das dimensões política e social, e a aposta somente nas dimensões ética e jurídica dos direitos sociais para a sua efetivação. Em razão disso, deixa-se de perceber que se

³ Veronese chama a atenção como um possível risco do debate latino-americano sobre a judicialização a restrição do tema a essas duas posições: "(a) a judicialização é benéfica, desde que amplie os cânones liberais do direito (Javier Couso); ou, ela é benfazeja, desde que mantida sob o controle popular (Yepes, Sousa Santos, etc.); ou (b) a judicialização é negativa porque expropria o espaço real da política, diminuindo a possibilidade de autogoverno e a democracia (Ran Hirschi)" (VERONESE, 2009, p. 277). Como o objeto deste trabalho não consiste na tentativa de superação desse risco, adotam-se essas duas posições exatamente por serem as mais recorrentes na literatura latino-americana.

está diante de casos extremos e contingentes, de grande relevância, porém de pouquíssima ou nenhuma repercussão no quadro geral e estrutural de desigualdades sociais. Do mesmo modo, condiciona-se a prática da cidadania ao ajuizamento de demandas perante o Judiciário – este tido como tutor de uma sociedade órfã e desprotegida de recursos financeiros, do acesso à cidadania.

Os debates trazidos até aqui sobre a produção de efeitos das normas constitucionais demonstram os imensos paradoxos existentes na retomada dos processos democráticos dos países latino-americanos. Se, a uma, o simples menosprezo ao tamanho dos textos constitucionais, sem uma devida compreensão acerca das conjunturas transicionais, pode levar a um processo de depreciação das cartas constitucionais sem considerar todas as potencialidades que delas podem advir em sociedades marcadas por grandes déficits de garantias de direitos fundamentais, ou ainda, onde o próprio Estado constituiu-se como principal violador de direitos; por outro lado, as estratégias de efetivação constitucional que se consolidam, sobretudo no que diz respeito ao fenômeno da judicialização, encontraram um terreno fértil na América Latina das transições: poderes executivos com dificuldades de implementação dos direitos constitucionalmente garantidos, sociedades desacostumadas ao ritmo democrático das reivindicações políticas e um sistema judicial que adquiriu protagonismo com os novos modelos de garantias de direitos contemplados nos textos constitucionais. Afinal, como destaca Veronese (2009, p. 276), “é necessário que haja um contexto institucional que permita ao ordenamento jurídico fixar as práticas sociais facilitadoras da judicialização. Esse processo não é uma questão de simples vontade por parte dos atores políticos”.

A pauta da judicialização ocupa espaço central nos debates jurídicos e políticos das atuais sociedades latino-americanas, até porque, não se pode pretender que, depois de longos anos enfrentando a repressão estatal e impossibilitadas de vivenciar processos políticos democráticos, as sociedades latino-americanas tenham que ficar submetidas politicamente à regência ou tutela do Poder da República que menos possui vínculos de legitimação política com elas. Em última instância, a reflexão tem girado em torno da questão: a substituição do espaço público de organização política da sociedade pela via da judicialização contribui para o avanço de nossas democracias? Como produzir e qual o papel dos tensionamentos referidos diante desse quadro?

De todo modo, se está sendo possível chegar a esse ponto do debate jurídico-político de tentar enfrentar as grandes questões que se colocam a partir da relação entre direito e política é porque, em certa medida, os tensionamentos causados pela tendência da judicialização nas sociedades latino-americanas contribuíram para que isso ocorresse. Tão importante quanto enfrentar os efeitos perversos da judicialização é poder debater em um ambiente socioinstitucional, que se pretende consolidar como democrático, os paradoxos que permeiam as relações entre política e direito.

Portanto, a existência de tensionamentos, ainda que em contextos paradoxais, pode impulsionar disputas e debates que possibilitem um aprofundamento dos processos democráticos e o fortalecimento normativo dos textos constitucionais. Nesse sentido, não há como negar que, muito mais que outrora, todas essas grandes polêmicas judicializantes, de um jeito ou de outro, contribuíram para o aumento dos níveis de efetivação dos textos constitucionais e para a preocupação que se deve ter com o tema.

3 A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO COMO TEMÁTICA CATALISADORA DE TENSÕES SOCIAIS LATINO-AMERICANAS

O conceito de justiça de transição é relativamente recente e não se confunde com a existência, em si, de processos de transições políticas. Trata-se de uma perspectiva que se consolidou teoricamente a partir de um conjunto de medidas normativas⁴ inspiradas nas reivindicações das vítimas dos regimes de exceção, indispensáveis à consecução de transições que restabeleçam mecanismos de integração social. Segundo Marcelo Dalmás Torelly, sua origem na modernidade estaria vinculada ao fim da Segunda Guerra Mundial e englobaria, em sua definição,

[...] uma série de iniciativas empreendidas por via dos planos internacional, regional ou interno, nos países em processo de liberalização ou democratização, englobando suas políticas públicas, suas reformas legislativas e o funcionamento de seu sistema de justiça, para garantir que a mudança política seja bem-sucedida e que, ao

⁴ Identificam como medidas normativas exatamente por abarcar um conteúdo indicativo de como agir do melhor modo sob uma perspectiva moral. Assim, as quatro medidas próprias da justiça transicional que também trazem consigo uma dimensão de proteção de direito seriam: o acesso à verdade sobre os fatos ocorridos durante o período de exceção, a busca por justiça no sentido da responsabilização civil, administrativa e criminal dos agentes do Estado que cometeram os crimes de lesa humanidade, a reparação às vítimas e a necessidade de reformas institucionais que garantam a retomada do processo democrático.

final dela, não exista apenas uma democracia eleitoral (caracterizada por eleições procedimentalmente equitativas), mas, sim, um Estado de Direito na acepção substancial do tema. (TORELLY, 2012, p. 105)

Portanto, nem todas as transições políticas são marcadas pela adoção ou implementação imediata das medidas próprias da justiça transicional e a adoção dessas medidas vincula-se tanto às decisões políticas institucionais como ao grau de organização e mobilização da sociedade civil em torno do tema. É importante perceber como a consolidação de um campo próprio da justiça de transição passou a impor uma pauta mais substancial em termos de garantias de direitos aos processos transicionais, já que, como a própria definição de Torelly indica, as pretensões de uma transição pura e simples apontam muito mais para a implementação de procedimentos de uma democracia formal, ou como dito pelo autor, eleitoral e, a justiça de transição, compreendida como uma temática de articulação social em torno da questão dos direitos humanos, principalmente quanto às reivindicações das vítimas das violações aos direitos⁵, passou a exigir uma resposta política mais ampla aos processos transicionais, sobretudo quanto à proteção de direitos.

Por um lado, o campo da justiça de transição, compreendido como um espaço de articulação social das demandas por justiça dos grupos ou movimentos organizados de vítimas ou de apoio a essas vítimas, a depen-

⁵ A justiça de transição tem se firmado cada vez mais como uma temática que trata como prioridade os direitos das vítimas à justiça, à reparação, à memória e à verdade. Isso é fruto de uma apropriação da temática por parte dos movimentos de defesa das vítimas que sofreram as violações dos regimes de exceção, o que faz com que tais movimentos sejam peça-chave na consolidação da temática da justiça de transição na maior parte dos países em processos transicionais, sobretudo na América Latina. Na leitura de Carlos Nino em "Juízo ao mal absoluto" isso fica claro em vários trechos. Conferir: NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006. p. 111, 124, 127. Do mesmo modo como no caso colombiano, em que Uprimny y Saffon identificam tais grupos como os grandes responsáveis pela explosão de debates acerca da temática no país. (UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula. Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. In: *Anuario de Derechos Humanos*, p. 171-175, 2008. Disponível em: <www.anuariocdh.uchile.cl>. Acesso em: 12 maio 2013.) Essa identificação de centralidade dos movimentos sociais é feita por Louis Bickford no verbete sobre Justiça de Transição da Enciclopédia de Genocídios e Crimes contra a Humanidade, em especial na seguinte passagem: "First, the human rights movement has strongly influenced the development of the field, making it selfconsciously victim-centric. Transitional justice practitioners tend to pursue strategies that they believe are consistent with the rights and concerns of victims, survivors, and victims' families." (BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. v. 3. New York: MacMillan, 2004. p. 1045-1047. p. 1045). Torelly, a partir da definição de Bickford, também destaca em seu texto a importância dessa característica da justiça de transição (TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*, p. 106).

der das estratégias utilizadas, pode sofrer uma ampliação de seu alcance para conseguir o apoio de outras parcelas da população que não estejam diretamente vinculadas às violações de direitos, mas que passam a se identificar com essas reivindicações tanto pelo sentimento de solidariedade com aqueles que sofreram as violações aos seus direitos, como também pelo reconhecimento da importância pública de uma comunidade política estar resguardada por um autêntico Estado de Direito, garantidor de direitos fundamentais capaz de enfrentar as graves violações aos direitos humanos. E, nesse ponto de interligação, é que se pode destacar a importância de textos constitucionais que reforcem a importância da garantia e proteção de direitos fundamentais como documento político interno basilar às reivindicações da sociedade, que dialoga com o conjunto de documentos internacionais de proteção aos direitos humanos.

Por outro lado, essas reivindicações também geram tensões importantes aos avanços político-institucionais de um país, e podem ser determinantes para a consolidação democrática das sociedades em transição. Carlos Nino, no livro *“Juízo ao mal absoluto”*, reconhece as dificuldades políticas enfrentadas por Raúl Alfonsín, presidente argentino responsável pela transição política desse país, em atender às pautas dos movimentos por direitos humanos. Contudo, o simples fato de existir uma determinada pressão social sobre a temática, força o plano institucional a tomar decisões que talvez não atendam integralmente aos reclamos sociais, mas que podem representar um avanço no cenário de conquistas democráticas. Isso fica claro no texto de Nino, quando trata da aprovação da Lei de Obediência Devida na Argentina, em 1987, que, na prática, já vinha se constituindo desde 1984 como um critério interpretativo das leis militares, que permitiu a abertura dos primeiros processos criminais contra oficiais militares. Naturalmente, os movimentos por direitos humanos não gostaram da ideia de uma lei que só responsabilizasse o alto escalão das forças armadas argentinas sob o fundamento de que haviam dado as ordens, o que lhes pareceu uma espécie de “anistia encoberta”. Contudo, em um cenário mais global, a iniciativa política de responsabilizar justamente o alto escalão das forças armadas foi considerada por muitos como um ato de coragem política decisivo no processo de responsabilização dos torturadores, o que colocou a Argentina à frente no enfrentamento dos crimes ocorridos durante as ditaduras no contexto latino-americano (NINO, 2006, p. 128). Em 2005, a Lei da Obediência Devida, ao lado da Lei do Ponto Final, foram consideradas inconstitucionais pela Corte argentina, o que possibilitou a responsabilização de outros escalões das forças armadas (NINO, 2006, p. 131).

O que importa afirmar nesse ponto é que a busca por uma transição justa é geradora de disputas valorativas que desembocam em tensionamentos políticos e institucionais importantes. O que se destaca neste texto é justamente a potencialidade para, a partir dessas tensões, consolidarem-se os processos democráticos, principalmente, quanto à afirmação de um Estado de Direito que privilegie a articulação de espaços políticos e sociais para a legitimação da força normativa das Constituições.

Contudo, é preciso chamar a atenção para o fato de que, tal como os tensionamentos ocasionados pela judicialização, a justiça de transição, compreendida como uma estratégia de disputas valorativas geradoras de tensões sociais não está livre de paradoxos. O caso colombiano é um exemplo disso⁶. A temática da justiça de transição passa a estar cada vez mais presente na sociedade colombiana, apesar da permanência de conflitos armados entre diversos grupos que, mesmo mediante constantes rodadas de negociações para a paz, dão sinais claros de resistência a uma transição para a paz. Mesmo assim, de acordo com Uprimny e Saffon (2008, p. 171),

[...] la mayoría de los actores involucrados en la discusión política sobre cómo enfrentar las atrocidades cometidas por los paramilitares promueven explícitamente el uso del lenguaje y los mecanismos de la justicia transicional, o por lo menos implícitamente usan la lógica y las categorías de la justicia transicional para analizar la situación colombiana.

O uso das categorias da justiça de transição por parte dos grupos comprometidos com a resolução das situações de violações aos direitos humanos permitiu uma generalização desses critérios e a sua instrumentalização por outros atores envolvidos no conflito, como o próprio governo colombiano e até mesmo os grupos paramilitares, o que colocou a temática em franca disputa valorativa em um cenário altamente paradoxal. O contexto que compõe a aprovação da chamada Lei de Justiça e Paz, na Colômbia, reflete muito bem essa situação. Sob um forte discurso de buscar um equilíbrio entre a paz e as exigências de justiça feitas pelos grupos

⁶ O conflito armado colombiano é extremamente complexo não só por sua longa duração, mas, sobretudo, pelos atores envolvidos: o Estado, vários grupos guerrilheiros e grupos paramilitares de direita que visam combater os grupos guerrilheiros fora dos limites do Estado de Direito e que mantêm relações estreitas com a elite econômica e também com agentes do Estado (UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula. *Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia*, p. 167).

sociais ligados às vítimas das violações de direitos, o governo, utilizando discursivamente os elementos da justiça transicional, conseguiu a aprovação no Congresso da Lei 975/05, a Lei de Justiça e Paz, que impõe penalidades brandas aos crimes de violações aos direitos, exige alguns deveres básicos quanto à busca pela verdade e prevê um sistema de reparações às vítimas (UPRIMNY; SAFFON, 2008, p. 172). Naturalmente rechaçada pelos grupos de defesa dos direitos humanos por ensejar uma “impunidade disfarçada”, Uprimny e Saffon (2008, p. 177) não têm dúvidas em afirmar que

El uso manipulador de la justicia transicional es hecho esencialmente por el gobierno y los líderes paramilitares, pero también es ampliamente apoyado por una mayoría de la sociedad civil. Este uso consiste en utilizar una retórica generosa de la verdad, la justicia y la reparación, con el fin de ocultar y legitimar procesos parciales de impunidad.

Apesar de reconhecer que existe um uso democrático da temática da justiça de transição que produziu efeitos políticos importantes para o contexto colombiano (UPRIMNY; SAFFON, 2008, p. 190), a análise dos autores demonstra muito bem que as disputas valorativas acerca da justiça transicional compõem contextos paradoxais, e que nem sempre os resultados dos tensionamentos podem significar um avanço em termos de garantias de direitos. O caso a ser tratado a seguir, o brasileiro, tem vivido um momento muito peculiar de retomada do debate público sobre a necessidade de implementar como fator decisivo na consolidação de uma democracia substancial no país as medidas de justiça de transição. Esse processo é fruto de uma série de tensionamentos sociais e institucionais que têm significado avanços, sobretudo no campo do aumento da força normativa do texto constitucional.

4 TENSIONAMENTOS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA PELA BUSCA DE CRITÉRIOS DE JUSTIÇA: AINDA É TEMPO DE TRANSIÇÃO

A transição política brasileira tem tido um tempo diferenciado das demais experiências latino-americanas, em especial em relação aos países do Cone Sul que sofreram golpes de Estado e passaram por períodos de exceção semelhantes, sobretudo no que diz respeito ao enfrentamento das questões que envolvem a implementação das medidas da justiça de transição. Isso se deve ao modo como a transição foi gestada pelos próprios militares, ainda à frente do governo, administrando a chamada abertura lenta e gradual. A

aposta na concertação política de que um grande pacto iniciado com a Lei de Anistia de 1979 seria capaz de gerar um processo de esquecimento, em que a nação deveria olhar para frente e esquecer o passado, foi determinante para um arrefecimento institucional da busca por uma transição pautada nos critérios da justiça de transição. Como já foi demonstrado, o próprio chamamento de uma assembleia constituinte não exclusiva pode ser visto como um dos sinais de que a grande prosperidade da nação se encontrava no futuro e não no passado e isso significava que o “pacto” da transição incluía a intocabilidade das forças armadas (FAORO, 2008, p. 76). Contudo, o texto constitucional não ignorou as forças políticas em disputa à época e contemplou medidas de reparação às pessoas atingidas por atos de exceção durante o período ditatorial (art. 8º do ADCT), gerando o que hoje é a política pública mais forte do Estado brasileiro no campo da justiça de transição: o sistema reparatório⁷.

E é por isso que esse contexto precisa ser compreendido dentro do cenário de testilhas ideológicas que pautaram e ainda pautam a transição brasileira. Mesmo que, como citado anteriormente, houvesse uma estratégia de reabertura política a partir de uma Constituinte identificada, *a priori*, como inautêntica por ocorrer nas entranhas do próprio poder constituído do Congresso Nacional, também havia uma disputa política pelo processo de redemocratização que foi capaz de gerar tensionamentos sociais importantes, que refletiram avanços institucionais como o já citado direito constitucional à reparação aos que foram perseguidos políticos no tempo do regime de exceção.

De todo modo, é importante destacar que, ao longo de todos esses anos do processo de consolidação da democracia brasileira, os grupos de familiares de mortos e desaparecidos políticos, assim como as próprias organizações de perseguidos políticos e também as entidades de defesa dos direitos humanos não deixaram de atuar (ainda que tenham se desarticulado ao longo dos anos) e pressionar as gestões governamentais no sentido de ampliar os avanços transicionais muito concentrados inicialmente nas questões reparatórias⁸, tampouco deixaram de lado a estratégia de tentar

⁷ Para uma leitura completa sobre o sistema reparatório brasileiro, conferir: ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: *Repressão e memória política no contexto ibero-brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília, DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia, 2010. p. 26-59.

⁸ Muitos desses avanços são fruto de uma atuação institucional da Comissão de Anistia a partir de 2007, que, ao reconhecer o importante papel da sociedade civil na construção da anistia no Brasil, passou a construir uma nova interpretação da Lei 10.559/02: “Na avalia-

avançar juridicamente no âmbito da responsabilização, um desafio verdadeiramente pesado para a realidade brasileira se considerarmos todas as questões que envolvem o Poder Judiciário brasileiro no contexto ditatorial e da transição⁹. Se, por um lado, nosso sistema reparatório avançou muito, sobretudo depois que passou a ser compreendido como um pilar da justiça de transição¹⁰, por outro, o País custa a avançar na apuração das circunstâncias de violação aos direitos humanos, e não avançou quase nada no debate acerca da responsabilização dos agentes públicos perpetradores dos crimes contra a humanidade.

ção empreendida pela Comissão de Anistia para reorganizar suas ações estratégicas para o período 2007-2010, foram considerados, portanto, os seguintes elementos: (i) a sociedade civil brasileira mais ampla desarticulou-se do tema da anistia, que passou a ser desenvolvido por setores isolados uns dos outros, com grande sobreposição de esforços e desperdício de energias, devendo o eixo prioritário de ação ser a promoção de atividades de rearticulação de uma causa esparsa, mas nunca esquecida; (ii) entre os poderes de Estado, o Executivo é, desde sempre, o principal artífice das medidas transicionais no Brasil, sendo ou seu executor direto, ou o promotor do debate público que pressiona aos demais poderes¹⁴, (iii) o processo de justiça transicional brasileiro não se resume às ações das duas comissões de reparação, e tal diagnóstico é nocivo, pois, somado ao ataque reacionário contra o processo de reparação, obstaculiza o avanço da consolidação democrática brasileira”. (ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação*. p. 35)

⁹ Anthony Pereira, em um importante estudo comparado entre Brasil, Chile e Argentina, investigou o grau de envolvimento de cada poder judiciário dentro desses países e concluiu que o mais participante foi o brasileiro, e que a ausência de reformas significativas contribuiu para a manutenção do que chama de “entulho autoritário”. De acordo com o autor, “O judiciário brasileiro, da mesma forma que os militares, continuou, mesmo depois da volta à democracia, como um grupo corporativo altamente isolado e privilegiado. Os salários do Judiciário brasileiro estão entre os mais altos do mundo, enquanto a eficiência dos tribunais, em termos do número de casos julgados, é relativamente baixa.” (PEREIRA, Anthony. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010. p. 243). Conferir também BAGGIO, Roberta Camineiro; MIRANDA, Lara Caroline. Poder Judiciário e Estado de exceção no Brasil: as marcas ideológicas de uma cultura jurídicas autoritária. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, n. 8, p. 149-169, jan. 2010.

¹⁰ Essa compreensão gerou a chamada “virada hermenêutica” na interpretação do sistema reparatório instituído pela Lei 10.559/02, que pode ser compreendida na seguinte explicação: “É essa correta percepção do que é a anistia brasileira – coerente com a luta histórica dos perseguidos políticos que a sustentaram – que levou a Comissão de Anistia a promover uma “virada hermenêutica” nas leituras usualmente dadas à Lei n° 10.559/2002: não se trata de simples reparação econômica, mas gesto de reconhecimento das perseguições aos atingidos pelos atos de exceção. Tanto é assim que, a partir de 2007, a Comissão passou a formalmente “pedir desculpas oficiais” pelos erros cometidos pelo Estado, consubstanciado no ato declaratório de anistia política. Corrigiu-se, dentro das balizas legais existentes, o desvirtuamento interpretativo que dava ao texto legal uma leitura economicista, uma vez que a anistia não pode – para fazer sentido como ato de um Estado fundado nos valores em que se funda o Estado brasileiro – ser vista como a imposição da amnésia ou como ato de esquecimento, ou de suposto e ilógico perdão do Estado a quem ele mesmo perseguiu e estigmatizou como subversivo ou criminoso.” (ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação*, p. 46).

Ainda assim, foi graças a esses grupos mobilizados socialmente e à assunção da responsabilidade, por algumas instâncias institucionais, de não transformar a anistia brasileira em esquecimento, que se tornou possível afirmar que hoje o Poder Judiciário brasileiro, compreendido como o poder que oferece maior resistência às questões da justiça de transição, tem sido instado a debater e a enfrentar o assunto. O grande protagonista no acolhimento das demandas judiciais de responsabilização das vítimas tem sido o Ministério Público Federal, que até o presente momento ingressou com seis Ações Cíveis Públicas (ACP), uma denúncia-crime e uma requisição de abertura de Inquérito Policial¹¹. Das seis ACPs, duas estão em andamento, uma está suspensa, três foram extintas pelo juízo *a quo* e aguardam o resultado, ou de recurso de apelação, ou de embargos declaratórios. A denúncia-crime foi rejeitada e o pedido de abertura de Inquérito Policial foi distribuído para a 1ª Vara Federal de Uruguaiana-RS e ainda não foi apreciado.

Em que pesem as resistências apresentadas pelo Poder Judiciário, sobretudo depois do julgamento da ADPF 153 que reconheceu a aplicabilidade da Lei de Anistia aos crimes cometidos pelos agentes do Estado durante o período do regime de exceção, se não fosse pelo acolhimento do Ministério Público Federal das denúncias das vítimas da sociedade civil, até hoje o debate jurídico acerca da responsabilização dos torturadores estaria no limbo do esquecimento.

Nesse sentido, a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso Julia Gomes Lund e outros vs. Brasil, em novembro de 2011, em ação levada ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos pelos familiares dos desaparecidos políticos no conflito conhecido como Guerrilha do Araguaia, tem também cumprido um papel importante de tensionamento no campo institucional.

De todos os casos em que o Brasil foi condenado pela CIDH¹², sem sombra de dúvidas, essa última condenação foi a que gerou o maior debate público sobre as responsabilidades estatais, ampliando o campo de tensionamentos para grupos da sociedade civil que passaram a também organizar-se em torno do tema, como os levantes populares da juventude¹³.

¹¹ Dados disponíveis em: <<http://www.prr3.mpf.mp.br/component/content/148?task=view>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

¹² O Brasil foi condenado anteriormente nos seguintes casos: Damião Ximenes em 2006, Arlei Escher em 2009 e Sétimo Garibaldi em 2009.

¹³ Abrão e Torelly identificam essa nova etapa como a terceira da fase da luta pela anistia no Brasil. Para os autores, “atualmente, emergem no Brasil, novos movimentos sociais com

Em resposta ao cumprimento da sentença, o Poder Executivo aprovou no Congresso Nacional a Lei 12.528/11, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade para a apuração dos fatos ocorridos durante o regime de exceção, e a Lei 12.527/11, conhecida como Lei de Acesso à Informação. Pode-se afirmar, portanto, que os efeitos das tensões geradas junto à CIDH resultaram em consequências positivas para o avanço da democracia brasileira, sobretudo quanto à importância da garantia e proteção dos direitos das vítimas das violações aos direitos humanos cometidas pelo próprio Estado.

O Poder Judiciário, contudo, representado pela manifestação de alguns Ministros do Supremo Tribunal Federal (STF), como Marco Aurélio de Mello, resistiu aos termos da condenação da CIDH de que a Lei de Anistia 6.683/79 não poderia ser aplicada por ser uma lei de autoanistia produzida ainda no regime ditatorial. O Ministro afirmou que “Essa é uma decisão que pode surtir efeito no campo moral, mas não implica a revogação da Lei da Anistia e a cassação da decisão do Supremo” (ESTADÃO, 2010).

No âmbito do STF, o que se percebe é uma resistência grande em romper com a leitura de anistia como esquecimento e isso pode ser percebido, sobretudo na decisão tomada alguns meses antes da condenação do Brasil na CIDH na ADPF 153. Contudo, isso não determina que o Brasil não conseguirá avançar nas questões de responsabilização dos agentes do Estado que cometeram crimes de lesa humanidade. É preciso levar em conta que, além de todas as pressões sociais que se aprofundam a cada iniciativa da sociedade civil e de algumas instâncias institucionais no campo da busca por uma justiça de transição, o Brasil está inserido em um contexto latino-americano, sobretudo em relação aos países do Cone-Sul, que favorece um debate jurídico sobre a importância e a necessidade de aplicação das normas de direito internacional dos direitos humanos. Nesse sentido, os debates travados pelos ministros do STF no âmbito de três extradições de agentes do Estado perpetradores de crimes contra a humanidade durante o regime ditatorial, requisitadas pela República Argentina, são muito elucidativos.

o lema da busca de verdade e justiça, análogos aos movimentos que antes surgiram na Argentina e no Chile. Questionam a validade da lei de anistia. Exigem o cumprimento da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos para que sejam superados os obstáculos jurídicos para a responsabilização judicial dos agentes perpetradores de crimes contra a humanidade. Se, na primeira fase, os movimentos sociais demandavam liberdade, e, na segunda, reparação e memória, estes novos movimentos sociais avançam ainda mais a agenda da transição, inaugurando a terceira fase da luta pela anistia, ao demandarem verdade e justiça” (ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 7, p. 10-47. jan./jun. 2012, p. 42-43).

A primeira é a Extradicação 974, de Manuel Cordero, apreciada em 2009, portanto, antes do julgamento da ADPF 153, que, como já foi dito, acabou por reconhecer a legitimidade na atual ordem constitucional da Lei de Anistia de 1979, cuja interpretação tem levado à impunidade dos agentes torturadores durante o regime ditatorial brasileiro. A decisão, como se vê, é anterior à condenação do Brasil na CIDH no caso Gomes Lund. A segunda extradição é a 1.150, de Norberto Raul Tozzo, e a terceira é a 1.278, de Claudio Vallejos, ambas as últimas apreciadas posteriormente ao julgamento da ADPF 153 e à condenação do Brasil na CIDH.

O ponto de partida dessa análise é a identificação de uma resistência histórica por parte do STF em aplicar, no âmbito interno, tratados e convenções que versem sobre direitos humanos, cuja causa pode ser atribuída a razões semelhantes às que levam o Tribunal a manter em suas decisões uma concepção de anistia como esquecimento: o protagonismo judiciário durante o regime militar e sua consequente omissão na proteção de direitos humanos¹⁴.

Por mais que nossa Constituição tenha consagrado, desde sempre, em seu artigo 5º, § 2º, a cláusula da materialidade aberta que permite a equiparação hierárquica desses tratados e convenções às normas constitucionais¹⁵, o STF sempre ignorou essa perspectiva e, apenas muito recentemente, depois da alteração constitucional feita pela Emenda 45/04, que acrescentou o § 3º ao artigo 5º, determinando um procedimento formal para tal equiparação, o STF reconheceu que essas normas internacionais

¹⁴ De acordo com Anthony Pereira “Todos os juízes participantes do processo costumavam acobertar as torturas sistematicamente praticadas contra os presos, e é provável que fossem exonerados se não o fizessem. Embora, em alguns raros casos ocorridos em fins da década de 1970, tenha acontecido de juízes absolverem os réus com base em alegações de tortura, isso nunca ocorreu no período de 1968 e 1974, o auge da linha-dura, quando juiz algum pediu investigações sobre os relatos de tortura.” (PEREIRA, Anthony. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*, p. 127).

¹⁵ De acordo com Flávia Piovesan: “Ao fim da extensa Declaração de Direitos enunciada pelo art. 5º, a Carta de 1988 estabelece que os direitos e garantias expressos na Constituição ‘não excluam outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’. À luz desse dispositivo constitucional, os direitos fundamentais podem ser organizados em três distintos grupos: a) o dos direitos expressos na Constituição; b) o dos direitos implícitos, decorrentes do regime e dos princípios adotados pela Carta constitucional; e c) o dos direitos expressos nos tratados internacionais subscritos pelo Brasil. A Constituição de 1988 inova, assim, ao incluir, dentre os direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais de que o Brasil seja signatário. Ao efetuar tal incorporação, a Carta está a atribuir aos direitos internacionais uma hierarquia especial e diferenciada, qual seja, a de norma constitucional.” (PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF. Revista Internacional de Direito e Cidadania*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 43-57. jun. 2008, p. 48).

poderiam ser consideradas como normas constitucionais, estabelecendo, contudo, uma categoria de norma supraconstitucional para tratados e convenções não submetidos ao procedimento formal¹⁶. Essa resistência histórica à aplicação de normas do direito internacional dos direitos humanos, mesmo após a alteração da Emenda 45/04, se reflete muito claramente como uma tendência ao afastamento da aplicabilidade dessas normas, o que ocorre na decisão das três extradições.

A Extradição 974 trata de um major do exército uruguaio que, como partícipe da chamada Operação Condor, é acusado, na Argentina, pelo desaparecimento de dez pessoas, em 1976, e a subtração de um menor do poder dos pais, que acabou sendo entregue para adoção, tendo sido essa efetivada pelo próprio delegado que recebeu a criança¹⁷. O relator da extradição, Ministro Marco Aurélio de Mello, apesar de citar a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, que trata como imprescritível o crime cujo nome lhe intitula, afasta de plano sua aplicação sob a alegação de que tal convenção não está ratificada no plano interno (BRASIL, 2009, p. 8).

Em um segundo momento, o relator desqualifica o crime de sequestro como um tipo penal equivalente ao de desaparecimento forçado, uma vez que, tendo passado mais de trinta e dois anos do crime sem qualquer tipo de identificação sobre o paradeiro do desaparecido, presumir-se-ia que já está morto. Sustenta como base legal específica de tal presunção a Lei 9.140/95, que reconhece como mortas as pessoas desaparecidas em

¹⁶ A interpretação de Piovesan à chegada da nova emenda é de que nada muda a consideração da hierarquia material dos tratados e convenções sobre direitos humanos: “Reitere-se que, por força do art. 5º, § 2º, todos os tratados de direitos humanos, independentemente do *quorum* de sua aprovação, são materialmente constitucionais, compondo o bloco de constitucionalidade. O *quorum* qualificado está tão-somente a reforçar tal natureza, ao adicionar um lastro formalmente constitucional aos tratados ratificados, propiciando a “constitucionalização formal” dos tratados de direitos humanos no âmbito jurídico interno. Como já defendido por este trabalho, na hermenêutica emancipatória dos direitos há que imperar uma lógica material e não formal, orientada por valores, a celebrar o valor fundante da prevalência da dignidade humana. À hierarquia de valores deve corresponder uma hierarquia de normas²², e não o oposto. Vale dizer, a preponderância material de um bem jurídico, como é o caso de um direito fundamental, deve condicionar a forma no plano jurídico-normativo, e não ser condicionado por ela.” (PIOVESAN, Flávia. *Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos*: jurisprudência do STF, p. 54).

¹⁷ A extradição de Manuel Cordero também foi requisitada pelo Uruguai. O STF entendeu, contudo, que a teria preferência o pedido de extradição feito pelo Estado em que o crime foi cometido, no caso, a Argentina (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de pedido de extradição. *Extradição 974*. Argentina e Manuel Cordero. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. 06 ago. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/pagina_dor.jsp?docTP=AC&docID=606492>. Acesso em: 01 nov. 2012, p. 6).

virtude de participação ou acusação de participação em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 05 de outubro de 1988 (BRASIL, 2009, p. 10). Da mesma forma, na Argentina, o artigo 22 da Lei 14.394/54 adota a presunção ao dispor que “A ausência de uma pessoa no lugar de seu domicílio ou residência na República, haja ou não deixado patrimônio, sem que dela se tenha notícia, findo o prazo de três anos, causa a presunção de seu falecimento. Esse prazo será contado desde a data da última notícia que se teve da existência do ausente.” (BRASIL, 2009, p. 11). Desse modo, o tipo legal amoldado à conduta do acusado é o de homicídio, que já estaria prescrito tanto no Brasil como na Argentina, sendo inviável, nesses termos, o deferimento da extradição. Como “reforço” ao voto, o relator chama a atenção para o fato de que, caso o extraditado tivesse que cumprir pena no Brasil, estaríamos diante de uma situação delicada quanto ao alcance da Lei de Anistia 6.683/79 e as consequências drásticas de uma possível reabertura das possibilidades de perseguição penal no Brasil. Em suas próprias palavras:

Em última análise, o Supremo está a enfrentar, neste caso, na via indireta, é certo, a problemática alusiva a tema que, há pouco, esteve em voga – o alcance da anistia. Se deferida esta extradição, assentarse-á a viabilidade de perseguição criminal, de responsabilidade administrativa e civil, no tocante a fatos cobertos pela anistia e, então, esvaziada na essência será esta última, não mais implicando a suplantação de quadra desejada. Feridas das mais sérias, consideradas repercussões de toda ordem, poderão vir a ser abertas. Isto não interessa ao coletivo, isso não interessa à sociedade presentes valores maiores. Isso resultará em retrocessos dos mais nefastos.

Anistia é o apagamento do passado em termos de glosa e responsabilidade de quem haja claudicado na arte de proceder. Anistia é definitiva virada de página, perdão em sentido maior, desapego a paixões que nem sempre contribuem para o almejado avanço cultural. Anistia é ato abrangente de amor, sempre calcado na busca do convívio pacífico dos cidadãos. Eis o que se faz em jogo neste julgamento. Deferida a extradição, abertas estarão, por coerência, as portas às mais diversas controvérsias quanto ao salutar instituto da anistia. Grassará o conflito sem limites. (BRASIL, 2009, p. 11-12)

O Ministro Ricardo Lewandowski sustenta sua divergência em relação ao relator, argumentando que há dupla tipicidade do crime de sequestro no Brasil e na Argentina, e que não há que se falar em homicídio porque, em tese, o sequestro pode subsistir. Reforçando com uma série de

outros argumentos a divergência do Ministro Lewandowski, Cezar Peluso destaca como questão básica o fato de que o Estado que julga a extradição não pode desqualificar o crime duplamente tipificado pelo Estado requerente, fruto, inclusive de todo seu aparato procedimental para a apuração dos fatos que estão sendo imputados como de responsabilidade do acusado. Nas palavras do ministro:

A reclassificação jurídica dos fatos para a categoria normativa de homicídios inovaria a própria base empírica do pedido de extradição, porque implicaria transpor, mediante simples exercício de conjectura, os limites da operação mental de subsunção para mudar, em consequência pressuposta, a situação concreta que, como objeto dos processos, motivou o pleito. (BRASIL, 2009, p. 33)

De outro lado, como forma de demonstrar a incoerência da invocação do direito civil para a presunção das mortes, o Ministro reúne uma série de jurisprudências e posições doutrinárias para demonstrar o quão complexa é a questão, e como não há que se fazer essa ponte entre direito civil e direito penal sem o devido cuidado. Em conclusão, o ministro afirma:

Em relação à prescrição, o problema que avengei, que cuído ter examinado à luz dos artigos 6º e 7º do Código Civil, é que, para que seja admitida a presunção, seja tanto para efeitos civis, como para efeitos penais, a presunção de morte tem de ser objeto de uma sentença, que, entre outras coisas, deve fixar a data provável do falecimento, porque sem tal sentença permanece sempre a dúvida. E, neste caso, nós nos remetemos, já não para a hipótese de morte presumida, mas para o instituto da ausência, que tem tratamento normativo completamente diferente e no qual não se presume morte alguma. (BRASIL, 2009, p. 45)

Para sustentar uma concepção de transição como esquecimento, o Ministro Marco Aurélio de Mello prefere adotar uma argumentação jurídica frágil, de desqualificação de um tipo penal a partir da utilização de conceitos de desaparecimento de pessoas definidos em leis civis, a enfrentar o debate da aplicação das normas de direito internacional dos direitos humanos, nesse caso, especificamente a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoa, descartada de plano no voto do relator. A lei argentina citada pelo Ministro define a presunção de morte diante de situação de desaparecimento de pessoa para fins civis de destinação da

herança e a lei brasileira invocada pelo relator está direcionada ao reconhecimento das mortes por perseguição política para fins específicos de indenização do Estado, como parte do sistema reparatório brasileiro, o que torna, na melhor das hipóteses, a construção jurídica elaborada falaciosa.

A divergência levantada pelo Ministro Lewandowski e reforçada juridicamente pelo Ministro Cezar Peluso recebeu os votos dos ministros Joaquim Barbosa, Carlos Ayres Britto, Cármen Lúcia e Eros Grau, sendo que esses dois últimos reajustaram seus votos após a manifestação da divergência. Apenas o ministro Menezes de Direito acompanhou o relator.

O aspecto não jurídico que se destaca ao longo da leitura da íntegra da votação é um cuidado extremo com o tema da anistia no Brasil, que indica em alguns momentos o temor de que qualquer deslize pudesse comprometer o debate posterior da ADPF 153, já que, no momento do julgamento dessa extradição, a ADPF 153 já havia sido proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a relatoria do Ministro Eros Grau já estava definida. Tanto a primeira manifestação da Ministra Cármen Lúcia quanto a do Ministro Eros Grau acompanharam o Ministro relator, mas sempre fazendo a ressalva de que não queriam se comprometer com a tese da anistia por ele levantada. O Ministro Eros Grau chega a pedir vista do processo com o indicativo de que a extradição talvez tivesse que ser apreciada junto com a ADPF 153, o que foi contestado pelo Ministro Cezar Peluso pelo receio de que a apreciação de situações diferentes acabasse submetendo-as ao mesmo tipo de pressão (BRASIL, 2009, p. 53).

Após o julgamento da Extradicação 974, o STF reconheceu a legitimidade da Lei de Anistia de 1979, em abril de 2010, no julgamento da ADPF 153, mantendo a impossibilidade de persecução penal pelos crimes e violações aos direitos humanos, sem qualquer profundidade de análise do tema da aplicação dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos¹⁸. Em novembro de 2010, o Brasil é condenado pela CIDH no caso Julia Gomes Lund e outros, conhecido popularmente como Caso Guerrilha do Araguaia, reconhecendo a mora do Estado brasileiro na busca dos corpos dos guerrilheiros e o direito das vítimas de acesso à verdade sobre os fatos. As outras duas extradições mencionadas foram julgadas pelo STF depois desses fatos.

¹⁸ Para uma análise completa sobre o julgamento da ADPF 153, conferir MOREIRA FILHO, José Carlos. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

A Extradicação 1150 foi apreciada, em 2011, sob a relatoria da Ministra Cármen Lúcia e trata do caso de Norberto Raul Tozzo, um dos grandes responsáveis pelo conhecido massacre de Margarita Belén. Segundo os fatos apurados pela República Argentina, Tozzo teria sido o protagonista em uma emboscada armada para matar detidos que estavam sob a custódia do exército argentino a caminho da província de Formosa. A chacina pretendia simular uma emboscada feita por subversivos que teriam supostamente atacado a coluna militar. Vinte e duas pessoas morreram, algumas estão desaparecidas até hoje. Os crimes cometidos por Tozzo, portanto, seriam os de homicídio e desaparecimento forçado.

Apesar do reconhecimento da prescritibilidade dos crimes de homicídio e da ausência de qualquer argumento normativo vinculado ao direito internacional dos direitos humanos, sobretudo quanto à imprescritibilidade dos crimes contra a humanidade, a relatora afirmou não haver ocorrido a prescrição dos crimes de desaparecimento forçado, reconhecendo sua equivalência interna ao crime de sequestro (BRASIL, 2011, p. 40), resultando na decisão de votar “no sentido de deferir o pedido de extradicação tão somente pelos crimes de desaparecimento forçado de pessoas, considerada a dupla tipicidade do crime de sequestro qualificado” (BRASIL, 2011, p. 40).

Outro aspecto do voto é que a relatora afastou a tese da defesa do acusado de que os crimes cometidos por ele seriam crimes de natureza política, reafirmando a sua condição de crimes comuns. Essa questão é bastante relevante, porque um dos pontos centrais na decisão da ADPF 153 é a reafirmação da interpretação dada à Lei 6.683/79 de que os crimes cometidos por agentes do Estado seriam crimes conexos aos crimes políticos e que estariam, por isso, englobados na previsão de anistia da referida Lei. A Ministra Cármen Lúcia acompanhou o voto do relator, ministro Eros Grau, no julgamento da ADPF 153, contudo, não aderiu completamente, naquele momento, à tese da conexão entre os crimes. A manutenção de tal interpretação, de acordo com a Ministra, seria uma espécie de dever histórico que cumpriria o objetivo de não ofender o princípio da irretroatividade das leis e, para tanto, a interpretação mais conveniente seria aquela que não considera a conexão em um sentido técnico restrito, mas como um conceito mais amplo. O trecho mais relevante de sua argumentação, à época, é o que segue:

De se notar que este Supremo Tribunal já se debruçou sobre o sentido da conexão referida no § 1º do art. 1º da Lei 6.683, por exemplo, ao julgar o recurso em *habeas corpus* 59.834, relator o Ministro

Firmino Paz. Naquela ação, o Ministro Décio Miranda acentuou em seu voto que “a lei de anistia, Lei 6.683/79, não adotara um conceito rigoroso a este propósito (conexão) tanto que depois de referir, no artigo 1º, crimes políticos ou conexos com estes, achou prudente no § 1º do mesmo artigo definir a indicada conexão... não estamos diante do conceito rigoroso de conexão, mas de um conceito mais amplo, em que o legislador considerou existente esta figura processual, desde que se pudesse relacionar uma infração à outra...”.

Nenhuma dúvida me acomete quanto à não conexão técnico-formal dos crimes de tortura com qualquer crime outro, menos ainda de natureza política. Tortura é barbárie, é o desumanismo da ação de um ser mais animal que gente, é a negação da humanidade, mais que a dignidade, que quem a pratica talvez nem ao menos saiba o que tanto vem a ser.

Não vejo como, para efeitos específica e exclusivamente jurídico-penais, nós, juízes, reinterpretarmos, trinta e um anos após e dotarmos de efeitos retroativos esta nova interpretação da lei que permitiu o que foi verdadeiro armistício de 1979 para que a guerra estabelecida pelos então donos do poder com os cidadãos pudesse cessar. Não vejo como, judicialmente, possa ser, agora, aquela lei reinterpretada com negativa, ampla, geral e irrestrita de tudo o que ocorreu então e que permitiu que hoje fosse o que se está a construir. (BRASIL, 2011, p. 97)

O Ministro Ricardo Lewandowski, na Extradicação 1150, acompanhou o voto da relatora e o Ministro Marco Aurélio divergiu com base no seu voto na Extradicação 974, afirmando que, “por mais que me sensibilize com o que ocorreu – na Argentina, em outros países da América Latina, inclusive no Brasil – , não posso simplesmente olvidar esses aspectos e partir para a conclusão de ter-se um pedido legítimo na espécie” (BRASIL, 2011, p. 51).

De outro lado, o ministro Luiz Fux, que substituiu a vaga deixada pela aposentadoria do ministro Eros Grau, demonstrou uma enorme comoção em estar tratando do caso do massacre de Margarita Belén. Inicia seu voto com a seguinte observação:

[...] esse é um momento importante para minha geração, porque esse massacre de Margarita Belén foi exatamente um evento político que marcou muito a minha juventude, assim como também a explosão da bomba do Riocentro e todos esses eventos que se encaixam bem na advertência de um poeta latino de que “quando não lembramos do que nos aconteceu, pode vir a acontecer tudo outra vez”. (BRASIL, 2011, p. 46)

A frase do poeta latino é repetida ainda mais uma vez e, depois de ler um trecho relativamente grande de uma mensagem de Gustavo Piérola destinada aos jovens mortos no massacre, o Ministro conclui:

Este processo que trata do massacre de Margarita Belén representa a humanidade, a sensibilidade e a seriedade com que o Brasil resgata a história do nosso país e dos países de alhures. Não é outra razão que a nossa Constituição garante a igualdade a brasileiros e a estrangeiros. (BRASIL, 2011, p. 48)

A última extradição ocorrida no Brasil que envolve crimes contra a humanidade praticados durante regimes de exceção, a 1278, foi julgada no ano de 2012, sob a relatoria do Ministro Gilmar Mendes e não altera significativamente o cenário explorado até aqui. Afastando a aplicação interna por falta de ratificação da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, o Ministro adota a solução das extradições anteriores, reconhecendo prescrição do crime de homicídio e a dupla tipicidade do crime de sequestro, determinando o deferimento da extradição de Claudio Vallejos, requerida pela República da Argentina, pelo cometimento, por parte do acusado, dos crimes de homicídio e desaparecimento forçado (BRASIL, 2012, p. 6).

Algumas questões importantes podem ser depreendidas após esse rápido panorama sobre o tratamento do tema da anistia no STF. A primeira observação é que, mesmo após a suposta mudança de posição do STF quanto à consideração de supralegalidade dos tratados e convenções de direitos humanos que não passaram pelo novo procedimento constitucional estabelecido pela EC 45/04, a resistência ao debate da aplicação das normas de direito internacional dos direitos humanos continua. O que parece, diante das negativas de aplicação da Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas, é que a ratificação interna é necessária, imprescindível, sem qualquer tipo de ressalva ao debate feito nas questões sobre o depositário infiel acerca do caráter de supralegalidade dessas normas no ordenamento jurídico nacional. A Ministra Cármen Lúcia parece ter ficado mais à vontade na relatoria da Extradição 1150 para usar a tipologia do crime de desaparecimento forçado adotada pela Argentina a partir da Convenção, fazendo a equivalência interna ao crime de sequestro. Todavia, não tocou na existência da referida Convenção.

Outro aspecto importante de ser observado é que, durante o julgamento da ADPF 153, muitos termos próprios da justiça de transição foram

apropriados para a sustentação da tese da anistia como esquecimento¹⁹. Por um lado, se parece esquizofrênico invocar o direito à memória e à verdade como sustentação de uma estratégia de não enfrentamento do passado, por outro, isso força – em certa medida – os integrantes do STF a não ignorar o debate acerca da justiça de transição e dá abertura para que um Ministro como Luiz Fux, que não participou de toda a pressão anterior ao julgamento da ADPF 153, mas que está hoje à frente da relatoria dos embargos declaratórios impetrados pela OAB para que a o STF deslinde sua posição quanto à Lei de Anistia após a condenação do Brasil na CIDH, se aproprie dos conceitos da justiça de transição para enaltecer o papel do Brasil no processo regional de reconstrução democrática a partir da invocação do texto constitucional, como ocorreu em sua manifestação no julgamento da Extradução 1150.

Por fim, é importante ressaltar que a tentativa de manutenção da coerência por parte da Ministra Cármen Lúcia quanto à consideração dos crimes cometidos durante os regimes de exceção serem crimes comuns e não políticos ou conexos reforça o quanto é difícil manter tecnicamente a decisão da ADPF 153 e, conseqüentemente, qual deve ser a estratégia enfrentada para que a disputa jurídica acerca da responsabilização dos torturadores permaneça presente no Brasil: a questão da retroatividade da lei penal. Outros países latino-americanos já vivenciaram tensionamentos parecidos e conseguiram consolidar perspectivas importantes de aplicação do Direito Internacional dos Direitos Humanos²⁰. Por mais que os avanços

¹⁹ Houve uma utilização muito frequente na ADPF 153 sobre a dimensão do direito à verdade. Construções próprias dos debates acerca da necessidade de não esquecer o passado para que não se repitam os fatos foram claramente invertidas com frases como a da Ministra Ellen Gracie: “Não é possível viver retroativamente a história, nem se deve desvirtuá-la para que assumam contornos que nos pareçam mais palatáveis. Uma nação tem sua dimensão definida pela coragem com que encara seu passado, para tirar as lições que lhe permitam nunca mais repetir os erros cometidos” ou, ainda, da Ministra Cármen Lúcia: “É certo que todo povo tem direito de conhecer toda a verdade da sua história, todo o cidadão tem o direito de saber o que o Estado por ele formado faz, porque faz e para que faz. Todo o povo tem o direito de saber, mesmo dos seus piores momentos. Saber para lembrar, lembrar para não esquecer e não esquecer para não repetir erros que custaram vidas e que marcam os que foram sacrificados por pais torturados, irmãos desaparecidos, dentre outras atrocidades.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 153*. Relator: Ministro Eros Grau. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 01 nov. 2012, p. 153 e p. 80).

²⁰ Na Argentina, essa questão foi objeto de uma grande controvérsia jurídica. Na passagem seguinte, destacam-se algumas considerações de Carlos Nino sobre o tema: “*El sistema de prescripciones no es relevante para la legalidad del acto. La prevención como forma de castigo no está de ninguna forma calificada por la delimitación de un tiempo durante el cual la demanda del Estado de castigar podría expirar. Aun si justificamos un sistema de prescripciones basados en que los individuos cambian con el tiempo, esta justificación no tiene nada*”

do debate da justiça de transição no âmbito do Poder Judiciário brasileiro pareçam pequenos, há alguns anos atrás a própria existência desses debates era inimaginável.

O que se quer apontar com o debate proposto nesse texto é que os desafios do constitucionalismo latino-americano guardam raízes comuns nos períodos de autoritarismo que dominaram por décadas a realidade desses países. Esses desafios são enfrentados na medida em que as disputas valorativas das sociedades ensejem tensionamentos político-jurídicos nas instâncias institucionais. A tentativa de avançarmos para a consolidação de um Estado Constitucional de Direito que valoriza dissensos próprios de uma sociedade democrática exige o enfrentamento do desafio de estabelecermos relações de complementaridade entre política e direito ou, ainda, entre democracia e proteção dos direitos. Diferentemente das estratégias de judicialização que procuraram consagrar tensionamentos no campo jurídico estrito de efetivação de direitos, a temática da justiça de transição possui um potencial de criar tensões que obrigam um debate não só jurídico sobre a proteção dos direitos, mas, sobretudo, político, que aponta para uma reflexão normativa de cunho moral, indispensável para as sociedades latino-americanas: em que tipo de sociedade queremos viver?

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Paulo; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição no Brasil: a dimensão da reparação. In: *Repressão e memória política no contexto ibero brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília, DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia, 2010. p. 26-59.

_____. Mutações do conceito de anistia na justiça de transição brasileira: a terceira fase da luta pela anistia. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*, Brasília, n. 07, p. 10-47, jan./jun. 2012.

que ver con las razones subyacentes por las que la ley busca prevenir este tipo de actos. La gente debe decidir si comete o no un acto de acuerdo con normas de ilegalidad y consecuentemente corre el riesgo de confiar en factores que son irrelevantes para esas normas. Si alguien comete un crimen porque espera que antes de ser detenido la prescripción expire, debe cargar con haber confiado en factores ajenos a la legalidad del acto, como la persona que espera que no será castigada porque todas las prisiones del país incendiarán. Por lo tanto, no creo que el principio contra la legislación penal retroactiva sea un obstáculo para extender o abolir normas de prescripción para abusos masivos a los derechos humanos. La única cuestión que puede legítimamente surgir es si resuelta justo castigar a alguien por actos realizados en el pasado distante cuando la persona ha cambiado significativamente en el ínterin.” (NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto*, p. 255-256).

BAGGIO, Roberta Camineiro. Justiça de transição como reconhecimento: limites e possibilidades do processo brasileiro. In: *Repressão e memória política no contexto ibero brasileiro: estudos sobre Brasil, Guatemala, Moçambique, Peru e Portugal*. Brasília, DF: Ministério da Justiça. Comissão de Anistia, 2010. p. 260-285.

_____.; MIRANDA, Lara Caroline. Poder Judiciário e estado de exceção no Brasil: as marcas ideológicas de uma cultura jurídicas autoritária. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, n. 8, p. 149-169. jan. 2010.

BELLO, Enzo. Cidadania e direitos sociais no Brasil: um enfoque político e social. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 177-227.

BICKFORD, Louis. Transitional Justice. In: *The Encyclopedia of Genocide and Crimes Against Humanity*. v. 3. New York: MacMillan, 2004. p. 1045-1047.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de pedido de extradição. *Extradição 974*. Argentina e Manuel Cordero. Relator: Ministro Marco Aurélio de Mello. 06 ago. 2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606492>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de pedido de extradição. *Extradição 1150*. Argentina e Norberto Tozzo. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. 19 maio 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=624223>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Deferimento de pedido de extradição. *Extradição 1278*. Argentina e Claudio Vallejos. Relator: Ministro Gilmar Mendes. 18 set. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2875328>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 153*. Relator: Ministro Eros Grau. 29 abr. 2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em: 01 nov. 2012.

ESTADÃO. *A condenação do Brasil*. 2010. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,a-condenacao-do-brasil,655168>>. Acesso em: 25 ago. 2013.

FAORO, Raymundo. Constituinte ou Congresso com Poderes Constituintes? In: _____. *Constituição e Constituinte*. São Paulo: RT, 1987. p. 11-28.

_____. Uma constituinte tutelada. In: DIAS, Maurício. *A democracia traída*. São Paulo: Globo, 2008. p. 67-94.

GARGARELA, Roberto. Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XXI. Apuntes históricos. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, p. 30-48, 2010.

GARGARELA, Roberto; COURTIS, Christian. El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. CEPAL, *Serie Políticas Sociales*, Santiago de Chile, n. 153, nov. 2009.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1979.

LOPES, Júlio Aurélio Vianna. *A invasão do direito*. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

MOREIRA FILHO, José Carlos. O Julgamento da ADPF 153 pelo Supremo Tribunal Federal e a Inacabada Transição Democrática Brasileira. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virginia Prado (Coords.). *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Fórum, 2010.

NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

NINO, Carlos. *Juicio al mal absoluto*. Buenos Aires: Ariel, 2006.

PEREIRA, Anthony. *Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o Estado de Direito no Brasil, no Chile e na Argentina*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Tratados Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos: jurisprudência do STF. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, São Paulo, v. 1, n. 1, p. 43-57. jun. 2008.

SARTORI, Giovanni. *Engenharia Constitucional: como mudam as Constituições*. Brasília: UnB, 1999.

TORELLY, Marcelo D. *Justiça de Transição e Estado Constitucional de Direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

UPRIMNY, Rodrigo; SAFFON, María Paula. Usos y abusos de la justicia transicional en Colombia. In: *Anuario de Derechos Humanos*, 2008. Disponível em: <www.anuariodh.uchile.cl>. Acesso em: 12 maio 2013.

VERONESE, Alexandre. A judicialização da política na América Latina: panorama do debate teórico contemporâneo. In: *Escritos*, Revista da Fundação Casa de Rui Barbosa, Rio de Janeiro, ano 3, n. 3, p. 249-281, jan. 2009.

EL CONFLICTO ARMADO COLOMBIANO: EVOLUCIÓN, DEGRADACIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA VIOLENCIA¹

Jorge Enrique Carvajal Martínez

Docente Universitario, Doctor en sociología jurídica e instituciones políticas, Universidad Externado de Colombia. Master en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales IEPRI de la Universidad Nacional. Especialista en sociología jurídica, Universidad Externado de Colombia. Abogado, Universidad Nacional y Licenciado en Ciencias Sociales, Universidad Distrital. jecarvajalma@gmail.com

1 INTRODUCCIÓN

En Colombia la guerra interna es un conflicto que presenta variables que dialogan con el pasado vinculado originariamente a la lucha con fines políticos y cambios sociales, pero al mismo tiempo se recrean con las lógicas del presente en donde adquiere ciertas dinámicas propias de las nuevas guerras². Hoy en día para comprender el conflicto armado interno de Colombia es necesario tener en cuenta variables como: las implicaciones locales, nacionales e internacionales que caracterizan al actual conflicto como un problema de orden regional; los orígenes ideológicos del conflicto; la prolongación de la lucha armada que ha llevado a procesos de negociación exitosos con algunos grupos y al fracaso con otros y finalmente; la degradación de la guerra con actores como los paramilitares que han exacerbado la guerra sucia y han logrado el control de buena parte del territorio colombiano y el manejo de importantes recursos económicos (PIZARRO, 2004, p. 112)³. En realidad, varios factores han coincidido para

¹ Texto avance de investigación de grupo “Conflicto y criminalidad”, Facultad de Derecho Universidad Católica de Colombia.

² Acerca de la teoría de los cambios sociales existen posiciones de extrema diversidad, que en la parte que corresponde al pensamiento clásico y a la época de mayor confrontación ideológica en la sociología, pueden ser consultadas en Amitai y Eva Etzioni. *Los cambios sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 19 y ss.

³ Sobre el papel del narcotráfico en la degradación de la guerra véase Alonso Salazar. *La cola del lagarto*, Medellín, Corporación Región, 1998, p. 112.

umentar la degradación de la guerra, novedosos frente a las dinámicas típicas que habían caracterizado a la violencia en Colombia, entre ellos, el tráfico de armas, el narcotráfico, la exacerbación del secuestro, lo que genera un estado permanente de reproducción de la guerrilla que se extiende por años (GAITÁN, 2006, p. 21-35)⁴.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la degradación de la guerra y las consecuencias de esto en el marco del conflicto armado colombiano. La hipótesis que se sugiere es que este fenómeno se da como consecuencia de la prolongación del conflicto armado del país, unido a causas externas como la caída de la Unión de Republicas Socialistas Soviéticas -URSS-, con la consecuente disminución del componente ideológico de la guerrilla y el surgimiento de las nuevas lógicas en las formas confrontación. La conclusión es que esta situación ha generado como consecuencia el debilitamiento de los factores ideológicos del conflicto, así como la legitimidad de los grupos armados guerrilleros. La metodología utilizada fue el análisis de fuentes documentales.

2 LOS NUEVOS CONFLICTOS ARMADOS

Con las nuevas guerras se crean nuevos discursos por parte de los actores, ya no prevalece el discurso ligado a un objetivo de transformación social y de construcción de un nuevo modelo político y económico. En su lugar, las nuevas formas de confrontación se encuentran ligadas a reivindicaciones de carácter particular, étnico y/o religioso, se desplazan los combates mutuos, característica relevante en la guerra interestatal y las lógicas de las guerras insurgentes que buscaban atacar a las fuerzas armadas estatales. En su lugar, aparecen los actos de guerra indiscriminados dirigidos contra la sociedad desarmada, con el fin de causar terror. En los nuevos conflictos los efectos territoriales son difusos, no se quiere la posesión del territorio sino su control. Las estructuras de los aparatos militares en la mayoría de las veces no responden a una unidad de mando jerarquizada, aparece la figura de los líderes carismáticos. En este escenario, las reglas

⁴ De otra parte, sobre la evolución del secuestro y su aporte en la degradación de la guerra Mauricio Rubio. *Del rapto a la pesca milagrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 43 y ss. También, Daniel Mejía Londoño. "El secuestro en Colombia: una aproximación económica", en Astrid Martínez Ortiz (Editora), *Economía, crimen y conflicto*, Bogotá, Banco Santander, Universidad de Alcalá y Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 185 y ss. Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal. *El secuestro en Colombia*, Bogotá, República de Colombia, 1999, p. 12 y ss.

del Derecho Internacional Humanitario no son obedecidas y esto es quizá el fenómeno más perturbador de los nuevos conflictos.

La población civil, se convierte en objetivo militar, es extorsionada, desplazada, sus pertenencias son saqueadas y sobre ella recae el asesinato y el abuso sexual dando como resultado una violación sistemática de los derechos humanos a gran escala por parte de todos los actores vinculados al conflicto.

Otra de las características de los actuales conflictos, es su carácter de transgredir las escalas nacionales o locales, los efectos pueden ser regionales y globales. Los países limítrofes temen recibir los efectos de la guerra, bien porque a través de sus fronteras atraviesan miles de refugiados buscando protección o bien porque se convierten en tránsito de armas ilegales, o porque algunos problemas de seguridad o acciones llagan a sus territorios. Finalmente, los países del norte desarrollados intervienen directa o indirectamente en los escenarios de guerra, por medio de su cooperación que trata de mitigar los efectos sociales del conflicto, bien con la venta de armas o con el apoyo político o no de una confrontación.

Otro factor de los nuevos conflictos esta en que sobre ellos recaen las miradas de diversas organizaciones unas de orden internacional, como las instituciones pertenecientes al sistema de la Organización de las Naciones Unidas, otras Organizaciones No Gubernamentales (ONG) de carácter nacional o internacional, Estados y organizaciones de víctimas de la violencia.

Las acciones militares tienen como característica fundamental el uso de acciones de terror; esta dinámica crea un ambiente de miedo al interior de las comunidades, en muchas ocasiones esto trae como repercusión el descrédito de la sociedad frente al orden legal ocasionando una deslegitimación del Estado, por tanto si las fuerzas estatales no logran ser efectivas a la hora de evitar los efectos de la guerra sobre la población, puede ocasionar la disminución del poder del Estado y generar la desintegración del mismo (WALDMANN, 2007). Frente a esta situación, los Estados optan por crear nuevas estrategias de orden militar- represivo o policivo-preventivo y aparece el modelo de la seguridad como opción para prevenir los actos de terrorismo; en ese marco las medidas que se toman en buena parte son objetadas por los efectos que pueden causar en la sociedad y por la posible violación de las normas del derecho internacional y de los derechos humanos.

Las confrontaciones violentas que surgieron con posterioridad a la guerra fría, implica superar la tesis de las contradicciones binarias basados

en argumentos teleológicos y en su lugar, admitir que los conflictos internos y las nuevas guerras son procesos complejos y ambiguos, en los cuales se ponen en juego diversos intereses de orden privado, político, colectivo e individual y de la cual la población civil no puede escapar a ser objeto de señalamiento o de acciones de tipo disuasivo, represivo o de intimidación.

En Latinoamérica, los conflictos denotaron unas características particulares, por un lado, nacieron impregnados con los ideales políticos propios de la izquierda que tenía como objetivo la toma del poder para transformar las estructuras sociales, económicas y políticas y promover un nuevo modelo de sociedad. A pesar que casi la totalidad de las guerrillas se inspiraban en el marxismo su estrategia de guerra y sus tesis substantivas variaban según la "línea socialista" el modelo revolucionario al que se circunscribían (chino, cubano o soviético). En esta parte del continente, tan sólo la guerrilla cubana y la nicaragüense lograron el objetivo de la toma del poder, por la vía armada.

Al finalizar la guerra fría en América Latina existían ocho conflictos internos, para inicios del siglo XXI sólo subsiste el conflicto interno colombiano. La mayoría de estos conflictos se han solucionado por vía de procesos de negociación y estos acuerdos se han sostenido hasta el momento y se han legitimado en la medida en que muchos de los actores del conflicto han logrado sumir por vía democrática el poder.

3 LA DICOTOMÍA DEL CONFLICTO COLOMBIANO: CONFLICTO INTERNO O LUCHA ANTITERRORISTA

En el caso colombiano la guerra interna es un conflicto que presenta variables que dialogan con el pasado, vinculado originariamente a la lucha con fines políticos y cambios sociales, pero al mismo tiempo, se recrean con las lógicas del presente en donde adquiere ciertas dinámicas propias de las nuevas guerras⁵. Hoy en día para comprender el conflicto armado interno de Colombia es necesario tener en cuenta variables como: las implicaciones locales, nacionales e internacionales que caracterizan al actual conflicto como un problema de orden regional; los orígenes ideológicos del conflicto; la prolongación de la lucha armada que ha llevado a procesos de nego-

⁵ Acerca de la teoría de los cambios sociales existen posiciones de extrema diversidad, que en la parte que corresponde al pensamiento clásico y a la época de mayor confrontación ideológica en la sociología, pueden ser consultadas en Amitai y Eva Etzioni. *Los cambios sociales*, México, Fondo de Cultura Económica, 1992, 19 y ss.

ciación exitosos con algunos grupos y al fracaso con otros y finalmente; la degradación de la guerra con actores como los paramilitares y las bacrim que han exacerbado la guerra sucia y han logrado el control de buena parte del territorio colombiano y el manejo de importantes recursos económicos (PIZARRO, 2004)⁶. En realidad, varios factores han coincidido para aumentar la degradación de la guerra, novedosos frente a las dinámicas típicas que habían caracterizado a la violencia en Colombia hasta la década de 1980 entre ellos, el tráfico de armas, el narcotráfico, la exacerbación del secuestro, lo que genera un estado permanente de reproducción de la guerrilla que se extiende por años (GAITÁN, 2006, p. 21-35)⁷.

En algunos de sus momentos, la guerra en Colombia se ha encontrado en una transición de una lucha interna a un conflicto de carácter regional (PIZARRO, 2004, p. 46) esto porque existe un impacto directo con los países fronterizos en diversos temas como el desplazamiento de personas motivadas por el conflicto armado que cruzan las fronteras en busca de refugio que afecta a Ecuador; la postura de Venezuela frente a la guerrilla de las FARC-EP o el impacto con la frontera de Panamá como paso en el tráfico de armas y de drogas. Todo ello ocasiona que cada vez más el conflicto se regionalice. Adicionalmente, la injerencia de los EEUU se manifiesta por el apoyo económico y militar en la lucha contra el narcotráfico lo cual no es ajeno al conflicto interno debido a que la guerrilla ejerce control territorial en esas zonas. Esta intervención debe ser entendida como producto de dos dinámicas entrelazadas: En primero en marco de la lucha antidroga y en segundo lugar, de la cooperación Colombia-Estados Unidos; ésta última encuadrada dentro de una relación bilateral “narcotizada”, producto de “la expansión de las organizaciones narcotraficantes en Colombia, así como la creciente preocupación en Estados Unidos con el consumo de drogas ilegales y el crimen asociado con ellas (TICKNER; CEPEDA, 2011, p. 210).

Sin embargo, a diferencia de las llamadas por Mary Kaldor como “nuevas guerras” (KALDOR, 2001), no hay que olvidar las fuertes raíces ideológicas del conflicto armado interno colombiano. Este es uno de los

⁶ Sobre el papel del narcotráfico en la degradación de la guerra véase Alonso Salazar. *La cola del lagarto*, Medellín, Corporación Región, 1998, p. 112.

⁷ De otra parte, sobre la evolución del secuestro y su aporte en la degradación de la guerra Mauricio Rubio. *Del rapto a la pesca milagrosa*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, 43 y ss. También, Daniel Mejía Londoño. “El secuestro en Colombia: una aproximación económica”, en Astrid Martínez Ortiz (Editora), *Economía, crimen y conflicto*, Bogotá, Banco Santander, Universidad de Alcalá y Universidad Nacional de Colombia, 2001, p. 185 y ss. Programa Presidencial para la Defensa de la Libertad Personal. *El secuestro en Colombia*, Bogotá, República de Colombia, 1999, p. 12 y ss.

más antiguos del mundo superado en tiempo únicamente por el conflicto palestino israelí y el conflicto entre India y Pakistán. La guerrilla izquierdista colombiana fue influenciada por diversos matices ideológicos presentes en los años de 1960-1970 como, el socialismo, comunismo, autodeterminación y el anticolonialismo.

Entre 1989 y 1994, en forma simultánea con procesos de negociación que se dan en Centro América entre gobiernos y grupos insurgentes, en Colombia gran parte de los grupos guerrilleros se desmovilizan. Estos procesos de negociación se dieron en un contexto en el cual se da es la caída del socialismo y una revalorización de las democracias constitucionales, lo que llevo a la negociación y acuerdos de paz con el M-19, bajo el gobierno de Virgilio Barco (1986-1990), quien en 1990 firma un acuerdo de desmovilización. En el gobierno de Cesar Gaviria Trujillo (1990-1994), lo harán el EPL, PRT y el Quintín Lame.

A pesar del éxito de estos procesos de desmovilización y de inserción las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia FARC-EP y el Ejército de Liberación Nacional ELN, no logran suscribir un acuerdo para llegar a la paz, sus argumentos se centraron en dos aspectos: en primer lugar, el deseo de profundizar algunas reformas estructurales, particularmente en cambio del modelo de la estructura agraria, el manejo de los recursos naturales y la política económica, y en segundo lugar, la presencia del paramilitarismo que desde mediados de la década de 1980 generó unas nuevas dinámicas del conflicto dirigidas contra la población civil y zonas control guerrilla, con el paramilitarismo la guerra tendería a degradarse.

4 LA DEGRADACIÓN DE LA GUERRA Y EL GIRO A LA SEGURIDAD

A partir de la segunda mitad de la década de 1980, en Colombia el conflicto interno ha tenido un proceso de degradación permanente evidenciado por actos de terrorismo desconociendo las reglas del derecho humanitario, esta lógica se encuentra unida al deseo de controlar territorios y de eliminar cualquier tipo de oposición destruyendo las “bases sociales” del enemigo. La década de 1990 evidenció un proceso que reflejó la incapacidad de la guerrilla y el paramilitares) de generar una verdadera adhesión de la población y mostró un proceso de instrumentalización de la violencia y la coerción dentro de lógicas muy militaristas que buscaban convertirse en poderes de facto en determinados puntos del país donde la presencia del Estado es débil y por lo tanto fue posible generar dinámicas de poder

con las características del grupo predominante. Este proceso ha ido generando un escenario de degradación de las relaciones entre la población y los grupos armados al margen de la ley, con lo que se da lo que Eric Lair denomina como la “Crisis De Sentido” derivada de “la ausencia de referentes compartidos que vinculen la lucha a un sentimiento general ya sea político o identitario (LAIR, 2004, p. 105-143).

La degradación del conflicto se materializa en un sin número de hechos que afectan a la sociedad. Entre 1988 y el 2014 cerca de 11.751 personas han sido víctimas de masacres en un registro de aproximadamente 1.982 casos de las cuales el 58.8% son atribuidas a los grupos de paramilitares, el 17.3% guerrilla, el 14.9% a grupos armados no identificados, el 8% a la Fuerza Pública y el 1% a grupos paramilitares y miembros de la Fuerza Pública y otros grupos armados (CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA, 2014). En este periodo también se han presentado alrededor de 150.000 asesinatos selectivos según el Registro Único de Víctimas la mayoría fueron realizados por paramilitares. Se calcula en el mismo lapso de tiempo se han presentado cerca de 5.712.506 según el CODES (CODHES, 2014) mientras que el Registro Único de Víctimas reporta 4.744.046 (UNIDAD NACIONAL DE VÍCTIMAS) víctimas desplazamiento forzado por razones del conflicto armado interno, la mayoría de los desplazamientos motivados por temor a ser asesinados y a las amenazas del paramilitarismo. Según el Registro Único de Víctimas en total hablamos de 6.996.539 (UNIDAD NACIONAL DE VÍCTIMAS) víctimas producto del conflicto armado interno.

La degradación del conflicto armado que se inició en la década de 1980 y se fue incrementando de manera paulatina, unido a los fracasos en la política de negociación del conflicto armado dado de forma particular en el gobierno de Andrés Pastrana fue generando un cambio frente a la salida negociada del conflicto. La sociedad civil y las élites económicas, políticas y mediáticas apostaron por un giro en la forma en que se tramitaba el conflicto. Tal y como lo analiza Dahrendorf, la idea de orden y ley pasan a ser una política pública: “para la sociedad oficial, se trata de esa gran amenaza a uno de los valores más apreciados por el mundo de los ciudadanos: la ley y el orden” (DAHRENDORF, 1994, p. 138). Uribe Vélez integro ley y orden como política de “seguridad democrática” las cuales fueron lideradas bajo un componente militar. Uribe aprovechó el abuso de las FRAC-EP en los dialogos de paz del gobierno de Pastrana y el ambiente de rechazo social frente a esos demanes de la guerrilla para implementar su política de seguridad. “Esta política tiene tres componentes básicos: primero, la

lucha frontal contra las FARC que es catalogada por el presidente como un grupo terrorista que se nutre del narcotráfico. En segundo lugar, se vincula más a la población civil con el conflicto armado al proponer la creación de una red de informantes que denuncien el accionar de la guerrilla a cambio de recompensas en dinero. Por último, promueve una negociación con los grupos armados de extrema derecha”.

Ahora bien esta política de “seguridad democrática” se articuló a una dinámica global. Las lógicas de seguridad que se implementaron por Norte América, se incorporaron en las lógicas nacionales, esto desde los dos mandatos de Álvaro Uribe Vélez y su estrategia de la llamada “seguridad democrática”. Uribe, aplicó una lógica en la cual se privilegiaba la (CARVAJAL, 2007, p. 158) solución militarista impulsada globalmente por los Estados Unidos al caso colombiano. Desde este esquema los grupos guerrilleros que como ya señalamos habían incorporado prácticas dirigidas contra la población civil se les fue dando por parte del gobierno el status de terroristas, este argumento y el hecho de que algunos de los territorios en los cuales los grupos insurgentes tenía el control estuvieran sembrados con cultivos de uso ilícito, ocasionó que los fondos donados por los EEUU a través del llamado Plan Colombia pudieran ser dirigidos a la lucha contra la guerrilla. Esto generó que las Fuerzas Armadas crearan una estrategia de defensa en la cual unían lucha antinarcóticos y el combate contra los grupos guerrilleros, lo que no es común en los países de la región (CARVAJAL, 2011, p. 127). Su participación, señala Vargas, “se debe a la securitización, por parte de Estados Unidos, del problema de las drogas. A esto se debe sumar la unión que se ha dado entre lucha contrainsurgente y lucha antinarcóticos, considerando que el narcotráfico es la causa por la cual existen los grupos guerrilleros y viceversa. El Plan Colombia fue la aplicación de esta lectura de la problemática colombiana en el diseño y ejecución de las políticas públicas” (VARGAS; RUBIO, 2006, p. 192).

Este modelo provocó preocupación entre los países vecinos, en particular en relación con la fumigación de extensas zonas de cultivos ilícitos, muchas de ellas ubicadas en las fronteras del país, principalmente en el sur, en los límites con Ecuador y Perú. Por este motivo se presentaron continuos debates diplomáticos sobre los efectos de estas fumigaciones sobre la salud de las personas y los daños ambientales producidos por ellas.

El gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2018), dio giro frente a la política de Uribe Vélez y se dio inicio a un proceso de negociación con las FARC-EP en medio del conflicto armado. Los aspectos que más generan

debate hace referencia al tratamiento de las víctimas producto de la degradación del conflicto y la forma de justicia que se debería aplicar a los victimarios. En este escenario, bajo un proceso de negociación, la justicia transicional es una herramienta que se utiliza en un escenario de cambio político en el cual se negocia con un actor armado y tiene como objetivo dar respuestas legales para dar solución a la superación del conflicto.

5 CONSECUENCIAS DE LA DEGRADACIÓN DE LA GUERRA

Las consecuencias más graves de la degradación del conflicto armado interno colombiano la han vivido siempre las personas que no se encuentran vinculadas a las hostilidades, esto quiere decir que las principales víctimas de la degradación del conflicto siempre han sido los civiles. La situación humanitaria de la población civil que se encuentra en medio del conflicto ha sido de gran preocupación para la comunidad internacional dada la imposibilidad del Gobierno Nacional de atender a las necesidades de este grupo vulnerable y afectado por el conflicto.

Estos problemas han sido objeto de estudio por diferentes organizaciones internacionales, como la Cruz Roja Internacional, UNICEF, ACNUR, Human Rights Watch, La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre muchos otros. Por este motivo es importante enunciar los principales problemas humanitarios que estas organizaciones han detectado como una consecuencia de la degradación del conflicto.

Los principales problemas humanitarios que afectan a la población civil se dan por la inobservancia de los principios fundamentales del Derecho Internacional Humanitario por parte de los diferentes actores del conflicto, como la distinción entre civiles y combatientes, el ataque, uso y ocupación de bienes civiles, la cual causa numerosas muertes de personas protegidas por el DIH, pero esta no es la única acción directa en contra de los civiles, en muchas ocasiones también son víctimas de amenazas empleadas para atemorizar a la población, la cual trae consigo el desplazamiento forzado (CRUZ ROJA INTERNACIONAL, 2012).

Otro de los graves problemas que sufren los civiles es la violencia sexual, entendida no solamente como la relación sexual forzada, sino también la prostitución, la esclavitud sexual, la interrupción del embarazo, los actos sexuales abusivos y todas las acciones que afecten contra la integridad sexual (CRUZ ROJA INTERNACIONAL, 2012) tanto de los civiles, como

de los combatientes que también son víctimas de violencia sexual (HUMAN RIGHTS WATCH, 2014).

Por otra parte, otro elemento de alto impacto a nivel nacional e internacional es la participación de menores de edad en el conflicto armado, esta problemática ha de ser analizada desde dos perspectivas (CRUZ ROJA INTERNACIONAL, 2012). La primera de ellas son las violaciones directas de los derechos de los niños debido al reclutamiento forzado, lo cual pone en riesgo inminente la vida de los menores, la segunda perspectiva son las violaciones indirectas a sus derechos debido al reclutamiento forzado, ya que esto causa la imposibilidad de que los menores puedan acceder a tratamientos médicos, o al sistema educativo, tampoco podrán tener un contacto permanente con su familia y se ve vulnerado la preservación de su espacio cultural (UNICEF, 2015).

Respecto de las violaciones de Derechos Humanos y los problemas sociales derivados del conflicto armado la Comisión Interamericana ha indicado que uno de los elementos más importantes para superarlos es la consolidación del diálogo con los diferentes grupos armados para poder alcanzar una paz estable y duradera, en este sentido la Comisión indico en el informe:

La Comisión reitera que la consolidación de un proceso de diálogo, y las expectativas de alcanzar una paz estable y duradera en Colombia, son elementos transversales en la situación de derechos humanos en el país. Y en ese sentido que, si bien este proceso plantea una compleja dinámica para su consecución, la plena observancia de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, debe ser un aspecto central en el proceso de paz, no sólo en el posible alcance de un acuerdo, sino en la consolidación del mismo y su implementación, en términos de hacer cesar las violaciones derivadas del conflicto y evitar su repetición en el futuro; y cómo el posible establecimiento de la paz en Colombia, garantizaría a sus habitantes el respeto a sus derechos fundamentales. (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014)

La Comisión es cautelosa al indicar que es de vital importancia en el marco de las obligaciones internacionales del Estado respecto de la justicia transicional en el conflicto armado colombiano que se establezcan las medidas necesarias para superar la impunidad, ya que esto es indispensable para lograr la justicia y evitar futuras violaciones de los derechos humanos, y en este mismo sentido manifestó la importancia de que en los diseños

normativos se apliquen los componentes de Verdad, Justicia y Reparación (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014).

Finalmente, la Comisión reitero que es esencial que los acuerdos de paz y las disposiciones de justicia transicional se desarrollen en armonía con las obligaciones internacionales del Estado y que ofrezcan posibilidades reales de cumplimiento (COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014).

6 CONCLUSIÓN

El conflicto armado interno se ha prolongado por cerca de seis décadas. En es lapso de tiempo se han presentado un cambio de contexto en internacional, América Latina y Colombia. Hoy día nos encontramos en un mundo globalizado en el cual el paradigma de los derechos humanos y la democracia guían el comportamiento de los Estados.

El conflicto interno en Colombia ha cambiado con el transcurrir del tiempo. Surgieron nuevas variables como la aparición de grupos de extrema, el papel del narcotráfico en las zonas de influencia de los grupos armados ilegales y la perdida de los factores ideológicos y los objetivos con los cuales se motivo el origen de este enfrentamiento por pare de los grupos guerrilleros.

Esta situación ha generado la degradación del conflicto, lo cual se caracteriza por que la población civil se ha convertido en objetivo militar, generando una sistemática violación de los derechos humanos que se secuestros, masacres, desplazamientos y el uso de métodos que cusan terror.

La respuesta del Estado ha oscilado entre la búsqueda de un acuerdo negociado con los grupos ilegales y una respuesta militar. Cada uno de estos modelos trae consigo la construcción de una gramática que busca justificar y encausar las acciones. Así bajo el gobierno de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Se propuso una lucha frontal contra los grupos ilegales, caracterizada como una confrontación contra el terrorismo, simultáneamente se negoció con los grupos de extrema derecha. Por contrario, el gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2018) inició un proceso de negociación con la guerrilla de las FARC-EP, situación que pone como debate, cómo caracterizar el conflicto y la manera de reparación a las víctimas producto de la degradación del conflicto armado que generó una sistemática violación de los derechos humanos.

REFERENCIAS

CARVAJAL, Jorge. Marco Jurídico en los procesos de paz. Una mirada histórica 1950-2006. *Revista IUSTA*, Universidad Santo Tomás, Bogotá, n. 26, p. 152-168, 2007.

_____. *La seguridad dentro del Estado de garantías*. Bogotá, Colombia: ILSA, 2008.

_____. *Derecho y lógicas de seguridad en Colombia*. Bogotá: Universidad Libre, 2011.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA. *Estadísticas del conflicto armado en Colombia*. Disponible en: <<http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/micrositios/informeGeneral/estadisticas.html>> (Acceso el Noviembre 10 de 2014)

CODHES. *Estadísticas Históricas de Desplazamiento*. Disponible en: <http://www.codhes.org/index.php?option=com_si&type=1> (Acceso el 10 de Noviembre de 2014)

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe anual 2014*. Capítulo V Seguimiento de recomendaciones formuladas por la CIDH en sus informes de país o temáticos. Colombia, p. 569-682.

COMITÉ INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA. *Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar (Convenio II)*. de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (*Convenio IV*). Aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

_____. *Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra (Convenio III)*. Aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

_____. *Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV)*. Aprobados el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949.

CRUZ ROJA INTERNACIONAL. *Situación humanitaria, informe de actividades*. Colombia, 2012. Disponible en: <<https://www.icrc.org/spa/assets/files/2013/colombia-report-2012.pdf>> (Revisado el 15/10/2015)

DAHRENDORF, Ralf. *Ley y orden*. Madrid: Civitas, 1994.

ETZIONI, Eva. *Los cambios sociales*. México D.F: Fondo de Cultura Económica, 1992.

GAITÁN, Fernando. El método dialéctico como alternativa para estudiar la violencia en Colombia. En: MARTÍNEZ, Astrid (Comp.). *Violencia y Crimen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

HUMAN RIGHTS WATCH. *Informe Mundial 2014: Colombia* Disponible en: <<https://www.hrw.org/es/world-report/2014/country-chapters/260120>> (Revisado el 15/10/2015).

KALDOR, Mary. *Las nuevas guerras*. La violencia organizada en la era global. Barcelona, España: Kriterion Tusquest, 2001.

LAIR, Eric. Transformaciones y fluidez de la guerra en Colombia: un enfoque militar. En: SÁNCHEZ, Gonzalo; ERIC, Lair (eds.). *Violencia y estrategias colectivas en la región Andina*. Bogotá: Instituto Francés de Estudios Andinos, (IFEA), Grupo Editorial Norma, 2004.

MEJÍA LONDOÑO, Daniel. El secuestro en Colombia: una aproximación económica. En: MARTÍNEZ ORTIZ, Astrid (Ed.). *Economía, crimen y conflicto*. Bogotá: Banco Santander, Universidad de Alcalá y Universidad Nacional de Colombia, 2001.

PIZARRO, Leongómez. Una democracia asediada, capitulo uno, *¿Cómo caracterizar el conflicto armado en Colombia?* Bogotá, Colombia: Editorial Norma, 2004.

PROGRAMA PRESIDENCIAL PARA LA DEFENSA DE LA LIBERTAD PERSONAL. *El secuestro en Colombia*. Bogotá, República de Colombia, 1999.

RAMELLI, Alejandro. El derecho internacional humanitario como discurso político durante el desarrollo del conflicto armado colombiano. En: PRIETO SANJUÁN, Rafael (Coord.). *Sociología jurídica. Análisis del control y del conflicto sociales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

RAMÍREZ, William Tobón. *Estado, violencia y democracia*. Bogotá: Tercer Mundo y Universidad Nacional, 1990.

_____. *Urabá. Los inciertos confines de una crisis*. Bogotá: Planeta, 1997.

RUBIO, Mauricio. *Del rapto a la pesca milagrosa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

SALAZAR, Alonso. *La cola del lagarto*. Medellín: Corporación Región, 1998.

SILVA GARCÍA, Germán. Delito político y narcotráfico. En: *La problemática de las drogas*. Mitos y realidades. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

TICKNER, Arlene; CEPEDA, Carolina. Las drogas ilícitas en la relación Colombia-Estados Unidos. En: GAVIRIA, Alejandro; MEJÍA, Daniel (Comp.). *Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2011.

UNIDAD NACIONAL DE VÍCTIMAS. *Registro Único de Víctimas*. Disponible en: <<http://rni.unidadvictimas.gov.co/?q=node/107>>.

UNICEF. *La Niñez en el Conflicto Armado Colombiano*, Boletín n. 8. Disponible en: <<http://www.unicef.org/colombia/pdf/boletin-8.pdf>>. (Revisado el 16/10/2015)

VARGAS, Alejo; RUBIO, Rocío. Desmovilización y reinserción de excombatientes: ¿transición hacia...?, En: GAITÁN, Olga (Ed.). *Conflicto y seguridad democrática en Colombia*. Temas críticos y propuestas. Bogotá, Fundación Social, FESCOL, Embajada de la República Federal de Alemania en Colombia, Fondo Editorial CEREC, 2006.

WALDMANN, Peter. *Sociedades en guerra civil*. Conflictos violentos de Europa y América Latina. Madrid: Piados, 2007.

DIREITOS HUMANOS NA AMÉRICA LATINA

COLEÇÃO PENSAR DIREITO – VOLUME 4

ORGANIZADORES

Jackson da Silva Leal

Graduado em Direito (UCPel) – Mestre em política social (UCPel) – Doutorando em direito (UFSC) – Bolsista pesquisador de doutorado CNPq – Linha de interesse: controle social, criminologia crítica e sistema de justiça. Pesquisador do Núcleo de Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano (coordenando a linha criminologia crítica) na Unesc. Professor da Universidade do Extremos Sul Catarinense – Unesc. Advogado inscrito na OAB/RS.

Lucas Machado Fagundes

Doutor em Direito – Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Mestre em Direito – Filosofia, Teoria e História do Direito – UFSC. Pesquisador do Núcleo de Pensamento Jurídico Crítico Latino-americano (coordenando a linha constitucionalismo crítico) na Unesc. Professor colaborador do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Autônoma de San Luís de Potosí – UASLP, México. Professor da Universidade do Extremo Sul Catarinense – Unesc. Professor da Faculdade de Desenvolvimento do Rio Grande do Sul – FADERGS.

Coleção Pensar Direito

